

# LA CAUCIÓN POR EL DAÑO TEMIDO DE LA LEY 351,2 DEL FUERO NUEVO

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA “CAUTIO DAMNI INFECTI” EN EL DERECHO ROMANO
  - A) Bases de la institución
  - B) Elementos objetivos, subjetivos y formales
  - C) La negativa al otorgamiento de la “cautio”
- III. LA CAUCIÓN POR EL DAÑO TEMIDO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS
  - A) Derecho italiano
  - B) Derecho alemán
- IV. LA CAUCIÓN POR DAÑO TEMIDO EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA
  - A) En general
  - B) Caracteres y presupuestos de la institución
- V. CAUTIO DAMNI INFECTI Y VÍAS JUDICIALES ANTE RIESGOS VECINALES
  - A) La denuncia de daño temido y el juicio verbal de demolición o derribo
  - B) Acción de cesación de efectos perjudiciales y caución por daño temido
- VI. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD
  - A) Garantía y responsabilidad
  - B) Garantía y medidas materiales de aseguramiento. Formas de garantía y efectos
- VI. ELEMENTOS PERSONALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Romano estableció una serie de instituciones destinadas a otorgar tutela preventiva a las relaciones de vecindad; así, la *cautio damni infecti*, la *operis novi nuntiatio* el *interdictum quod vi aut clam* o la *actio aquae pluviae arcendae*. Tales figuras ilustran el carácter del ordenamiento inmobiliario romano y su paso desde un régimen de libertad y de rígida tutela de la misma a un régimen de limitaciones y de solidaridad inmobiliaria. La *cautio damni infecti* -quizá la más compleja e importante de tales figuras- no es sino la regulación peculiar del daño resarcible en las relaciones

entre fundos, independiente de la culpa. Supuso una de las derogaciones fundamentales al principio culpabilístico y la más importante en el campo de las relaciones de vecindad, pudiéndose decir que el Derecho Romano resolvió del mejor modo y dentro de sus propios condicionantes el problema de la responsabilidad en ese ámbito, reconociéndola sin tener en cuenta la culpa en la producción de cualquier daño ocasionado al vecino y previniéndola de un modo liberal e ingenioso<sup>1</sup>. Esta *cautio* fue desconocida de modo general en la casi totalidad de los Derechos codificados.

Si se observa hoy la *stipulatio* o *cautio damni infecti* de forma aislada sin considerar la necesidad jurídica que la hizo surgir podría concluirse que la misma no es sino un elemento anquilosado en el sistema del ejercicio de los derechos sobre los fundos, que no resulta acomodada a los principios actuales de la responsabilidad por daños en el ejercicio de un derecho –materia por otro lado cuyos parámetros y líneas de solución están ya plenamente diseñados– ni presenta la utilidad que tuvo en Roma, donde la intervención de la autoridad pública en materia de amenaza de ruina o de otro tipo de peligro de daños provocado por actividades del vecino no se concebía como función primordial de los poderes públicos<sup>2</sup>.

El Fuero Nuevo, siguiendo las pautas del Derecho romano y a partir de una perspectiva diferente a la marcada por el Derecho codificado, recogió en la ley 351,2 la institución de la que tratamos aunque desfigurada por las nuevas coordenadas jurídicas de la responsabilidad civil y de la función de los poderes públicos, pudiéndose decir que su interpretación actual, alejada ya de los condicionantes y presupuestos que marcaron su nacimiento, no resulta una labor fácil, que se ve además dificultada por el entronque con las estipulaciones promisorias, figuras a su vez recogidas en el Fuero y que no ayudan a desvelar el sentido y función práctica que hoy puede desenvolver la figura de la caución por daño temido. Además, la caución contemplada en el ordenamiento civil navarro concurre con otros mecanismos de solución de los conflictos vecinales y ello hace que no resulte del todo clara la función que asume el aseguramiento de los daños vecinales en el conjunto de las normas reguladoras de las relaciones de vecindad.

La ley 351,2 FN está ubicada en el Capítulo relativo a los principios generales relativos a la propiedad y la posesión de las cosas (Libro III, Tit. I, Cap. I), con lo que al igual que, en los ordenamientos actuales que recogen la caución, el punto de vista del que parte este remedio es el de los problemas efectivos que acarrea la posesión efectiva de los inmuebles en lo que se refiere a la vecindad de los mismos.

## II. LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN DERECHO ROMANO

### A) Bases de la institución

Explica BETANCOURT como el Derecho romano no tiende a crear obligaciones *ex lege*, pues se considera que la obligación sólo puede surgir de un acto voluntario, lícito o ilícito. En consecuencia, cuando el pretor cree oportuno hacer surgir una obligación a favor de una persona contra otra acude al recurso indirecto de coaccionar a éste última para que responda con su promesa a la estipulación de aquélla, que se hace así acreedora. Naturalmente, esto requiere la voluntad del promitente y el pretor arbitra otros recursos coactivos para conseguir, siempre indirectamente, esta voluntad. Sin embargo, se dan casos en los que esta coacción se hace imposible y entonces debe acudir también al recurso de considerar, por algún concepto, pasivamente legitimado para una

1. BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Parte I, Milano 1966, pp. 382-383.

2. *Ibidem*, p. 26.

nueva acción a aquella persona que no pudo ser coaccionada a obligarse estipulatoriamente. De este modo se insinúa, ya en la jurisdicción pretoria de la época clásica, un régimen de obligaciones que no nacen de la voluntad, sino del imperativo pretorio, es decir, algo que anuncia el régimen posterior de la obligación nacida de la ley<sup>3</sup>.

El mismo autor añade una idea que resulta fundamental para entender el surgimiento y modo de funcionar de la *cautio o stipulatio damni infecti*, y es la de que en Derecho clásico el daño causado por cosa inanimada no era fuente de obligación y sólo se tutelaba mediante la *cautio damni infecti* (aparte de la de *damno praeterito*), la cual implica una tutela preventiva *a priori* y nunca *a posteriori*, como ocurre en los daños causados por personas, sancionados por la ley Aquilia y sus acciones complementarias para aquellos supuestos nuevos no contemplados por ella; o en los daños causados espontáneamente por animales sancionados por *actio de pauperie*, la cual sigue el régimen de noxalidad<sup>4</sup>.

Según los principios generales de la responsabilidad cuando la ruina del edificio vecino coloca a mi fundo o a mi propio edificio en peligro, o cuando por la actividad ejercitada por el vecino en el ejercicio de su derecho pueda padecer un daño, debería sufrir el mismo puesto que se habría producido por una cosa inanimada o por la actividad legítima y no culposa del vecino. Se producía entonces la paradoja de que se podía accionar con la acción negatoria para reprimir la inmisión pero no podría el dañado querellarse con la *actio legis Aquiliae* por el daño. Hasta que el propietario no realiza una *immissio* en lo ajeno es libre de hacer o no hacer, o de hacer en el modo que más le plazca y el pretor no podía imponerle una limitación, lo que por otra parte hubiera resultado contrario a su modo de proceder con los parámetros del *ius civile*. Debe tenerse en cuenta por otra parte el carácter negativo de las relaciones de vecindad en el antiguo Derecho romano caracterizado por la total ausencia de cualquier prescripción sobre distancias, excavaciones, plantaciones, etc., así como el rechazo a violar la libertad del dominio. Pues bien, la *cautio* que examinamos supuso un trasvase de ideas novedosas en el tema de las limitaciones del dominio<sup>5</sup>.

La premisa ideológica que subyace en la institución responde al interrogante que BONFANTE se plantea y al que el Derecho romano respondió de manera clara: las restricciones, cautelas y prevenciones que puedan imponer las leyes al ejercicio de una actividad y las amplias facultades que a tal efecto pueden serle otorgadas a la autoridad judicial ¿puede decirse que serán en todo tiempo, lugar y caso concreto las mejores? El particular es siempre el mejor juez de su propio interés y el Derecho romano confía a la libertad del *privato* y a su actuación espontánea dicha tutela. El pretor obliga entonces a aquél de quien se tema pueda provenir el daño a prometer, cuando el vecino lo pretenda, que le resarcirá si el daño temido sobreviene; verificándose el daño, quien lo sufre tiene la *actio ex stipulato* en la cual no está obligado a probar la culpa<sup>6</sup>.

Dejando aparte el estudio de los problemas que la *cautio damni infecti* presenta para la doctrina romanística –desde su discutido origen debido a la *legis actio damni infecti* mencionada por Gayo, hasta las cuestiones internas de la figura remodelada por el pretor– importa a los efectos del posterior estudio de la ley 351,2 FN la descripción de la *cautio* partiendo del pasaje del Digesto (39,2) que la recogió y que la Recopilación Privada asumió como antecedente del precepto. Se trata de un texto de Ulpiano cuyo fragmento principal (39,2,7,1) afirmaba: “*Hoc edictum prospicit damno nondum*

3. “Recursos supletorios de la “cautio damni infecti” en el Derecho romano clásico”, *AHDE*, T. XLV, Madrid 1975, p. 8 y ss.

4. *Ibidem*, p. 10.

5. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 383.

6. *Ibidem*.

*factum, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis. De damno vero facto nihil edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare”.*

La *stipulatio damni infecti* o *cautio damni infecti*, regulación peculiar del daño y del resarcimiento en las relaciones inmobiliarias e independiente de la culpa, no estaba prevista en el *ius civile*, el cual consentía a cualquier propietario el más amplio ejercicio de su derecho y no atendía a los daños que del ejercicio de una actividad legítima pudiera derivarse para los vecinos. La preocupación por tales posibles consecuencias fue obra del pretor, quien con sentido humano tendía a conciliar el *strictum ius* con las exigencias de la equidad<sup>7</sup>. En Derecho romano la *cautio damni infecti* pertenece al elenco de aquellas estipulaciones impuestas por las partes por el pretor en virtud de su *imperium* y no ya como función jurisdiccional, con el fin de establecer una obligación que el derecho civil no sancionaba. Solo por el trámite de la *stipulatio cautionalis* se tenía acción por los daños, pues de las cosas inanimadas no surgía más que un derecho de retención sobre las ruinas o escombros<sup>8</sup>.

El modo de funcionamiento de la *cautio* partía de la facultad concedida al propietario o poseedor de un inmueble que temiera daños futuros por la ruina o las obras en el fundo vecino para acudir al pretor con el fin de que ordenara al dueño del edificio o de las actividades amenazantes el otorgamiento de una promesa mediante una *stipulatio* con el fin de indemnizarle todo posible daño futuro por su causa. Esta caución, como decimos, era necesaria porque de otro modo el dueño de la finca de la que se teme provendrá el daño, no responderá si tal daño se produce sin su culpa o dolo<sup>9</sup>. Si el daño llegaba a verificarse el perjudicado podía ejercitar la *actio ex stipulato* en la cual no era preciso probar la culpa.

Cuando el pretor consideraba que era procedente el otorgamiento de la promesa y el afectado se negara a hacerlo, se le confería al peticionario una *missio in possessionem* que le autorizaba para entrar en la finca, poseerla e inspeccionarla, coaccionando psicológicamente al dueño, pudiendo además realizar el eventual perjudicado las reparaciones necesarias en el edificio u obra ruinosa. El *missus in possessionem ex primo decreto* permanecerá en posesión de la cosa en tanto el demandado no preste la caución, de modo que si persiste en esta actitud, transcurrido un año y si todavía se negara a prestar la caución, el pretor podía otorgar una *missio in possessionem ex secundo decreto*, es decir, una autorización para poseer (*iussum possidendi*) por el cual el interesado podía tener la cosa en dominio bonitario y posesión civil que le habilitaba para usucapir. Tal situación hace imposible la concurrencia del *missus* con el propietario del

7. RADAELLI, U., *Il problema dei danni derivanti da immissioni*. In *tema di rapporti di vicinato fondiario*, Milano 1941, p. 16.

8. BUTERA, A., *Il Codice italiano, Libro della proprietà, Parte seconda*, Torino 1941, p. 626. El mismo autor añade que entre nosotros (con referencia al Derecho italiano) siempre que la ruina del edificio hubiera provenido de la falta de reparaciones o por un vicio en la construcción surge por obra de la propia ley sin necesidad de una preventiva estipulación entre las partes la obligación de resarcir los daños ocasionados por la ruina.

9. AMBROSIONI califica esta estipulación pretoriana, junto con el resto de las mismas, como remedios extraordinarios a las que los textos consideran equivalentes a las acciones. En el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección, el pretor recurrió a su *imperium* para compeler a estipular en los casos en que no había posibilidad de proteger una situación por otra vía. De esta forma el dueño que podía causar daño cuando un edificio amenazare ruina venía obligado, a instancias del eventual perjudicado, a prometer el resarcimiento, y si se negara a hacerlo, la sanción era la de conceder mediante la *missio in possessionem* el poder del vecino sobre el edificio en cuestión, pudiendo si el propietario no lo rescata, adquirirlo por usucapición. Vid. *El proceso romano*. Anales del Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, T. XXII, 1963.

inmueble o con quien lo estuviera ocupando en su nombre en virtud de un derecho sobre el bien, quienes podrán ser expulsados legítimamente por el *missus*<sup>10</sup>.

Obligado el estipulante a resarcir a través de la forma solemne de la estipulación, si el daño se verificaba dentro del periodo que el pretor había establecido, el daño podía accionar en base a la propia promesa realizada. Si por el contrario la caución no se prestaba el pretor otorgaba a quien tenía razón para temer el daño la detentación y custodia del inmueble del que provenía la amenaza y si aun así esto no era de utilidad, le concedía la posesión en los términos que hemos mencionado. Contra quien no prestaba la caución ni toleraba las otras medidas el pretor acordaba una acción como si la hubiera prestado.

