

6. LA POSESIÓN

DE LA CAUTIO DAMNI INFECTI,
AL INTERDICTO DE OBRA VIEJA Y LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

Juan José Alba Crespo
(Conferencia de Clausura)*

I.- INTRODUCCIÓN

Me propongo hacer algunas reflexiones acerca de la recepción de la *cautio damni infecti* en el derecho español y su vida ulterior en el argentino. Como luego trataré de demostrar, no puede en verdad decirse que el remedio romano se haya simplemente trasladado al derecho español y, a través de éste, al argentino. Nació impuesto por la necesidad de acordar una posibilidad de obtener el resarcimiento del daño en casos en que las previsiones de la *lex Aquilia* eran inaplicables. Ello se logró mediante el rodeo de la *cautio-missio in possessionem* ordenadas por el magistrado. Pero la finalidad del instituto no se limitó a esto. También determinó una restricción al dominio por causa de vecindad y, por sobre todas las cosas, operó como un eficaz remedio preventivo del daño temido de los edificios al determinar la posibilidad de perder la propiedad por falta de otorgamiento de la caución. En su vida posterior, en España y en América, sufrió profundos cambios, formales y sustanciales, incluso durante mucho tiempo estuvo excluido de la legislación argentina, pero el vigor de su indudable utilidad para la prevención del daño hizo que fuera acogido aunque con un ropaje distinto: el interdicto de obra vieja o ruinosa del derecho español o las medidas precautorias del actual derecho civil argentino.

II.- EL INSITUTO ROMANO

A.- ORÍGENES

Como es por todos sabido, la concepción originaria del dominio inmobiliario como soberanía territorial¹ obstó al reconocimiento de obligaciones de hacer a cargo del dueño, en el ámbito de las relaciones de vecindad. Como no estaba obligado a mantener su casa en buenas condiciones, de manera que no se derrumbara, el vecino que temía sufrir un daño por tal eventualidad, no podía exigirle que efectuara las reparaciones necesarias. Por la misma causa, si el derrumbe se producía y el daño se configuraba, tampoco el perjudicado podía exigir reparación alguna, salvo que el caso encuadrara en las previsiones de la *lex Aquilia*. Ciertamente es que, como señala Gayo², existió una *legis actio damni infecti*, pero

¹- BONFANTE, *Corso di diritto romano*, rist. della 1ª ed., vol. II, *La proprietà*, Part. I, Milano, Giuffrè, 1966, p. 384; BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937, p. 3 y ss.; SCIALOJA, *Teoria de la proprietà nel diritto romano*, Roma, Anónima Romana Editoriale, 1933, vol. I, p. 388 y ss.

la pena pecuniaria que posiblemente pudiera con ella obtenerse debió ser insuficiente en la mayoría de los casos. Esta circunstancia seguramente influyó para que no resultase éste un adecuado remedio preventivo. También es cierto que el damnificado podía retener los escombros hasta tanto se le indemnizara el daño causado por el derrumbe, pero no lo es menos que, de ordinario, tampoco debió ser éste un remedio eficaz dada la disparidad entre el importe del daño y el valor de los escombros.

Para salvar estas dificultades, seguramente adoptando una práctica iniciada ya por los vecinos, el pretor impuso al propietario del edificio que amenazaba derrumbarse, el deber de dar caución, esto es, prometer al vecino amenazado que resarciría los daños que se temían del estado del edificio, si ellos llegaban a producirse por esa causa. Esta orden de dar caución podía ser emitida por el pretor en virtud de su *imperium* y su desconocimiento constituía una infracción, un ilícito susceptible de castigo.

B.- HIPÓTESIS FUNDAMENTALES

La *stipulatio damni infecti* podía exigirse en dos hipótesis fundamentales. La primera -y, tal vez, la más importante- estaba representada por el caso del *vitium aedium loci operis iam facti*, es decir, cuando el daño era temido del edificio, lugares u obras ya ejecutadas, en estado defectuoso, existentes en el fundo vecino. La segunda hipótesis tenía lugar cuando el daño amenazaba de la actividad misma, del *facere*, del *vitium operis quod fit*. Tal actividad podía desarrollarse en terreno ajeno a quien la ejecutaba (*facere in alieno*), sea *in loco publico o in loco privato* -en virtud de un derecho real³ o personal⁴- o en el fundo propio (*facere in suo*)⁵.

C.- PRESUPUESTOS OBJETIVOS

Por lo pronto, debía tratarse de un daño futuro⁶, no siendo necesario que fuese inminente, ya que bastaba que fuera temido aún infundadamente. Debía consistir, por cierto, en un verdadero daño jurídico, esto es una disminución patrimonial.

Era menester, además, la existencia de un *vitium*, es decir un estado defectuoso pero reparable. Se trataba de un estado del edificio, del lugar o de la obra que si fuese corregido o reparado, no haría temer ya la ruina total o parcial, ni alguna otra repercusión dañosa proveniente de actos que se ejecutan dentro de los límites del fundo o de cosas que se encuentran en él. Por cierto que no había de tratarse del mero *vitium naturale*, como sucede en los casos referidos en D. 39.2.3,4,5, 8-11 y 43 pr., pero sí cabía cuando la *vis divina* actuaba sobre la condición ya defectuosa de la cosa y causaba el daño.

³.- Por ejemplo: D. 39.2.30 pr; D. 43.19.3.11; D. 43.23.1 pr.; eodem, 1.12 y 14; D. 43.21.3.9; eodem. 1 pr.

⁴.- Por ejemplo: D. 39.2.7.2; eodem, 9.1 y 2; D. 39.3.5; D. 10.4.9.1: eodem, 15; D. 19.2.19.4.

⁵.- D. 39.2.24.12 i.f.; eodem, 24.7; D. 9.2.27.10; D. 8.2.29; D. 8.5.17.2.

⁶.- D. 39.2.6 y 19.1; eodem, 7.1.

Por último, cabe señalar que, como surge de numerosos pasajes⁷, la *cautio damni infecti* tenía carácter supletorio o subsidiario, es decir que no podía pedirse cuando podía echarse mano a otro remedio jurídico para la reparación del daño.

D.- PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

La caución no podía ser pedida por cualquier persona⁸. Inicialmente estaba habilitado para hacerlo el propietario del fundo amenazado, lo que en las fuentes aparece como sobre entendido, pero luego el remedio se extendió a otros, llegando a decir en el derecho justiniano que "la estipulación del daño que amenaza compete no solamente a aquél entre cuyos bienes está la cosa, sino también a aquél a cuyo riesgo está la cosa"⁹. Así, la caución pudo ser pedida por el superficiario y el usufructuario¹⁰, el titular de una servidumbre predial y el enfiteuta, el acreedor prendario¹¹. También pudo pedirla el locatario por el daño temido del edificio vecino¹², el comprador cuando no ha relevado al vendedor de su deber de *diligentiam praestare*¹³, el donatario. No obstante alguna discrepancia entre los textos¹⁴, la mayoría de los romanistas acepta que, al menos en la época justiniana, podía el poseedor de buena fe exigir la caución.

También era posible la concurrencia de varios legitimados, como ocurría en el caso del condominio y en el caso que la caución fuese pedida por el propietario y el usufructuario.

Respecto de los obligados a dar la caución, es claro que tratándose del *vitium operis quod fit*, no podía ser otro que quien ejecutaba la obra¹⁵, ya que la sanción consistía pura y simplemente en la prohibición de proseguirla.

En el caso que el daño se temiese *vitio aedium loci operis iam facti*, el obligado a darla era el propietario del fundo, aunque estuviese gravado por un usufructo o un derecho de superficie¹⁶. Si el fundo amenazante estuviese en condominio, cada comunero debía dar caución en relación a su cuota¹⁷. También señalan las fuentes que la *stipulatio damni infecti* podía pedirse al poseedor de buena fe¹⁸, al superficiario¹⁹, al enfiteuta²⁰, al usufructuario²¹, al acreedor prendario²² e, incluso, al *missus in possessionem ex secundo decreto*²³.

⁷.- D. 39.2.13.6; eodem, 18.4,7,8 y 9; eodem, 20.32,33,34,38 pr.

⁸.- D. 39.2.13.4.

⁹.- D. 39.2.16 pr.

¹⁰.- D. 39.2.13.8.

¹¹.- MARCELO se la negaba, pero ULPIANO se la reconocía (D. 39.2.11), viniendo así a coincidir con el principio general justiniano antes enunciado.

¹².- D. 39.2.13.5; eodem, 16.3; eodem, 2.21.

¹³.- D. 39.2.18.9 y 38 pr.

¹⁴.- D. 39.2.11; eodem, 13.9; eodem, 18 pr.; D. 50.16.49.

¹⁵.- D. 39.2.20; eodem, 24 pr. y 30 pr.

¹⁶.- D. 39.2.9.4 y 5; eodem, 10, 19 pr. y 22 pr.

¹⁷.- D. 39.2.27 i.f.; eodem, 40.3; eodem, 5.1.

¹⁸.- D. 39.2.13 pr.

¹⁹.- D. 39.2.9.4 y 19 pr.

²⁰.- D. 39.2.15.26.

²¹.- D. 39.2.9.5; eodem, 18 y 19 pr.

²².- D. 39.2.11 y 12; eodem, 15.20.

²³.- D. 39.2.15.15 y 17.

E.- LA CAUCIÓN

Como ya se ha visto, el régimen de la *cautio damni infecti* tenía por finalidad sustancial asegurar la reparación del daño. Ello se lograba mediante una estipulación celebrada entre las partes, en virtud de la cual se asumía el compromiso de resarcir el perjuicio si llegaba a producirse el evento dañoso.

Aún después del ingreso de la *c.d.i.* en el edicto pretorio, debió mantenerse la costumbre de requerirla privadamente antes de proceder a la instancia ante el magistrado, pues si se otorgaba el problema quedaba inmediatamente solucionado.

Recién ante la negativa del requerido y sólo en los casos del *vitium aedium loci operis iam facti* y del *facere in suo* que no constituyera un *opus novum*²⁴, el amenazado debía acudir ante el magistrado para obtener la caución²⁵.

Obtenida la presencia del requerido, razones de urgencia hacían que no fuera prudente proceder a un conocimiento sumario del asunto, sino que bastase al pretor verificar si el requeriente era una de las personas a las que debía darse caución y exigirle el correspondiente *iuramentum calumniae*²⁶.

La caución podía otorgarse mediante la simple *repromissio* o la *satisdatio*. En el primer caso, como es sabido, se trata de una simple promesa bajo la forma de *stipulatio*; en el segundo, se adicionan fiadores.

Debían la simple promesa el dueño, el poseedor de buena fe y el enfiteuta; todos los demás debían *satisdare*.

Con relación al daño temido *vitio operis quod fit*, si la actividad se desarrollaba *in suo*, bastaba la simple promesa; si se trataba de un *facere in alieno publico* o *privato*, la caución debía adoptar la forma de la *satisdatio*.

Cumplidos los pasos previos, el pretor emitía el decreto ordenando que se otorgara la caución, en el caso del *vitium aedium*, pues si se trataba de un *facere* la orden consistía en dar la caución o sufrir la paralización de la obra²⁷.

En virtud de la *stipulatio* se asumía el compromiso de reparar el perjuicio que se produjera si el daño llegaba a verificarse. Naturalmente que la estipulación se refería a las cosas y a los vicios por los cuales había sido requerida, por lo que si luego se producía daño a otras cosas o por otras causas, ese daño quedaba fuera de la estipulación²⁸.

²⁴.- Si se trata de *facere in alieno privato* o *publico* basta al amenazado impedir la actividad.

