

DAMNI INFECTI STIPULATIONE CAVEATUR: CASUÍSTICA DE LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN MATERIA DE LOCATIO CONDUCTIO REI

ALBERT GÓMEZ JORDÁN
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

I. LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO: SUPUESTO DE HECHO DE APLICACIÓN, FINALIDAD Y UBICACIÓN DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS STIPULATIONES PRAETORIAE

La *cautio damni infecti* o caución de daño temido es una estipulación pretoria que se configura, en términos generales, como aquella promesa que realiza el propietario o titular de otro derecho real sobre un inmueble o quien realiza una obra (*promissor*) al vecino que teme un daño futuro (*sponsor*) por el estado defectuoso del fundo (*vitium loci*), de la casa (*vitium aedium*) o por la misma actividad de hacer una obra (*vitium operis quod fit*)¹. Resulta pacífica la opinión doctrinal que considera que el origen remoto de esta caución se encuentra en la *legis actio damni infecti*; así parece desprenderse de Gai. 4,31².

El perjuicio que se protege mediante esta *stipulatio* es un *damnum infectum*; es decir, un daño que todavía no ha acontecido, pero del que se tienen razones fundamentadas

¹ BETANCOURT, F. Recursos supletorios de la «*cautio damni infecti*» en el derecho romano clásico, en AHDE, 45, 1975, p. 13. Sobre la *cautio damni infecti* vid. la obra de referencia de BRANCA, G. *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937.

² Gai 4,31: *Tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est; sane cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum; damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est. per pignoris capionem – apparet*. Únicamente se conservan las acciones de la ley [es decir, se puede entablar una acción de ley] en dos casos: para el daño temido y si se trata de un juicio ante los centunviros. En efecto, cuando se acude a los centunviros, se celebra previamente la acción de la ley por apuesta sacramental ante el pretor urbano o ante el peregrino. Para el daño temido ya nadie litiga por acción de la ley, sino que obliga al demandado mediante la estipulación que se ofrece en el edicto, lo que resulta más útil y también más seguro. La toma de prenda <...> aparece. Traducción del texto: DOMINGO, R. (Director). *Textos de Derecho romano*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pp. 203-204. Sobre el origen de la *cautio damni infecti* vid., entre muchos otros, JIMÉNEZ SALCEDO, M^a.C. *op. cit.* p. 216; PARICIO, J. *Algunas notas sobre la cautio damni infecti* en Studi in onore di Cesare Sanfilippo II, Milano, 1982, p. 471; y ALBANESE, B. *Gai. 4,31 e il lege agere damni infecti* en Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo, 31, 1970, p. 25. Según Albanese, la *cautio damni infecti* es una «versión» pretoria del más antiguo remedio civil, la *legis actio damni infecti*.

para temer que se produzca (así se desprende de *Ulp. 53 ad ed. D.39,2,7,1*)³. En consecuencia, la finalidad de este instrumento jurídico es la prevención contra el daño aún no causado, pero fundado⁴.

Prestada la caución, en el caso que se verifique el daño dentro del plazo convenido por las partes o fijado por el Pretor, el *sponsor* puede solicitar una indemnización al *promissor* a través de la *actio ex stipulatu*. Si la caución no se presta de forma voluntaria, el Pretor tiene a su disposición una serie de mecanismos y herramientas para obligar a la promesa de la estipulación, siendo el principal la *missio in possessionem*⁵.

En su momento, tanto Rudorff como Lenel incluyeron esta caución en su reconstrucción del Edicto Perpetuo, dentro del grupo de las estipulaciones pretorias y bajo la denominación «*Damni infecti stipulatio*»⁶ y «*De damno infecto*»⁷, respectivamente.

La rúbrica del Digesto que trata de forma específica la *cautio damni infecti* es D. 39,2 «*De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*» («Sobre el daño temido y sobre los aleros de tejados y construcciones voladizas»). En ella se describen la mayoría de los supuestos de hecho de aplicación de esta estipulación, entre los que encontramos diversos textos referidos sobre la temática de la *locatio conductio rei*.

Esta *cautio* debe ser clasificada como una estipulación pretoria edictal, dado que debía ser prometida ante el Pretor a solicitud de la persona legitimada para ello y estaba incluida en su Edicto. La promesa podía efectuarse de forma voluntaria o como fruto de la actividad coercitiva del magistrado (como hemos visto, a través de la *missio in possessionem*).

El presente estudio se centra en el análisis de la casuística de la *cautio damni infecti* en materia de *locatio conductio rei*⁸ expresada a través de diversos fragmentos del Digesto.

II. EL INQUILINO-CONDUCTOR COMO SUJETO CON LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA SOLICITUD DE LA CAUTIO DAMNI INFECTI

Antes de entrar al análisis de los casos concretos objeto de estudio es necesario hacer referencia a que, seguramente ya en época clásica, los inquilinos estaban legitimados

³ JIMÉNEZ SALCEDO, M^a.C. *El regimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano*, Córdoba, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999, p. 219.

⁴ D'ORS, A. *Derecho privado romano* (10^a edición), Pamplona, EUNSA, 2004, §154.vi.

⁵ Los métodos de coerción adoptados por el Pretor para obligar a la promesa de las estipulaciones pretorias son muy variados, siendo los principales la *denegatio actionis*, la concesión de acciones ficticias, la *missio in rem*, la *missio in possessionem* y las multas y prendas, entre otros instrumentos. Sobre la *missio in possessionem* como método de coerción ante la no promesa de la *cautio damni infecti* vid., entre muchos otros, BETANCOURT, F. *Recursos supletorios...*, pp. 32-55 y *La defensa pretoria del «missus in possessionem»* en AHDE, 52, 1982, pp. 429-445; y MOZZILLO, A. *Denuncia di opera nuova e di danno temuto* en *Novissimo Digesto Italiano*, V, pp. 462-463.

⁶ RUDORFF, A.F. *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia, Heirzelium, 1869, §309, p. 257.

⁷ LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum. Ein versuch zu Seiner Wiederherstellung* (3a Edición), Leipzig, Tauchnitz, 1927, §292, p. 551.

⁸ La *locatio conductio rei* era un contrato bilateral consensual que dio lugar a dos *iudicia bonae fidei*, que son las *actiones ex locato et conducto*. Vid. ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town (etc.), Juta, 1990, p. 351.

activamente para poder solicitar la prestación de la estipulación de daño temido por parte del propietario de la casa vecina⁹. Así viene recogido en el siguiente fragmento de Ulpiano:

Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,5

*Vicinis plane inquilinisque eorum et inquilinorum uxoribus cavendum esse ait Labeo, item his qui cum his morentur.*¹⁰

«Dice Labeón que debe darse a los propietarios vecinos, o a sus inquilinos, o a las mujeres de éstos, así como a los que conviven con ellos.»¹¹

La legitimación activa para solicitar la *cautio damni infecti* dependía exclusivamente de la jurisdicción pretoria. En consecuencia, era el Pretor quien otorgaba o negaba esa legitimación a la persona solicitante. Ello viene consagrado en *Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,3*¹². Por un lado, según Jiménez Salcedo, tenían legitimación activa para solicitar la *cautio damni infecti* el propietario de la cosa amenazada por el daño, los inquilinos del inmueble, sus mujeres y los que con ellos conviven, el titular del *ius sepulchri*, el superficiario, el usufructuario, el enfiteuta, el acreedor pignoraticio, el poseedor de buena fe y, en general, cualquier persona que tuviera a su disposición una cosa en base a una relación obligatoria, así como el que hubiera interpuesto una denuncia de obra nueva o la acción de una servidumbre *altius non tollendi* y un interdicto *quod vi aut clam*¹³.