La estipulación debe contener un plazo (*dies cautionis*) dentro del cual el estipulante queda obligado al resarcimiento en caso de producirse el daño, pues no cabe quedar obligado a perpetuidad por dicha estipulación. El pretor fija dicho término habida cuenta de las circunstancias y del daño que se teme pueda producirse. Vencido el plazo establecido en la caución, y perdurando todavía el riesgo, deberá darse otra de nuevo conforme al arbitrio del pretor. Ahora bien, si las partes no señalan de común acuerdo un término en la estipulación, podrá ejercitarse la correspondiente *actio ex stipulatu* en cualquier momento en que se incurra en ella, pero si el plazo no fue establecido por mero error, entonces al terminar el plazo ordinario que suele darse (*caveri solere*), el promitente debe solicitar al pretor su liberación<sup>11</sup>.

Así descrita la figura, su funcionamiento y razón de ser quedaron alterados en los Códigos civiles que la acogieron -así el Código alemán, el italiano o el Fuero Nuevo de Navarra-. Mientras que en el Derecho Romano el pretor, respecto a los daños temidos de finca vecina, y en virtud de su *imperium*, sólo estaba revestido para poder prescribir la *stipulatio cautionalis* pero no podía pronunciarse sobre la adopción de medidas materiales (como por ejemplo establecer que la cosa peligrosa se reparara con el fin de prevenir daños futuros), constituyendo la *cautio praetoria* el título de resarcibilidad, los Códigos que recogieron la institución mutaron este carácter meramente caucional ampliando los poderes del juez pudiendo el denunciante en determinadas circunstancias obtener un pronunciamiento por el que se ordene la adopción de medidas protectoras<sup>12</sup>.

## B) Elementos objetivos, subjetivos y formales

Dos hipótesis fundamentales abrieron el recurso en el Derecho romano a la *cautio damni infecti*: el daño temido proveniente de edificios o de otros objetos inanimados y el daño temido por una actividad del vecino. En efecto, aunque las fuentes hablaban de *vitium aedium*, *vitium loci* y *de vitium operis*, en realidad, quedando excluida la *cautio* por daños temidos por eventos o condiciones naturales de los terrenos, el *vitium loci* no se contemplaba por sí solo como factor para la estipulación, sino siempre junto al *vitium operis*. *Opus* por tanto, en la expresión *vitium operis* significa tanto la construc-

---

10. JIMÉNEZ SALCEDO, M. C., *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano*, Córdoba, 1999, p. 223 y ss. Para hacer efectivo su derecho a entrar a poseer el bien amenazante, tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto* disponían del interdicto *ne vis ei qui damni infecti missus erit*. El primero de ellos puede ejercitarlo contra el propietario del fundo y, en general, contra cualquier persona que se oponga a la *missio* decretada por el pretor. El segundo sin embargo sólo recurrirá al mismo para poder entrar a poseer, ya que como propietario bonitario tiene a su favor la acción Publiciana y los demás interdictos posesorios para defender su posesión. Por otro lado, cuando se hubiese producido el daño antes de que el *missus* hubiese podido entrar en posesión por habérselo impedido quien estaba obligado a prestar caución, aquél dispondrá de una *actio in factum* para conseguir la indemnización del daño, equiparando su cuantía a la que realmente se debería haber pagado si hubiese mediado la estipulación. Vid. también GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, I, Santiago de Chile 1996, p. 475.

11. BETANCOURT, "Recursos supletorios...", pp. 30-31.

12. BUTERA, *ob. cit.*, p. 627.

ción o instalación ejecutada en el fundo, como el *facere (in suo, in alieno, in publico)*. Aunque las fuentes no contemplaron específicamente el caso del *vitium operis* los ejemplos de caución por daño temido se encuentran en todo el Digesto<sup>13</sup>.

La condición objetiva que se requiere para que proceda la solicitud de caución es la existencia de un daño futuro, pero en el sentido no de una efectiva amenaza, bastando el simple temor de quien la solicita. Debe existir por tanto una situación de emergencia que exige prontitud en las medidas y ausencia de retrasos. Ante la posibilidad de que la petición de caución se instara de mala fe o por pura litigiosidad, el solicitante debe otorgar un juramento de calumnia (*iusiurandum calumniae*), es decir, el juramento de que no se solicita la caución más que por el temor serio de peligro y sin ánimo de vejar al vecino<sup>14</sup>. El daño temido debe ser naturalmente un verdadero daño es decir, la lesión de un derecho patrimonial o disminución patrimonial. Sufrir la sustracción de una mera ventaja de hecho no puede dar lugar a la pretensión de caución. Además, el daño debe amenazar *vitio aedium loci operis*. La expresión *vitium* designa en general un estado de hecho objetivo y tiende a excluir la culpa subjetiva, no pudiéndose entender, como hemos dicho, en el sentido de vicio o defecto<sup>15</sup>.

Especial interés presenta la concreción del temor de daño cuando la caución se pretende frente a una de las hipótesis que daba lugar a la caución: la realización de actividades por el vecino del las que se temiera por ellas mismas o por las consecuencias que de ella se derivaran que se podían producir daños en la finca contigua. Se trata por tanto de un temor que surge por el *facere* del vecino bien sea *in suo, in alieno* o *facere in publico*. Los casos de caución por un *facere in suo*, esto es, por la actividad ejercitada en el propio fundo, son los más importantes para la teoría de las relaciones de vecindad y en los que resultan más difícil apreciar el requisito del daño temido. En efecto, cuando la casa del vecino amenaza ruina sobre mi fundo (*vitium aedium*) o cuando el vecino me daña operando sobre mi propio fundo (*facere in alieno*) aunque sea legítimamente, la lesión de mi derecho es evidente. Pero cuando el vecino se atiene a los límites de su fundo y ejercita una actividad en el campo que a él le está jurídicamente reservado parece que no debería desencadenarse ninguna responsabilidad ni aun la eventual derivada de la caución -salvo en el caso de violación de limitaciones especiales-. Ante la falta de un criterio claro deducible de las fuentes, BONFANTE recurre a la conocida diferencia entre lesión de derecho y lesión de mero interés. Si la actividad ejercitada por el vecino en su propio fundo influye sobre el mío de tal forma que influye en su integridad y penetra en mi esfera jurídica entonces estaremos ante la lesión de un derecho; si por el contrario la actividad del vecino me priva de ventajas externas (vistas, agua que fluía y ya no fluye...) entonces para el Derecho romano estamos ante la lesión de un mero interés. El campo de la *cautio damni infecti* en este aspecto *facere in suo* es el de la lesión temida de un derecho<sup>16</sup>.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos, la persona legitimada para exigir la caución en origen era el propietario de la cosa amenazada. Sin embargo, posteriormente la postulación de la caución se admitió no sólo a favor de los titulares de derechos reales sobre la cosa, sino también a favor de los que gozan del inmueble amenazado en virtud de un derecho personal, experimentándose una gran ampliación en orden a esta legitimación en el Derecho justiniano. Por otro lado, el solicitante de caución no estaba sujeto a justificar el temor del daño que lo amenaza ni tampoco a dar en el acto de solicitud la prueba de su derecho; sólo debe probar la relación jurídica en base a la cual hace petición de caución y a proporcionar el juramento de calumnia<sup>17</sup>.

13. RADAELLI, *Il problema dei danni...*, pp. 16 y 17.

14. JIMENEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 221 y BETANCOURT, "Recursos supletorios...", p. 30.

15. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 398.

16. *Ibidem.*, pp. 402-403.

17. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, pp. 220-221. La ampliación del círculo de legitimados para postular la *cautio* se debió al parecer a la obra de los compiladores, de forma que ya en el Derecho justiniano es cuando la misma adquiere una legitimación extensa, vid. BONFANTE, *Corso...*, p. 404.

En cuanto a las personas obligadas a dar caución debe distinguirse el daño temido por un *facere* (*vitium operis* en el sentido de actividad) y el daño temido por *vitium aedium* (*operis* en el sentido de construcción). En la primera hipótesis está sujeto a dar caución el contratista o en general el que ejecuta la obra o la actividad ya que como veremos la sanción ante la negativa en esta hipótesis es pura y simplemente la prohibición de realizar la obra con lo que, p. ej. el inquilino que ejercita una industria peligrosa pueda estar obligado a la caución. El propietario estará sujeto a la caución cuando la actividad se pueda reconducir a su voluntad, así cuando es este sujeto el que encomienda u ordena la actividad o cuando la permite expresamente o no la ha impedido pudiendo impedirlo<sup>18</sup>.

En los supuestos de *cautio vitium aedium* quien viene obligado a la caución es el propietario aunque sea un nudo propietario gravado con usufructo o superficie. De la fuentes parece que resultan obligados a prestar la caución los titulares de *iura in re aliena* o por lo menos de derechos similares a la propiedad, como el poseedor de buena fe, el superficiario, el usufructuario, el acreedor pignoraticio..., no así lógicamente el titular de una servidumbre. Sin embargo, aquellos que prestan caución en lugar del propietario no son propiamente obligados de cara a quien la exige. Sólo indirectamente están obligados a prestarla en cuanto no obediendo el propietario a la orden o al mandato, ni ofreciéndose ellos a la sustitución del propietario, el procedimiento de las *missiones* frente al propietario les va a repercutir a ellos privándoles del ejercicio de su derecho. Son por tanto personas interesadas en dar la caución. Pero aunque de cara a quien exige la caución el obligado principal sea sólo el propietario, pudiendo las otras personas mencionadas proceder a su prestación en sustitución del mismo, las cosas se configuran de forma diversa en las relaciones entre el propietario y los titulares de derechos reales. Aquí la obligación a la caución se regula según la regla de distribución de la obligación de reparación. Si el edificio amenaza ruina por un defecto de reparación ordinaria, el propietario puede impedir al usufructuario el ejercicio de su derecho si no presta la caución al tercero; si no presta la caución el propietario por un defecto que deriva del defecto de reparaciones extraordinarias, el derecho del propietario se transfiere al usufructuario. Lógicamente el propietario o el usufructuario podrán resarcirse el uno del otro si han debido resarcir el daño como consecuencia de la *cautio* efectuada o han sufrido otro perjuicio, y siempre en la medida en el que a cada uno compete la obligación de reparación<sup>19</sup>.

En principio las estipulaciones pretorias pueden consistir, o bien en una promesa verbal llevada a cabo por aquél a quien se le ha exigido la caución, llamada *reprommissio*, o bien en una promesa con garantía llamada *satisdatio*. En el fragmento de Ulpiano en el que se recogen ambas formas (D. 39,2,7) se expone asimismo que la *reprommissio* viene exigida exclusivamente al que actúa en nombre propio, mientras que quien promete *nomine alieno* debe además dar garantía, es decir, realizar la *satisdatio*<sup>20</sup>.

18. BONFANTE, *Corso...*, pp. 405 y ss.

19. *Ibidem*, p. 409.

20. JIMENEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 222. Más ampliamente BETANCOURT, "Recursos supletorios...", pp. 23 y ss. Por su parte, ARNDTS explica cómo la eventualidad de una ofensa daba lugar a especiales medidas jurídicas para asegurar el modo de hacer valer en el futuro los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que pudieran corresponder. Tales medidas –cauciones en sentido lato– podían adoptarse mediante actos jurídicos privados –cauciones en sentido estricto–, las cuales proporcionan una mayor seguridad en relación al fundamento jurídico y abren así la vía a hacer valer el derecho en juicio cuando fuera necesario (cauciones verbales) o bien se presentan junto a un medio que asegure el cumplimiento, una caución real. Las cauciones verbales tomaban vida o por medio de un contrato (*reprommissio* con la forma de una estipulación de donde surgía la *actio ex stipulatu*) o mediante una promesa reforzada por juramento que obligaba más fuertemente al promitente al menos en su conciencia, denominada caución *juratoria*, cfr. *Trattato delle Pandette*, T. I., versión italiana, 3ª ed, Bologna 1877, rist. 1981, p. 178.

### C. La negativa al otorgamiento de la cautio

Al describir el modo de funcionar de la *cautio*, hemos visto cómo la actitud renuente del vecino a obligarse mediante la *stipulatio* a resarcir los eventuales daños que se temen es remediada por el pretor recurriendo en último extremo al expediente de las *missiones*.

Sin embargo, es fácil deducir que en los supuestos de *vitium operis* es imposible recurrir a la *missio in possessionem* por la sencilla razón de que cuando alguien realiza una actividad para la que se requiere necesariamente la estipulación de daño temido, no hay nada que poner en posesión del demandante. En estos casos en concreto en los que está presente un *facere* o un *immittere in alieno* que son los que afectan mayormente a las relaciones de vecindad, la opción que tiene el que teme verse perjudicado por la realización de la actividad es ejercer el *ius prohibendi*, es decir, impedir que aquélla se lleve a cabo<sup>21</sup>.

En efecto, BETANCOURT explica cómo cuando el motivo por el cual se exige la caución no es el estado defectuoso de la cosa (*vitium aedium* o *operis iam factum*) sino una actividad inacabada, sin un resultado material (*facere*), no es posible proceder al procedimiento cuasiexpropiatorio de la *missio*. En unos casos, esa actividad peligrosa se desplegará en un fundo ajeno y el propietario del mismo podrá oponerse a tal iniciativa si no se le da caución por tal actividad lícita. En el Digesto se encuentran diversos pasajes en los que se observa tal proceder, así por ejemplo en los interdictos ejercitados con el fin de prohibir que se impida hacer reparaciones en el camino, cloaca, o acueducto, o aquel que impide se prohíba recoger los frutos que caen en el fundo vecino o para recuperar las cosas que la corriente trasladó a fundo ajeno. Pues bien, todos estos interdictos no pueden prosperar si el demandante no ofrece la *cautio damni infecti* al demandado. La *cautio* funciona aquí como presupuesto para realizar el *facere in alieno* y no como recurso supletorio; si la *cautio* no se da se obstaculiza que quien quiera realizar el *facere in alieno* pueda realizarlo, impidiéndolo simplemente por el *ius prohibendi* que tiene el propietario del inmueble en el que el vecino pretende actuar.