²⁵.- En la época clásica el magistrado competente era el pretor en Roma y el gobernador en las provincias, pues era menester estar provisto de *imperium* para ordenar las *praetoriae stipulationes* y disponer la *missio in possessionem* (D. 2.1.4). Por eso los magistrados municipales quedaban en principio excluidos, salvo el caso de la Galia Cisalpina en el que, por otra parte, la autorización no facultaba a ordenar la *missio in possessionem*. Sin embargo, como el trámite del daño temido de ordinario exigía celeridad, se delegó de manera general en los magistrados municipales la facultad de ordenar la caución y disponer la *missio in possessionem ex primo decreto* (D. 39.2.1 y 4, 3, 7 y 9).

²⁶.- 39.2.7 pr.; eodem, 13.3.

²⁷.- D. 39.2.4.1.

²⁸.- D. 39.2.24.7, 9 y 10.

La vigencia del compromiso asumido tenía un plazo que para el caso del *facere in flumine publico* era de diez años según el edicto y que en los demás era establecido por el pretor según las circunstancias del caso²⁹.

La existencia del plazo determinaba que si el daño se producía antes de su vencimiento, podía intentarse la *actio ex stipulatu*, pero no si acaecía después.

El otorgamiento de la *c.d.i.* tenía importancia fundamental porque hacía nacer una obligación de reparar el daño que se produjera. Celebrada la estipulación, el propietario del fundo amenazante y quien ejecutaba la actividad de la que se temía el daño, estaban obligados *iure civile*, respondían con todos sus bienes y la obligación pasaba a los herederos. Por su parte, el *stipulator* y sus herederos resultaban beneficiados por la estipulación.

Con la celebración de ésta variaba sustancialmente la situación de quien temía sufrir un daño, pues de tener un mero interés pasaba a ser sujeto activo de una obligación *stricti iuris* aunque, ciertamente, *sub condicione*. Su situación práctica había mejorado: si su temor era fundado, lo normal debió ser que quien había prestado la caución adoptase las previsiones del caso para que el daño no se produjese; si, no obstante ello o en defecto de ello, el evento se producía, el resarcimiento podía obtenerse mediante el ejercicio de la *actio ex stipulatu*. Para que ésta prosperase era necesario que se diera la hipótesis prevista en la estipulación, en el término fijado, debiendo acreditarse la legitimación activa, que antes fuera objeto de *iuramentum calumniae*.

Con la *actio ex stipulatu* se obtenía el pleno resarcimiento, el *id quod interest*, comprendiéndose en éste tanto el daño emergente como el lucro cesante, el daño mediato y el inmediato³⁰.

F.- SANCIÓN POR FALTA DE CAUCIÓN

La observancia de la orden pretoriana determinaba, en principio, la solución del problema: si el evento se producía, el amenazado disponía de la *actio ex stipulatu* para exigir la reparación del daño. Pero la orden podía ser desoída, en cuyo caso la conducta de quien no había obedecido no podía quedar impune. La sanción debía ser distinta en una y otra hipótesis de *c.d.i.* porque diversas eran las situaciones según que la caución se perdiese *vitio aedium loci operis iam facti* o *vitio operis quod fit*. En la primera, la sanción consistía en la *missio in possessionem*; en la segunda, en la paralización de la obra.

En el caso del *vitium aedium* si no se daba la caución o el obligado a darla estaba ausente o era un pupilo sin tutor o simplemente no existía como en el caso de la herencia yacente, el pretor disponía la *missio ex primo decreto*. Con ésta no se obtenía la verdadera posesión, sino que el afectado era colocado junto a quien lo estaba poseyendo, disponiendo sólo de la *custodia et observatio*³¹. Aunque no estaba obligado a reparar, podía hacerlo y en tal caso disponía además del *ius retentionis*. En el derecho justiniano la *custodia et observatio* pareciera transformarse en verdadera posesión, que se convierte en *dominium* con el segundo decreto.

²⁹.- D. 39.2.7 pr.; D. 43.15.1 pr.; D. 39.2.13.15; eodem, 15.17.

³⁰.- D. 39.2.5.2; eodem, 18.8; eodem, 28, 29, 37.

³¹.- D. 39.2.15.20 y 23.

La *missio* comprendía, en principio, sólo la parte del inmueble que amenazaba causar el daño³², salvo que se temiera de un edificio, en cuyo caso lo comprendía íntegramente³³, a no ser que por su particular configuración no pudiera extenderse al resto de la construcción.

La *missio ex primo decreto* era esencialmente provisional, pues bastaba se ofreciera la caución para que quedara sin efecto³⁴.

A esta *missio* seguía normalmente otra *ex secundo decreto*, la que sólo podía ser dispuesta por el pretor o el gobernador. Esta exigía una *iusta causa*³⁵, es decir, la convicción que la caución no sería dada³⁶, atento a las circunstancias del caso, cuya apreciación quedaba exclusivamente en manos del magistrado.

En virtud de ella, el *missus* poseía exclusiva y excluyentemente³⁷.

La *missio ex secundo decreto* tenía carácter definitivo y no podía ser revocada aunque se ofreciera la caución³⁸.

Cuando la caución era pedida por el daño temido de la actividad misma de una persona, la desobediencia a la orden de *cavere* no podía ser sancionada con una *missio in possessionem* pues faltaba justamente la cosa sobre la cual pudiera ella recaer. Por eso, en el caso del *vitium operis quod fit*, la pena consistía simplemente en la prohibición de continuar con el *facere*.

Si la obra se ejecutaba *in privato*, quien temía sufrir daño, echaría mano a la *prohibitio*, si no se le daba voluntariamente la caución. Si quien realizaba la obra pretendía ejercitar coactivamente su derecho, su pretensión quedaba supeditada al otorgamiento de la caución. En consecuencia, la falta de caución determinaba la imposibilidad de iniciar o proseguir la obra.

En el caso del *facere in publico*, la situación era similar: la iniciación o prosecución de la obra sólo eran posibles si previamente se otorgaba la caución.

Por último, si el daño se temía de la actividad cumplida *in suo*, la caución podía obtenerse echando mano a la *operis novi nuntiatio damni depellendi causa*³⁹. Cuando el *opus novum* faltaba, aún era posible valerse de un interdicto prohibitorio, cuya violación acarrearía la *actio ex interdicto* por el monto de la *sponsio* y, eventualmente, el *iudicium secutorium* por el daño causado por el hacer contra el interdicto. Para el *non caventem* que realiza una actividad *in suo*, la sanción seguía siendo la misma: prohibición de iniciar o continuar la obra de la que se temía el daño.

³².- D. 39.2.15.11: eodem, 38.1.

³³.- D. 39.2.15.12; eodem, 38.1.

³⁴.- D. 39.2.15.31.

³⁵.- D. 39.2.7 pr.; eodem, 4.4.

³⁶.- D. 39.2.15.21.

³⁷.- D. 39.2.15.23. Los textos que dicen que se hacía propietario (entre otros, D. 39.2.15.16; eodem, 17 y 33) están seguramente interpolados.

³⁸.- D. 39.2.15.33.

³⁹.- D. 39.1.1.16 y 17.

III.- EL DAÑO TEMIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL

A.- LA LEGISLACIÓN FORAL

El Fuero Viejo de Castilla, cuyas primeras leyes serían del rey Sancho y la recopilación final obra del rey don Pedro, presenta interés a los fines de este trabajo pues en él aparecen disposiciones acerca del daño temido. En efecto, en el Libro IV, el título V que lleva la rúbrica "De las labores nuevas e viejas e de los daños que vienen de ellas...", luego de tratar la ley I del curso natural de las aguas de lluvia, en la ley II se dice:

Otrosí, si casa ovier un ome, e fuer acostada, de vela adovar, porque las otras casas de cerca della non resciban daño. E si despues quel' fuer mostrado, nol'quisier adovar, e daño vinier a las otras casas de cerca, debe pechar todo el daño al dueño de la casa. Otrosí, si menester ouier de sobir canales, o maderas paraaquellas casas adovar, de velas sobir por las casas, que fueren mas cerca de aquellas, que son de adovar, e quando la sua ovier adovado, si algund daño ficier en la otra casa, de velo adovar todo.

La referencia al daño futuro resulta clara desde el inicio de la ley: ...*de vela adovar, porque las otras ... non resciban daño*. El dueño del edificio ruinoso lo debe *adovar*, daba exclusivamente en manos del magistrado. es decir, arreglar o reparar para evitar daños a los vecinos.

Me parece que la obligación surge de la propia ley ya que utiliza la expresión *de vela*, es decir que pesaría sobre el propietario del edificio una obligación de hacer, a la que tanto se resistió el derecho romano.

Sin embargo, creo que la responsabilidad del dueño del edificio no tiene la objetividad que caracteriza a la del propietario de animales por los daños por ellos causados. En efecto, mientras en el único caso de daños causados por el ganado contemplado en el Fuero Viejo no se alude a dolo o culpa del dueño⁴⁰, en materia de edificios la ley en cuestión parece exigir un paso previo: colocar en dolo al dueño de la construcción ruinoso. El amenazado no debe permanecer inactivo; debe poner en conocimiento del dueño de la casa el estado ruinoso en que ella se encuentra y el peligro que por eso corre la suya. No otro significado tiene para mí la expresión usada en la ley: ... *si despues quel' fuer mostrado, nol' quisier adovar...* Si "mostrado" tiene el sentido de "enseñar", "demostrar" o "probar", parece claro que es imprescindible colocar en situación de dolo al propietario del edificio ruinoso, denunciándole el estado de cosas existente y que pudo, tal vez, no haber conocido. Recién después de la advertencia y si es ella desoída, el advenimiento del daño gene-

No aparecen aquí el afianzamiento ni la *missio in possessionem* del derecho romano. Se vislumbra, sin embargo, una resistencia a consagrar una responsabilidad objetiva por el

⁴⁰.- Ley III, Tít. V, Libro II.

hecho de las cosas inanimadas. El deber de resarcir no surge *ipso iure*, sino que es menester un obrar contrario a la advertencia del amenazado. Pareciera que se responde por el daño causado como consecuencia del derrumbe porque, conociendo el riesgo, no se han adoptado las medidas necesarias para su prevención.

Por otra parte, también la responsabilidad por el daño causado *vitio aedium* resulta diferente a la consagrada en materia de daños causados por los animales. En efecto, en el *fuero* el derecho a reparar: ... *e daño vinier a las otras cosas de cerca, deve pechar todo el daño al dueño de la casa*.

En el primer caso, el acaecimiento del daño luego de la advertencia y ulterior renuencia a reparar, determinan la obligación de resarcir los perjuicios que se hayan causado: "*E si despues quel' fuer mostrado, nol' quisier adovar, e daño vinier a las otras cosas de cerca, deve pechar todo el daño al dueño de la casa*". En cambio, cuando el daño se causado por un animal, la liberación del dueño puede operarse mediante la indemnización del perjuicio o el abandono noxal:

E si algund can que está atado de día por mandado de su dueño, si algund daño ficiere de día, suo señor devalo pechar, o dar el daño dor...⁴¹

B.- LAS PARTIDAS

Este famoso código, en el título XXXII de la 3ª Partida, trata de *las lauores nuevas, como se pueden embargar que no se fagan; é de las viejas que se quieren caer, como se han de facer, e de todas otras lauores*.

Por lo pronto, es menester señalar que la obligación de mantener en buen estado los edificios y repararlos, aparece consagrada en forma expresa⁴².

Como existe el deber legal de mantener en buen estado el edificio, quien teme sufrir un daño como consecuencia de su caída, tiene en verdad un derecho cuya protección puede exigir demandando la restauración o el otorgamiento de la correspondiente garantía.