Por otra parte, *Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,4* niega expresamente la legitimación activa a quien está de paseo por una finca, a quien va a lavar a ella o quien está de paso por una tienda.

Respecto a la cuestión de la legitimación del inquilino, es necesario tener en cuenta que el arrendatario-conductor en Derecho romano clásico no dejaba de ser un mero detentador de la cosa objeto de arrendamiento, y carecía incluso de interdictos contra los propietarios vecinos. En este sentido, el inquilino prácticamente sólo podía interponer la *actio ex conducto* contra su casero (*locator*), incluso con sus limitaciones.¹⁴ Ante esta afirmación podría parecer inverosímil que en época clásica se habilitara al inquilino

⁹ MOZZILLO, A. *Denuncia di opera nuova...*, p. 461 y JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a C. *op. cit.*, p. 219.

¹⁰ Todos los textos del Digesto en latín del presente estudio han sido extraídos de *Digesta Iustiniani Augusti; Corpus iuris civilis*, ed. T. MOMMSEN-P. KRÜGER, 22 ed., Berlín 1973.

¹¹ Todas las traducciones en castellano de los textos del Digesto presentes en este trabajo han sido obtenidas de D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*. Tomos I – III, Pamplona, Aranzadi, 1975.

¹² *Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. Totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non.* Quien pide que se le de caución de daño temido debe jurar antes que no lo hace por vejar al contrario. El que así lo hubiera jurado es admitido para recibir la caución, y no se investigara si tiene o no interés, o si la casa <de que se teme proceda el daño> es contigua o no; pero a quién deba darse caución y a quién no depende enteramente de la jurisdicción pretoria.

¹³ JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a C. *op. cit.*, p. 220-221.

¹⁴ FRIER, B.W. *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1980, p. 189.

como *sponsor* solicitante de la caución de daño temido. Sin embargo, considero que la habilitación que realiza este texto del Digesto constituye una excepción a los derechos del inquilino como vecino; excepción que habría ido surgiendo a lo largo de la evolución progresiva de esta caución¹⁵. Así, parece claro que ya en época clásica, por razones de antigüedad del propio instrumento jurídico y por la casuística que habría surgido en relación a estos supuestos (y que extensamente se analiza en el presente estudio), surgió la necesidad de admitir la legitimación activa del inquilino para que pudiera actuar como *sponsor* de la *cautio damni infecti*.

Y esa necesidad habría aparecido, seguramente, con dos finalidades distintas:

1. Ofrecer seguridad al inquilino¹⁶, debido a que aunque era un mero poseedor de la cosa no dejaba de tener la posesión un objeto similar del de la propiedad, en la vertiente de la protección y ostentación de la cosa como propia; y a su vez
2. Ofrecer protección al propietario, ya que en casos en los que (por razones diversas) estuviera imposibilitado para solicitar la caución, los inquilinos podrían actuar también para proteger de un daño temido la cosa arrendada, siendo así los efectos de la caución también beneficiosos para el propietario.

Precisamente debido a esta posibilidad del inquilino de solicitar la *cautio* surgió la necesidad de examinar desde el punto de vista del Derecho romano clásico las relaciones que se originan entre esta *stipulatio praetoria* y las acciones derivadas del arrendamiento de cosa (*actiones ex locato et conducto*). Relaciones que, como podremos observar a continuación, pueden ser de tres tipos:

- Excluyentes: o se aplica un instrumento o se aplica el otro,
- Inclusivas: un mecanismo es necesario para el ejercicio del otro, o
- Complementarias: dentro de una misma situación fáctica, ambos instrumentos sirven para defender distintos derechos.

III. CASUÍSTICA DE LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN MATERIA DE LOCATIO CONDUCTIO REI

Una vez analizada la legitimación activa del inquilino-conductor, procedemos ahora al examen pormenorizado de diversos supuestos contenidos en el Digesto que relacionan la *cautio* tratada con la *locatio conductio rei*.

¹⁵ PÉREZ LÓPEZ, X. *Contrato verbal y proceso en el Derecho romano: las «stipulationes communes» en D.45.1.5 pr. Pomp. 26 ad Sab.*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 10.

¹⁶ FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 176, nt. 44. El autor llega a la conclusión que la *cautio damni infecti* ofrece seguridad al inquilino, su mujer y los que con ellos conviven (siempre que estos convivan de forma permanente). Sin embargo, contrariamente a lo que defendemos, no considera que estas personas estén legitimadas activamente para solicitar la promesa de la *stipulatio*. En este sentido, Finkenauer opina que únicamente el propietario es el legitimado activamente para solicitarla (aunque en caso de promesa de la caución por parte del *dominus-locator*, la protección de la *cautio* se extendería a los inquilinos).

1. Defecto o peligro de derrumbamiento en el propio fundo arrendado: *Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,4; Ulp. 53 ad ed. D. 39,2,13,6 y Ulp. 42 ad Sab. D.39,2,33. Cómo responde el propietario por el daño temido de sus propios inquilinos: ¿cautio damni infecti o actio ex conducto?*

Una serie de fragmentos del Digesto tratan la disyuntiva entre aplicar la *cautio damni infecti* o la *actio ex conducto* por parte de los propios inquilinos contra su *dominus-locator* en supuestos donde existe un defecto, peligro de derrumbamiento o ruina de la cosa arrendada: *Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,4; Ulp. 53 ad ed. D. 39,2,13,6 y Ulp. 42 ad Sab. D.39,2,33*. Estos tres textos confrontan de forma excluyente la *cautio damni infecti* y las acciones del arrendamiento.

El primer texto que trataremos es *Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,4*, que indica lo siguiente:

Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debet nec soli domino superficiarius, quia invicem ex conducto et locato habent actiones: in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit. Plus autem in stipulationem venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur.

«El propietario de un terreno arrendado no deberá dar caución por el daño que pueda producir un defecto del terreno al arrendatario <superficiario> que ha construido en él, ni el constructor superficiario al propietario del terreno, pues ya tienen el uno contra el otro las acciones del arrendamiento, en las cuales, sin embargo, no se exige más responsabilidad que por la culpa, mientras que en la estipulación de daño temido entra más ampliamente lo que se considera <consecuencia del> defecto <de la cosa>».

El texto nos muestra que, ante un defecto en un terreno arrendado que pudiera ocasionar un daño al arrendatario, el arrendatario-conductor tendría contra el propio propietario-locator del terreno arrendado el dilema siguiente: instar al propietario a prometer mediante la *cautio damni infecti* o bien accionar contra él con la *actio ex conducto*.