En otros casos, en fin, la actividad (*operis*) de la que se prevén daños futuros será una actividad que se despliega en el propio fundo del vecino (*facere in suo*). En tal caso el vecino eventualmente afectado no podrá ejercitar directamente el *ius prohibendi* y, negándose quien despliega la actividad dentro de su confines a prestar caución, no queda otra vía de salida a quien la solicita infructuosamente que recurrir a otros medios pretorios supletorios de la caución, como son la *novi operis nuntiatio* y en su caso el interdicto demolitorio<sup>22</sup>. En estos supuestos la *cautio damni infecti* que puede otorgar quien con la actividad ejercitada en su propio inmueble ocasiona un riesgo funciona de manera sustitutiva, evitando que el perjudicado recurra a otros medios o mecanismos jurídicos más drásticos cuyo efecto será el de la paralización de la actividad peligrosa. A quien actúa *in suo* con previsible daño para el vecino se le da así la posibilidad de evitar la paralización de su actuación que se conseguiría con los interdictos si se aviene a otorgar la *stipulatio* de que indemnizará en caso de que el daño finalmente se materialice. Se observa en estos supuestos el especial influjo coercitivo o persuasor de la *cautio* en este tipo de relaciones de vecindad pues ante la “amenaza” de que el perjudicado pueda lograr la paralización de las actividades, el interpelado preferirá continuar con las mismas aviniéndose al otorgamiento de la misma.

21. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 224.

22. “Recursos supletorios...”, *cit.*, pp. 91 y ss.



### III. LA CAUCIÓN POR EL DAÑO TEMIDO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS

La *cautio damni infecti* no tuvo un feliz destino en el Derecho codificado. Por lo que se refiere a la ruina de los edificios –la parte vital o nuclear de la *cautio* que fue trasladada a los Códigos en términos distintos a los del Derecho romano– la tutela administrativa y la intervención directa de la autoridad judicial para imponer la reparación provocaron en parte la inutilidad del recurso a la misma; en cuanto a la *cautio* por un *facere* la misma no prosperó, y cuando las necesidades acuciantes para hacerles frente empezaron a despuntar con el surgir de la gran industria era demasiado tarde para resucitar el instituto romano con el mismo sentido que tenía<sup>23</sup>.

Sólo los Códigos italiano y alemán resucitaron la *cautio* aunque con una estructura y función que en nada responde a la institución romana. Ello se debió por una parte a que los Derechos codificados vinieron a establecer una obligación legal de resarcimiento por los daños causados por la ruina de un edificio cuando se hubiera producido por la falta de reparación o por un vicio de la construcción, de manera que la caución no podía servir ahora más que como remedio subsidiario. Por otro lado, el papel del poder jurisdiccional se concibe alejado de aquél antiguo *imperium* del pretor y alejado también de la concepción dominical romana en la que no cabía una prohibición *a priori* de actividades concretas. A la labor del juez se le adjudica la posible imposición de adoptar medidas específicas a quien perturba el ejercicio de los derechos del vecino, a lo que se suma el establecimiento de una serie de límites legales concretos al ejercicio de los derechos sobre inmuebles. Por último, debe tenerse en cuenta el reconocimiento a favor de la Administración del poder de intervención ante determinados hechos (ruina de edificios) y actividades de los usuarios de inmuebles que perjudican el interés general así como la posibilidad de reaccionar ante ellos. La suma de todos esos factores produjo una nueva caracterización de la caución por el daño temido, que bajo la terminología de los Códigos se conoce como “denuncia de daño temido”<sup>24</sup>.

#### A) Derecho italiano

El Código italiano de 1865 en su art. 699 disponía que “*quien tenga razonablemente motivo para temer que de cualquier edificio, árbol, o de otro objeto amenace un peligro de un daño grave y próximo a un fundo que él posee, tiene derecho a denunciar el hecho al juez, y a obtener, según las circunstancias que se provea para obviar el peligro o se ordene al vecino a dar caución por los daños posibles*”.

Es en lo que se refiere a los efectos de la “nueva” caución en lo que se observa la sustancial diferencia con la figura que recogió Ulpiano (D. 39,2) Propiamente en lo que ahora recibe el nombre de denuncia de daño temido, la parte no se dirige al juez para obtener la caución, sino que como el precepto expresa denuncia el hecho al juez, esto es, advierte del peligro y solicita un remedio. Es una facultad del juez, según las circunstancias, el proveer la medida que estime oportuna para obviar el peligro o de obligar al vecino a una caución. En el primer caso estamos absolutamente fuera de la clásica *cautio damni infecti* ya que ahora el juez puede obligar a que se restaure de alguna manera el edificio o se asegure el objeto evitando la ruina o el peligro<sup>25</sup>. Pero también en el

23. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 426, RADAELLI encuentra una explicación a la desaparición de la caución por *vitiū operis* en el hecho de que en el Digesto la misma carecía de una *sedes materiae*, siendo menos explícita y aparente para los intérpretes medievales, *Il problema dei danni...*, p. 17.

24. El término “denuncia” para referirse a las figuras contempladas en el Código italiano denuncia de obra nueva y denuncia por daño temido (arts. 1171 y 1172) se debe a que el acto que introduce la demanda ante el juez recibe el nombre de denuncia y de tal acto procesal se traslada el sustantivo a la institución de Derecho sustantivo que la justifica, vid. SACCO y CATERINA, *Il possesso*, Milano 2000, p. 431.

25. RADAELLI, *ibidem*, p. 627.

26. BONFANTE, *Corso...*cit., p. 427-429.

segundo caso –imposición de la caución– el Derecho italiano deja de aplicar los conceptos de la *repromissio* o de la *satisdatio* y no establece una distinción legal entre los que prestan caución *suo nomine* o *alieno nomine*. Será el juez el que determina la naturaleza y la entidad de la caución, pudiéndose llegar incluso a decretar la constitución de una hipoteca sobre el inmueble, dependiendo de la valoración del peligro y de los eventuales daños, de su naturaleza, etc. y decidirá de forma distinta según el objeto amenazado sea de poco o mucho valor. También las consecuencias de la negativa a prestar la caución son diversas pues no cabe ya la *missio in possessionem*, sanción inspirada en las ideas romanas sobre ejecución y absolutamente ajenas a las del Derecho codificado, sino que el juez podrá ordenar directamente la ejecución de los trabajos necesarios, la demolición del edificio amenazante de ruina o la prestación de la caución.

La *cautio vitio aedium* del Derecho italiano no fue -ni en el Código de 1865 ni en el de 1942- la *cautio* romana en cuanto que en ésta era la promesa de resarcir la que hacía surgir la obligación (faltando toda referencia legal a ello), mientras que en el Derecho italiano es siempre una garantía que refuerza la obligación legal. Pero sobre todo el elemento más llamativo es que la institución originaria aparece mutilada en una de sus partes esenciales: *vitium operis*, es decir, la caución ante un *facere in suo, o in alieno*<sup>26</sup>.

El Código italiano de 1942 introdujo alguna matización en la dicción literal del art. 699 del *Codice* de 1865. El art. 1172 del actual Código establece que “ *el propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor que tenga razón para temer que de cualquier edificio, árbol o de otra cosa se produzca un peligro de daño grave y próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea el caso, ordenará garantías idóneas para los daños eventuales*”.

La nueva redacción amplió la legitimación activa para interponer la denuncia por daño temido haciéndola extensible a quienes por cualquier título exploten o disfruten el inmueble del que proviene la amenaza, pues así se deduce de la mención a los poseedores del inmueble; dicha ampliación sin embargo había sido ya realizada por obra de la doctrina y de la jurisprudencia recaída bajo la vigencia del Código anterior<sup>27</sup>. Junto a ello la novedad más importante a nuestros efectos es que la obligación de prestar caución no se plantea como alternativa a la de adoptar medidas que remedien la amenaza sino como medida que el juez puede acordar junto a la de la adopción de tales medidas; se trata por tanto de un refuerzo a la principal consecuencia que el precepto prevé<sup>28</sup>.

## B) El Derecho alemán

En el Derecho alemán se recoge asimismo una figura prácticamente igual a la del Derecho italiano en el § 908 BGB. “*Si una finca se ve amenazada por el peligro de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra instalación que está unida a la finca adyacente o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario puede exigir de la persona, que en virtud del § 836, 1 o de los §§ 837 y 838 sería responsable de los daños causados, que realice las previsiones necesarias para evitar el riesgo*”.

Este precepto concede al propietario que pueda sufrir un daño una protección preventiva que poco recuerda ya a la *cautio damni infecti* del Derecho común. Si aun no ha ocurrido ningún daño pero amenaza derrumbarse una casa o desprenderse una

27. Vid. SEGRÉ, G. y MONTEL, A., *Il possesso*, Torino 1956, pp. 409 y ss., RADAELLI, *ob. cit.*, pp. 16 y ss. y BUTERA, A., *Il Codice civile italiano...* cit., pp. 622 y ss.

28. Ha de tenerse en cuenta que el propio *Codice* en su art. 1179 deja al obligado a garantizar los daños temidos en libertad para elegir la forma que puede adoptar la misma: “ quien esté obligado a dar una garantía sin que sea hayan determinado el modo y la forma, puede prestar a su elección una garantía idónea real o personal, o cualquier otra cautela suficiente”

parte de la misma, el propietario de la finca amenazada puede exigir que se tomen medidas dirigidas a finalizar el estado de riesgo. Esta pretensión (a la cual es semejante el § 907 BGB<sup>29</sup>) no ampara en exclusiva, y a pesar del tenor literal del precepto, al titular dominical de la finca amenazada, Explica WOLFF que si bien tal pretensión es contenido de la propiedad, en realidad el objeto de la posesión es en cuanto a su extensión perfectamente idéntico al objeto de la propiedad, y cabe también atribuir al mero poseedor desde el punto de vista de la protección de la posesión, el derecho a exigir que se ordenen aquellas las medidas de previsión de la norma<sup>30</sup>.

En el lado pasivo de la exigencia de prevención se encuentra el obligado a la indemnización, no necesariamente el propietario de la finca vecina. Por lo tanto, el deber de tomar las medidas materiales no es contenido de la propiedad sobre la finca que amenaza el daño (si bien pertenecen al contenido de esta propiedad el deber de tolerar que se tomen estas medidas) Si sin varios los obligados (por ejemplo el poseedor y aquel que haya tomado a su cargo las reparaciones, el nudo propietario y el usufructuario, o bien son varios los poseedores) responderán todos como deudores solidarios.

La pretensión del § 908 no coloca al usuario amenazado por la ruina o derrumbe en posición de elegir cuál de las medidas posibles de prevención ha de adoptarse en concreto, de forma que entre las varias medidas eventuales que sean igualmente adecuadas, elegirá aquel a quien corresponde ejecutarlas. La solicitud dirigida a hacer cesa la amenaza, como facultad que es, no está sujeta a plazo de prescripción<sup>31</sup>.

Es interesante observar cómo en el Derecho alemán existe una estrecha ligazón entre la responsabilidad civil que se desencadena por la caída o derrumbamiento de edificios (§§ 836-838) y la exigencia de prevenciones (§§ 907 y 908) En efecto, si un edificio u otra construcción se derrumba a consecuencia de un vicio de construcción o por falta de conservación, o si se desprenden partes de una obra y se causan daños en una cosa surge para las personas señaladas en los §§ 836-838 BGB (poseedor de la finca, titulares de derecho de aprovechamiento... etc., según sea el caso) la obligación de indemnizar. Esta obligación de indemnizar exige la presencia de factores concretos en cuanto a su origen (vicio de construcción o falta de conservación) faltando los cuales si el edificio o construcción se derrumbare no existiría obligación de indemnizar en virtud de estos parágrafos. Pues bien la misma idea de que de alguna manera el elemento humano de la falta de diligencia es el desencadenante de la responsabilidad, inspira también la institución del § 908, institución que cobra aquí un eminente significado preventivo, pues la exigencia de prevenciones necesarias para evitar el daño no es independiente de las causas que han llevado a que el edificio se encuentre en estado de ruina o deterioro. No puede decirse por tanto que estemos ante una fuente autónoma de responsabilidad sino más bien ante un modo de evitar que surja precisamente la responsabilidad civil, sin embargo dicha norma no se enmarca dentro de unos parámetros propios y diferentes a los de los § 836-838 BGB en la medida en que no puede solicitarse la adopción de medidas preventivas más que frente al obligado a la eventual indemnización, siendo además preciso para solicitar la adopción de tales medidas la demostración de los hechos constitutivos de la responsabilidad futura.

A diferencia del precepto paralelo del Derecho italiano para nada alude el BGB a la posibilidad de exigir un aseguramiento o garantía de los daños futuros. El Derecho

---

29. § 907: "1. El propietario de una finca puede exigir que en un terreno adyacente no se establezcan ni mantengan instalaciones de las cuales ha de preverse con seguridad que su existencia o uso dará como resultado una interferencia prohibida en su finca. Si una instalación satisface las disposiciones de las leyes territoriales, que prescriben una distancia determinada desde el lindero o de otras medidas de protección, la eliminación de la instalación no puede exiirse hasta que aparezca la interferencia prohibida. 2. Los árboles y arbustos no entran dentro de la categoría de instalaciones en estas disposiciones"

30. WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, T. III, vol 1º, cit., p. 357.

31. *Ibidem*.

alemán se limita en este sentido a la exigencia de medidas materiales. Junto a ello, la medida ante amenazas provenientes de finca vecina del Derecho alemán se liga expresa y exclusivamente al derrumbamiento de casas u otros edificios anejos o al desprendimiento de alguna de sus partes, es decir, se conecta en exclusiva al *vitium aedium*, en similar sentido que el § 907, de forma que este ordenamiento dejó sin regulación preventiva los riesgos de daño por actividades del vecino, es decir, los provenientes de un *facere*.

#### IV. LA CAUCIÓN DE DAÑO TEMIDO EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA

##### A) En general

El ordenamiento civil navarro contiene una específica norma que viene a sumarse a la regulación de las inmisiones de la ley 367 a) FN a la que en cierto sentido complementa, a la vez que introduce un instrumento peculiar de protección frente a los riesgos por derrumbamiento de edificios y caídas de árboles. Se trata del párrafo 2º de la ley 351 FN: “*Cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de otra vecina y no se imponga por la Administración la reparación del posible perjuicio, el propietario que tema aquél daño puede exigir del poseedor de la otra finca una garantía de indemnidad*”. Con relativa fidelidad retoma la institución de la *cautio damni infecti* romana si bien con peculiaridades propias.