Por tal causa, la ulterior *missio in possessionem* aparece como una especie de prenda pretoriana, como un medio de garantizar aquel derecho de exigir la reparación del edificio, de la que el propietario podría eximirse abandonándolo, a similitud de lo que ocurre en materia de acciones noxales⁴³.

Aunque esta obligación de reparar el edificio ruinoso marca ya una diferencia importante con el régimen romano del *damnum infectum*, no es muy diferente, sin embargo, la regulación que del consiguiente remedio estructura el código del Rey Sabio.

En efecto, ante la amenaza de derrumbe, el vecino que teme sufrir daño por tal causa puede pedir que el riesgo sea apartado mediante la demolición, reparación o afianzamiento de los eventuales perjuicios⁴⁴.

⁴¹.- Fuero Viejo de Castilla, Ley III, Tít. V, Libro II.

⁴².- Leyes XXIV y XXV del Tít. XXXII de la 3ª Partida.

⁴³.- Véanse Ley I, Tít. XIII, Part. 5ª; Leyes XXII y XIII, Tít. XV, Part. 7ª; Ley V, Tít. XIII, Part. 7ª; Ley XVI, Tít. XII, Part. 3ª.

⁴⁴.- Ley X, Tít. XXXII, Part. 3ª.

Según surge del texto de la ley X del Tít. XXXII de la 3ª Partida, se distinguen dos hipótesis: una referida al caso de la obra no susceptible de reparación y otra constituida por aquellos casos en que, por el contrario, es factible la restauración. En la primera no cabe otra alternativa al dueño de la casa ruinosa que proceder a su demolición. Así lo señala López en su glosa a esta ley:

Si vicinus timet damnum domus vicini ruinosae; judex, si est domus irreparabilis debet jubere domini eam demoliri.

Tal sería el caso contemplado en la ley XII de este mismo título, ya que en ella se dispone que una vez constatado el hecho por el juez, se procede a talar el árbol o demoler la pared débil.

Cuando la reparación es posible, se abre para el dueño del edificio amenazante la posibilidad de repararlo o dar caución por el daño temido. *Si autem est reparabilis, coget dominum domus ruinosae ad refectionem, vel ad praestandum fidejussorem vicino de damno infecto*, continúa el glosador en el comentario a esta ley.

A diferencia del sistema romano, en ninguna de las dos hipótesis basta el *iuramentum calumniae* para poner en movimiento el aparato judicial, pues el juez, ante la denuncia, procede a la constatación directa de los hechos, asistido por personas idóneas en la materia⁴⁵.

No se dice qué debe entenderse por daño, pero indudablemente no puede tratarse sino del daño jurídico, la disminución patrimonial y la pérdida de una mera ventaja de hecho, que define la ley I del Tít. XV de la 7ª Partida.

En cuanto a la forma de la caución, cabe señalar que no aparece la distinción entre *repromissio* y *satisdatio* como ocurría en el derecho romano; simplemente se habla de dar buenos fiadores. Como al explicarse la significación de las palabras se dice que "cautio en latín tanto quiere dezir, como aseguramiento que el debdor ha de fazer al señor del debdo, dando fiadores valiosos, o peños"⁴⁶ y que "fiador tanto quiere dezir, como ome que da su fe, e promete a otro, da dar, o de fazer alguna cosa, o por mandato, o por ruego de aquel, que le mete en la fiadura"⁴⁷, resulta claro que la caución por el daño temido no puede constituirse ya mediante la simple promesa sino que es necesario afinzar.

Conforme al texto de la ley X en cuestión, la renuencia del vecino a reparar o afianzar, determina la *missio in possessionem* del amenazado. Dicha *missio* no constituye una verdadera posesión sino a partir del segundo decreto, pues en la Ley XV del Título XXX de la 3ª Partida se dice que la pérdida de la posesión por parte del dueño del edificio ruinoso se opera "si durare en la rebeldía". La solución, por otra parte, aparece confirmada por López en la nota a la ley: ... *et intellige in missione ex secundo decreto*.

Aunque del texto de la Ley X del Tít. XXXII de la 3ª Partida pareciera que la *missio* es dispuesta para que efectúe la reparación a costa del dueño, López no imputa al *missus* sino al dueño del edificio ruinoso la obligación de repararlo, lo que parece mas razonable pues,

⁴⁵.- Ley cit. en nota anterior.

⁴⁶.- Ley X, Tít. XXXIII, Part. 7ª.

⁴⁷.- Ley I, Tít. XII, Partida 5ª.

de lo contrario, no se comprendería como podría decir la ley "si el dueño del edificio dura re en su rebeldía". Si el mandato del juez fuese dirigido al amenazado, no entiendo en qué podría consistir la rebeldía del dueño, pues el obligado a reparar sería el *missus* y no él. Por otra parte, si no fuese así, no se comprendería la *missio ex secundo decreto* que se otorga por la rebeldía del dueño del edificio ruinoso y que aparece configurada como un "peño" en favor del amenazado.

Siguiendo la enseñanza de los jurisconsultos romanos, señala López que el juez no debe apresurarse a dar el segundo decreto, sino que debe esperar hasta que se pueda presumir el abandono o la decisión de no garantizar, conforme con D. 39.2.15.21⁴⁸.

También la ley se ocupa de señalar que el daño debe temerse del vicio del edificio - única hipótesis contemplada- y excluye de toda responsabilidad cuando el daño se produce por el hecho de la naturaleza.

La instancia del vecino que teme el daño es colocada como elemento imprescindible para la reparación ulterior, pues si el derrumbe se opera antes de acudir al juez, el dueño del edificio caído queda liberado de toda obligación⁴⁹.

En la segunda parte de la Ley XI del Título XXXII de la 3ª Partida se prescribe que, aunque no medie en el caso deber de resarcir, el dueño del edificio derrumbado debe retirar todos los escombros y materiales o perderlos totalmente en beneficio del perjudicado.

Las leyes de este código no se ocupan expresamente del problema de la legitimación activa y pasiva en materia de daño temido, aludiendo siempre al mdueño. Sin embargo, creo que debieron aplicarse en este punto las soluciones romanas y las previsiones de las Leyes II y III del Tít. XV de la 7ª Partida.

Por último, en cuanto al daño temido de una actividad, cabe señalar que no aparece en las Partidas disposición alguna que autorice a exigir la caución. Así, tratándose del *facere in publico*, sólo se prevé la *prohibitio* por parte de cualquier hombre del pueblo⁵⁰ y la demolición de la obra⁵¹; cuando se habla del ejercicio de las servidumbres, que podría haber dado lugar al pedido de caución por el daño temido del *facere in alieno privato*, se dice que el daño debe ser soportado por el propietario del fundo sirviente⁵²; en materia de obra nueva sólo se alude a la demolición, sin plantearse siquiera la posibilidad de la *cautio damni infecti*, ni distinguir entre los distintos tipos de *operis novi nuntiatio* reconocidos por el derecho romano⁵³; por último, tampoco la caución aparece en el caso de la *actio aquae pluviae arcendae* a que se refiere la Ley XV del Tít. XXXII de la 3ª Partida.

Sea que las leyes de las Partidas hayan regulado el daño temido con tanta semejanza al derecho romano como surge de su texto, sea que en la práctica sólo se haya reconocido la posibilidad de exigir la reparación o la demolición del edificio ruinoso, como afirma García Goyena⁵⁴, las previsiones de este código, de todas maneras, resultan importantes-en

⁴⁸.- Nota 5ª a la Ley X, Tít. XXXII, Part. 3ª.

⁴⁹.- Ley XI, Tít. XXXII, 3ª Partida.

⁵⁰.- Ley III, Tít. XXXII, 3ª Partida.

⁵¹.- Véanse las leyes XXIII y XXIV del Tít. XXXII de la 3ª Partida.

⁵².- Ley XIV, Tít. XXX, 3ª Partida.

⁵³.- Ley XIV, Tít. XXX, 3ª Partida.

⁵⁴.- Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Madrid, Imp. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, t. I, p. 461.

mi criterio- por cuanto consagran un sistema efectivo de prevención del daño, reconociendo al individuo que teme sufrirlo la posibilidad de poner en movimiento el régimen, sin tener que peticionar nada del poder administrador. Por otra parte, sus disposiciones abren ya la posibilidad de distinguir entre el daño privado, cuya prevención interesa primordialmente al particular, del daño público, que compete fundamentalmente a la administración evitar, aunque muchas veces puedan aparecer confundidos.

C.- LA LEGISLACIÓN POSTERIOR

Como es sabido, las Partidas no lograron unificar la legislación española. Los fueros mantuvieron vigencia y los reyes continuaron dando otros nuevos, sumados a múltiples disposiciones particulares y generales que determinaron la necesidad periódica de su ordenación, situación que se mantuvo hasta la sanción del código civil, el que pese a su generalidad, no logró abolir totalmente la legislación foral.

En la Novísima Recopilación se encuentran también algunas disposiciones de interés a los fines de nuestro tema. Entre ellas, la mas antigua es la contenida en la ley II, Tít. XXXII del Libro VII y que fuera dada por don Carlos y doña Juana en Madrid, el 26 de junio de 1630. Mediante esta disposición se prohibió la existencia de balcones, pasadizos y otras construcciones que sobresalen de la pared de las casas que dan a la calle, como así también su reparación y reconstrucción⁵⁵. En mi criterio, su importancia radica en que comporta una grave limitación a los poderes del dueño del edificio, en beneficio de los intereses generales. Por la misma causa es importante la Ley VII, Tít. XIX del Libro III, que ordena la edificación o reconstrucción en los solares y yermos de Madrid, so pena de proceder a la subasta judicial. La disposición se extendió a todo el reino, según Real Cédula expedida por Carlos IV el 28 de abril de 1789⁵⁶.

En este mismo sentido, es interesante destacar que, de acuerdo al Capítulo 58 de la Instrucción de Corregidores, inserta en cédula del 15 de mayo de 1788, se les encomienda que si algún edificio amenazara ruina, obliguen a sus dueños que los reparen y si no lo hicieran, procedan a su ejecución por cuenta del dueño u obliguen a éste a la venta del edificio, para que el comprador se encargue de la ejecución de las tareas necesarias de reparación.

Es indudable que aquella concepción del fundo como territorio soberano de la *gens* que originariamente tuvo el derecho romano, ha desaparecido totalmente. Si algún vestigio hubo de ella en la época visigótica, debió perderse con la invasión musulmana. Las tierras que se fueron reconquistando pasaron a manos de los reyes y ellos las concedieron a sus súbditos. Es perfectamente comprensible, entonces, la imposición al dueño de toda clase de obligaciones, incluso de hacer, tales como la de construir, reparar o demoler, sin necesidad de acudir al rodeo que el sistema romano debía dar para prevenir los daños y asegurar su reparación, manteniendo la integridad y plenitud tradicionales del dominio inmobiliario.

⁵⁴.- Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Madrid, Imp. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, t. I, p. 461.

⁵⁵.- Corresponde a la Ley VIII, Tít. VII, Libro VII de la Nueva Recopilación.

⁵⁶.- Ley IV, Tít. XXIII, Lib. VII, Novísima Recopilación.

Las leyes de enjuiciamiento civil dedicaron a este asunto varias disposiciones. Así, la de 1855 concede el "interdicto de obra vieja" en el caso del daño temido por el mal estado de cualquier construcción -a la que se asimilan los árboles, zanjas y pozos- y puede perseguir la adopción de medidas precautorias urgentes o la demolición del edificio o la tala del árbol o el cierre o cubrimiento de las zanjas o pozos⁵⁷.

De acuerdo a las previsiones del art. 740, están legitimados activamente a los fines del interdicto "los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata, que pueda resentirse o padecer por la ruina" y "los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenazar ruina", entendiéndose por necesidad "la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado del denunciante del ejercicio de un derecho, o sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses, o grave molestia a juicio del juez"⁵⁸.