La conclusión a la que llega Paulo en este texto es la siguiente: si existen unos mecanismos como las *actiones ex locato et conducto* que ya están previstos para todas aquellas cuestiones que puedan servir para preservar los derechos del *locator* y el *conductor*, ¿qué sentido tiene recurrir a la *cautio damni infecti*? Asimismo, el texto (parece ser que para justificar la elección) indica que mediante las acciones del arrendamiento se responde sólo por culpa, mientras que mediante la *cautio damni infecti* se responde de forma más amplia por el defecto de la cosa.

Se trata de un texto que relaciona ambos instrumentos (la *cautio* y la *actio ex conducto et locato*) en forma de exclusión: o bien se aplica una o bien se aplica la otra. En este sentido, estos instrumentos no interaccionan entre sí, pero parecen proteger una misma situación fáctica: la responsabilidad del *dominus-locator* por los daños temidos por el defecto en el terreno arrendado.

Respecto a la consideración de superficiario contenida en el texto, D'Ors considera que estas aparentes alusiones a superficiarios en suelo privado (también contenida, por ejemplo, en *Ulp. 70 ad. ed. D. 43,18,1,1*) deben referirse originariamente a una relación

arrendaticia ordinaria (*ex conducto*), con una accesión del derecho del edificio (*superficiae aedes*), cuyas consecuencias se absorbían en la misma relación contractual¹⁷.

Para entender la problemática que suscita este texto debemos partir de la base que, como hemos indicado anteriormente, los inquilinos tenían derecho a solicitar la prestación de la estipulación de daño temido por parte del propietario de la casa vecina (así se desprende de *Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,5*¹⁸). Sin embargo, en este fragmento y los siguientes que analizaremos en este punto, el supuesto de hecho se da entre los propios inquilinos y el propietario de la cosa arrendada (por lo tanto, entre las partes de la relación arrendaticia), sin que exista esa relación de vecindad. De ahí que hayan surgido dudas más que razonables sobre su autenticidad¹⁹. En este sentido, autores como Vogt consideran que el contenido del texto en relación a la *cautio damni infecti* no es acorde con lo que en el Derecho romano clásico se conceptualizaba como daño temido²⁰, ya que no era posible que esta caución pudiera darse entre *conductor* y *locator* de la misma relación arrendaticia.

Pasamos a ver ahora el segundo texto a examen, que es *Ulp. 53 ad ed. D. 39,2,13,6*:

De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit. Et Sabinus ait inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto experiri: quae sententia verior est.

«Se pregunta si el propietario puede dar caución a los inquilinos de su casa, y dice Sabino que no debe darse a los <propios> inquilinos, pues o bien tomaron en arriendo una casa que ya tenía el defecto desde un principio, y entonces que lo hubiera pensado mejor, o bien el defecto de la casa sobrevino después, y entonces pueden reclamar con la acción de lo tomado en arriendo; opinión esta que es la más cierta.»

En este texto de Ulpiano el jurista se remite a Sabino y afirma que, según este último, los inquilinos no pueden exigir la prestación de la *stipulatio damni infecti* al *dominus-locator* del inmueble arrendado. Los motivos que esgrime son dos:

1. Si el inmueble tenía defectos antes del inicio de la relación contractual, los inquilinos debían haberlo valorado antes de entrar en la relación del arrendamiento, y
2. Si el *vitium* había surgido con posterioridad al inicio de la relación arrendaticia, tendrían a su favor la *actio conducti* para poder salvaguardar sus derechos.

De lo anterior se extrae, pues, que se vuelve a descartar también la aplicación de la *cautio damni infecti* al igual que en *Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,4*. Respecto a las dudas sobre

¹⁷ D'ORS, A. *op. cit.*, §505 nt. 2.

¹⁸ En lo referente al contenido del texto nos remitimos al punto II de este trabajo.

¹⁹ Sobre las dudas respecto a la clasicidad del fragmento, vid. VOGT, H. *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg, Simons, 1950, pp. 32-35. El autor considera que D. 39,2,18,4 es un texto con contradicciones. La frase *quia invicem ex conducto et locato habent actiones* no casa con *plus autem in stipulationem venit damni infecti*, dado que si precisamente mediante la *cautio* el propietario-locator podía responder más ampliamente que por sólo la culpa, no se entiende que el instrumento recomendado sea la *actio ex conducto* y no la *cautio damni infecti*.

²⁰ VOGT, H. *op. cit.*, pp. 35 y 36.

la interpolación del texto considero, al igual que Kaser y Nardi, que el texto no está interpolado²¹. Sin embargo, algunos autores como Beseler o Mayer-Maly han considerado que el texto padecía algunas alteraciones²².

Por último, es necesario también traer a colación otro fragmento del Digesto, que no es otro que *Ulp. 42 ad Sab. D. 39,2,33*:

Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet:

«No se da al inquilino la acción por el daño temido, pues, si el propietario le impide mudarse de casa, puede demandarle con la acción del arrendamiento;»

Resulta bastante pacífica la doctrina que considera que cuando este texto hace referencia a la *actio* en realidad quiere decir *cautio*²³. De ahí que el texto sea relevante para nuestra investigación.

El supuesto de hecho del texto se basa en que el inquilino-conductor, ante la amenaza de daño temido, o bien puede abandonar el inmueble (siempre que el *dominus* no se lo impida y, por consiguiente, se ponga fin a la relación arrendaticia) o bien si se lo impide (y, por lo tanto, no pone fin al arrendamiento), puede demandar por la *actio ex conducto*. El texto, al igual que los anteriores, excluye la posibilidad de forzar la prestación de la caución por el daño temido. Y el motivo se desprende de la lectura del propio fragmento: existiendo la *actio ex conducto* no resulta necesario recurrir a la *stipulatio*.

Los tres textos que hemos analizado en este punto presentan una característica común. Todos ellos incluyen como posible protección para los inquilinos ante el daño temido existente en el propio fundo la prestación por parte del *dominus-locator* de la cau-

²¹ KASER, M. *Periculum locatoris* en ZSS, 74, 1957, p. 184 nt. 120; NARDI, E. *Case «infestate da spiriti» e diritto romano e moderno*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 68, nt. 55.

²² BESELER, G. *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte (Romanistische Studien)* en TR, 8, 1928, p. 306; MAYER-MALI, T. *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen recht (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten Band IV)*, Wien-München, Verlag Herold, cop. 1956, p. 154.