Aunque esta norma se coloca en el mismo precepto que establece la prohibición de alterar el curso de las aguas (ley 351, par.1), el legislador no quiso dar a ambos preceptos una unidad en el sentido de legitimar exclusivamente al amenazado por un daño proveniente de finca vecina cuando tal daño proviniera de una alteración de cauces. Es significativo el ladillo que acompaña a todo el precepto -incluyendo ambos párrafos-: *Perjuicios provenientes de finca vecina*. Ello lleva a pensar que la exigencia de garantía del 2º parr. tiene una autonomía y generalidad respecto al primero -el cual no deja de ser una mera prohibición o límite a las facultades del poseedor de inmuebles- y que cobra relevancia ante cualquier tipo de peligro que se anuncie y cuyo origen sea el inmueble de un vecino. Puede decirse que bajo la denominación genérica dada al precepto no hubo sino intención de unir un tipo de perjuicio posible por actuaciones del poseedor de finca, dándole un sentido negativo de prohibición, con una institución aplicable a cualquier tipo de situación amenazante que pueda surgir en las relaciones de vecindad. No otra cosa demuestran las notas a la ley 352 de la Recopilación Privada, precedente de la actual ley 351: “se deja constancia en este ley de la vigencia de la *actio aquae pluviae arcendae* romana, Dig. 39,3 (...) y de la *cautio damni infecti*, D. 39,2” Dos figuras diferentes por tanto recogidas en un mismo precepto.

Frente a la ubicación que hubiera parecido más correcta, sobre todo en lo que se refiere a la prohibición de modificación de los cauces del par. 1º, el Fuero no coloca el precepto a examen dentro de las “*Limitaciones de la propiedad*” (Cap. II, Tit. I, Lib. III) sino en el Cap. I (*Principios generales*) del mismo Título (*De la propiedad y posesión de las cosas*) Esta colocación sistemática de la *cautio damni infecti* en el Fuero evidencia que la figura se relaciona con la protección abstracta que merece quien en el uso de una finca se ve amenazado por un peligro derivado del inmueble vecino (no necesariamente colindante) De esta forma la facultad para “exigir una garantía de indemnidad” sobre la que gira la norma tiende a articular con carácter subsidiario un sistema preventivo de conflictos en las relaciones vecinales, las cuales no tiene porqué ceñirse a la propiedad de las fincas sino que pueden producirse entre quienes por cualquier título disfruten o usen un inmueble.

Por otro lado, la denuncia o caución por daño temido viene a colocarse detrás de la regulación de la denuncia de obra nueva (ley 350). Se sigue así la misma idea sis-

temática que se refleja en el Código italiano en el que ambas denuncias reciben su tratamiento legal y simultáneo tras el que recibe la posesión en general.

## B) Caracteres y presupuestos de la institución

Son varias las notas estructurales sobre las que el legislador navarro ha construido la *cautio* que examinamos. De algunas de ellas se derivan además los requisitos objetivos que deben concurrir para que proceda la obligación de prestar una garantía de indemnidad en las relaciones entre fundos.

### a) *Remedio subsidiario*

En primer lugar, estamos ante un remedio subsidiario: la garantía de indemnidad sólo podrá ser exigida cuando la Administración no haya impuesto la reparación de la causa del posible perjuicio. Si en el ejercicio de su poder de control, la Administración local ordena determinadas medidas de prevención de posibles daños, el propietario que teme (o temía) el riesgo en su finca perderá su derecho a exigir la caución en la medida en que el riesgo de producción de aquéllos ha desaparecido merced a tal actividad administrativa. Ello, claro está, siempre que el obligado a adoptar las medidas las hubiera cumplido. Si aun habiéndose adoptado las medidas impuestas administrativamente el propietario las estima insuficientes y alberga un temor fundado de producirse daños previsibles en su finca, conservará su derecho a solicitar la garantía de la eventual indemnización.

Parece lógico sostener que ante la petición de caución, el que la pretenda deberá acreditar haber intentado por vía administrativa la solución del origen del riesgo de daños, o bien acreditar que ante la actuación de oficio de la propia Administración el resultado ha sido la persistencia de la causa que previsiblemente originará daños, ya sea por la actitud renuente del denunciado o porque la Administración haya considerado que no procede imponer medidas a éste.

La Ley Foral 35/ 2002 de 20 de diciembre de Ordenación del Territorio y Urbanismo en sus arts. 195 y 196 contemplan la competencia de la Administración local para la adopción de medidas a adoptar por los administrados en el uso de los inmuebles, preceptos que deberán tenerse en cuenta a la hora de intentar la pretensión que acorde la ley 351,2 FN.

Art. 195: Ordenes de ejecución “1. *El Ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, podrá dictar órdenes de ejecución que obligarán a los propietarios de bienes inmuebles a realizar las obras necesarias para el cumplimiento de los deberes de uso, conservación y rehabilitación y del deber de adaptación al ambiente establecidos en los artículos 87 y 88 de esta Ley Foral.* 2. *Las órdenes de ejecución deberán detallar con precisión las obras a ejecutar y el plazo para realizarlas; durante dicho plazo, los propietarios podrán proponer alternativas técnicas, instar razonadamente una prórroga, así como solicitar las ayudas económicas a las que tenga derecho.* 3. *El incumplimiento de una orden de ejecución faculta al Ayuntamiento para proceder a su ejecución subsidiaria, o para imponer multas coercitivas hasta doce sucesivas por periodos de un mes y en cuantía de 600 a 6000 euros, hasta el límite del deber legal de conservación. En todo caso, transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, la Administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente las obras ordenadas con cargo al obligado”*

Art. 196 Declaración de ruina “1. *Cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso, el Ayuntamiento de oficio o a instancia de cualquier interesado, declarará esta situación y adoptará, previa audiencia del propietario y de los moradores y, en su caso, de conformidad con las previsiones del planeamiento, las*

*medidas necesarias para asegurar la integridad física de los ocupantes y de terceras personas. 2 Se declarará el estado ruinoso en los siguientes supuestos: a) Cuando el coste de las obras necesarias sea superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas, excluido el valor del terreno. B) Cuando el edificio presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales. C) Cuando se requiera la realización de obras que no pudieran ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación. 3. Si el propietario no cumpliere lo acordado por el Ayuntamiento lo ejecutará éste a costa del obligado. 4. Si existiere urgencia y peligro en la demora, el Alcalde, bajo su responsabilidad, por motivos de seguridad, dispondrá lo necesario para asegurar la integridad física de los ocupantes y de terceras personas. 5. Las edificaciones declaradas en ruina deberán ser sustituidas o rehabilitadas conforme a las previsiones del planeamiento en el plazo establecido por éste. Agotados dichos plazos sin que el particular solicite licencia para la actuación correspondiente, la Administración sancionará el retraso con arreglo a esta Ley Foral”.*

El condicionamiento de la vía civil prevista en la ley 351,2 del Fuero a la previa actuación de los poderes de la Administración puede colocar al peticionario de la *cautio* en una situación de desequilibrio, pues siendo la base fáctica de la norma civil la existencia de una amenaza de daño, ha de intentar previamente que en virtud de acto administrativo sea obligado el causante del riesgo a cesar ese estado de cosas, de forma que en tanto se tramita dicha actuación queda cerrada la vía civil de este precepto, y en ese lapso de tiempo el daño anunciado puede haberse ya manifestado. Quizá pudiera entenderse que la ley 351,2 FN sólo condiciona la admisión de la *cautio* a una actuación de oficio de la Administración y que el afectado por el riesgo no tiene que instar previamente una determinada actuación de la Administración competente. Esta lectura del precepto obviaría los retrasos y disminuiría los casos en que pudiera producirse la efectividad del daño anunciado. Sin embargo, no parece que sea el espíritu de la norma el que permita sostener tal interpretación. Al declarar la ley 351,2 que el propietario “*puede exigir una garantía de indemnidad*” cuando “*no se imponga por la Administración la reparación de la causa del posible perjuicio*” manifiesta que la subsidiariedad de la medida civil se produce siempre, exigiendo por tanto también al afectado que excite previamente dicha actuación, máxime cuando en muchos casos la Administración sólo tendrá medios de conocer la situación a través de la petición del interesado.

La configuración de este mecanismo como una vía secundaria de prevención en relación a los poderes ejecutivos de la Administración es novedosa. Ni el Derecho italiano ni el Derecho alemán condicionan la exigencia de medidas de prevención a una previa actuación administrativa, sino que, al contrario, lo conciben como medio directo para exigir que el juez acuerde contra quien ocasiona el riesgo la orden material de prevención. Salvadas las evidentes diferencias, la ley 351,2 se acerca más a la estructura de la *cautio damni infecti* del Derecho Romano en el sentido de que la obligación de garantizar a quien está expuesto al peligro sólo se adoptaba cuando las medidas de *missio in possessionem* no daban el resultado coercitivo esperado. En el Fuero la obligación de dar garantía de indemnidad sólo procede cuando fracasan –por insuficiencia, desobediencia...– las medidas impuestas por la Administración competente, que actuaría en tal sentido *simili modo* a las medidas impuestas por el pretor, o cuando se produzca una inactividad administrativa.

La exigencia que la ley 351,2 FN contiene respecto a la intervención previa de los poderes de la Administración puede tener su explicación en los arts. 389 y 390 CC que, ante el incumplimiento por el demandado de la obligación que tales preceptos imponen de proceder al derribo de las edificaciones que amenacen ruina o de los árboles que amenacen caída, establecen la obligación de la Autoridad de proceder a tales actuaciones a costa del demandado. Frente a la actuación *a posteriori* de la Administración prevista en el Código, la normativa del Fuero diseña tal intervención en un momento anterior; es la Administración local la que ha de ordenar la eliminación del

riesgo y sólo cuando ésta no actúa o sus medidas son insatisfactorias es cuando el vecino que teme el daño puede pretender la caución.

### *b) Campo o ámbito de aplicación*

En clara diferencia con los ordenamientos que recogen una institución similar, la solicitud de que el vecino que coloca al inmueble del peticionario en riesgo de daños garantice la eventual reparación procede no sólo cuando un edificio o construcción, instalación o plantación amenace ruina, derrumbamientos o caídas, sino también frente a toda actividad del vecino en el ejercicio de su derecho, ya la realice sobre su fundo (*facere in suo*) como sobre el del vecino (*facere in alieno*) o sobre el suelo público. Se acoge así la amplitud que el Digesto dio a la figura en examen y que abarcaba tanto el *vitium aedium* como el *vitium operis*.

El Fuero no se aparta de esa amplitud, la cual queda recogida en la expresión “*cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de otra vecina...*”. La dicción transcrita suscita varios aspectos interesantes. El primero de ellos se refiere a la causa última que da origen al temor de daño. De muchas maneras puede surgir la posibilidad de un daño futuro, no sólo en lo que se refiere al objeto que la causa (edificio en riesgo de derrumbamiento por su estado, peligro de desprendimiento de tejado, árbol cuya rama quebrada caerá en la finca contigua, instalaciones eléctricas o depósitos de combustible en mal estado que generan una posibilidad de incendio...) o a la actividad que ocasiona dicha posibilidad (actividades que provocan vibraciones y riesgo para las estructuras de la vivienda contigua, labores de riego que por su carácter incontrolado o por la situación de los terrenos puedan producir embalsamientos en el inmueble del vecino...), sino también en cuanto al comportamiento humano que ha hecho que el riesgo esté presente. Es indiferente a los efectos de la ley 351,2 FN la valoración de la conducta del poseedor de la finca de la que proviene el riesgo, pues no se trata de una medida que se imponga a quien con su culpa o negligencia ha llevado a que el objeto, por carecer de la conservación propia, amenace con su destrucción, o a quien pone en práctica un determinado uso en su finca arriesgando la finca vecina. Frente al § 908 BGB que no es sino un modo de obligar a quien civilmente respondería de los daños por los derrumbamientos a que los evite antes de que se produzcan, la *cautio damni infecti* de la ley 351,2 FN puede exigirse en cualquier caso de temor de daño sin necesidad de demostrar la ilicitud de la conducta, la culpabilidad o la falta de adopción de las medidas adecuadas al caso, la superación del criterio de licitud impuesto por la regla de inmisiones (ley 367 a), la intencionalidad en la creación del estado de riesgo... Es suficiente el temor de daño sin tener que demostrar la fuente –como conducta humana originadora– del mismo. Basta con que “*de algún modo*”, de cualquier modo, exista un peligro de daño. A ello atiende la norma y así se concibió en el Derecho Romano en el que la *cautio* surgió precisamente para hacer surgir una obligación de resarcir por el mero hecho de la *stipulatio* realizada y con independencia de la conducta de quien originó el peligro.

Además, la determinación del ámbito material al que la pretensión de la ley 351,2 FN da cobertura exige la presencia, tal como se afirma en la norma, de un temor de daño, elemento que junto con la apreciación del estado amenazante y la inactividad administrativa son los pilares fácticos de la norma. Para exigir al poseedor de la finca que garantice la posible indemnización deberá existir además de un peligro constatado, un temor de perjuicios en la finca del solicitante. El miedo a que sean irrogados daños precisamente en el inmueble de quien insta la caución no deja de ser un factor subjetivo, variable según las personas y cuya valoración exigiría una ponderación de las circunstancias personales de quien lo alegue. Sin embargo, creo que este elemento ha de ser entendido en un significado objetivo y ello por dos razones. Por un lado por la propia dicción literal del precepto, el cual no predica el miedo del solicitante de la caución sino que se expresa en términos impersonales (*pueda temerse*) con lo que se refiere a

un concepto de miedo o temor objetivizado, a una situación en la que para cualquiera se suscitaría una previsión de lesividad en la finca vecina o contigua. Por otro lado, entender el miedo en un sentido puramente subjetivo o personal acarrearía consecuencias injustas, dando entrada a abusos y a la existencia de otorgamientos de cauciones solicitadas arbitrariamente. El temor ha de derivarse de una valoración objetiva y quizá el precepto ha omitido el calificativo de “justificado” o de “fundado” para definir cuál ha de ser la hipótesis de la norma. Así se previó ya en el Derecho romano en el que si bien es cierto que el solicitante no estaba sujeto a demostrar el temor ni la prueba de su derecho sobre la finca, se le exigía el *iusiurandum calumniae* o juramento de no proceder de mala fe o con simple espíritu de litigiosidad. En el Derecho navarro no cabe la exigencia de dicho juramento, pero debe interpretarse la exigencia de temor de tal forma que queden cerradas las puertas a cauciones exigidas sin justificación, aventuradas o caprichosas.