Apunta acertadamente Caravantes que estas disposiciones se refieren a "los perjuicios que experimentan los particulares en sus intereses o derechos privados o civiles, ... pues cuando la obra ruinosa amenazase causar daño a sitios públicos, si bien compete a cualquiera del pueblo acción popular para que se repare o demuela, ésta se propone ante las autoridades administrativas, que son las que tienen a su cargo la adopción de las medidas convenientes para la seguridad de las personas y propiedades colectivamente, ..." ⁵⁹.

Resulta interesante destacar que cuando se procura la adopción de medidas para prevenir el daño temido, corresponde al juez constituirse en el lugar acompañado de peritos, para constatar la gravedad y urgencia del caso⁶⁰, y si estimase que ésta no existe, podrá denegar las medidas⁶¹. Pero si, por el contrario, considerara que deben adoptarse, inmediatamente e inaudita parte, decretará las que juzgue oportunas, a cuya ejecución "serán compelidos el dueño, su administrador o apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres, y en defecto de éstos se ejecutará a costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen"⁶². Según el art. 753, "las providencias que el juez dictare otorgando o denegando las medidas urgentes de precaución, no son apelables."

Distinto es el tratamiento dado al interdicto cuando persigue la demolición. Por lo pronto y dada la gravedad e importancia de la medida, ambas partes son oídas en juicio verbal⁶³ y la inspección del lugar queda al arbitrio del juez⁶⁴. La sentencia es ahora apelable en ambos efectos⁶⁵ y si ordena la demolición, ello no obsta a que el juez disponga la

⁵⁷.- Art. 748.

⁵⁸.- Art. 750.

⁵⁹.- Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de Enjuiciamiento, Madrid, Imp. de Gaspar y Roig Editores, 1856, N° 1092, p. 240 *in fine*. En el mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al código civil español*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910, t. III, p. 375 *in fine*.

⁶⁰.- Art. 751.

⁶¹.- Art. 752.

⁶².- Art. 751.

⁶³.- Art. 754.

⁶⁴.- Art. 755.

⁶⁵.- Art. 757.

adopción de medidas imprescindibles de seguridad para prevenir el daño, mientras dure el trámite en la alzada⁶⁶.

Similar es la regulación que sobre el daño temido contiene la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, en la que acertadamente la denominación del interdicto es reemplazada por la de "obra ruinosa". Como es evidente, la amenaza de daño surge de una obra o construcción por su estado defectuoso o ruinoso, sin que sea menester que se trate de una construcción vieja o vetusta.

Se mantiene en esta ley la duplicidad de objeto del interdicto: adopción de medidas precautorias o demolición⁶⁷, aunque se precisa que el daño puede temerse por "el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas"⁶⁸. En los arts. 1677 y 1678 se repiten, aunque con leves modificaciones, las disposiciones de los arts. 749 y 750 de la ley de 1855. Como en ésta, se distingue también entre los casos en que se procura la adopción de medidas urgentes de seguridad y aquéllos en que se persigue la demolición. En el primer caso subsisten el reconocimiento judicial con la asistencia de un perito, la eventual denegatoria si no media urgencia, la inmediata orden de ejecución, en caso contrario, a las mismas personas que señalaba el art. 751, dispuesta *inaudita parte*, y su eventual realización a costa del actor por cuenta del obligado a la restauración⁶⁹, como así también la falta de apelación contra la resolución del juez⁷⁰. En el segundo caso, las disposiciones de los arts. 754 a 758 de la vieja ley se repiten en los arts. 1682 a 1685 de la nueva.

Llegamos así a las postrimerías del siglo XIX. Luego de numerosos intentos particulares y oficiales, el código civil obtiene sanción real el 6 de octubre de 1888 y es refomado parcialmente el 24 de julio de 1889.

Siguiendo al art. 544 del código civil francés, se define la propiedad como el "derecho de gozar y disponer de una cosa, sin otras restricciones que las establecidas por las leyes"⁷¹.

En el Capítulo V del Título II se ocupa el código español del daño temido de los edificios y de los árboles. Así, en el art. 389 se prevé el caso de las construcciones que amenazan ruina, disponiéndose que su propietario debe demolerlas o ejecutar los trabajos necesarios para evitar que se derrumben; en su defecto, puede la autoridad proceder a hacerlo por cuenta del dueño. Similar es la disposición relativa al daño temido de los árboles que amenazan caer⁷². El tercer artículo de este capítulo -el 391- remite a las disposiciones de los arts. 1907 y 1908 para el caso que el árbol o el edificio caigan causando perjuicio.

Como el propietario de un edificio tiene el deber de mantenerlo en buenas condiciones o demolerlo para evitar daños a terceros⁷³, resulta lógica la previsión del art. 1907⁷⁴, en el sentido que el dueño es responsable por los daños que resulten de la ruina total o parcial

⁶⁶.- Art. 758.

⁶⁷.- Art. 1676.

⁶⁸.- Art. 1676, inc. 1º.

⁶⁹.- Arts. 1679 y 1680.

⁷⁰.- Art. 1681.

⁷¹.- Art. 348.

⁷².- Art. 390.

⁷³.- Art. 389.

⁷⁴.- Ubicada en el Libro IV, Tít. XVI, Cap. II: De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia.

de su edificio, si fue causado por la omisión de las reparaciones necesarias. Lo mismo puede decirse de la norma del art. 1908, inc. 3º, relativa a los daños causados por la caída de árboles ubicados en los lugares de paso.

Creo conveniente destacar que, como la vigencia del código civil español no derogó totalmente la legislación foral, en Cataluña no rigen los arts. 391 y 1907, conforme a las ordenaciones de Sanctacilia (a. 49), razón por la cual el propietario del edificio ruinoso no responde por el daño causado, si previamente no hubo protesta del vecino⁷⁵.

Resulta clara la finalidad preventiva de la acción prevista en los arts. 389 y 390, como acertadamente se ha señalado:

Lo que aquí quiere la ley es precisamente evitar que el hecho ocurra, que el accidente se produzca, que el daño en la propiedad o la lesión en las personas lleguen a ser efectivos; y a ese fin se encaminan, tanto la obligación impuesta al propietario de reparar o demoler, si fuere preciso, el inmueble, como la institución de acciones sumarísimas, cuyo objeto es prevenir y evitar el daño aún no ocurrido, pero que se teme o amenaza ("damnum infectum"). Porque si el edificio o árbol se cayeren total o parcialmente, y el mal a ello consiguiente se hubiese ya producido, surgirán entonces responsabilidades de otro orden, determinadas en los arts. 1902, 1907 y 1908.⁷⁶

Según las previsiones del código, el objeto generador del peligro está representado por todo género de construcciones (edificio, pared, columna u otro objeto análogo) que sobresalgan del suelo, como así también por los árboles, que por su estado defectuoso puedan derrumbarse y causar daño a las personas o cosas.

Las consiguientes medidas precautorias consistirán, en principio, en los trabajos indispensables de reparación; pero si ellos resultasen insuficientes, no cabrá otra alternativa que la demolición de la construcción o la remoción del árbol.

Ninguno de los dos artículos indica quiénes son los titulares de la acción de daño temido, pero la cuestión aparece resuelta en la ley de enjuiciamiento civil a la que antes me he referido.

En cuanto al legitimado pasivamente, ambas disposiciones aluden al propietario o dueño de la construcción o del árbol. Como las leyes de enjuiciamiento comprenden también a otras personas -administrador, apoderado, inquilino, según se ha visto *supra*- podría pensarse en una contradicción y por eso debe ser intimado en primer término; pero cuando éste no está presente, la urgencia admite que sea suplido por quienes, de una u otra manera, actúan como sus representantes, lo que hace desaparecer la supuesta antinomia de las normas⁷⁷. La obligación pesa única y exclusivamente sobre el dueño y tanto es así que, aunque los trabajos sean intimados a quien lo represente y ejecutados por éste, no puede el propietario eximirse de su deber de reembolsar el importe de los gastos efectuados. La dis-

⁷⁵.- RIMBLAS RIMBLAS, *Código civil interpretado y concordado*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 254.

⁷⁶.- MANRESA Y NAVARRO, op. cit., t. III, p. 366.

⁷⁷.- MANRESA Y NAVARRO, op. cit., t. III, p. 371/372.

posición de la ley procesal, como se ha dicho, "se dirige a ordenar, dentro de su competencia, el procedimiento para que se cumpla la obligación impuesta por el código, con la urgencia que el caso requiere, y siempre a costa del obligado", razón por la cual "no resulta la menor contradicción entre una y otras disposiciones."⁷⁸

Finalmente, cabe señalar que, según se viera supra, el art. 389 del código civil español habla de "autoridad", sin distinguir entre la judicial y la administrativa. Esta circunstancia permite la actuación de la norma sea por disposición directa del poder administrador, sea por causa de la instancia judicial del particular que teme sufrir el daño.⁷⁹

D.- LA SITUACIÓN EN AMÉRICA

Pero es necesario hacer ahora un retroceso en el tiempo. En los umbrales de la Edad Moderna se ha producido un hecho trascendental: la llegada de Colón a tierra americana.

Otorgadas por Alejandro VI a España las tierras descubiertas y a descubrir existentes a cien leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde y fijada la línea divisoria de los descubrimientos hispánicos y portugueses en el tratado de Tordesillas, por Real Cédula del 14 de septiembre de 1519 se dispuso la incorporación de la isla La Española a la Corona de Castilla y León, ampliada luego -el 9 de julio de 1520- a "todas las islas e Indias descubiertas y por descubrir".

Las Indias pasaron así a formar parte del reino, como una provincia mas y, naturalmente, debieron recibir también la legislación castellana. Pero las circunstancias eran muy diferentes en la península ibérica y en el suelo americano: distintos eran los lugares, los hombres, sus culturas y costumbres. Por tanto, la absoluta identidad de leyes en una y otro resultaba imposible. Fué menester, entonces, dictar normas especiales para América, no sólo en materia de derecho público, sino también de derecho privado, aunque respetando en gran medida las costumbres de los nativos. En este sentido, resulta decidora la recomendación de Juan de Matienzo a los gobernadores españoles, en el sentido de que antes de legislar era necesario conocer las condiciones y hábitos de los indígenas y de los españoles establecidos en las nuevas tierras.

Luego de varios intentos y pasado bastante tiempo, en 1680 Carlos II promulgó la Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias, cuya primera edición fue hecha en Madrid el año siguiente.

En el decreto por el que fue puesta en vigor, el monarca estableció que sus disposiciones "se guarden, cumplan y ejecuten y por ellas sean determinados todos los pleitos y negocios que en estos y aquellos reinos ocurrieren, aunque algunas sea nuevamente hechas y ordenadas, y no publicadas, ni pregonadas, y sean diferentes o contrarias a otras leyes, capítulos de carta, ... todos los cuales es nuestra voluntad, que de ahora en adelante, no tengan autoridad alguna, ni se juzguen por ellos ... sino solamente por las leyes de esta Reco-

⁷⁸.- MANRESA Y NAVARRO, op. cit. t. III, p. 372.

⁷⁹.- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el código civil e historia general de la legislación española*, 2ª ed., Madrid, Suc. de Rivadeneyra, 1900, t. III, *Derechos reales - Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, Nº 83, p. 156.

pilación, guardando en defecto de ellas lo ordenado por la ley segunda, título primero, libro segundo de esta Recopilación, y quedando en su fuerza y vigor las Cédulas y Ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella."

