

SOBRE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA EN EL DERECHO ROMANO CLASICO

Aunque la finalidad a que tiende, la *operis novi nuntiatio* resulta clara, las peculiaridades de su tramitación procesal en el marco del Derecho romano clásico no se presentan tan diáfanas. En términos amplios la *o. n. n.* se traduce en un requerimiento hecho al vecino para que éste no realice en su propio suelo¹ una determinada obra que el requirente considera lesiva de su derecho. El así requerido puede optar entre la suspensión de la obra —accediendo así a la *nuntiatio*— o su continuación, pero en este último caso el requirente podrá obtener del magistrado un interdicto (el llamado *interdictum demolitorium*²) en el que se ordenará la demolición de lo construido (o, en su caso la reconstrucción de lo destruido) reintegrando así la finca a su estado primitivo³. Con todo, a pesar de la *nuntiatio*, tiene el denunciado la

1 Por supuesto esa caracterización de la *o n n* requeriría una matización más detallada en la que se precisase el concepto exacto de *opus novum* la legitimación para actuar como *nuntiator*, las variedades de *nuntiatio* que se reflejan en las fuentes, etc. Pero no es mi propósito ocuparme del instituto en su conjunto sino de algunos de sus aspectos. Una exposición general con indicación de la bibliografía pertinente hasta 1964 puede verse en MASI, *Denuncia di nuova opera*, en la *Enciclopedia del Diritto*, XII (1964).

2 La expresión desde luego no se encuentra en las fuentes propiamente romanas. Según opinión extendida (GLUCK-BURCKHARD, *Commentario alle Pandette*, lib. 39 parte I Milán 1903, p. 146; BONFANTE, *Corso di diritto romano II, La proprietà* parte I —reimpresión corregida de la 1.^a ed. (Roma 1926)—, Milán 1966, p. 446), la denominación procede de la Glosa, pero no he conseguido comprobar tal origen. Observo que CUYACIO, *op cit* en n. 11, col. 952, para quien no eran desconocidas las expresiones de los Glosadores, no utiliza tampoco el término *interdictum demolitorium*.

3 La fórmula del interdicto se transcribe en D.39 1 20 pr. (Ulpiano, *lib. 71 ad edictum*). Praetor ait: QUEM IN LOCUM NUNTIATUM EST, NE QUIS OPERIS NOVI FIERET, QUA DE RE AGITUR, QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNTIATIO MISSA FIERET AUT IN EA CAUSA ESSET, UT

posibilidad de continuar la obra y eludir el riesgo que supone el interdicto demolitorio, si se decide a utilizar una de estas dos vías: 1) la caución y 2) la remoción de la *nuntiatio* merced a la intervención del magistrado.

Resulta, pues, que, salvo en los casos extremos de acatamiento sin reservas o desobediencia tajante a la medida defensiva que es la *o.n.n.* puede replicarse inmediatamente —y sin necesidad de entrar aún en un proceso ordinario— de tal suerte que los trabajos iniciados por el *nuntiatus* no queden paralizados. Para evitar la interrupción perseguida por la *nuntiatio*, el denunciado parece haber tenido siempre el camino abierto, aunque, naturalmente, la continuación del *opus* no signifique aquí el reconocimiento definitivo de un derecho

De las dos vías antedichas la caución es sin duda la que ofrece menos dificultades en el plano de la reconstrucción histórica. Puede prestarse mediante estipulación del propio denunciado (*promissio*) o bien a través de un fiador (*satisfatio*), prefiriéndose la primera forma cuando la obra se hace en terreno público y la segunda cuando se verifica en suelo privado (D.39.1. 8§§2-3: Paulo, *lib. 48 ad ed*) Esta caución por la que se contrae la obligación de restaurar las cosas a su estado primitivo si se prueba que no existía derecho para realizar la obra, permite como queda dicho eludir la prohibición que se deduce de la *nuntiatio*. Los efectos son los mismos cuando el denunciante rehúsa aceptar la caución: es decir, la obra puede proseguir como si la garantía se hubiese prestado efectivamente (D.39.1.20.5: Ulpiano, *lib 71 ad ed*)