No bastaría la simple alegación del solicitante de la caución de encontrarse en situación de temor de daños para que el poseedor de la finca contigua venga obligado a la prestación de la misma. El temor de daño futuro deberá deducirse de la propia situación objetiva en la que los objetos y los inmuebles se encuentran. Si p. ej. ante la lejanía del objeto amenazante o del que surge la amenaza respecto a los linderos de los inmuebles puede deducirse que el derrumbamiento no afectaría a la finca contigua, quedaría demostrada la falta de un temor fundado; lo mismo puede decirse respecto a la inocuidad de determinadas actividades que objetivamente no permitan sostener un temor<sup>32</sup>, o cuando la ubicación de los terrenos permite deducir que, de producirse una caída del árbol o de la rama o un derrumbamiento, nunca quedaría afectado el inmueble vecino. La posibilidad objetiva de daño en finca vecina supone estimar que según un juicio de previsibilidad compartido, el daño tiene altas probabilidades de que se produzca.

### c) *Naturaleza judicial o extrajudicial*

Una ulterior nota del mecanismo previsto en la ley 351,2 FN se refiere a que la medida que contempla no es necesariamente una medida judicial. Quien temiendo un daño en su finca pretenda que el vecino le conceda una garantía de quedar indemne si el daño se produce, podrá compelerle a que extrajudicialmente proceda a constituir dicha garantía. Se observa aquí la preponderancia que el Fuero concede a la voluntad de las partes, quienes a través de su propia negociación pueden llegar a componer los intereses en conflicto sin necesidad de acudir al poder jurisdiccional para darles solución. Es pues un remedio entre particulares, una medida de autotutela o defensa de los derechos que eventualmente pueden resultar lesionados en el futuro y cuyo fin es protegerse frente a instalaciones o actividades de las que se va a acarrear un daño. Lógicamente cuando el poseedor que amenaza se aviene a la petición de la caución y el petionario la acepta por considerarla suficiente, éste pierde la posibilidad de instar la misma pretensión a través del cauce judicial.

La relación entre la caución privada y la que se pretenda por vía judicial no queda en el precepto del Fuero lo suficientemente clara, si bien de la propia naturaleza de la norma puede deducirse tal conexión. La ley anterior (350 FN) al regular la denuncia de obra nueva contempla también la doble vía por la que puede instarse la garantía de la demolición de las obras acometidas por el vecino, pero esta norma a diferencia de la ley 351,2 precisa que, cuando el vecino que está efectuando las obras se negare a

---

32. La SAT Pamplona de 7 de mayo de 1985 (*Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, dirig. SANCHO REBULLIDA, Pamplona 1997, T. III, marg. 1074) desestimó la petición de garantía de indemnidad basándose en que “no se aprecia (...) que el acopio de materiales junto a la pared medianera constituya motivo de humedades, incomodidad o perjuicio para la finca reconviniente, pues nada de eso está probado”.



prestar tal garantía se estará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo por tanto que cuando el denunciado por una obra nueva continúe sin dar caución o aseguramiento, es decir fracasada la denuncia privada, queda abierta la procedencia del juicio verbal de suspensión de obra nueva (art. 250, 1, 5º LEC) en el que el demandado podrá exonerarse de la suspensión que acarrea el éxito de dicho juicio si garantiza la eventual demolición o indemnización. Lo mismo, estimo, puede decirse respecto a la garantía de daño temido del Fuero, la cual como veremos cuando se presta privadamente tiene un carácter sustitutivo respecto al proceso o juicio verbal de ruina del art. 250,1,6º LEC.

La ley 351,2 FN no exige la intervención judicial en la caución por daño temido y precisamente es la caución extrajudicial la que directamente contempla esta norma del Fuero. Sin embargo nada impide que el eventualmente perjudicado pueda solicitar, una vez iniciado el procedimiento judicial de demolición, que se otorgue la caución, en este caso por vía judicial, de forma que los efectos demolitorios quedarían paralizados precisamente porque el demandado se aviene en vía judicial a evitar tal efecto prestando la caución por el daño temido.

Por eso y al igual que en la denuncia de obra nueva de la ley 350 FN, puede hablarse de dos tipos de cauciones: una privada o extrajudicial y otra judicial<sup>33</sup>. En ambas el inicial efecto que se produce es idéntico: el vecino que otorga la garantía de indemnidad pretendida quedará sometido a la posible ejecución de dicho aseguramiento si es que el daño efectivamente se produce. Además, si el supuesto ante el que nos encontramos es el de ruina de edificio o peligro de caída de árboles, el otorgamiento privado o judicial de la caución acarrea un segundo efecto, cual es el de provocar la suspensión de la demolición o del arranque de los elementos peligrosos. En este caso, el vecino al que se le solicita la caución tiene la posibilidad de continuar con la actividad generadora de peligro o de continuar manteniendo el estado de cosas que lo genera con la oportuna caución. Tratándose de supuestos distintos en los que el riesgo no procede de objetos ruinosos o que amenacen caída, la estipulación de la caución -ya sea privada o judicial- presenta unos efectos peculiares que se examinarán a propósito de las relaciones entre *cautio damni infecti* y acción negatoria.

#### **d) Finalidad de la norma**

La *cautio* puede calificarse como una medida civil de tutela cautelar del derecho, que sustituye en determinadas hipótesis a la defensa judicial que el eventualmente perjudicado en el futuro tendría en sus manos para conseguir eliminar de forma contundente la fuente del daño futuro. De esta forma el vecino que mantiene la fuente del peligro puede eludir los efectos que se pueden desencadenar del éxito de una acción civil dirigida a proceder a la inmediata demolición o desaparición de la instalación u objeto que instalado en su inmueble provocará un daño probable. Se revela así la utilidad de esta institución en la medida en que coloca al “denunciado” en la tesitura de avenirse a la prestación del aseguramiento si no quiere sufrir las consecuencias de una acción demolitoria. A ello se une la indudable finalidad preventiva de la figura en cuanto conmina a adoptar de forma rápida aquellas medidas de prevención o cautela que pongan fin al riesgo que proviene de su inmueble.

En otros casos la caución no presenta siempre ese carácter sustitutivo de la defensa judicial; así en los casos de daños temidos procedentes de actividades (*operis*) que desenvuelve el vecino en su inmueble. En estos supuestos la norma no pierde su

---

33. FERNANDEZ URZAINQUI F. J., “La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro”, *RJN*, 1998, nº 25, p.19 y ss.

carácter preventivo pero carece de la nota de suspensividad respecto a la defensa judicial del derecho del eventualmente lesionado.

En cualquier caso, la peculiaridad del mecanismo de la *cautio* consiste en que si el daño previsto o temido llega a producirse, el perjudicado ostentará el derecho a ser indemnizado de los daños por la mera garantía pactada voluntariamente o instada judicialmente y sin que sea procedente la investigación de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad aquiliana. La institución prescinde de la eventual culpa del inminente, surgiendo para el mismo la obligación de indemnizar por el solo hecho de la garantía otorgada. Así pensada, la prestación de una garantía de indemnidad tiene una indudable consecuencia coercitiva y preventiva dado que quien la presta tendrá especial interés en que los daños no se produzcan, puesto que la mera existencia de daños derivados del riesgo por él creado le obligará a la indemnización. El usuario de inmueble que haya prestado la caución ante el peligro manifestado por el propietario vecino, adoptará con presteza todas las medidas posibles con el fin de evitar la indemnización.

## V. CAUTIO DAMNI INFECTI Y VÍAS JUDICIALES ANTE RIESGOS VECINALES

Ante la existencia de un daño previsible en las situaciones de vecindad el Fuero adopta la solución romana de la *cautio damni infecti* aunque como hemos visto con unos caracteres propios y diferentes a los que la figura tuvo en su origen. La parca regulación de esta institución en el ordenamiento navarro hace que su manera de funcionar y sus consecuencias deban ser entresacadas y construidas a partir de las fuentes y además del completo sistema de las relaciones de vecindad en el que la *cautio* actual se inserta.

Los pilares o requisitos objetivos que la norma exige para que quien tema un daño pueda reaccionar a través de la *cautio* en lo fundamental son idénticos a los que hicieron surgir la figura en Roma, es decir, la presencia de una construcción o instalación que amenace ruina (*vitium aedium*) o una actividad ejercida por el vecino que ocasiona igualmente un miedo a daños futuros (*vitium operis*). Pero siendo el mismo punto de partida el que toma la ley 351,2 FN, queda por diseñar el concreto modo en que la *cautio* se materializa en nuestro ordenamiento y que difiere de aquél que el Derecho romano estableció. El ordenamiento actual nada establece sobre las medidas coercitivas diseñadas en el Derecho romano para lograr la obtención de que el demandado otorgara la promesa de indemnizar y que el Derecho Romano sin embargo se encargó de construir de acuerdo con sus propios principios e instituciones. En este punto, el recurso a la integración de la norma con los antecedentes romanos resulta inviable puesto que nuestro ordenamiento no admite esa suerte de “expropiación” que suponían la *missio in possessionem* y el *iussum possidendi* y que permitían al eventual perjudicado tomar las medidas oportunas para poner fin al estado de cosas en que la amenaza consiste. Esta medida se sustituye en cierta medida en el Fuero Nuevo mediante el recurso previo a la actividad de la Administración, de forma que la *cautio* actual sólo es la última medida cuando el causante de la amenaza no remedia –aunque tal remedio sea impuesto por la Administración– la fuente del hipotético daño.

El correcto entendimiento del modo de operar de esta figura precisa su puesta en relación con el sistema legal de relaciones de vecindad y, en concreto, con las figuras que en tal sistema se prevén y que tienen similar finalidad e idéntico punto de partida: el riesgo proveniente de finca vecina.

### A) La denuncia de daño temido y el juicio verbal de demolición o derribo

Una de las fuentes de la amenaza de daño a la que da cobertura la ley 351,2 es el estado ruinoso de un edificio, árbol, o de cualquier instalación de la finca vecina, siendo así uno de los supuestos ante el que el propietario del fundo amenazado puede reac-

cionar a través de la caución por daño temido. Junto a esta posibilidad de defensa aparece la acción para instar la demolición o derribo y que sigue los cauces del juicio verbal, tal como establece el art. 250.1.6° LEC, acción que permite encauzar la pretensión de que “*el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenaza causar daños a quien demande*”. Esta acción tiene su fundamento en los arts. 389 y 390 CC, preceptos que establecen la obligación del propietario de proceder a la demolición de los objetos mencionados o, en el caso de edificios, de sus paredes, columnas o cualquier construcción ruinosa, a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.

A la vista de esa duplicidad de vías de reacción se hace necesaria la armonización de ambas pretensiones. Cuando el futuro perjudicado opte por acudir a la defensa extrajudicial o privada de su pretensión instando el otorgamiento de una garantía y la misma prospera, quedará cerrada la vía del juicio verbal demolitorio de la LEC. Sin embargo, fracasada la vía extrajudicial o privada y planteado el juicio verbal de demolición, el demandado, a instancia del demandante, podrá avenirse a conceder la caución por daño temido evitando de esta forma la obligación automática de derribo que se derivaría del éxito del juicio verbal. Es decir, el demandado conserva la posibilidad de conceder garantía de indemnidad incluso iniciado el juicio verbal de demolición o derribo. La misma solución se plantea y en similares términos para la denuncia de obra nueva (ley 350 FN) y el juicio verbal de suspensión de obra nueva (art. 250.1.5° LEC), si bien en este caso es la propia Ley la que prevé que el demandado en el juicio verbal de obra nueva pueda ofrecer caución para continuarla y soslayar de esta forma la paralización de las obras en curso (art. 441.2 LEC).

Puede decirse por tanto que la *cautio damni infecti* tiene en el ordenamiento civil navarro un carácter sustitutivo respecto a la pretensión demolitoria prevista en la LEC. En este punto se manifiesta el diferente régimen que ante un *vitium aedium* establecen el Código civil y el Fuero Nuevo. Los arts. 389 y 390 CC imponen en la hipótesis que contemplamos un estricto límite al dominio por razón de vecindad, obligando al propietario del edificio, instalación o árbol a proceder a su inmediata demolición o a realizar medidas materiales de prevención (en el caso de edificios o instalaciones) o a proceder al arranque y retirada (en el caso de árboles). Por el contrario, el Fuero no recoge una previsión semejante; no contempla ni diseña como limitación de la propiedad el deber inexorable de actuar en los términos que prevé el Código. Ante tal tipo de amenazas el Fuero no impone la obligación inmediata a la que se refieren los mencionados preceptos del Código, sino que como explica D’ORS la ley 351,2 conserva el sistema caucional romano y a diferencia del art. 389 CC que impone en referencia al daño temido por construcción vecina (*vitium aedium*) exclusivamente la inmediata demolición o reparación, en Navarra tales medidas sólo procederán cuando deje de darse la caución exigida<sup>34</sup>. Lo mismo ha de mantenerse frente a los riesgos por caída de árboles (art. 390 CC), supuesto en el que el Derecho común obliga a su dueño a arrancarlo y retirarlo y no así el Derecho navarro, el cual recurre previamente a la vía del aseguramiento de los daños, vía que si no prospera extrajudicialmente abrirá la puerta al juicio sumario de derribo, el cual es procedente frente a este tipo de amenazas.