Pero la legislación de Indias no significaba exclusión de la española. Las disposiciones particulares dictadas para América tenían ciertamente aplicación prioritaria, pero las leyes de Castilla, de observancia supletoria, constituían un magnífico substractum jurídico, que tanto habría de influir posteriormente en los códigos civiles de los países americanos y especialmente en el nuestro.

Dada aquella multiplicidad legislativa, la ley II, Tít. I, Libro II de la Recopilación, estableció el orden de prelación de las leyes a aplicarse en América:

Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios, pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharan, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme á la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como á la forma y orden de sustanciar.

La disposición es, en realidad, aclaración y ampliación de lo expresado en la ley I del mismo título y libro.

Resulta claro, entonces, que la legislación específica para la América hispana estaba representada, en primer lugar, por las leyes contenidas en la Recopilación; en segundo lugar debían aplicarse las "cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias" y, finalmente, por las leyes del Reino de Castilla, conforme a la ley I de Toro. Según ésta, en primer término debían observarse "las leyes de los ordenamientos y pragmáticas por Nos hechas, y por los Reyes donde venimos, y los Reyes que de Nos vinieren"; luego debían tenerse en cuenta "las leyes de los fueros"; por último, si la cuestión no podía resolverse por aplicación de ninguna de las normas citadas, había que estar al código alfonsino. La legislación castellana, con el magnífico monumento de las Partidas, venía de esta manera a integrar el orden jurídico americano. Tanto es así que la Novísima Recopilación, cuya observancia no fuera comunicada al Virreinato del Río de la Plata, fué considerada, no obstante ello, como legislación vigente en nuestro país. Así lo dijo el propio Vélez Sarsfield en su famosa respuesta a las críticas de Alberdi:

Aquí rige el Código llamado Fuero real, las doscientas y más leyes del estilo, el voluminoso cuerpo de las leyes de partida, seis grandes volúmenes de la Novísima recopilación ...

Esta vigencia resulta clara de la nota dirigida el 27 de septiembre de 1811 por el Primer Triunvirato a la Audiencia, mediante la cual le comunica que, con el fin de extinguir los males producidos por la difusión del delito de hurto, publicar por bando "la observancia de la ley 3ª, Tít. 14, Libro 12 de la novísima Recopilación de Castilla", ante la cual la Audiencia resolviera, el 30 del mismo mes y año, por voto consultivo, la conveniencia de observar el "auto 19, título 2, libro 8 de los acordados, inserto en la ley 3, título 14, libro

12, citada y el 21 del expresado tit. y lib. que fixa las mejores reglas en la materia ..." Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho aplicación de las normas de la Novísima Recopilación⁸⁰.

Debo confesar que pese haber buscado con toda paciencia -y creo que también con bastante minuciosidad- no he encontrado en la Recopilación de las Leyes de Indias disposición específica alguna acerca del objeto de esta exposición. Sin embargo, la existencia de una legislación supletoria como la castellana, aplicable en las Indias, como se ha visto, debió permitir que los problemas suscitados con motivo del daño temido fueran solucionados conforme a las leyes de las Partidas, cuya real vigencia en América resulta clara por la referencia permanente que a ellas, junto con las demás españolas y romanas, hace Vélez Sarsfield en sus escritos judiciales⁸¹. La real vigencia de las leyes no depende tanto de su sanción legislativa -pues esto depende de un acto relativamente accidental, como lo es la decisión del poder del Estado que tiene su cargo la facultad de dictarlas- sino mas bien de su sabiduría, de su idoneidad para solucionar los problemas de los hombres, ... que para esto y no para otra cosa sirven las leyes. Y esa virtud tenían las Partidas, como la tiene el Digesto. Las previsiones concisas de los fueros podían ser halagadoras para algunos jueces y abogados; pero los buenos jueces y los buenos abogados prefieren las leyes que, como las Partidas o el Digesto, suministran tantos criterios que exigen aguzar al máximo la capacidad intelectual del hombre a fin de lograr una solución lo mas justa posible para el problema cuya decisión otros hombres esperan. Muchas veces he meditado sobre este asunto. Las soluciones fáciles "dadas" por la ley parecen un poco (¿o totalmente?) ajenas a los jueces y abogados; las que en verdad sienten como propias son aquéllas que les han exigido mucho esfuerzo.

Tengo la impresión que las leyes dadas para las Indias eran, en cierto modo, circunstanciales; trataban de salvar los nuevos obstáculos -imprevistos, tal vez- que un nuevo mundo mostraba, pero el mundo viejo -quizá por serlo- tenía una sabiduría, una gran experiencia acumulada. Y eso representaban las leyes de Alfonso X: más de mil años de sabiduría y, sobre todo, de prudencia jurídica. Por eso no era imprescindible que las leyes dadas para las Indias contuviesen previsiones acerca del daño temido; para eso ya estaban, desde hacía mucho tiempo, las leyes romanas y el código de las siete Partidas.

IV.- EL DAÑO TEMIDO EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

A.- EL CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD

1.- *Sus criterios fundamentales*

Vélez Sarsfield era un hombre su época, imbuido de los principios económicos del liberalismo, que sabía que las leyes, aún en el ámbito del derecho privado, son un poder-

⁸⁰.- Fallos, 3: 279; 13: 456.

⁸¹.- Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

so instrumento de gobierno. Esto es justamente su código: un instrumento de que se valieron los hombres de su tiempo para comenzar a forjar el país que ambicionaban.

En el código de Vélez es notoria la intención de estructurar un derecho de propiedad fuerte y escasamente limitado; de respetar la voluntad de los individuos; de establecer un régimen familiar vigoroso, organizado alrededor del padre, aunque haya mejorado la situación de la esposa, y de un sistema sucesorio adecuado y correcto. Todo esto parece constituir un poderoso llamado a esas personas que necesitaba el país. La invitación era, en verdad, seductora: vengan, aquí hay tierras disponibles y ricas; instálense y trabajen con tranquilidad; sus bienes, familia y persona serán respetados; lo que obtengan será de ustedes y podrán hacer con ello lo que quieran; si de algo debieran ser privados, recibirán la correspondiente indemnización; los pactos que celebren serán vuestra ley; les ofrecemos una legislación clara, de la que no pueden temer ninguna emboscada.

2.- Una decisión política: la supresión de la "*cautio damni infecti*"

Ya he señalado que Vélez Sarsfield procuró organizar en su código un derecho de propiedad fuerte. Cuando llega al tema de los daños causados por las cosas inanimadas (Libro II, Sección II, Tít. IX, Capítulo II, arts. 1132 a 1136), esa intención está presente también. Por sus conocimientos del derecho romano, del español y del canónico, no ignoraba la existencia de una institución muy particular, la *cautio damni infecti* que permitía prevenir los daños temidos de las cosas inertes. En las concordancias a las Recitaciones de Heineccius, consignó la ley X, Tít. XXXII, Partida 3ª, en la p. 350 cuando, dentro del párrafo DCCCLIII, se trata de la estipulación por el daño temido del edificio vecino. Además, la ley nacional N° 50, sancionada el 14 de septiembre de 1863, dedicaba los arts. 343 a 351 al interdicto de "obra vieja", regulándolo en términos casi idénticos a los de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

Seguramente luchando con su formación, que debía influir para que mantuviese la institución, pero consciente de la finalidad de su obra codificadora, tuvo desde el primer momento en claro que debía suprimir la caución por el daño temido⁸², y porque ya lo había pensado y decidido, no dudó en escribir su decisión, plasmándola con toda firmeza:

El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio.

Así reza textualmente el art. 1132, que abre el capítulo respectivo.

Creo que a Vélez Sarsfield debió costarle establecer una norma como la de este artículo, pues significaba apartarse de las enseñanzas del Digesto y de las Partidas, tan metidas en la mente del Codificador. Por eso se vió en la necesidad de explicar su actitud y no vaci-

⁸².- Viendo los manuscritos de Vélez correspondientes a estos artículos, se advierte que la decisión ya estaba tomada: desde el primer momento aparecen concebidos tal como luego quedarían en el código; no hay síntoma alguno de duda, ni errores que corregir.

ló en hacerlo en la nota, con la misma firmeza que tuvo en la redacción del artículo:

La caución damni infecti del Derecho romano (L.6, Dig.*De damni inf.*), cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene sentido desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución mas o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenaza ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Como se ve, Vélez da sus razones. La primera es estrictamente jurídica: si el propietario de un edificio debe mantenerlo en buen estado, de manera que no se derrumbe o que los materiales que de él se desprendan no causen perjuicio a terceros (arts. 1134 y 2616), es evidente que la omisión de esos cuidados determina su culpa y, por ende, su deber de indemnizar (art. 1109) cuando el daño acaezca. La segunda razón es de mérito: la caución por el daño temido "da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria". La última procura destacar que la institución es innecesaria: la vigilancia policial y el poder municipal constituyen suficiente garantía para los intereses del amenazado.

Muchas veces me he preguntado el por qué de esta decisión de Vélez Sarsfield.

En su nota no señala fuente alguna; se limita a decir lo que antes he transcripto.

Se ha sostenido que el Codificador siguió en el art. 1132 al EsBOÇO de Freitas⁸³, cuyo art. 3695 dispone:

No será tomado en consideración el que solicitare en juicio caución del daño que teme a causa del derrumbamiento de edificios o construcciones en ruina o por otro peligro. El que quisiera evitarlo podrá únicamente solicitar medidas policiales para la demolición o reparación, o para el fin que le conviniere según la naturaleza de los casos. Aunque no las solicite, aunque no formule protesta alguna, no queda inhibido de exigir la indemnización del daño que llegare a sufrir.

Debo aceptar que entre el Esboço y el código de Vélez hay identidad de criterio en este punto, aunque sean manifiestas algunas diferencias de detalle. Sin embargo, no me parece que la disposición del art. 3695 haya sido fuente -al menos principal- del art. 1132. Creo que en este punto, Vélez Sarsfield siguió fundamentalmente a Aubry et Rau, pues el artículo coincide textualmente con lo que éstos expresan al tratar del daño temido por vicio del edificio:

⁸³.- MARIANI DE VIDAL, *Denuncia de daño temido*, en "Lecciones y ensayos", N° 40-41, p. 181. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1973, t. II-B, Actos ilícitos, p. 115.

Le propriétaire d'un héritage contigu à un bâtiment ne peut, sous prétexte que ce bâtiment menace ruine, demander à celui auquel il appartient, une caution pour le dommage éventuel que pourra causer sa chute. Il n'est pas davantage admis à l'actionner pour le faire condamner, soit à réparer, soit à démolir l'édifice ⁸⁴.

Pero si grande es el parecido de nuestro artículo con la opinión de los jurisconsultos franceses, también es grande la coincidencia entre las explicaciones dadas por uno y otros. Las de Vélez han sido ya referidas al transcribir la nota al art. 1132. Veamos ahora las de Aubry et Rau. En la nota 9 dicen textualmente:

La caution *damni infecti* du Droit romain, dont le but était de procurer au voisin menacé, une action en réparation du dommage que pourrait lui causer la chute du bâtiment, n'aurait plus d'objet en Droit français, puisque l'art. 1385 lui accorde de plein droit une action en dommages-intérêts pour la réparation de ce dommage. Cpr. L. 6, D. "de dam. inf." (39, 2).

La explicación que diera Vélez Sarsfield al comienzo de la nota al art. 1132 es casi idéntica a la de los autores franceses.

En la nota siguiente -la Nº 10- luego de señalar que la acción tendiente a exigir la reparación o demolición del edificio les parece implícitamente rechazada por el art. 1386 del código civil francés y que ello surge de las explicaciones de Bertrand de Greuille, agregan:

Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'admission, en cette matière, d'une action préventive, ne donnât lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d'une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d'un autre côté, avoir été déterminés pour la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police et le pouvoir accordé à l'administration d'ordonner la réparation ou la démolition des édifices menaçant ruine.