²³ Entre muchos otros, BESELER, G. *Textkritische Studien* en ZSS, 53, 1933, p. 38; FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 100; MARRONE, M. *Contributi in tema di legittimazione passiva alla «rei vindicatio»* en Studi in onore di Gaetano Scherillo, Milano, Cisalpino-La Goliardica, 1972, p. 353; y PALERMO, A. *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 127. Palermo considera que muchos fragmentos del Digesto a la *stipulatio damni infecti* se la refiere como *actio*. Según el autor, la razón de la interpolación es evidente y demuestra la completa asimilación de este instrumento en el sistema de las acciones (como por ejemplo puede observarse en *Pomp. 9 ad Sab. D. 15,1,23*; *Paul. 49 ad ed. D.39,3,11,3*; *Paul. 49 ad ed. D. 39,3,14,2*; *Ulp. 43 ad Sab. D. 39,2,40,3*; *Paul. 1 man. D.3,4,10*; *Ulp. 32 ad ed. D.19,1,13,12* y *Paul. 73 ad ed. D.46,5,2,1*). En sentido contrario (de no considerar interpolado el texto) encontramos a ASTOLFI, R. *I Libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 170 y 261, que considera que *Ulp. 42 ad Sab. D. 39,2,33* con mucha probabilidad hace referencia a la *legis actio* (Gai. 4,31), de la cual hicimos referencia al inicio del presente estudio. En lo referente a las características de la *legis actio damni infecti* vid. TOMULESCU, C.ST. *Sur la legis actio damni infecti* en RIDA, XIX, 1972, pp. 435-448. Sobre las relaciones entre la *legis actio* y la *cautio* vid. MOZZILLO, A. *Denuncia di opera nuova...*, pp. 458-459 y *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1960, pp. 54-130. Mozzillo considera que la antigua *legis actio damni infecti* no excluía la *cautio*, pero tampoco se limitaba a esa: dejaba al propio demandado la facultad de escoger el instrumento más adecuado con el fin de garantizar el derecho del actor.

tio damni infecti, aunque en todos los textos esa posibilidad viene finalmente descartada e imposibilitada por diversas razones.

Las críticas interpolacionísticas que hemos observado respecto a estos textos vienen a defender en términos generales que no es clásica la referencia a la *cautio*, ya que la misma no podía ser de aplicación entre los inquilinos y el propio *dominus-locator* de la cosa objeto de arrendamiento. Bajo mi punto de vista, considero que el motivo de las críticas carece de sentido si nos centramos en el fondo de la cuestión. Si se lee con atención el contenido de los textos, ¿qué conclusión se extrae si no es precisamente la imposibilidad de aplicar la *cautio* entre los inquilinos y el propio *dominus-locator*?

Cierto es que la propia retórica de los fragmentos parece dar a entender como posible la opción de la *cautio damni infecti* para proteger la situación fáctica de daño temido en el mismo fundo, pero entiendo que más que a un añadido postclásico responde a una ejemplificación. En este sentido, la aparición del ejemplo de la *cautio damni infecti* en estos textos parece ser fruto de la casuística que habría surgido a lo largo del tiempo de aplicación de la caución, que habría llegado a plantear en numerosos casos la aplicación de la estipulación en situaciones de daño temido entre el inquilino y el *dominus-locator* de la propia casa o edificio arrendado.

En efecto, todos los textos analizados rechazan la aplicación de la *cautio damni infecti* entre los propios inquilinos y el propietario de la cosa arrendada (sin relación de vecindad entre ellos) y consideran que deben aplicarse las acciones del arrendamiento. En consecuencia, entiendo que este razonamiento se incardina perfectamente dentro de la sistemática de la *cautio damni infecti* en época clásica, sin necesidad de dudar de la originalidad de los textos.

Por su parte, en la Glossa de Lyon de 1627²⁴ se apunta que la *cautio damni infecti* en los supuestos analizados realiza una función de instrumento subsidiario. No hemos podido identificar o detectar en dicha obra una mayor explicación de este carácter subsidiario, aunque parece plausible pensar que en caso de no poder protegerse los derechos del inquilino a través de la *actio conducti* se pudiera acudir a esta herramienta jurídica.

Y ello es así porque, en definitiva y como ya anunciamos en el inicio de este estudio, la evolución paulatina de esta estipulación fue permitiendo que mediante la *cautio* se protegieran determinadas situaciones que en un primer momento de aplicación de este instrumento quedaban fuera de su protección²⁵. En este sentido, hago mía también la opinión de Frier²⁶, que considera que no sería extraño pensar que algunos juristas ya en época clásica permitieran al inquilino forzar la promesa de la *cautio* al propietario de su propio edificio o cosa arrendada, pero siempre que el propietario no fuera el arrendador directo del inquilino (cabe pensar, por ejemplo, en casos de subarriendo). Asimismo, si el inquilino viviera en un edificio adyacente a otro de su propietario, tiene sentido que

²⁴ Iustinianus <Imperium Byzantinum, Imperator, I.> Codex Iuris Civilis Iustinianei: Tomus Hic Primus Digestum Vetus continet – cum commentariis ACCURSII (Glossa Magna), scholiis CONTII, et D. GOTHOFREDI lucubrationes ad Accursium – Editio ex HUGONIS a Porta et veterum exemplarium collatione repurgata, et perpetuis notis illustrata, Editio ex HUGONIS a Porta et veterum exemplarium collatione repurgata, et perpetuis notis illustrata, studio et opera Johannis FEHII. Lyon, Lion moucheté – Sumptibus Claudii Landry, 1627, Tom III, pp. 51 y 69.

²⁵ PÉREZ LÓPEZ, X. *op. cit.*, p. 10.

²⁶ FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 100, nt. 106.

también se hubiera podido forzar a prometer la *cautio* a este último (*Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,3*).

Comparto que en estos supuestos debería haber sido posible la aplicación de la caución, dado que la relación arrendaticia existente (y las acciones del arrendamiento derivadas de dicha relación) seguramente no serían suficientes o pertinentes para cubrir esos posibles daños.

2. La *cautio damni infecti* como estipulación para cubrir el perjuicio derivado de no poder arrendar una casa por temor al derrumbamiento de la casa vecina: *Ulp. 81 ad ed. D. 39,2,28* y *Gai. 28 ed. prov. D. 39,2,29*.

Dos textos del Digesto nos muestran que la *cautio damni infecti* no sólo cubría el daño emergente, sino también el lucro cesante (ganancia dejada de obtener):

Ulp. 81 ad ed. D. 39.2.28

In hac stipulatione venit, quanti ea res erit. Et ideo cassius scribit eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatu consequi posse: idemque iuris esse, cum propter vitium communis parietis qui cavit sibi damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fulsit. In eadem causa est detrimentum quoque propter emigrationem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est. Aristo autem non male adicit, sicuti hic exigit cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem cassium dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est.

«El objeto de esta estipulación es lo que valga la cosa, y por ello escribe Casio que el estipulante por daño temido que ha apuntalado por temor al derrumbamiento aquellos edificios por los que se hizo dar caución puede conseguir mediante la acción de los estipulado las impensas hechas, y que lo mismo vale cuando el estipulante por daño temido a causa del defecto de una pared medianera apuntaló su propia casa con el fin de aliviar la carga que pesaba sobre la medianera. Lo mismo ocurre con el detrimento <que sufre un propietario> porque se le van los inquilinos justamente atemorizados. No sin razón añade Aristón, que, del mismo modo que en este caso exige Casio que se hayan ido a causa de un justo temor; así también debió de haber dicho Casio, en el caso del que apuntaló, que lo hiciera movido por un justo temor de derrumbamiento.»

Gai. 28 ad ed. prov. D. 39.2.29

Sed et si conducere hospitium nemo velit propter vitium aedium, idem erit dicendum.

«Y lo mismo deberá decirse si nadie quiere tomar en arriendo un apartamento a causa del defecto de la casa <vecina>.»

Estos fragmentos demuestran que la *cautio damni infecti* no sólo contemplaba una posible indemnización por el daño temido que pudiera materializarse (*quanti ea res erit*), sino también el lucro cesante derivado del daño inminente o potencial del derrumbe de la casa vecina²⁷.