La petición de caución es una facultad o prerrogativa del propietario amenazado, quien puede determinar con qué tipo de mecanismo quedan satisfechos sus intereses. La caución puede exigirla privadamente si con ello consigue una mejor o más satisfactoria protección de su derecho, pero puede acudir directamente al juicio demolitorio sin necesidad de haber intentado siquiera la anterior vía. El carácter subsidiario de la

34. Comentario a la ley 351 del Fuero Nuevo. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, diríg. ALBALADEJO, T. XXXVIII, vol 1º, Madrid 2002, p. 17.

demolición o derribo sólo se puede predicar cuando iniciado el proceso demolitorio, el demandante opta por conceder al demandado la posibilidad de sustituir la demolición prestando garantía de indemnidad. En ese juicio el demandante no está obligado a solicitar la caución con dicho efecto suspensivo, pues puede que lo que precise o satisfaga sea la erradicación inmediata de la fuente del peligro. El no haber exigido caución por daño temido ni cierra las puertas al juicio demolitorio ni obliga a exigirla en el juicio verbal.

La propia ley 351,2 se expresa en términos de posibilidad al conceder al propietario la exigencia de caución (*...el propietario que aquel daño podrá exigir del poseedor de la otra finca una garantía de indemnidad*) Se manifiesta así que queda en manos del propietario amenazado la elección de los efectos que finalmente va a tener el juicio demolitorio. En este punto existe una importante diferencia con la denuncia de obra nueva de la ley anterior, en la que la prestación de garantía es una prerrogativa que se le concede al demandado en el juicio verbal de obra nueva, quien tiene en sus manos el exonerarse del efecto suspensivo de la obra nueva concediendo la garantía contemplada en la ley 350.

La función sustitutiva de la demolición que cumple la caución por daño temido no implica que el derribo del edificio, árbol o instalación haya de ser siempre y en todo caso sustituida a iniciativa del demandante por la prestación de la garantía de indemnidad ofrecida. De igual manera que en el Derecho romano, en el que el solicitante de la *cautio* debía prestar juramento de calumnia (*iusiurandum calumniae*) con el fin de evitar que se instaran cauciones con mero ánimo de vejar o con fines abusivos sin que existiera un verdadero y auténtico temor de daño, en el Derecho vigente no puede concedérsele a la petición o postulación de caución un carácter automático, sino que corresponde al poder jurisdiccional velar por mantener el efecto demolitorio cuando el peligro que se observe sea evidente o cuando se vean involucrados los intereses de terceras personas, como cuando la ruina anuncie la inminente producción de daños para personas ajenas a la titularidad o a los derechos sobre el fundo amenazado o dicha ruina resulte peligrosa para los intereses generales.

## **B) Acción de cesación de efectos perjudiciales y caución por daño temido**

Los Derechos italiano y alemán ciñen el ámbito de aplicación de la denuncia por daño temido a las hipótesis de ruinas y peligros por derrumbamiento y caída. El Derecho navarro por el contrario, más fiel a la tradición romana, no presenta unas líneas delimitadoras de su ámbito de aplicación tan estrictas o definidas. La ley 351,2 se limita a decir que “*cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de finca vecina...*”. La amplitud con la que se expresa la norma (*de algún modo*) manifiesta la intención del legislador de dar cobertura con esta figura a la producción de un eventual y futuro daño con independencia del origen causal del mismo, exigiendo únicamente que provenga materialmente de finca vecina<sup>35</sup>. Ello hace que a través de la *cautio damni infecti* pueda hacerse frente a los riesgos de daños que tengan su fuente en las actividades (*operis*) positivas u omisivas que el vecino despliega en su inmueble y que pueden llegar a provocar el temor de producción de daños en un inmueble ajeno. Cuando la amenaza proviene no ya de una construcción o elemento ruinoso, sino de una simple puesta en práctica por el vecino de determinada modalidad de uso en su inmueble cabe también la solicitud de caución contemplada en la ley 351, 2.

---

35. Sobre la intrascendencia de las posibles conductas que han ocasionado el estado amenazante, vid. *supra* epígrafe IV, B, b.

Ante un peligro o riesgo de inmisión por un *facere in suo*, el vecino tendría dos vías diferentes de reacción. Por un lado la de la ley 367, a) FN que, como acción de cesación de efectos perjudiciales, cabe tanto ante inmisiones efectivas como ante peligros de inmisión (*Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho...*); por otro, la exigencia de garantía de indemnidad de la ley 351,2. Ante esa concurrencia de medidas frente a inmisiones de futuro ha de plantearse su posible simultaneidad o, mejor, la relación que ha de establecerse entre ambas vías. Si tal como establece la ley 367 a), ante riesgo de inmisiones, el titular o usuario del inmueble puede solicitar judicialmente el cese de la situación amenazante, ¿podrá además exigir la garantía de indemnización de los daños futuros? En otras palabras, ¿la acción de la ley 367 a) excluye la pretensión amparada en la ley 351.2 o pueden ser concurrentes? Y a la inversa: el haber obtenido una garantía de indemnidad ¿excluye el planteamiento de la acción de cesación?

No puede perderse de vista que la acción negatoria de inmisiones tiende a evitar y a hacer cesar los usos no razonables sobre inmuebles, y que el juez sólo ordenará la cesación de perturbaciones o de riesgo de perturbaciones en el uso de un inmueble cuando las actividades que las generan no respondan al criterio de la razonabilidad establecido en la ley 367 a). Es esta una vía que no tiene una finalidad directamente reparadora; se limita a ordenar el cese de determinados efectos presentes o futuros. Por el contrario, la ley 351,2 busca que el poseedor que arriesga el fundo vecino se obligue a responder por los daños que pueden serle irrogados a éste si el peligro deviene finalmente en daño, garantizando tal obligación; su finalidad sí puede calificarse como de resarcitoria y no de directamente cesatoria del peligro. Además, es un remedio utilizable con independencia de la razonabilidad del uso en cuestión, bastando con acreditar la previsibilidad o el temor de un daño procedente de finca vecina para exigir de su poseedor la caución; ésta es viable incluso ante usos razonables de los inmuebles. BONFANTE explica que la *cautio damni infecti* tiene un carácter complementario de la defensa que se obtiene con la acción negatoria y no tiene carácter alternativo respecto a ésta. El carácter real de la acción negatoria hace que la misma esté dirigida exclusivamente a impedir el estado antijurídico, no a proveer el resarcimiento del daño una vez verificado<sup>36</sup>.

Como prerrogativa o facultad concebida por la ley en beneficio exclusivo del eventual perjudicado, la caución ha de ser solicitada en el proceso por el propio demandante, solicitud que es viable incluso cuando hubiera fracasado el intento extrajudicial o privado para su otorgamiento. El juez no puede obligar a la constitución de una garantía por los daños futuros más que cuando el demandante lo postule, sin que quepa entender que la demanda de cesación de riesgos lleve implícita una petición en tal sentido<sup>37</sup>.

36. *Corso di Diritto romano*, cit., pp. 416-417.

37. Así viene a afirmarlo implícitamente la SAP Navarra de 31 de julio de 1996 (RJN 1997, enero-junio, nº 23, p. 295) en el que ante un supuesto en el que un vecino realizó unas determinadas obras de modificación de un muro en contra de los intereses y derechos de la Comunidad de propietarios, y encauzada la acción a través del art. 7.1 de la LPH, entiende la Sala que aunque las partes no han pedido su aplicación, hubiera sido más correcto decidir el asunto de acuerdo con las normas que dirimen los conflictos de vecindad, en cuanto establecen limitaciones en el uso de los inmuebles por esas razones: (leyes 351, 2º y 367 a) del Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con las cuales, al realizarse la obra de demolición y reconstrucción del murete de cierre, pudo exigirse por la Comunidad del dueño de la finca, una “garantía de indemnidad”, de temerse el daño luego producido; pero no hecho esto, es exigible al dueño del chalet en que se efectuó la obra no producir con ella a los vecinos riesgo no mayor incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho “habida cuenta de las necesidades de las fincas, el uso del lugar y la equidad”.. Por tanto no procede la reconstrucción del murete antiguo sino la reparación del nuevo en aquello en que perjudica el uso razonable del patio común a los demás

Para solucionar la concurrencia o exclusión de las dos medidas jurídicas ante riesgos de inmisiones, puede partirse del planteamiento de dos supuestos básicos distintos de los que pueden deducirse las oportunas consecuencias a la vista de la diferente finalidad de las dos vías o cauces que analizamos.

1. Cuando el propietario del inmueble opta por la exigencia de una garantía de indemnidad al poseedor que provoca el temor y éste se aviene a la solicitud garantizando la futura indemnidad, no por ello el postulante perdería el derecho a ejercitar la acción de cesación. Con la caución lo único que se pretende y consigue es asegurar el resarcimiento de posibles daños en la finca vecina; bien es cierto que indirectamente se consigue además una función preventiva ya que el otorgante de la caución tomará todas las medidas oportunas para que el daño no se produzca puesto que de irrogarse los daños responderá en virtud de la estipulación realizada. Sin embargo, el haber procedido a garantizar una posible indemnización no provoca la pérdida del derecho a enjuiciar la licitud/ilicitud del uso peligroso.

Además se evidencia en este caso una utilidad añadida de la *cautio* y es la de que si otorgada la caución y ejercitada posteriormente la acción negatoria, los daños se produjeran pendiente el proceso, la garantía indemnizatoria operará permitiendo el resarcimiento de los mismos con independencia del pronunciamiento final de la sentencia.

Pensemos en la instalación de un sistema de riego que, por las características técnicas con las que se implanta, su ubicación, los materiales empleados o las características orográficas del terreno provoca en el propietario del inmueble vecino un miedo o temor a sufrir inundaciones en su terreno. La petición y aceptación de la garantía de indemnidad de daños futuros a lo único que hará frente es a la obligación de indemnizar si efectivamente se producen los perjuicios anunciados, pero esa misma caución no puede servir para que el otorgante de la caución venga obligado a que desaparezcan los efectos perniciosos futuros (al menos no directamente). La caución sólo mira a las consecuencias resarcitorias de una inmisión futura pero no a las consecuencias inhibitorias de la misma. Es ésta la razón por la que ha de afirmarse que en este tipo de hipótesis la *cautio damni infecti* no presenta el carácter sustitutivo que sí mantiene respecto al juicio verbal de demolición de elementos ruinosos, y la diferencia estriba en su diferente causa y en la distinción conceptual y de régimen que el ordenamiento navarro confiere a la tutela cesatoria de inmisiones y a la tutela indemnizatoria frente a las mismas. El que las partes hayan autorregulado las consecuencias dañinas de una situación a través de la estipulación de una garantía que asegure la indemnización no provoca más que la predeterminación jurídica de este puntual conflicto, pero dicha caución no prejuzga ni la licitud del uso peligroso ni la obligación o no del causante del riesgo de proceder a la adopción de las medidas adecuadas para hacer desaparecer el riesgo. Por sí misma la caución no interfiere en el enjuiciamiento de la licitud de las inmisiones o del peligro de las mismas.

2. Si el propietario amenazado no procede privadamente a la exigencia de caución o, instada ésta, el vecino no la otorga, pero a la vez aquél estima que con el *facere* del vecino se pueden producir molestias o incomodidades en la utilización de su finca podrá proponer la demanda de cesación o negación de los riesgos y, a la vez, acumular en el mismo procedimiento la constitución de la garantía por daño temido por los eventuales daños. Tratándose de pretensiones independientes con presupuestos de operatividad distintos pero con idéntica base fáctica –existencia de riesgos–, el pronunciamiento judicial podrá tener contenidos diversos.

En primer lugar podría estimarse la demanda de cesación de peligro de inmisiones por considerar que dicho peligro proviene de un uso no razonable y, ordenándose en consecuencia la desaparición de la eventualidad de riesgo desaparecerá el factor de hecho que sustentaría la pretensión de caución. Si el juez pone fin a las actividades inmisivas de futuro o de riesgo por considerarlas contrarias a un uso razonable y desa-

parecido así el peligro de inmisión, la petición de indemnidad al inmitente no encuentra ya sentido.

Se puede observar en alguna sentencia que ante la acumulación de las dos peticiones –cesatoria e indemnizatoria–, o ante la argumentación abstracta en la demanda de la petición de cesación de los riesgos vecinales en base a la aplicación conjunta de las leyes 367 a) y 351,2, el juzgador tiende a considerar que la primera absorbe la segunda, interpretando que la garantía de indemnidad se consigue condenando al demandado a realizar obras materiales de prevención. Se trata de supuestos en los que se estima la no razonabilidad del uso por el peligro que acarrea y a la vista de los factores concurrentes, pero la condena de cesación lleva al juzgador a considerar que con la inhibición del peligro queda para el futuro indemne el vecino demandante<sup>38</sup>.

En segundo lugar, podrá ocurrir que el juzgador estime que el peligro de producción de efectos perniciosos en el fundo vecino responde a un uso razonable y que no procede la condena a hacer cesar ese peligro, debiendo en consecuencia ser soportado por el demandante. Ello no obstaría a que, sin embargo, se accediera a la petición judicial de caución con el fin de que el vecino sea obligado a resarcir los futuros daños si éstos llegaran a producirse. Así parece entenderlo implícitamente la SAT Pamplona de 4 de junio de 1988<sup>39</sup> que, tras afirmar que habiéndose realizado la obra litigiosa en cuestión hace varios años no se alega siquiera que las aguas hayan entrado en la finca vecina, declara la improcedencia de la realización de obras modificatorias en la obra y la procedencia de la petición de garantía de indemnidad de la ley 351,2 postulada por la parte demandante. Esta solución viene avalada por la independencia que ambas pretensiones tienen en el Derecho navarro y que permite que la tutela inhibitoria quede cerrada y no así la indemnizatoria.

## VI. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

### A) Garantía de indemnidad y responsabilidad

La justificación que la *cautio damni infecti* tuvo en el Derecho Romano era propiamente la de hacer surgir una obligación de indemnizar que legalmente no existía y dicha obligación surgía por la estipulación realizada, la cual podía consistir en una simple promesa verbal realizada por aquél a quien se le ha exigido la caución (*repromissio*) o bien mediante una promesa con garantía (*satisdatio*) La primera modalidad venía exigida al vecino que actuaba en nombre propio, mientras que quien actuaba en nombre ajeno debía además conceder garantía, es decir, recurrir a la *satisdatio*.