La remoción de la *nuntiatio* merced a la intervención del magistrado (*remissio nuntiationis*) presenta un carácter mucho más problemático. El fin primordial parece ser el mismo que persigue la *cautio*, esto es, evitar la paralización de la obra situando al *nuntiator* ante el dilema de aceptar definitivamente el *opus novum* o tomar de nuevo la iniciativa para que se reconozca su *ius prohibendi*. Pero si se puede aceptar que ese es el objetivo primordial no por ello llegan a disiparse las sombras que rodean al funcionamiento de la *remissio*. El estado de las fuentes está muy lejos de ser satisfactorio y ello ha sido causa de la

REMITTI DEBERET, FACTUM EST, ID RESTITUAS. El pretor da por celebrada la *nuntiatio* y ordena la restitución al estado en que se encontraban las cosas en el momento de hacer dicha denuncia, si es que ésta no ha sido neutralizada.

gran variedad de opiniones en torno al régimen de este instituto⁴, que por otra parte y como ya decía Bonfante es «la vera chiave di volta della *operis novi nuntiatio*»⁵. Las cuestiones que suscita la lectura de las fuentes⁶ podrían formularse así: ¿Cuál fue aquí el modo de proceder de los magistrados jurisdiccionales? ¿Era posible que decidiesen la *remissio* a simple instancia del interesado? ¿Requerían por el contrario la concurrencia de otras circunstancias? ¿Cuál era el alcance de la *remissio* una vez decidida?

Las respuestas serían fáciles si la cláusula edictal contenida en D.43.25.1 pr. (Ulpiano *lib 71 ad edictum*) resultase más explícita. En ella se refleja al parecer el decreto de remisión y su fórmula es la siguiente:

Ait praetor. QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INVITO FIAT, IN EO NUNTIATIO TENEAT. CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO.

Como se ve, el pretor con su declaración inicial parece respaldar la eficacia de la *nuntiatio* siempre que arranque de un *ius prohibendi* y por el contrario parece indicar en sus palabras finales que el obstáculo de la *nuntiatio* será removido en los demás casos.

Pero en conjunto la fórmula es demasiado lacónica y, como veremos, el resto de las fuentes a nuestra disposición no proporciona los medios deseables para llegar a una interpretación absolutamente cierta. Un claro esquema de cuáles eran las principales opiniones que se habían venido sustentando fue expuesto por Bonfante hace ya más de

4 A veces la variedad de opiniones se ha producido sucesivamente en un mismo autor. Tal es el caso de LENEL, quien en la segunda edición de su *Edictum perpetuum* rectificó el punto de vista que había sustentado en la primera y de nuevo modificó su parecer en la tercera y última versión de 1927.

5. BONFANTE, *o c*, 452 En igual sentido BURCKHARD, *o c*, 206

6 Las fuentes fundamentales son los títulos del Digesto D 39 1 (*De operis novi nuntiatione*) y D 43.25 (*De remissionibus*) y el breve fragmento del c XIX de la *lex de Gallia Cisalpina*. Quizá el bronce de Itálica donde se lee *nuntiationes* (C I L II Supp 5368) pudo contener una referencia a la *on nuntiatio* (así lo pensó RODRÍGUEZ BERLANGA, *Los bronces de Osuna*, Málaga 1873, 124 ss), pero lo conservado de la inscripción es tan escaso que no cabe decidir con seguridad. Cfr. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 357 ss.

cuarenta años en su referido *Corso*. En síntesis, esos diversos puntos de vista eran los siguientes:

a) *La remissio* es decidida cuando tras un determinado plazo (que se fijaría discrecionalmente o que quizá se prolongaba hasta el límite de un año) el *nuntiator* no inicia el proceso. De esta opinión era entre otros Windscheid⁷.