A los efectos de nuestra investigación, relativa a la relación entre esta caución y la *locatio conductio rei*, ese lucro cesante se manifiesta de dos formas. Por un lado, el lucro cesante en *Ulp. 81 ad ed. D. 39,2,28* viene conformado por el detrimento en las rentas derivado de la fuga de los inquilinos actuales del alojamiento. Fuga que, en principio, debe responder a un temor justificado (*quod ex iusto metu factum est*). En caso de que ese temor fuera injustificado se entiende que el único instrumento que tendría el *dominus-locator* sería la *actio ex locato* contra los inquilinos para recuperar las rentas perdidas²⁸.

En términos generales y en cuanto al fondo material del texto, no existen dudas sobre la originalidad de *Ulp. 81 ad ed. D. 39,2,28*²⁹. Sin embargo, parte de la doctrina ha considerado un añadido postclásico la referencia al *ex iusto metu* (temor justificado), dado que no creen que fuera exigible en época clásica³⁰. Rebatiendo esa teoría encontramos a Nardi y Tafaro³¹, la opinión de los cuales comparto. Nardi considera que resulta inverosímil que en Derecho romano clásico no se exigiera que el temor fuera legítimo, razonable y justificado. Por su parte, Tafaro afirma que, si bien el inciso del *ex iusto metu* podría haber sido incluido en una fase posterior, la expresión respeta la orientación seguida por los juristas (en nuestro caso, Casio y Aristón) del primer siglo d.C.

Por otro lado, el lucro cesante en *Gai. 28 ad ed. prov. D. 39,2,29* viene originado por la negativa de los potenciales inquilinos a formalizar el arrendamiento como consecuencia del defecto en la casa vecina. No parecen existir dudas sobre la clasicidad de este texto. En este sentido, Frier considera que mediante la estipulación de daño temido era posible recuperar los alquileres potenciales perdidos³². Por su parte, Lenel añade en la *Palingenesia* junto al redactado de *Gai. 28 ad ed. prov. D. 39,2,29* lo siguiente: «*i.e. damnum hac stipulatione contineri*». Con ello entendemos que el autor debe hacer referencia a que los daños que recoge el texto (lucro cesante por el hecho de no poder arrendar una vivienda por temor al derrumbe de la casa vecina) formaban parte de la estipulación³³.

En conclusión, podemos afirmar que en época clásica el propietario del fundo vecino que se habría visto obligado a prestar la *cautio damni infecti* al *dominus-locator* afectado por el daño temido, podría llegar a indemnizar no sólo los daños que se ocasionaran por el posible derrumbe de la casa, sino también el lucro cesante del *dominus-locator* derivado de no poder arrendar su casa.

²⁷ También eran indemnizables mediante la *cautio* los gastos de apuntalamiento de la casa amenazada por temor a su derrumbamiento. En este sentido, vid. DE CASTRO-CAMERO, R. *Estipulaciones edictales en el derecho romano*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 2009, pp. 210 y 226.

²⁸ Vid. FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 99.

²⁹ FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 99; NARDI, E. *op. cit.*, p. 69, nt. 57.

³⁰ Sobre la consideración de interpolación de la expresión *ex iusto metu*, vid. BESELER, G. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV en ZSS, 51, 1931, pp. 76-77, MAYER-MALI, T. *op. cit.*, p. 217.

³¹ NARDI, E. *op. cit.*, p. 69, nt. 57; TAFARO, S. «*Causa timoris*» e «*migratio inquilinorum*» in un responso en INDEX 5, 1974/1975, p. 53. En el mismo sentido vid. también DE CASTRO-CAMERO, R. *op. cit.* p. 227.

³² FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 99 nt. 104.

³³ LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, 1 voll., Leipzig, 1889 (r. Graz 1960), p. 234.

3. El colono que construye en la finca arrendada y altera el curso de las aguas: Ulp. 53 ad ed. D. 39,3,4,2 y Paul. 43 ad ed. D. 39,3,5. Pluralidad de instrumentos: *interdictum quod vi aut clam*, *cautio damni infecti*, *actio ex locato* y *actio aquae pluviae arcendae*.

Dos fragmentos del Digesto nos muestran las consecuencias jurídicas derivadas de la situación fáctica del colono que construye en casa ajena y, con su actuación, altera el curso de las aguas, afectando con ello al propietario del fundo vecino.

Por un lado, Ulp. 53 ad ed. D. 39,3,4,2:

Idem Iulianus scribit aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse idcircoque, si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et damnum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum. Si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecti ab eo, ex cuius praedio nocet, aequissimum erit caveri oportere.

«Escribe el mismo Juliano que esta acción puede dirigirse tan sólo contra el propietario y que, por eso, si hubiera hecho la obra un colono sin conocimiento del propietario, éste sólo está obligado a tolerar <la demolición>, y el colono debe ser compelido, por el interdicto de «lo que con violencia o clandestinamente», a realizar la demolición e indemnizar el daño, si alguno fue causado con aquella obra. Sin embargo, si el propietario <de cuyo predio procede el agua que perjudica> quiere que le dé caución de daño temido aquel <a cuyo predio perjudica>, será muy justo que deba dársele tal caución.

Por otro lado, Paul. 43 ad ed. D. 39,3,5:

Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat, Labeo respondit colonum interdicto quod vi aut clam teneri, dominum vero fundi aquae pluviae arcendae actione, quia is solus restituere opus potest: sed patientiam dumtaxat eum praestare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur, et, si quam impensam in restitutione operis fecerit, consecuturum a colono locati actione: nisi si quis ideo non putet, quoniam non fuerit necesse ipsum restituere. Sed si iussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri.

«Si un colono, sin saberlo el propietario, hubiera hecho una obra con la que perjudica a un vecino, respondió Labeón que se da contra el colono el interdicto de «lo que con violencia o clandestinamente», y contra el propietario del fundo la acción de contención del agua pluvial, puesto que sólo éste puede restituir mediante la demolición de la obra; pero sólo está obligado a tolerar <que se haga>, siempre que se le dé la caución de daño temido, y, si él hubiera hecho algún gasto con el trabajo de demolición, podrá conseguirlo del colono mediante la acción de locación, salvo que alguien piense lo contrario porque no tenía la necesidad de hacerlo él. Y si el colono hubiese hecho la obra por disposición del propietario, éste responde incluso con el interdicto.»

En primer lugar, y antes de proceder al análisis de los dos textos anteriores, debemos definir lo que se ha venido entendiendo por colono. El colono, según los juristas clásicos, es un hombre libre que arrienda un fundo para su cultivo por un tiempo pre-

determinado³⁴. En consecuencia, en los textos analizados la figura del colono puede perfectamente equipararse al inquilino-*conductor*³⁵.

En segundo lugar, y entrando ya en el fondo de la cuestión tratada en estos fragmentos, el supuesto de hecho analizado en los dos textos es el de un colono-*conductor* que realiza una obra en el fundo arrendado (sin conocimiento del *dominus-locator*). Como consecuencia de dicha actuación, altera el curso de las aguas y produce con ello un perjuicio al propietario del fundo vecino. Ambos textos, *Ulp. 53 ad ed. D. 39,3,4,2* y *Paul. 43 ad ed. D. 39,3,5*, son casos análogos³⁶ –aunque entiendo que incluso podría hablarse de idénticos³⁷– ya que tratan la misma situación de hecho, aunque con diferencias mínimas³⁸.