La ley 351,2 coloca al propietario del inmueble en situación de riesgo de daños en su inmueble en posición de ejercitar una pretensión frente a su vecino para que éste le conceda una “*garantía de indemnidad*”. La expresión literal utilizada en esta norma

---

38. En la SAP Navara de 22 de febrero de 1994 (*RJN*, jul-dic., 1994, n.º 18, p. 362) el propietario de un inmueble demandó a un Centro Escolar por los daños que pudieran causarse a su terreno y a sus cultivos por los escolares y personas que accedían a jugar al polideportivo del Centro dada la proximidad de las pistas de balonmano y baloncesto. Alegó para ello la ley 376 a) en relación con la 351,2.º. El Centro escolar se opuso alegando que el sobrealzado de la tapia que impediría el paso de balones a la finca vecina debía ser hecho por el propio demandante a su costa, añadiendo además que a pesar de que el riesgo de daños no existía, estaba dispuesto a indemnizar en tanto los daños por la intrusión se probaran. Desestimada la demanda en primera Instancia, la Sala contrariamente condena al Centro a realizar el recrecimiento de la valla de separación de ambas fincas, afirmando que con ello se conjugan y concilian ambos preceptos (las leyes 367 y la 351,2.º FN).

Lo mismo se aprecia aunque más veladamente en la SAP Navarra de 23 de septiembre de 1991 (*RJN*, 1992, enero-junio, n.º 13, p. 259) en la que se condena al demandado a reponer la torrentera o sima a su estado primitivo englobando así la petición de caución.

39. *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, cit., T. III, marginal 1242.

provoca varios interrogantes, uno de los cuales es precisamente el de determinar si con la caución surge una obligación antes inexistente o si se limita a reforzar una obligación a la que ya estaba sujeto el poseedor de la finca amenazante. Según una lectura primera, podría llegarse a la conclusión de que la caución propiamente no provoca el surgimiento de la obligación de indemnizar, sino el aseguramiento de una obligación de indemnizar ya existente o que existirá, la cual a través de la caución quedaría reforzada mediante un mecanismo de garantía. Esta lectura encontraría su fundamento en la responsabilidad del propietario establecida en los arts. 1907 y 1908 CC. Y es que si tales preceptos vienen a consagrar una responsabilidad legal por la ruina de un edificio o parte de él (art. 1907), así como por los daños ocasionados por determinadas actividades desenvueltas en el fundo vecino (art. 1908), sería inútil que las partes hicieran surgir una obligación por la que ya están vinculados y que la propia ley se encarga de establecer. Cuando dándose los presupuestos que dichos preceptos recogen para cada uno de los supuestos se produjeran daños, el propietario a quien se le dio garantía podría proceder a la ejecución de la misma con el fin de poder cobrar su derecho a ser indemnizado en los términos que el Código prevé.

Sin embargo han de tenerse en cuenta algunos datos que ponen en entredicho semejante interpretación. La responsabilidad que recoge el Código en los artículos mencionados es una responsabilidad que sólo se hace recaer sobre el propietario del inmueble, mientras que la caución de la ley 351,2 FN se exige del poseedor de la finca de la que proviene el riesgo, el cual no tiene por qué ser el causante último del estado de peligro creado. Es el poseedor el obligado a la caución sin perjuicio de la repetición o reembolso que puede ejercitar frente a quien en última instancia ocasionó el peligro y finalmente los daños. La figura de la caución por el daño temido tiende a la rápida solución de las situaciones inmobiliarias arriesgadas y a la prontitud del resarcimiento a favor del vecino perjudicado y en virtud de la mera garantía concedida. Prescinde del elemento de la culpa y su modo de funcionar gira sobre un acto voluntario de resarcimiento. Si es el propietario de la finca de la que proviene el peligro el que otorga la caución, éste deberá indemnizar aunque no se den los presupuestos de responsabilidad del Código; siendo poseedor de la misma por otro título quien la concedió a su vecino, deberá igualmente responder por la pura estipulación de aseguramiento efectuada.

Lo que consigue así el ordenamiento es un mecanismo de protección inmediata para quien teme el daño en su finca, quien a través de la *cautio* consigue una seguridad de la que de otra manera carece. Pero la caución no hace inaplicable ni deroga la responsabilidad exigible a quien por falta de reparaciones necesarias a las que estaba obligado, por el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, o por la falta de adopción de cautelas adecuadas ha causado daños (sea por la ruina de un edificio, la caída del árbol, la inmisión perjudicial...) Quien sin haber dado origen al estado ruinoso o amenazante concedió el aseguramiento de los daños que el propietario de la finca vecina le requirió y, una vez producidos los daños que se prevenían tal garantía ha sido ejecutada, podrá repetir lo abonado de quien por su negligencia ha provocado los daños en su origen.

La caución se desliga de la responsabilidad aquiliana del sujeto que ocasiona la amenaza de daño y de la conducta originadora del peligro, la cual puede imputarse a un poseedor anterior, a un tercero ajeno al disfrute de la finca, al nudo propietario, al arrendador de la finca... La valoración de tales factores es intrascendente a la hora de instar la caución, que se dirige exclusivamente contra el poseedor. Para que este poseedor actual de la finca de la que proviene el riesgo resulte obligado a resarcir si el evento lesivo finalmente acaece, ha de mediar una causa jurídica que justifique el nacimiento de la obligación de indemnizar. Y ello se consigue al igual que en Derecho romano a través del cauce de las estipulaciones, concebidas en el Derecho navarro (ley 515 FN) como actos voluntarios unilaterales por los que el promitente se hace deudor de otra persona sin que ésta quede obligada contractualmente a cumplir una contraprestación. La promesa de indemnizar los daños futuros en las relaciones entre fundos se configura



como la fuente convencional (ley 488)<sup>40</sup> que hace surgir la obligación, promesa o estipulación promisoria en virtud de la cual el poseedor de la finca por su voluntad y a instancia del eventual perjudicado (acreedor) queda vinculado a realizar una determinada prestación.

El Fuero Nuevo, a diferencia de D. 39,2,7 y 13, no discrimina a los promitentes según sea su posición jurídica respecto al disfrute de la finca. En Derecho Romano, quien estipulaba en nombre propio únicamente prometía verbalmente a través de la *repromissio*, mientras que quien prometía *nomine alineo* lo hacía mediante una promesa con garantía denominada *satisdatio*. En Derecho navarro el caucionante sea cual sea el título del que derive su posesión ha de prometer la indemnización haciendo así surgir su obligación, pero otorgando además y en todo caso la garantía de la misma ya que la ley 351,2 lo que hace es conceder un derecho a ser indemnizado cuyo pago ha de venir garantizado (*garantía de indemnidad*). Puede decirse que la peculiar estipulación promisoria de la ley 351,2 es una estipulación cualificada ya que no se limita a hacer surgir la obligación sino que el promitente ha de garantizar en la misma estipulación el cumplimiento de dicha obligación mediante aseguramiento suficiente.

La expresión *garantía de indemnidad* no es ciertamente muy afortunada pues no logra plasmar el verdadero alcance y sentido que conlleva. Y esa oscuridad se manifiesta en los pocos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ocupado de la figura y además de forma secundaria; en alguno de ellos se intuye la configuración de la caución de la ley 351,2 como vía de surgimiento de la obligación de indemnizar independiente de la culpa aunque sin llegar más allá, afirmando que tal precepto “consagra un sistema de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados en las relaciones de vecindad”, con cita expresa de las leyes 351,2 y 367 a) FN<sup>41</sup>. Por su parte la SAT Pamplona de 4 de junio de 1988<sup>42</sup> avanza un poco más para manifestar la independencia de la responsabilidad aquiliana con la garantía de indemnidad, aunque concibiendo ésta como una especie de refuerzo de la anterior, reconociendo el derecho de los demandantes a reclamar la indemnización procedente si los daños llegaran a producirse, indemnización que se refuerza a través de la garantía de indemnidad postulada, mediante la promesa y compromiso de reparar.

Considero que el sentido que ha de dársele a la expresión *garantía de indemnidad* es el explicado más arriba, es decir, el del surgimiento de una obligación reforzada de indemnizar para el estipulante de la *cautio*. La lectura conjunta de las leyes 351,2 y 515 lleva a la conclusión de que la *stipulatio damni infecti* es un tipo especial de estipulaciones que no limita su efecto al de la pura creación de una obligación unilateral de resarcimiento sino que en su contenido el estipulante ha de ofrecer al acreedor una garantía de cumplimiento de la misma.

## **B) Garantía y medidas materiales de aseguramiento. Formas de garantía y efectos**

Si atendemos al modo en que en el Digesto se recoge la manera por la que se hacía surgir la obligación de indemnizar (otorgamiento de una estipulación por la que el promitente se obligaba a resarcir por el mismo hecho de la estipulación dada) ha de

---

40. Para ARCOS parece identificarse la estipulación con la figura del contrato unilateral pues la mención al convenio en lugar de al contrato en la relación de fuentes de la ley 488 se debe a que los autores de la Recopilación Privada pretendieron dar un sentido más amplio al elenco de fuentes ya que estos manifestaron que “convenios pueden ser además de contratos, pactos y estipulaciones. Los pactos son acuerdos complementarios; las estipulaciones (...) son convenios que producen una sola obligación, en tanto los contratos son de efectos bilateral”, en Comentario a la ley 515, *Comentarios al Fuero Nuevo*, diríg. RUBIO TORRANO, Pamplona 2002, p. 1778.

41. SAT Pamplona de 9 de diciembre de 1987 (*Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, III, marg. 1214).

42. *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, cit., T. III, marg. 1242.

tenerse presente que tal obligación se conseguía, si el vecino no se avenía voluntariamente a estipular, mediante medios coercitivos concedidos por el pretor (las *missiones*) a través de los cuales el amenazado podía entrar en la finca con el fin de remediar el estado ruinoso o amenazante de la finca contigua. Con tales medios, que concedían a quien instaba la caución la posesión de la finca amenazante, se conseguía que pudieran remediarse de forma material los desperfectos o *vitiums* mediante actuaciones materiales de arreglo.

Desaparecidos esos medios coercitivos en el Derecho actual, cabe sin embargo preguntarse si la garantía de indemnidad a la que se refiere la norma puede consistir no tanto en garantizar el pago de una indemnización contingente sino en un aseguramiento material de que el daño no se vaya a producir, obligándose el vecino a la ejecución de obras materiales en la finca. Y es que, efectivamente, la amenaza de la que habla la norma podría ser cubierta obligando al vecino a una prestación de hacer, prestación encaminada a hacer desaparecer el riesgo de daño: apuntalamiento de paredes, aseguramiento de estructuras, sujeción de ramas, adopción de medidas de precaución o de amortiguación de efectos perniciosos...

A mi juicio la caución de la ley 351,2 FN no permite que el postulante de la misma pueda exigir del vecino la asunción de una obligación de hacer determinadas obras materiales; sólo da derecho a garantizar una indemnización futura mediante la concesión de cualquier medida de reforzamiento de los créditos. No debe perderse de vista que la caución reviste una nota de subsidiariedad respecto a la actuación de la Administración y que, por tanto, si ésta no ha obligado a quien mantiene su finca o los elementos de la misma en situación de riesgo para el vecino a ejecutar medidas concretas para eliminar dicho riesgo, el amenazado sólo puede pretender quedar cubierto frente a la producción del daño posible. Tal conclusión, desde luego, no impide que las partes implicadas puedan hacer surgir entre ellas un vínculo obligacional en virtud del cual una de las partes se obligue a favor de la otra y sin contraprestación a hacer en su finca esta o aquella actividad, pero tal estipulación no será una *cautio damini infecti* sino una mera estipulación (ley 515 FN)<sup>43</sup>. Igualmente, quien teme un riesgo en su finca podrá recurrir a la vía de cesación de efectos inmisivos futuros a través de la ley 367 a), cauce en el que enjuiciada la razonabilidad del ejercicio del que se provoca un peligro podrá ser obligado el inmitente a la adopción de medidas preventivas de carácter material.

Contrariamente alguna sentencia ha interpretado la garantía de indemnidad de la ley 351,2 entendiéndola que la misma acarrea para el demandado una obligación de hacer, concretada en realizar las obras que garanticen la indemnidad al actor, *sin perjuicio de las acciones de indemnización que en su día, si a pesar de esa garantía, le pueden corresponder por daños que se le causen al demandante, obras exclusivamente mínimas necesarias a determinar en ejecución de sentencia*<sup>44</sup>.

A mi juicio no es ese el sentido que debe darse a la pretensión de “garantía de indemnidad” que se persigue a través de la *cautio damni infecti*. Al amparo de este mecanismo sólo tienen cabida los medios de aseguramiento personal o real dirigidos a que el posible dañado obtenga una prestación pecuniaria equivalente al valor de los daños.

En cualquier caso la caución, como toda garantía de origen convencional o legal, refuerza la responsabilidad patrimonial y universal (art. 1911 CC) del poseedor del objeto que causa riesgo y pone al solicitante de la misma a salvo de la eventual insolvencia del

43. Ley 515 FN: “Son estipulaciones los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación.”

44. SAT Pamplona de 25 de enero de 1985, *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, T. III, marginal 1063; la cursiva del texto es nuestra.

otorgante/deudor. La ley no establece la naturaleza de la garantía y no existe pues en principio inconveniente para el aseguramiento del coste o del importe de la eventual indemnización mediante cualquier forma adecuada de garantía personal o real siendo quizá los que más agilidad en la práctica presenten el depósito en garantía, la fianza o el aval. También puede considerarse adecuada a la finalidad de la norma la contratación de un seguro de daños que cubra el hipotético siniestro que se teme pueda producirse.

Puesto que la caución puede plantearse por vía extrajudicial, su constitución tampoco precisa de la intervención judicial y puede ser ofrecida y concedida sin esperar a la presentación de la demanda de juicio verbal demolitorio o del juicio declarativo de acción negatoria. Sin embargo, si el eventualmente perjudicado emprende la vía judicial sin haber exigido previamente de forma privada la caución o tras haberse negado el poseedor de la finca originadota del peligro la garantía que extrajudicialmente se le exigió, podrá solicitar en el procedimiento la constitución de la misma, dándose pie a la constitución de una garantía judicial.