Basta confrontar este texto con la parte correspondiente de la nota de Vélez Sarsfield al art. 1132 para advertir que, en realidad, la única diferencia entre ambos radica en que aquello que los franceses suponen, el Codificador lo presenta como un hecho cierto.

¿La doctrina sostenida por Aubry et Rau era acaso uniforme en Francia? No. Algunos participaban de ella, otros no. Entre los primeros cabe citar a Durantón⁸⁵, Laurent⁸⁶ y

⁸⁴.- *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, 3me. éd., Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Cosse, 1856, t. III, par. 448, p. 560.

⁸⁵.- *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 4me., Paris, Thorel-Guilbert, 1844, t. XIII, Nº 227, p. 711.

⁸⁶.- *Principes de droit civil français*, 3me., Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et Cie., Librairie A. Maresq Aîné, 1878, t. XX, Nos. 645/646, ps. 696 a 698.

Toullier⁸⁷. Como sostenedores de la otra postura cabe señalar a Domat⁸⁸, Zachariae⁸⁹, Demolombe⁹⁰ y Larombière⁹¹. Así como la doctrina no era uniforme, tampoco era pacífica la jurisprudencia francesa sobre el punto; mientras algunos tribunales consideraban que el art. 1385 del código había derogado el sistema preventivo del antiguo droit coutumier, otros se inclinaban por la solución opuesta⁹².

Ante este panorama doctrinario y jurisprudencial, ¿por qué nuestro Codificador se inclinó tan decidida y rotundamente por la primera solución? Su formación era romanista y ya se ha visto cuál era el sistema romano; era experto en el derecho español -que tantos artículos le inspirara y que seguía las líneas generales del romano- pero también lo desechó.

García Goyena, a quien Vélez tuvo muchas veces en cuenta, había dedicado dos artículos a este asunto. En la primera parte de uno de ellos -el 1903- siguiendo el art. 1386 del código francés, se disponía:

El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si acaeciese aquélla por falta de las reparaciones necesarias.⁹³

Como se ve, no hay aquí lugar para el sistema romano de la cautio-missio in possessionem; existe el deber legal de mantener en condiciones el edificio y, por lo tanto, no hace falta recurrir al rodeo pretoriano. Sin embargo, no obstante la existencia de ese deber legal, en otro artículo, el 535 -coincidente con el 667 del Código de Luisiana- se establece "la obligación de prevenir un daño que amenaza", diciendo:

Si un edificio o pared amenazare ruina, podrá el propietario ser obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine. Si no cumpliera el propietario, la autoridad podrá hacerlo demoler a costa de aquél. Lo mismo se observará cuando algún árbol corpulento amenazara caerse⁹⁴.

⁸⁷.- *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 5me., Paris, Renouar-Gosselin-Bossange-Lecointe, 1830, t. IX, N° 317, p. 435.

⁸⁸.- *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Knapen, 1777, Livre II, Titre VIII, Sect. III, Nos. I-IV t. I, p. 208 y ss.

⁸⁹.- *Le droit civil français*. Trad. de la 5me. éd.allem. par Massé et Vergé, Paris, Auguste Durand, 1858, t. V, p. 27, nota 8.

⁹⁰.- *Cours du Code Napoleon*, t. XIII, *Traité des servitudes ou des services fonciers*, 3me., Paris, Auguste Durand-L.Hachette et Cie., 1863, vol. II, N° 662, p. 167 y ss.

⁹¹.- *Théorie & pratique des obligations ou commentaire des titres III & IV, livre III, du Code Napoleon*, Paris, A. Durand, 1857, t. V, p. 798 y 799.

⁹².- Véase la jurisprudencia citada por Sirey, *Les codes annotés*, Code Civil, 5me, Paris, Marchal-Billard-Marchal-Godde Suc., 1913, t. III, art. 1386, p. 453, Nos. 2 y 4, que es de la época de Vélez y que casi todos los autores citados refieren.

⁹³.- Op. cit., t. IV, p. 256.

⁹⁴.- Op. cit., t. I, p. 460.

La norma estaba precedida por una vieja y autorizada tradición, pero Vélez Sarsfield la dejó de lado.

También el código civil chileno seguía, en líneas generales, a sus precedentes romanos y españoles. La previsión de su art. 932 lo demuestra:

El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho a querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviera tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa. Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

Vuelvo a preguntarme cuál fue la verdadera razón que llevó a Vélez Sarsfield a romper totalmente con la tradición romano-hispana.

Como ya se ha dicho, la consagración legal de la obligación de reparar justificaba la supresión de la *cautio - missio in possessionem*, pero ¿por qué vedar la posibilidad de toda acción preventiva del daño temido por el estado ruinoso del edificio? A la mano estaban los precedentes: el Digesto, la Glosa, las Partidas, los comentarios de García Goyena, el código de Bello; la doctrina francesa suministraba argumentos de autoridad, pero sobre todo, de razón. Sin embargo, Vélez los descartó y siguió al pie de la letra a Aubry et Rau.

La notoria similitud entre el art. 1132 y su nota, por una parte, y las expresiones de los juristas franceses, por otra, me hacen dudar que sus fundamento hayan sido igualmente válidos en dos países tan distintos entonces, como Argentina y Francia.

El hecho de establecer legislativamente la responsabilidad resarcitoria ante el daño causado, no excluía *per se* el sistema preventivo de la *cautio*, pues ambos institutos miran a distintos objetivos: el primero a la reparación del daño causado; el segundo, a su prevención.

Decir que los pleitos por asuntos de esta índole dan lugar a resoluciones más o menos arbitrarias, no me parece argumento decisivo, sobre todo cuando no se dice por qué se las califica así.

Tanto Aubry et Rau como nuestro Codificador dan como un hecho incontrastable la mayor o menor arbitrariedad de las sentencias en juicios de este tipo. Pero es de advertir que sus afirmaciones no aparecen confirmadas por nadie. Si, en general, los autores franceses guardan silencio sobre el punto, entre los españoles ocurre lo propio⁹⁵. ¿Es que, acaso, el fenómeno no se daba en España? ¿Era exclusivo de Francia, aunque casi nadie lo había advertido, y de la Argentina? Picado por la curiosidad, he buscado afanosamente en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, pero no he encontrado ni un solo caso de "interdicto de obra vieja o ruinoso" en todo el período anterior a la vigencia del código

⁹⁵. - Véanse, entre otros, GARCÍA GOYENA, op. cit., t. I, p. 460 y s.; CARAVANTES, op. cit., t. III, p. 240 y s.; MANRESA Y NAVARRO, op. cit., t. VII, p. 450 y s.

civil⁹⁶. ¿Habrá ocurrido en Buenos Aires, en cuyo foro actuó Vélez Sarsfield? Es posible, no puedo negarlo; pero resulta sintomático que un autor porteño de la época, Esteves Saguí, al tratar de los interdictos conservatorios, analice la "demolición de obra ruinosa" conforme al sistema de las Partidas, sin hacer ninguna alusión a los "pleitos de una resolución mas o menos arbitraria" de Vélez Sarsfield⁹⁷. Sólo caben dos posibilidades: o el hecho no existía o, al menos, carecía de la entidad que le atribuye el Codificador; o se daba, pero Esteves Saguí no lo advirtió.

Por último, afirmar -como lo hacen Aubry et Rau y el autor de nuestro código- que los intereses de los vecinos están suficientemente garantizados por la vigilancia policial o municipal, tampoco me parece argumento decisivo. Estos organismos actúan cuando el peligro adquiere carácter público, cuando se afectan intereses de la comunidad⁹⁸. Pero cuando tales extremos no se dan, cuando el daño que amenaza carece de tal envergadura (supongamos que no hay ni siquiera peligro para integridad física de las personas porque, por ejemplo, sólo pueden resultar dañadas cosas)¿ habrá entonces una cuestión de interés policial o municipal? Indudablemente, no. Pero aunque así no fuera, aunque la policía y la administración comunal fuesen tan eficientes y diligentes que intervinieran en tales problemas, ¿por qué vedar al particular la gestión judicial y directa de su propio interés? ¿Carecen acaso de trascendencia pública los hechos generadores de las acciones privadas o dependientes de instancia privada que prevé el código penal? Es claro que no. Sin embargo, en estos casos, al menos la iniciativa corresponde exclusivamente a la víctima.

Ante todas estas circunstancias, me parece que la decisión de Vélez Sarsfield estuvo inspirada por las ya señaladas razones políticas que informan su código. Así como se aseguraban la propiedad territorial, las transacciones, el respeto por la voluntad individual, debió parecerle necesario ampliar esa garantía al ámbito de las construcciones. El dueño de un edificio no podría, entonces, verse molestado por su vecino ante el temor del daño inminente por la ruina del edificio; el amenazado carecería incluso de la facultad de exigirle por vía judicial la reparación o demolición. Sólo la autoridad administrativa, a cuya actividad debe necesariamente adscribirse imparcialidad y medida, podría imponerle una obligación de tal naturaleza. Por cierto que si el derrumbe llegaba a producirse por culpa del dueño del edificio, debía resarcir el daño que sufriera el vecino; pero mientras ello no ocurriera, podía estar tranquilo: sólo respondería si el hecho le fuera imputable.

Resulta clara la *ratio legis*; no es sino un complemento de las restantes disposiciones del código tendientes a inducir el arraigo del hombre al suelo argentino. Por esta razón,

⁹⁶.- Valiéndome de los índices de las cuatro escribanías coprespondientes a los cuatro juzgados que llegaron a funcionar en Córdoba, he encontrado toda clase de pleitos, entre los diecinueve mil expedientes que se conservan en los protocolos del período comprendido entre 1574 y 1882. Son frecuentes las denuncias de obra nueva, los reclamos de los comitentes a los constructores por trabajos defectuosos, las cuestiones posesorias y las referidas a muros y cercos divisorios. No me explico por qué, entre los muchos casos de interdictos, no aparece ni uno solo de obra vieja o ruinosa.

⁹⁷.- Tratado elemental de los procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850, Nos. 1466 a 1472, ps. 702 y 703.

⁹⁸.- Así, ESTEVES SAGUÍ señala que el interdicto de obra ruinosa atiende a las relaciones de los particulares entre sí, pues "cuando se trata de riesgo para el público, incumbe al Departamento de Policía el velar por la seguridad y proceder bajo las mismas formalidades a la demolición o aseguramiento." (op. cit., N° 1472, p. 703 y N° 136, p. 4, nota 1).

Vélez Sarsfield no siguió al código de Chile, ni a García Goyena. Estimó que las expresiones y argumentos de Aubry et Rau eran aplicables a la realidad argentina de aquel momento, y no dudó en adoptarlas. Su decisión no me parece demasiado criticable; había que construir un país -empresa nada fácil, ciertamente- y la supresión de la *cautio damni infecti* le parecía necesaria; era consecuente, por otra parte, con la filosofía inspiradora del código civil.