Y precisamente de dicha situación fáctica derivan una multiplicidad de instrumentos jurídicos tendentes a proteger los derechos de todos los intervinientes en el caso analizado, que son los siguientes:

– *Interdictum quod vi aut clam*

En términos generales, el *interdictum quod vi aut clam* es el mecanismo jurídico que permite conseguir, a petición del propietario del terreno, la demolición de una obra (*opus factum*) hecha en él sin su permiso³⁹. En nuestro caso, este interdicto permite al propietario del fundo vecino obligar al colono-*conductor* a que proceda a la demolición de la obra y a indemnizar el daño ocasionado derivado de la realización de la misma.

Como claramente señala *Paul. 43 ad ed. D. 39,3,5*, también respondería el *dominus-locator* con el interdicto en el caso que el colono-*conductor* hubiera realizado la obra por disposición del propio *dominus-locator*.

– *Actio aquae pluviae arcendae*

La acción de contención del agua pluvial es aquella que permite al *dominus* de un fundo pedir la demolición de las obras realizadas en otro fundo vecino que hayan alterado el curso natural de las aguas, causándole perjuicios⁴⁰. La *actio aquae pluviae arcendae* es una acción personal que se dirige contra el propietario del fundo, no contra el que causó personalmente la perturbación⁴¹. En nuestro caso, la acción debe ser dirigida con-

³⁴ FUENTESECA, M. *El colonus y el impuesto territorial* en RIDROM, 9, 2012, p. 29.

³⁵ FUENTESECA, M. *op. cit.*, p. 29. Según la autora, *conductor* es simplemente un término más amplio que abarca también al colono, y por ese motivo en las fuentes clásicas que se refieren a la *locatio conductio* de un fundo aparecen mencionados indistintamente el *colonus* y el *conductor*.

³⁶ PAPERI, O. *Procurator e interpretatio nell'editto 'un de vi'* en SDHI, 63, 1997, p. 462, nt. 211.

³⁷ La identidad entre ambos textos viene ya destacada en la Glosa de Lyon de 1627, identidad que indica de la siguiente forma: «*Idem dicit quod dictum est supra proxim. ante Idem Iulianus...*». En este sentido, vid. *Iustinianus <Imperium Byzantinum, Imperator, I.> Codex Iuris Civilis Iustiniani... studio et opera Johannis FEHIL*. Lyon, Lion moucheté – Sumptibus Claudii Landry, 1627, Tom III, p. 118.

³⁸ Mientras que D. 39,3,5 hace referencia a todos los instrumentos jurídicos existentes en la situación fáctica (*interdictum unde vi*, *cautio damni infecti*, *actio ex locato* y *actio aquae pluviae arcendae*) *Ulp. 53 ad ed. D. 39,3,4,2* no trata la *actio ex locato*.

³⁹ D'ORS, A. *op. cit.*, §154.

⁴⁰ DOS SANTOS JUSTO, A. *As relações de vizinhança e a «cautio damni infecti»* (Direito romano. Época clássica) en *Dereito Vol. II*, n.º 2, 1993, p. 79.

⁴¹ D'ORS, A. *op. cit.*, §154 nt 5.

tra el propietario del fundo vecino donde se han realizado dichas obras y se ha alterado el curso de las aguas, que en nuestro caso es el *dominus-locator*, y en ningún caso contra el *colonus*.

– *Cautio damni infecti*

La estipulación de daño temido se configura en estos textos como la garantía del *dominus-locator* a que, aun estando obligado a tolerar la demolición de la misma por exigencia de la *actio aquae pluviae arcendae*, pueda ser indemnizado en caso de que dicha demolición le cause daños en el fundo (siempre que él no haya ordenado la obra).

La *cautio damni infecti* se configura aquí como una condición necesaria dentro del procedimiento de la acción de contención del agua pluvial para poder ejercitar la misma (relación inclusiva). La caución debía ser prestada ante el Pretor en la fase *in iure* del procedimiento por quien estaba facultado para ejercitar la acción, que no es otro que el propietario del fundo vecino afectado.

Algunos autores como Beseler o Sargenti han dudado que la referencia en ambos textos a la *cautio damni infecti* sea clásica⁴². Sin embargo, comparto con Sitzia⁴³ la reflexión de que no resulta extraño que en época clásica el actor de la *actio aquae pluviae arcendae* (en nuestro caso el *dominus* del fundo vecino afectado) pudiera perfectamente ser obligado por el Pretor (a petición, en nuestro supuesto, del *dominus-locator* demandado) a prestar la estipulación de daño temido a fin de indemnizarlo de los eventuales daños ocasionados en cumplimiento de su actividad de demolición.

– *Actio ex locato*

La acción de locación es la herramienta jurídica mediante la cual se faculta al *dominus-locator* del fundo en el que se ha realizado la obra a reclamar al colono-conductor los gastos en los que haya incurrido el *dominus-locator* derivados de la demolición. Sin embargo, es importante tener en cuenta que de *Paul. 43 ad ed. D. 39,3,5* se desprende que el colono-conductor, dentro del procedimiento de la *actio locati*, podría alegar una *exceptio* en el caso que considerara que el *dominus-locator* no tenía la necesidad de hacer él la demolición (por ejemplo, si el *colonus* le hubiera comunicado que pondría él sus propios medios para ello).

4. La *cautio damni infecti* como requisito de la *actio conducti* en caso de recuperación por parte del inquilino de la cosa añadida al edificio: *Ulp. 32 ad ed. D. 19,2,19,4*.

Uno de los textos que nos revela una relación más estrecha (concretamente, una relación inclusiva) entre la *cautio damni infecti* y la *actio conducti* es *Ulp. 32 ad ed. D. 19,2,19,4*, que recoge lo siguiente:

⁴² BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1910-1920, p. 95; SARGENTI, M. *L'Actio aquae pluviae arcendae: contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 122.

⁴³ SITZIA, F. *Ricerche in tema di actio aquae pluviae arcendae*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 116.

Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? Et est verius Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

«Si un inquilino hubiese añadido una puerta o cualquier otra cosa al edificio ¿qué acción tiene lugar? Y es cierto lo que escribió Labeón, de que le compete la acción de la conducción, siempre que dé caución del daño temido, para que no deteriore el estado de la casa al retirar las cosas, sino que le restituya su antiguo aspecto.»

En este texto Ulpiano se pregunta qué acción debe interponer el inquilino contra el propietario del edificio si lo que pretende el inquilino es recuperar la puerta o cualquier otra cosa que haya añadido al mismo. Para dar respuesta a esta pregunta el jurista cita a su vez a otro jurista, Labeón, la opinión del cual hace suya. Así, Labeón afirma que la acción que le compete al inquilino es la *actio conducti*, pero con el requisito que el mismo preste la *cautio damni infecti* al *dominus-locator* con la finalidad de no deteriorar el edificio en el momento de retirar las cosas agregadas.