La prestación de la garantía produce consecuencias tanto para el postulante de la misma como para quien la concede. Si nos encontramos ante riesgo de derrumbamientos o caídas, con la prestación de caución cesaría el efecto demolitorio inmediato y el poseedor del objeto que provoca el temor de daño puede dejar las cosas en el mismo estado en que se encuentran dado que ha prestado la garantía de la obligación de indemnización en caso de que el daño se manifieste. Por otro lado la prestación de garantía impide a quien la solicitó el promover el juicio verbal demolitorio y, en su caso, pondría fin al juicio ya iniciado. Otorgada la garantía, el demandante no puede oponerse a que continúe el estado de cosas, ni instar a través del juicio verbal pertinente su demolición. Una vez producido el daño como consecuencia del derrumbamiento o de la caída, el propietario a quien se le otorgó la caución podrá ejecutar la garantía concedida según corresponda al tipo de la misma. Tal ejecución procederá, según corresponde a la naturaleza de la figura, por la misma garantía concedida, sin necesidad de demostrar la negligencia del causante ni la ilicitud de los daños, pues es el propio otorgante el que, al conceder la caución, quedó sujeto a indemnizar los daños otorgando un aseguramiento de la deuda obteniendo a cambio, en caso de amenaza de derrumbamiento o caída la suspensión de la demolición o del arranque.

Parecido efecto se produciría cuando la caución se concedió ante los riesgos de daños producidos por inmisiones futuras o riesgo de inmisiones. Producida finalmente la inmisión con efectos perjudiciales, surgirá la obligación de indemnizarlos por efecto de la propia obligación asumida por el poseedor de la finca que produjo la inmisión con independencia del pronunciamiento judicial sobre la razonabilidad del uso que la provocó.

A diferencia de la denuncia de obra nueva en la que la realización de la garantía presupone y exige la condena del dueño de la obra a la demolición o indemnización cuya efectividad asegura, y en la que la garantía se constituye en función de la eventual sentencia condenatoria en el juicio declarativo posterior, en la caución de la ley 351,2 FN la realización de la garantía sólo exige la producción efectiva de los daños pues ese es el objeto de la misma. Sin embargo, la ejecución de la garantía requiere además una labor de liquidación en la que se determine la cuantía de los daños producidos. El daño indemnizable debe ser precisamente aquél por el que se prestó la caución, es decir el producido en la finca para la que se prestó y debe haberse verificado dentro del plazo o término fijado. La indemnización abarcará, salvo que otra cosa se hubiera pactado, tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>45</sup>.

---

45. A la hora de la determinación de los daños, el Derecho Romano (Digesto 39,2 40) excluía los gastos de excesivo lujo que no se consideraban como resarcibles y que o bien se estimaban moderadamente o bien no daban lugar a indemnización alguna, JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico de las inmisiones...* cit., p. 222 y BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., 415.

Resulta de gran importancia la cuestión del plazo de vigencia (*dies cautionis*) de la garantía constituida, la cual no puede otorgarse indefinidamente. Habrá de estarse en primer lugar al plazo convenido de común acuerdo por ambas partes. No existiendo acuerdo sobre el *dies* y a falta de plazo legal el juez deberá fijar el periodo de vigencia en función de los elementos fácticos que concurran en el caso. El vencimiento del plazo marcará no sólo la finalización de la obligación de indemnizar surgida por la propia estipulación realizada y de la ejecución de la garantía concedida, sino también el término final del estado de suspensión en que quedó la pretensión demolitoria. Una vez perdida por vencimiento la vigencia de la caución, el postulante podrá prorrogarla de acuerdo con el vecino, dar una nueva garantía conforme a las nuevas circunstancias, o bien proceder a la interposición del juicio demolitorio si los elementos objetivos o fácticos en los que se encuentran las fincas lo sigue posibilitando.

## VII. ELEMENTOS PERSONALES

El Derecho civil navarro concibe expresamente la postulación de la *cautio* como facultad exclusiva del propietario. Sin embargo en el círculo de legitimados para exigir la medida aseguradora a la que se refiere la ley 351,2 FN han de quedar incluidos además los titulares de derechos reales o personales de goce sobre el inmueble e incluso los meros poseedores, puesto que la pretensión que ampara no sólo forma parte del contenido de la propiedad sino también del contenido de la posesión y así fue admitido en el Derecho Romano<sup>46</sup>.

Junto al usufructuario, el superficiario, el enfiteuta, o el titular de una servidumbre (en tanto esté sujeto a sufrir el *periculum*) o los arrendatarios, las fuentes romanas admitieron la posibilidad de que el comprador de la finca, antes de haberse realizado la tradición y por tanto antes de la adquisición del dominio y no encontrándose en posesión de la misma, pudiera postular del vecino ante el riesgo de daños la *cautio*, lo mismo que el donatario en las mismas circunstancias. Ello es acorde con el hecho de que en el momento de la postulación el peticionario no estaba obligado a demostrar su derecho sobre la finca amenazada y sólo cuando el daño se hubiera producido y con el fin de hacer efectiva la indemnización, debía aportar la demostración de su relación jurídica con la finca<sup>47</sup>. En el sistema navarro es dudoso que quienes no tienen un goce efectivo sobre la finca o sobre alguna de sus utilidades puedan postular del vecino la garantía de indemnidad, si bien a ello puede oponerse que siendo un mecanismo que mira hacia el futuro, hacia la indemnidad eventual que podría producirse, resulta ilógico que quede fuera de la protección que este mecanismo ofrece quien en el fondo sufrirá, cuando llegue a detentar efectivamente el inmueble, los daños en su patrimonio. Por otro lado, si se tiene en cuenta que al comprador con pacto de reserva de dominio así como al vendedor con pacto de retro como garantía, en quienes salvo pacto en contrario su posesión y disfrute se presumen (leyes 483, 475 y 476 FN), aún ostentando una posesión claudicante sujeta al cumplimiento de una deuda que la venta garantiza, les ha sido reconocida la legitimación para promover la denuncia de obra nueva<sup>48</sup>, no tendría que haber inconveniente para reconocérsela respecto a la *cautio damni infecti* al

46. Respecto al poseedor de buena fe que en principio, debía tener una consideración similar al propietario, ha existido una gran polémica en torno a su legitimación para exigir la *cautio damni infecti*. Dos textos parecen negársela (D. 39, 2, 11 y D. 39, 2, 13, 9, Ulpiano, Lib. III ad. Ed). Ambos recogen la opinión de Marcello que según la doctrina mayoritaria fue superada por la evolución misma del Derecho Romano, siendo el *responsum* de Paulo en D. 39,2, 18, pr la opinión prevalente. Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 221. Vid. también BONFANTE, *Corso*, cit., p. 404, n. 5 y SEGRÉ y MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 409-410 y n. 4.

47. BONFANTE, *Corso...cit.*, pp. 403-405.

48. FERNÁNDEZ URZAINQUI, "La denuncia de obra nueva en el Derecho civil navarro", cit. p. 37.

comprador al que todavía no se le ha hecho entrega del bien en la medida en que va a protegerse su posesión futura.

La legitimación activa, siguiendo las pautas que marcó el Derecho romano, ha de entenderse extendida a todos los sujetos que en virtud de su derecho sobre la finca puedan verse sometidos en el futuro a sufrir un perjuicio en su derecho. Y junto a los ya mencionados sujetos a quienes ese ordenamiento reconocía legitimación, habrá que incluir también a los titulares de helechales (ley 388 FN), a los de los diversos aprovechamientos del suelo, como las corralizas (ley 379 FN) o a los titulares de un derecho de habitación, de uso o de derechos similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena (leyes 423 y ss FN) así como a los titulares de derecho de plantación en suelo ajeno (ley 423)<sup>49</sup>.

Por lo que respecta al simple poseedor, éste quedaría igualmente legitimado para instar una caución por daño temido. Alguna objeción sin embargo se ha aducido respecto a la legitimación de los poseedores naturales, simples detentadores que poseen *nomine alieno*, a quienes un eventual daño en el inmueble que poseen ningún daño les acarrearía en su patrimonio. No ostentando ningún derecho sobre la finca ni estando ésta en su patrimonio no sufrirían ninguna disminución patrimonial si la cosa que retiene resulta dañada y faltando el peligro de daño, faltaría la base para proponer la caución. Sin embargo a ello se ha opuesto que salvo en el caso del mero detentador que carece de todo interés en el goce de la finca y que posee para otro, en cualquier otra hipótesis, también el simple poseedor puede sufrir un daño, no ya en su patrimonio sino en el goce mismo del inmueble<sup>50</sup>.

Los titulares de derechos de garantía, como los acreedores hipotecarios, quedan excluidos de la legitimación<sup>51</sup> puesto que la *cautio* es un instrumento de tutela posesoria y no de protección de garantías. Aunque el acreedor que ostenta derecho de garantía sobre la finca amenazada podría ver disminuida la misma por efecto de los daños que la ruina o las actividades del vecino pueden provocar en la finca del hipotecante, lo cierto es que difícilmente va a poder exigir garantía de indemnidad cuando tampoco está legitimado para interponer el interdicto demolitorio o la acción negatoria. La *cautio* surgió para remediar el peligro exclusivo que al vecino le supone la situación de riesgo en el propio inmueble, y el acreedor hipotecario no es un vecino sino un sujeto que podrá hacer efectivo su crédito con prioridad sobre la finca; cuando tal garantía disminuye por efecto de la actuación de una persona ajena a su derecho y no del propio hipotecante deberá recurrir a otros mecanismos jurídicos, pero no a este especial modo de garantizar las relaciones de vecindad.

La facultad de exigir caución se ejercitará frente al *poseedor* de la finca de la que proviene el riesgo; él es el legitimado pasivo de la pretensión de prestar la garantía de indemnidad. En este punto la ley 351,2 FN utiliza expresamente un criterio separado de la titularidad de los derechos, haciéndose de esta forma patente de nuevo la idea de que frente al peligro en la utilización inmobiliaria, debe adoptarse un pronto medio resarcitorio que, a la vez, de forma indirecta fuerce al poseedor agilizar o poner en práctica las medidas para que el daño no se produzca. En ese sentido, el obligado a la caución es quien en ese momento esté en el uso efectivo de la finca, con independencia del título del que deriva su posesión.

49. *Ibidem*.

50. BUTERA, *Il Codice italiano, Libro della proprietà*, cit., p. 623.

51. Así fue reconocido sin ambages en el Derecho Romano (BUTERA, *ob. cit.*, p. 622) Es significativa en este sentido la dirección tomada en el art. 1172 Codice italiano en el que la legitimación activa para interponer la denuncia por daño temido queda ceñida al propietario, al poseedor y al titular de derechos de goce sobre la finca amenazada. Para una interpretación crítica de la exclusión de la legitimación de los acreedores hipotecarios, vid. la aislada opinión de SACCO y CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 441-442.

El Derecho romano distinguió la legitimación pasiva según se estuviera ante un *vitium aedium* o ante un *vitium operis*. En el primer supuesto venían obligados a prestar la caución el propietario –o los condóminos según su respectiva cuota– y los titulares de *iura in re aliena*, quedando sin embargo excluidos los titulares de servidumbres prediales habida cuenta del carácter limitado de su posesión sobre la finca de la que proviene el riesgo<sup>52</sup>. Estaban también sujetos al otorgamiento de la *cautio* los poseedores de buena fe. Sin embargo, debe recordarse que quienes otorgaban la *cautio* en lugar del propietario en realidad no estaban propiamente sujetos a otorgarla cuando el vecino se la reclamaba, sino que al estar simplemente interesados en concederla con el fin de evitar los mecanismos de las *missiones in possessionem*, procedían a la estipulación por el daño temido pero podrían recuperar la indemnización finalmente abonada de quien hubiera incumplido las obligaciones de reparación o mantenimiento. En las relaciones entre el propietario y los titulares de derechos reales o poseedores que prestan la caución *nomine alieno* se acudía a las normas de distribución de los daños según sobre quien pesaran dichas obligaciones. El propietario o el usufructuario p. ej. se resarcirían el uno del otro si han debido resarcir el daño como consecuencia de la *cautio* estipulada o han sufrido otro perjuicio, y siempre en la medida en el que a cada uno compete la obligación de reparación.

En el caso de *vitium operis* estaba en general sujeto al otorgamiento de la caución quien ejecutara la actividad o la obra, que podría ser o no el propietario.

Lo cierto es que en el ordenamiento navarro, una vez perdida a estos efectos la distinción entre *vitium aedium* y *vitium operis*, la legitimación pasiva de la caución ha de reconducirse simplemente a la posesión de la finca, es decir a quien está en el disfrute efectivo del inmueble, pues es ese mismo goce el que provoca el riesgo. La relación que se establece en la *cautio damni infecti* es una relación de cosa a cosa y no de persona a cosa<sup>53</sup> resultando por tanto indiferente la causa jurídica por la que se posee. La norma sólo requiere que el daño previsible provenga de la finca vecina, sin requerir que los daños los origine una actuación (o falta de actuación) del poseedor, del titular dominical o de su *tradens* y por ello la exigencia de caución deberá dirigirse contra quien en ese momento esté en el uso de su finca. El sujeto pasivamente obligado debe individualizarse por su relación posesoria con la finca que amenaza daño<sup>54</sup>.

Si finalmente el daño se produce y el postulante de la *cautio* ejecuta la garantía, el otorgante podrá repercutir el desembolso efectuado del auténticamente obligado al resarcimiento, es decir, de quien estando obligado a determinados labores de mantenimiento no las realizó.

---

52. BONFANTE, *Corso...cit.*, p. 408.

53. GIUSTI, A., *Le azioni possessorie e di nunciazione*, en *Il Codice civile. Commentario*, arts. 1168.1172, Milano 1990, p. 267, MARGHERITA, M., en el comentario al art. 1172 Codice en *Il Codice civile. Commentato con la giurisprudenza*, Bolonia, 1999, p. 747.

54. SACCO y CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 444.