Los rotundos términos del art. 1132 no generaron mayores dudas acerca de sus efectos jurídicos. Como es sabido, nuestra independencia política no generó la inmediata abolición de la legislación española, sino que se ésta mantuvo su vigencia aún por mucho tiempo. Así, la ley nacional N° 50 estructuró el "interdicto de obra vieja" de acuerdo a las leyes de Partidas y a la ley de enjuiciamiento civil de 1855⁹⁹, pero muy pronto los tribunales se encargaron de señalar que esas disposiciones habían quedado derogadas en virtud del art. 1132 del código civil¹⁰⁰. También desde el comienzo, la doctrina civilista sostuvo con uniformidad que el instituto de la *cautio damni infecti* había desaparecido de nuestro sistema jurídico. Ante el daño temido de un edificio ruinoso no podía exigirse que se garantizase el resarcimiento del perjuicio futuro, ni que se reparase o demoliese; sólo era posible requerir la intervención policial de la municipalidad. La excepción, en mi criterio, está representada por Aguiar quien, luego de criticar -con razón- la solución de Vélez Sarsfield porque impide prevenir los efectos dañosos de un acto ilícito¹⁰¹, se pregunta si ante el texto de la última parte del art. 1132 es posible exigir al dueño del edificio ruinoso medidas precautorias para evitar el daño temido del derrumbe, siempre que no consistan en la reparación ni en la demolición. Con todo rigor lógico concluye que ello es en realidad posible pues "en nuestro derecho, que ha consagrado de un modo general el principio de la justicia preventiva, la disposición del apartado final del artículo 1132, constituye una excepción a la regla que debe ser restrictivamente interpretada¹⁰². Por eso sostiene que al propietario del edificio que amenaza ruina no podrá pedirse caución por el daño temido; tampoco podrá serle exigida su reparación o demolición; pero sí será posible accionar para que adopte otras medidas, tales como el apuntalamiento del edificio.

3.- *El renacimiento de la idea romana*

La decisión de Vélez Sarsfield había sido política y, como tal, era circunstancial. Cambiadas las condiciones del país y logrados los objetivos que la determinaron, la idea romana volvió a renacer poco a poco, porque no estaba muerta -¡cómo podría haberlo estado!- sino simplemente adormecida, suspendida provisionalmente hasta que desaparecieran

⁹⁹.- Arts. 343 a 351.

¹⁰⁰.- Véase J.A., XI-974; XLI-325; DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal, Materia civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 1916, t. II, N° 1019, p. 310; FERNÁNDEZ, *Código de Procedimiento civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, concordado y comentado*, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Cia. Impresora Argentina S.A., 1944, p. 482, nota 14; ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1963, t. VI, p. 338 y 339.

¹⁰¹.- *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, vol. III, Actos ilícitos, t.2, Responsabilidad civil, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 344.

¹⁰².- Op. cit., t. 2, p. 346 y 347.

las circunstancias de excepción que determinaron su supresión. Era parte de la herencia que habíamos recibido de Roma; si como herederos continuábamos su espíritu, no podíamos renegar de una de sus instituciones más sabias.

Encarada en 1926 la reforma del código mediante la formación de una comisión, se originaron dos trabajos: el anteproyecto del doctor Bibiloni y el proyecto de la comisión.

En su anteproyecto, Bibiloni dedicó dos disposiciones al tema que nos ocupa: los arts. 1424 y 2472, segunda parte. Ambos preceptos estructuraron el sistema del daño temido, el que básicamente consiste en la posibilidad atribuída al propietario amenazado de exigir al dueño del edificio ruinoso del que se teme daño, la adopción de "las medidas de seguridad necesarias".

En similares términos se expidió la comisión en los arts. 898 y 1561.

En el anteproyecto de 1954, bajo la rúbrica "denuncia de obra nueva y de daño temido", el art. 1563 autoriza a pedir, ante el daño temido, que las cosas se restituyan al estado anterior o que se adopten las medidas de seguridad necesarias.

Llegamos así a la reforma introducida al código civil en virtud de la ley N° 17.711.

Dicha ley dispuso agregar al art. 2499, que trata de la turbación de la posesión por una obra nueva, un segundo párrafo, concebido en los siguientes términos:

Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.

No obstante la aparente inocencia del texto agregado, ha dado lugar a polémicas mayores que las que sus autores debieron prever.

B.- EL RÉGIMEN DEL DAÑO TEMIDO DESPUÉS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DISPUESTA POR LA LEY N° 17.711.

1.- La vigencia del art. 1132

Ante la diversidad de opiniones que se han dado sobre este asunto, no puedo dejar de dar la mía.

Como en el caso no se da la derogación expresa de la norma del art. 1132, es menester analizar si el agregado hecho al 2499 la ha derogado tácitamente.

Es sabido que el principio *lex posterior derogat priori* sólo juega cuando media incompatibilidad en la ley antigua y la nueva pues, de lo contrario, ambas rigen simultáneamente. En consecuencia, para saber si una ley nueva ha derogado a una anterior, lo primero que se debe hacer es investigar si ambas pueden coexistir o si, por el contrario, sus disposiciones son contradictorias.

Me parece que en el caso no estamos en presencia de dos leyes distintas, una anterior y otra posterior, pues aunque hayan sido sancionadas en momentos diferentes, ambas integran un mismo cuerpo normativo y, por lo tanto, ambas tienen la misma virtualidad jurídica.

Resulta claro que si alguna desarmonía hay entre las normas, sólo lo es en materia de daño temido de edificios ruinosos. A ellos se refiere el art. 1132. El segundo párrafo del art. 2499 -por su parte- habla de daño temido de "un edificio o de otra cosa". ¿Son com-

patibles las normas en ellos contenidas? Creo que sí. El segundo apartado del art. 2499 aparece como una norma general, pues en realidad la enumeración que en él se hace es simplemente enunciativa; habría bastado decir "quien tema que de una cosa ...". En él se consagra, pues, una norma general: el temor de sufrir un daño derivado de una cosa ajena puede determinar la adopción judicial de las oportunas medidas cautelares. ¿Qué medidas cautelares? Como la ley no distingue, me parece que puede ser cualquiera. Ahora bien, ¿qué vigencia tiene este principio en materia de daños temidos de edificios ruinosos? Al respecto debe tenerse en cuenta que la primera parte del art. 1132 veda al amenazado la posibilidad de exigir "garantía alguna por el perjuicio eventual" que podrá causarle el derrumbe del edificio. Frente a aquel principio general, esta primera parte del art. 1132 consagra una norma especial, haciendo excepción cuando se trata de edificios, en cuyo caso, por lo pronto, la medida cautelar no podrá consistir en "garantía alguna". Pero la segunda parte del artículo en cuestión impide que se exija al dueño del edificio ruinoso su reparación o demolición. ¿Puede hablarse en este caso de derogación tácita en virtud del párrafo agregado art. 2499 por la ley N° 17.711? Creo que tampoco. En primer lugar porque, como ya he señalado, tal forma de derogación no juega en casos como el presente en que las dos normas integran el mismo cuerpo legal. En segundo lugar, porque la norma agregada por la ley 17.711 tendría carácter general frente a la del 1132, que sería especial: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. En tercer término, porque ambas normas son susceptibles de interpretación armónica: mientras para los daños temidos de las cosas en general, se puede disponer de cualquier medida cautelar, en materia de edificios éstas no podrán consistir en la reparación ni en la demolición, ni tampoco en el otorgamiento de una garantía.

2.- Presupuestos objetivos

Conforme a la segunda parte del art. 2499, los presupuestos del remedio que ella autoriza, desde el punto de vista objetivo, son el daño temido, un objeto del que amenaza ese daño y un objeto amenazado.

En cuanto al daño, es claro que deb tratarse de un daño jurídico, en los términos del art. 1068 del C.C., y no del temor de sufrir la pérdida de una ventaja que se goza de hecho. En este aspecto, no hay diferencia con el derecho romano.

Además, debe tratarse de un daño futuro y cuya verificación se teme, porque para el daño pasado se da la acción resarcitoria y porque no tendría sentido adoptar medidas cautelares frente a un daño ya producido.

Aunque la ley habla de daño sin ningún calificativo, parece razonable exigir su factibilidad, que sea posible su acaecimiento.

No es razonable prevenir un daño que desde el inicio sabemos con certeza que nunca llegará a producirse.

Pero, además, estimo que ese daño jurídico, futuro, factible, tiene al menos que "amenazar", tiene que haber indicios de su inminencia, de su proximidad temporal. Así ocurre, por otra parte, en el curso ordinario de las cosas: nadie teme al daño remoto, sino al que está medianamente cerca, pues es de esperar que aquél desaparezca por la oportuna actividad del dueño dela cosa. Creo, por otra parte, que el temor no puede apreciarse subjetivamente, según las condiciones personales del amenazado, sino que debe serlo objetiva-

ments, pues se trata de saber si de una cosa puede derivarse daño a los bienes del denunciante.

¿Basta que el daño amenace o es menester, además, que sea susceptible de prevención? Parece mas acertada la segunda alternativa. En efecto, si la ley hace exigibles "medidas cautelares" ante el daño temido, lógico es suponer que haya alguna que adoptar. Lo contrario llevaría al absurdo de condenar a la adopción de ninguna medida precautoria (!).

Se ha sostenido que el daño temido debe ser "grave"¹⁰³, como lo exige el código italiano vigente¹⁰⁴.

No creo que la gravedad del daño sea un requisito de la *actio damni infecti*. En primer término, porque la ley no lo exige; utiliza la expresión "daño" sin calificativo alguno. En segundo lugar, porque si todo daño, por pequeño que sea, debe ser indemnizado, no veo por qué razón sólo habrían de prevenirse los graves. Finalmente, ¿existe acaso un criterio absoluto y seguro para distinguir los daños graves de los que no lo son?

En cuanto al objeto generador del peligro, la ley habla de "un edificio o de otra cosa". Por "edificio" debe entenderse "una obra o fábrica construída para habitación y usos análogos", de carácter permanente. Por "cosa", "los objetos materiales susceptibles de tener un valor", incluyendo "la energía" y "las fuerzas naturales susceptibles de apropiación", conforme lo dispone el art. 2311 del código. En consecuencia, la pura actividad humana, que excede el concepto legal de cosa, escapa al ámbito de aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del art. 2499.

Por último, estimo que el daño debe amenazar del *vitium* de la cosa, es decir que es necesario que ella presente algún defecto reparable, que puede consistir en su peligrosidad misma. Esto no lo dice la ley, pero no puede ser de otra manera. Pueden exigirse medidas preventivas para lo que es evitable, pero no para lo que indefectiblemente ocurrirá.

Para concluir, debo referirme al objeto amenazado. Los términos de la ley son, en este aspecto, de una notoria amplitud: "Quien tema que de un ... derive un daño a sus *bienes*, puede ...".

Según la terminología del código, *bienes* es una expresión genérica, comprensiva de las cosas y de los "objetos inmateriales susceptibles de valor" y también específica de estos últimos¹⁰⁵.

Ante la amplitud del término utilizado, ninguna duda puede haber que el régimen de la norma puede ser puesto en movimiento cuando hay peligro de daño para una cosa -lo que es mas habitual que ocurra- o para otro bien cualquiera.

¹⁰³.- Véase: REIMUNDIN, *Acciones posesorias e interdictos*, en J.A., Doctrina, 1973, p. 297; Mariani de Vidal, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁴.- Art. 1172. Denunzia di danno temuto. Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo a la cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto a l'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo. L'autorità giudiziaria, qualora ne sia il caso, dispone idonea garanzia per i danni eventuali.

¹⁰⁵.- Art. 2312.

3.- Presupuestos subjetivos

Aunque la norma se limita a decir "quien tema", creo que es posible intentar una enumeración de los legitimados activamente a los fines de la acción que ella consagra.

Por lo pronto, ninguna duda cabe que el propietario es uno de ellos. La amplitud de su derecho y la titularidad de la acción resarcitoria ante el daño causado, lo fundamentan.

Si la cosa amenazada estuviese en condominio, la acción podría ser intentada por todos los condóminos conjuntamente o por cualquiera de ellos individualmente. Estimo que esto es así, en primer término, porque el estado de indivisión obsta a un ejercicio *pro parte* de la acción: el daño amenaza sobre la cosa misma y el copropietario sólo tiene una cuota ideal. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la obligación cuya ejecución se pide es indivisible, ya que consiste en un hacer¹⁰⁶.