En definitiva, la estipulación de daño temido se configura en este texto como una garantía o precaución⁴⁴ para el propietario, que se asegura una indemnización en el caso que se produzca un daño en el edificio por parte del *conductor*; y a su vez constituye una herramienta de presión hacia el *conductor* para que ejecute de forma limpia los trabajos de separación de los bienes accesorios causando los menores daños posibles al edificio.

El supuesto de hecho analizado por este texto se encuadra en el llamado *ius tollendi* o derecho a separar los bienes accesorios agregados que sean separables.⁴⁵ Diversos autores han tratado dicho texto basándose en la conexión entre la *actio conducti* y el *ius tollendi*⁴⁶. Si nos amparamos en la literalidad el texto analizado, resulta evidente que el derecho del inquilino a remover o retirar las cosas añadidas formaba parte de la *actio conducti*⁴⁷.

En lo referente a la clasicidad del texto, es necesario tener en cuenta que este texto no ha estado exento de críticas⁴⁸. En este sentido, Riccobono considera que este tipo de pasos pertenecientes a juristas de la Escuela de los Proculianos son de difícil interpretación y han sido enérgicamente debatidos⁴⁹.

Por un lado, respecto a la posibilidad del inquilino de retirar las cosas añadidas, el autor destaca que no hay motivo para poner en duda la respuesta de Labeón dado que se incardina dentro de una interpretación más libre que la de la Escuela de los Sabinia-

⁴⁴ MACCORMACK, *Ius tollendi* en BIDR, 85, 1982, p. 92.

⁴⁵ D'ORS, A. *op. cit.*, §151.

⁴⁶ MELILLO, G. *Tignum iunctum*, Napoli, Jovene, 1964, p. 89 nt. 126.

⁴⁷ FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 161.

⁴⁸ VOGT, *op. cit.*, p. 35 nt. 146; FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 157 nt 227. En esta nota al pie, Frier realiza una remisión a la doctrina que analiza la clasicidad de Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,2,19,4. Muchos autores consideran interpoladas, entre otras, las palabras *vel quaedam alia* («o cualquier otra cosa»), dado que ello consistiría en un añadido muy posterior de la Comisión compilatoria que se entiende en el contexto del *ius tollendi* justiniano y también la expresión final *sed ut pristinam faciem aedibus reddat* («sino que le restituya su antiguo aspecto»), ya que ésta última es claramente de origen postclásico.

⁴⁹ RICCOBONO, S. *Scritti di diritto romano II. Dal diritto romano clásico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo, Università degli studi, 1964, p. 248.

nos, según la cual era posible separar del edificio cosas añadidas siempre que tuvieran una propia individualidad física⁵⁰, como una estatua, una vasija, una puerta o cualquier cosa que si se desprendiera no dañara el edificio. Esta interpretación viene avalada no sólo por el texto que aquí se trata, sino también por un texto similar contenido en *Iul. 6 ex Minic. D. 6,1,59*⁵¹, que hace referencia también a la posibilidad de separar cosas añadidas del edificio ajeno. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que mientras nuestro texto expone un derecho contractual a retirar las cosas del edificio sujeto a ciertas condiciones (prestar la caución), en *Iul. 6 ex Minic. D. 6,1,59* Juliano afirma la plena propiedad del inquilino-conductor sobre las cosas accesorias que el propietario ha retirado⁵².

Contrariamente, según la opinión de Riccobono, los Sabinianos negaron siempre la posibilidad del inquilino de separar cosas conjuntas al edificio ajeno y mucho menos facultad de interponer acciones con esa finalidad⁵³.

Lo cierto es que el ejemplo explícito que señala *Ulp. 32 ad ed. D. 19,2,19,4*, que no es otro que la puerta, seguramente generó fervientes debates entre los juristas sobre este elemento accesorio (*res accessoria*), en el sentido de si tenía o no la condición de parte o elemento necesario del edificio y, consecuentemente, si era posible su individualización y desprendimiento del edificio.

Por otro lado, y respecto a la cuestión central que nos ocupa, relativa a la *cautio damni infecti* como requisito de la *actio conducti* en este supuesto, comparto al igual que la doctrina mayoritaria⁵⁴ que la prestación de la caución era condición necesaria para otorgar la acción ya en época clásica. Ahora bien, también comparto al igual que muchos autores, entre ellos Mayer-Maly, que el requisito de la *cautio* surgiría más bien a partir de la época de Ulpiano y no en la época de Labeón⁵⁵.

A la luz de lo anterior cabe afirmar que, en Derecho romano clásico, concretamente dentro del procedimiento de la *actio conducti* ejercitada por el inquilino, el Pretor –a petición del propietario– podía obligar al inquilino a prometer la *cautio damni infecti* para garantizar al propietario una indemnización en caso de daño efectivo derivado de la remoción de las cosas añadidas por él mismo al edificio.

⁵⁰ RICCOBONO, S. *op. cit.*, p. 248.

⁵¹ *Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero, is qui imposuerat possetne ea vindicare. Respondit posse: nam quae alienis aedificiis conexas essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti.* «El que habitaba en una casa ajena instaló en ella ventanas y puertas, y pasado un año las quitó el propietario de la casa: preguntó si no podría reivindicarlas el que las había puesto. Respondió <Minicio> que sí, puesto que las cosas incorporadas a edificios ajenos, en tanto permanezcan unidas son de los mismos edificios, pero una vez que han sido quitadas de ellos retornan inmediatamente a su primera condición». Resulta necesario tener en cuenta que en este fragmento la palabra *habitatur* equivale a la de *inquilinus* de *Ulp. 32 ad ed. D. 19,2,19,4*. En este sentido, vid. RICCOBONO, S. *op. cit.*, p. 276 nt. 96.

⁵² FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 161.

⁵³ RICCOBONO, S. *op. cit.*, p. 260.

⁵⁴ DOS SANTOS JUSTO, A. *op. cit.*, p. 104, nt. 148 in fine, GLÜCK, F. *Commentario alle pandette di Federico Glück: tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*, Milano, Leonardo Vallardi, Società Editrice Libreria, pp. 358 y 390-392; VOCI, P. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 277; FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 161; MACCORMACK, *op. cit.*, p. 91-93; HINKER, H. *Tignum iunctum* en ZSS, 108, 1991, p. 110.

⁵⁵ Entre muchos otros, MAYER-MALY, T. *op. cit.*, p. 171 y RICCOBONO, S. *op. cit.*, p. 260.

5. El *filius familias* como inquilino: *Paul. 8 ad Plaut. D. 39,2,21*.

El último fragmento del Digesto que traeremos a colación en relación con la casuística analizada es *Paul. 8 ad Plaut. D. 39,2,21*:

Si filius familias inquilinus sit, videamus, an damni infecti nomine in possessionem aedium vicinarum mittendus sit (quaeritur enim, an filius familias non videtur damnum pati, si res peculiares sint) et pater possit stipulari, si quid ei damni fiat. Et placet utrumque eorum in possessionem mitti, nisi sic filius conduxerat, ut eius periculo aedes essent: tunc enim, quia solus tenetur ex locato, recte dicetur ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur.