b) La remisión la decide sin más el pretor siempre que el denunciado la solicite. Tal fue la postura de Donellus⁸. En época más reciente Karlowa⁹ y Lenel¹⁰ mantuvieron la misma postura si bien subrayando el carácter condicionado de la decisión pretoria.

c) El magistrado sólo la decide tras previa cognición sumaria. En este sentido Mühlenbruch, Keller, etc.¹¹.

d) Se concede la remisión cuando es solicitado por el denunciado y éste fundamenta la petición en vicios formales de la denuncia (Wangerow¹²).

e) La remisión es otorgada cuando el *nuntiatius* presta caución. Al lado de otros autores aparece Burckhard¹³ como el más destacado defensor de esta tesis.

f) Sólo tras haber sido solicitado del pretor el *interdictum ne vis fiat aedificandi* por parte del denunciado y haberse visto que el denunciante no prueba su *ius prohibendi*, es acordada la remisión (Naber¹⁴).

g) El propio Bonfante¹⁵ mantuvo por último que la *remissio* adoptaba la forma de un interdicto prohibitorio: Si el denunciante mostraba su *ius prohibendi* los efectos de la *nuntiatio* se mantenían:

7. *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a M. 1906, 1037.

8. *Commentarii de iure civili*⁶, lib XV, c 46, § 18, Nuremberg 1826

9. *Röm Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1227 ss

10. *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 485 n 3.

11. V referencias precisas en GLÜCK-BURCKHARD, o c 209 n 46. A los autores allí citados habría que añadir CUYACIO, *Appendix cum supplemento quarundam recitationum*, París 1658, col. 927 y 925.

12. V. WINDSCHEID, o c 1035 y n. 9.

13. GLÜCK-BURCKHARD, o c 253 ss.

14. *Observatiunculae*, en *Mnemosyne* 19 (1891) 213 ss. Posteriormente MARTÍN (Quelques observations sur l'ordonnance en Etud d'hist jur offertes a F. Girard, I, París 1912, 123 ss.), propuso una solución análoga, con la diferencia de posponer el *interdictum ne vis fiat aedificandi* al decreto de remisión condicionada

15. O c 458 ss

en caso contrario la *nuntiatio* quedaba enervada. Por supuesto la verificación de aquel *ius prohibendi* habría de hacerse posteriormente en el eventual proceso interdictal que iniciaría el *nuntiator*.

Es claro que no todos los autores a que se hace referencia enfocaron exactamente las mismas zonas problemáticas de la *remissio*, y por ello no es imposible combinar alguna de las posiciones relatadas¹⁶, pero en conjunto ese haz de soluciones pone de manifiesto las principales direcciones seguidas por los romanistas para aclarar el borroso perfil de este acto procesal. De estas soluciones no todas presentan el mismo grado de firmeza y así cabría descartar algunas con los mismos argumentos que utilizó ya Bonfante.

Poco fundada parece en efecto la construcción según la cual la *remissio* requeriría un plazo de inactividad del *nuntiator* tras la *nuntiatio* [v. supra a)], pues no hay en las fuentes rastro alguno de tal exigencia. Algo análogo cabría decir de la tesis de Naber [v. supra f)], aquejada de una excesiva desconfianza hacia los textos del Digesto alusivos al *interdictum ne vis fiat aedificandi*. El sentido de este interdicto, tal como se refleja en las fuentes, no fue otro que el de impedir que el denunciante obstaculizara la obra una vez que ésta puede proseguirse por haber prestado caución el denunciado. Por ello la aceptación de un funcionamiento distinto tropieza con dificultades insuperables si no se consigue probar la razón de esos supuestos cambios terminológicos. Igualmente parecen válidas las objeciones al intento de explicar la *remissio* [v. supra d)] como un acto pretorio basado en los vicios formales de la denuncia. Parece obvio que si tales vicios existen invalidarán por sí mismos la *nuntiatio* siendo entonces innecesaria la *remissio*.