La acción podría ser intentada también por el usufructuario, quien aseguraría así su derecho y el del nudo propietario, siempre que el daño no se tema de la propia cosa fructífera ya que, siendo a su cargo las reparaciones ordinarias de conservación y, en ciertos casos también las extraordinarias¹⁰⁷, no podría accionar contra el nudo propietario¹⁰⁸.

El caso del usuario y del habitador son similares al del usufructuario.

Como el titular de una servidumbre real puede temer que de la cosa de una tercero se derive daño a su derecho, considero que también está autorizado para valerse de la acción que nos ocupa.

El acreedor prendario y el hipotecario podrían accionar oblicuamente¹⁰⁹. Pareciera, sin embargo, que ante la posibilidad de ver disminuía su garantía, les es dable ejercitar la acción directa, toda vez que su derecho -que es un "bien"- puede verse perjudicado si el daño llega a producirse.

La ya señalada amplitud de la norma y el interés en mantener el inmueble, pues con sus frutos satisface el crédito por capital e intereses, hacen que deba reconocerse también al anticresista el derecho de intentar la acción.

En cuanto al poseedor de un inmueble, sea de buena o mala fe, considero que estaría también legitimado activamente, por la primera de las razones dadas precedentemente.

Además, la solución me parece confirmada por la previsión del art. 2418, en cuanto extiende al poseedor las diversas obligaciones derivadas de las restricciones y límites al dominio, y por las de los arts. 2420 y 2421, referidas a los derechos inherentes a la posesión.

Tratándose de la posesión de cosas muebles, la presunción *iuris et de iure* que genera el art. 2412 del código, colocaría al poseedor en la misma situación que el propietario.

Veamos ahora la situación de los titulares de derechos personales.

Respecto del locatario, considero que puede intentar la acción aunque el daño se tema de la propia cosa locada, porque no juega aquí el requisito de la supletoriedad, dada la naturaleza puramente preventiva de la acción. Por similares razones, estimo que pueden echar mano a la denuncia de daño temido el comodatario, el precarista y el depositario.

¹⁰⁶.- Véase art. 680 del C.C.

¹⁰⁷.- C.C. arts. 2807, 2863, 2881, 2884, , 2885, 2887, 2889 y conc.

¹⁰⁸.- C.C., art. 2889.

¹⁰⁹.- C.C., art. 1196.

Si la *actio damni infecti* es un remedio preventivo, si protege tanto del daño temido a las cosas como a los bienes, me parece claro que el comprador, cuyo crédito corre peligro, debe poder intentar la acción.

La ya referida amplitud del texto legal determina, en mi criterio, que la adopción de las medidas tendientes a evitar el daño pueda ser pedida incluso por el transeúnte, siempre que se vea precisado a pasar por el lugar donde el peligro amenaza.

A diferencia de lo que ocurre con otros códigos que señalan la persona contra quien debe dirigirse la acción¹¹⁰, la norma introducida por la ley N° 17.711, lo mismo que el art. 1172 del código civil italiano de 1942, ha omitido decir quienes son los legitimados pasivamente.

El criterio propuesto por Mariani de Vidal¹¹¹, me parece el más acertado: quien, conforme a las reglas de la responsabilidad civil está obligado a resarcir el daño causado, puede ser demandado con la *actio damni infecti*. En efecto, si con esta acción se trata de prevenir el daño que se teme de una cosa, lógico es aceptar que la adopción de medidas precautorias sea exigible a quien debería responder si la cosa hubiese causado el daño.

De acuerdo al régimen legal vigente en la Argentina, tratándose de cosas inanimadas, la responsabilidad por los daños causados por ellas pesa sobre quien se sirve o las tiene a su cuidado, como dice la primera parte del art. 1113, o sobre su dueño o guardián, como expresan los párrafos segundo y tercero del mismo artículo. Esta regla reconoce una excepción: cuando se trata de daños producidos por la ruina de una construcción, sólo responde el dueño (art. 1135). En cuanto al daño causado por los animales, el deber de resarcir pesa sobre su dueño o aquél a quien "se hubiera mandado el animal para servirse de él" (art. 1124) o quien tiene el animal, si siendo feroz no le reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, según dispone el art. 1129 del código¹¹².

4.- Finalidad de la acción

De acuerdo al agregado dispuesto por la ley N° 17.711 al art. 2499 del código, ante el daño temido se puede denunciar el hecho al juez *a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares*. El precepto sigue, indudablemente, a su precedente italiano, el art. 1172 del código civil de 1942, cuyo primer párrafo, en su parte final, autoriza al amenazado a *denunziare il fatto all'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo*.

Ahora bien, ¿en qué podrían consistir esas medidas cautelares? Naturalmente variarían de un caso a otro, pero es menester separar los daños temidos de los edificios de los generados por las demás cosas.

Como el art. 1132 no ha sido derogado, las restricciones en materia de edificios subsisten. Cuando el daño se teme de ellos, no se podrá pedir garantía alguna, ni que sea repa-

¹¹⁰.- Así, los códigos de Chile (art. 932); Uruguay (art. 620); Ecuador (art. 923); Panamá (art. 612); Puerto Rico (arts. 323 y 325); Guatemala (arts. 484 y 1670); España (art. 389); Brasil (art. 555); Alemania (arts. 836 a 838 y 908) y Portugal (art. 1350), contra el propietario, el poseedor o quien haya asumido el deber de conservación.

¹¹¹.- Op. cit., p. 186.

¹¹².- Véase BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 351 y s.; COLOMBO, *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1965, t. II, p. 75 y s.

rado o demolido. Es cierto que aún entendiendo restrictivamente la palabra "edificio", las medidas cautelares posibles quedarán notoriamente reducidas, pero no excluidas totalmente, ya que podrían exigirse otras que, como el apuntalamiento señalado por Aguiar¹¹³, escapan a la prohibición legal. El problema grave se dará -no puedo dejar de reconocerlo- cuando la única forma posible de evitar el daño sea reparando o demoliendo el edificio, pero ante el texto legal no encuentro ninguna solución.

En todos los demás casos, esto es cuando el daño se tema de otras cosas que no sean edificios, la limitación del art. 1132 no juega y, por lo tanto, las "oportunas medidas cautelares" dependerán de las circunstancias particulares de cada caso.

Como acertadamente se ha dicho¹¹⁴, la sentencia del juez acogiendo la acción y, consiguientemente, ordenando la ejecución de los trabajos necesarios, deberá dictarse bajo apercibimiento de la aplicación de *astreintes* o de hacerlos ejecutar por cuenta del demandado.

5.- Naturaleza de la acción

Lo dicho hasta aquí acerca de la acción prevista en el segundo párrafo del art. 2499 permite, en mi criterio, pronunciarse respecto de su naturaleza.

Pareciera que la comisión reformadora la consideró posesoria, ya que el agregado pertinente se efectuó al art. 2499 que está ubicado en el Libro III, dentro del Título II que lleva la rúbrica "De las acciones posesorias". Esta circunstancia resulta decisiva para *Reimundín*, quien por ello la considera posesoria, aunque "distinta e independiente de las demás de este tipo", toda vez que "presenta caracteres particulares que no se encuentran en otras"¹¹⁵. De este criterio, aparentemente, participa Mariani de Vidal¹¹⁶.

Contra esta opinión ha reaccionado Adrogué¹¹⁷, para quien la acción, no obstante la ubicación del dispositivo dentro del código, no es posesoria sino que tiene carácter cautelar. En esta misma línea se coloca Díaz Reyna, quien le niega naturaleza posesoria por que, por una parte, escapa al ámbito del art. 2487 pues no procura la manutención ni la restitución de cosa alguna, sino únicamente medidas precautorias, y, por otra, porque no se refiere sólo a cosas -objeto único de la posesión- sino también a los bienes en general¹¹⁸.

Pese a lo escueto de sus términos, la argumentación de Díaz Reyna me parece acertada y suficiente. En nuestra acción de daño temido no hay ninguna cuestión posesoria de por medio; ni siquiera se habla de "posesión", ni de poseedor.

La acción que nos ocupa es una acción cautelar, en tanto tiene por finalidad evitar un daño; no es posesoria, pero tampoco resarcitoria, sino precautoria o cautelar, justamente por esta causa considero que no tiene carácter subsidiario, pues no hay otra acción dotada de la misma finalidad.

Por esta causa, porque no se trata de una acción posesoria sino de una acción preventiva de daños, la ubicación de la norma dispuesta por la ley N° 17.711 no resulta adecua-

¹¹³.- Op. cit., t. 2, p. 346 y 347.

¹¹⁴.- LLAMBIAS, *Código civil anotado, Doctrina y jurisprudencia, con la colaboración de P. Raffo Benegas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B, com. al art. 1132, p. 543.

¹¹⁵.- Op. cit., p. 296, 2ª col.

¹¹⁶.- Op. cit., p. 184 y 185.

¹¹⁷.- Op. cit., N° V, p. 928.

¹¹⁸.- Cuarto Congreso de Derecho Civil, punto VIII de su ponencia, U.N.C., Córdoba, 1971, t. II, p. 755

da. Tal como fue concebida por la comisión reformadora debió formar parte del Libro II, Sección II, Título IX del código, sea como último apartado del art. 1113, sea como Capítulo III de dicho título, pues se refiere al daño temido de las cosas en general y no solamente de las inanimadas.

Esta cuestión de la ubicación de la norma no tiene, en verdad, importancia capital, pero su inserción en el lugar adecuado podría evitar confusiones y controversias acerca de su naturaleza jurídica.

Por último, tampoco tiene mayor importancia el nombre que se da a la acción. Hablar de "obra vieja o ruinosa" me parece un arcaísmo innecesario. En realidad, como la acción procura evitar el daño temido, resulta más adecuado llamarla "*acción de daño temido*" o "*denuncia de daño temido*".

6.- *Conveniencia de una reforma*

Aunque el agregado dispuesto por la ley N° 17.711 al art. 2499 constituye un paso importante, creo que sería conveniente la introducción de algunas reformas a fin de evitar dudas y dotar a la acción de mayor eficacia práctica.

Por lo pronto, considero que sería necesario suprimir el último párrafo del art. 1132, que prohíbe exigir al propietario del edificio ruinoso su reparación o demolición. Desaparecería así la limitación que en materia de medidas cautelares establece dicha norma.

En segundo término, estimo que el dispositivo debería ser llevado a su *sedes materiae*, es decir al Título IX del Libro II, Sección II, ya que se trata del daño temido de las cosas en general, y formar con ella un último párrafo del art. 1113 o, lo que me parece más correcto, un artículo independiente (el 1136 bis), que constituiría el Capítulo III del Libro IX. Este capítulo podría llevar la rúbrica "De la prevención del daño temido".

V.- REFLESIÓN FINAL

Aquí concluye esta exposición, que espero haya alcanzado el propósito señalado al comienzo.

Cierto es que el régimen del daño temido de la época clásica romana no es el mismo que el de las Partidas o del código civil argentino después de la reforma dispuesta por la ley N° 17.711. Distintos son los objetivos y los medios. Esto es lógico, porque distintos son también los tiempos y los lugares. Pero a pesar de esta diversidad, siempre hay algo permanente, algo que es parte del legado de Roma: el derecho es un instrumento precioso y completo, cuya correcta y elegante ejecución debe permitir obtener soluciones justas para los problemas de la convivencia humana. A este efecto es menester disponer de un instrumento con muy amplias posibilidades, pero también de ejecutantes conocedores de la técnica y dotados de la mayor sensibilidad interpretativa.

Juan José Alba Crespo.