«Cuando el inquilino es un hijo de familia, cabe preguntarse si su padre puede estipular por el daño que se produzca, y si aquel hijo puede ser puesto en posesión de una casa vecina a causa de daño temido, pues hay que ver si no se entiende que sufre él el daño cuando se trata de cosas que pertenecen a su peculio. Y se admite que los dos, <padre e hijo>, pueden ser puestos en posesión, a no ser que el hijo hubiera hecho el arrendamiento asumiendo sólo él el riesgo de la casa, pues en tal caso, como sólo él queda obligado por el arrendamiento, se dirá con razón que es él quien debe ser puesto en posesión cuando se le deja de dar caución.»

En este fragmento nos encontramos con la particularidad de que el inquilino de la casa que puede sufrir el daño es a la vez *filiusfamilias*. Precisamente la importancia del texto gira sobre esa relación de dependencia entre *filiusfamilias* y el *paterfamilias* y su conjugación con la *cautio damni infecti*.

En esencia el supuesto de hecho del texto plantea dos cuestiones:

1) En primer lugar, si el *filiusfamilias* podía ser puesto en posesión de la casa vecina por razón del daño que amenazaba (suponiendo que el propietario de la casa vecina no se hubiera avenido a prometer la *cautio damni infecti*).

Respecto a esta pregunta, es necesario tener en consideración que, en Derecho romano clásico, en caso de que el propietario de la casa vecina no hubiera prometido la estipulación de daño temido, se decretaba a su favor una *missio in possessionem* sobre la finca de la que se temía el daño⁵⁶. En nuestro texto, el jurista Paulo nos muestra que el Pretor podía decretar a favor del padre y del hijo la posesión de la casa vecina, a excepción de si el *filiusfamilias* hubiera pactado el arrendamiento asumiendo sólo él el riesgo de la casa. En ese caso, al ser sólo el hijo el que quedaba obligado por el arrendamiento, era sólo él el que debía ser puesto en posesión en caso de que no se le diera la estipulación de daño temido.

Debemos tener en cuenta que si la anterior coacción mediante *missio in possessionem* derivada de la no promesa no era suficiente para que el *dominus-locator* prometiera la estipulación, el Pretor podía conceder la propiedad bonitaria de la casa o finca mediante

⁵⁶ Sobre la *missio in possessionem* como medida coercitiva del Pretor para obligar a la promesa de nuestra caución, vid. BETANCOURT, F. *Recursos supletorios...*, pp. 32-55.

un *iussum possidendi* (*ex secundo decreto*).⁵⁷

2) En segundo lugar, el texto se plantea si el *paterfamilias* podía solicitar la estipulación de daño temido, y, por consiguiente, convertirse en el *sponsor* de esta *stipulatio praetoria*.

Sobre la legitimación para solicitar la *cautio*, fuera de toda duda está que, en términos generales, podía ser solicitada por los inquilinos de la casa vecina, las mujeres de dichos inquilinos o sus invitados (*Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,5*), así como también por el *filiusfamilias* inquilino⁵⁸, tal y como se desprende del propio texto analizado.

Sin embargo, la cuestión viene a concretarse en si el *paterfamilias* podía acudir ante el Pretor para solicitar la *cautio damni infecti* y obligar así al propietario de la casa vecina a que prometiera por la amenaza que el daño pudiera producirse. Para dar respuesta a esta pregunta el jurista Paulo diferencia entre si las cosas amenazadas por el daño pertenecían o no al peculio del *filiusfamilias*. Si éstas pertenecían a su *peculium*, sólo él era el legitimado para solicitar la estipulación al propietario de la casa vecina. Ello tiene todo el sentido, dado que el *peculium castrensis* lo configuraban todos aquellos bienes que se adquirían por parte del *filiusfamilias* en ocasión del servicio militar y sobre los cuales éste disponía libremente tanto *inter vivos* como *mortis causa*.⁵⁹

Sin embargo, si no eran de su peculio y, por lo tanto, eran cosas de las que el *filiusfamilias* no podía disponer libremente, el *paterfamilias* estaba legitimado también para acudir ante el Pretor y solicitar la prestación de la caución, dado que las cosas sobre las que se amenazaba daño eran de su propiedad.

IV. CONCLUSIONES

De la lectura y el estudio conjuntos de los textos recogidos en el presente estudio podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Los inquilinos (y sus mujeres, así como las personas que conviven con ellos), ya en Derecho romano clásico, estaban legitimados para solicitar la *cautio damni infecti* al propietario vecino (*Ulp. 53 ad. ed. D. 39,2,13,5*). Sin embargo, tal y como indican *Paul. 48 ad ed. D. 39,2,18,4; Ulp. 53 ad ed. D. 39,2,13,6* y *Ulp. 42 ad Sab. D.39,2,33* resulta improbable que se pudiera dar esta caución entre el propio inquilino y el *dominus-locator* de la propia cosa arrendada. En efecto, la relación de vecindad era un requisito ineludible en Derecho romano clásico para que pudiera surgir la aplicación de la *cautio damni infecti*.
2. La *cautio damni infecti* cubre el perjuicio derivado de no poder arrendar una casa por temor al derrumbamiento de la casa vecina (*lucro cesante*), tal y como se desprende de *Ulp.81 ad ed. D. 39.2.28* y *Gai. 28 ad ed. prov. D. 39.2.29*.

⁵⁷ D'ORS, *op. cit.*, §154.

⁵⁸ FRIER, B.W. *op. cit.*, p. 98 nt. 103. Respecto a la legitimación activa y pasiva de la *cautio damni infecti*, vid. JIMÉNEZ SALCEDO, M^a.C. *op. cit.*, pp. 219-222.

⁵⁹ Vid. D'ORS, *op. cit.*, §225.

3. Por su parte, el *filiusfamilias* puede ser puesto en posesión de la casa vecina (*missio in possessionem*) en el caso que le propietario vecino no se hubiera avenido a prometer la *cautio damni infecti* (a excepción de si el *filiusfamilias* hubiera pactado el arrendamiento asumiendo sólo él el riesgo de la casa) y el *paterfamilias* puede solicitar la *cautio damni infecti* siempre que las cosas amenazadas por el daño no pertenecieran al *peculium* del *filiusfamilias* (Paul. 8 ad Plaut. D. 39,2,21).
4. Finalmente, en determinados supuestos la estipulación de daño temido se erige como un requisito ineludible para poder interponer la *actio conducti* y la *actio aquae pluviae arcendae*, con la finalidad de proteger al demandado por estas acciones de la demolición de la obra (en el caso de la acción de contención del agua pluvial) o remoción de los elementos introducidos por el inquilino en la casa arrendada (en el caso de la acción de la conducción).

ABSTRACT: The *cautio damni infecti* or the caution of possible damage is a praetorian stipulation. In general terms, it is configured as a promise made by the owner (*dominus*) or holder of another right in rem in immovable property or who realices an *operis* (*promissor*). This promise could be requested by the neighbour who fears future damage (*sponsor*) due to the defective condition of the property.

This communication shows the casuistry of the *cautio damni infecti* in the field of *locatio conductio rei* contened in the Digesta. Accordingly, this study focuses on the relations between this stipulation and the actions arising from the lease of a *res*, always from the point of view of classical Roman law.

KEYWORDS: *cautio, damnum infectum, collapse/ruin, locatio conductio rei, inquilinis, dominus-locator, actiones, ex locato et conducto, missio in possessionem, colonus, filiusfamilias.*