Mayor fuerza suasoria parece tener la tesis que vincula la *remissio* a una previa caución prestada por el denunciado [v. supra e)]. Burckhard

16. La combinación también se hace posible cuando se piensa que la *remissio* pudo ser concedida por diversos motivos. Así BIONDI (*Göttingischen Gelehrten Anzeigen*, 1915 = *Scritti giuridici* III Milán 1965, 229 ss.) quien estimó que el pretor le concedería unas veces al ver que el denunciante no ejercita la correspondiente acción petitoria (recuérdese la postura de WINDSCHEID antes relatada) y otras al comprobar tras una cognición sumaria la falta de fundamento del derecho invocado por el *nuntiator* (recuérdese la citada opinión de MÜHLENBRUCH y KELLER).

se esforzó en probar la exactitud de este enfoque, apoyándose principalmente en algunos pasajes en los que, en efecto, parece partirse de esa vinculación.

Así por ejemplo en D.39.1.5.17 (Ulpiano, *lib 52 ad edictum*) al subrayar las ventajas de la *cautio* se señala que merced a este expediente se evita el engorro de tener que acudir al pretor para pedir la *remissio*¹⁷. Para Burckhard tal incomodidad sería impensable si ante el magistrado no hubiese que prestar caución para obtener la *remissio*. de manera que cuando Ulpiano habla de la *vexatio* que supone tener que ir ante el pretor y pedirle que conceda la remisión es que está pensando en los trámites que se añaden a la inevitable *cautio*, la cual resultaría sobreentendida. Otros textos como D.39.1.8.2 (Paulo *lib. 52 ad edictum*)¹⁸ y D.43.24.7.2 (Ulpiano *lib 71 ad edictum*) señalan con mayor o menor energía la imposibilidad en que se encuentra el denunciado— de continuar la obra si no se decide a prestar caución. Ambos textos aluden concretamente a la *satisdatio*, pero en el atribuido a Ulpiano se alude de modo expreso a la *remissio* y a la facultad de edificar por parte de quien prestó caución:

Ait Iulianus: qui ante remissionem nuntiationis contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. Remissione autem acta intelligendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur; licere enim debet aedificare ei qui satisdederit, quum possessor hoc ipso constituatur, clamque facere nec ante remissionem nec postea existimandus est, quum is qui opus novum nuntiat, non possit videri celatus et praeoccupatus antequam controversiam faceret.

Sin embargo ni este pasaje ni los anteriormente citados bastan por sí solos para probar un necesario nexo entre *remissio* y caución. Como

17 D 39 1 5 17. Si is, cui nuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satisdederit, repromiseritve, aut per eum non fiet, quominus boni viri arbitratum satisdet, repromittatve, perinde est ac si operis novi nuntiatio omissa esset. Habe autem hoc remedium utilitatem, nam remittit vexationem ad Praetorem veniendi, et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio

18 Si cum possem te iure prohibere, nuntiavero tibi opus novum, non alias aedificandi ius habebis, quam si satisdederis

ya destacaba Bonfante, D. 39.1.5.17 tiene un pleno sentido aun pensando que el pretor conceda la *remissio* sin caución previa, pues efectivamente la comparecencia *in iure* puede suponerle al *nuntiatum* una incomodidad mucho mayor que el establecimiento privado de la caución¹⁹. En cuanto al texto de Paulo antes citado (D.39 1.8.2) si bien manifiesta tajantemente la necesidad de la *satisdatio* para poder continuar la edificación, cabe interpretar la afirmación como una indicación hecha al hipotético denunciado de que la única manera rápida y segura para salir del atasco en que le colocaba la *nuntiatio* estribaba en la oferta de la correspondiente caución. Con ello no quería decirse que no existiese otra vía, sino que ésta —la *remissio* pretoria— al no gozar del grado de rapidez y seguridad de la *cautio*, no tenía por qué ser recordada cuando de lo que se trataba era de informar sobre la existencia de un expediente inmediato e infalible con el que enervar los efectos de la *nuntiatio*. No hay que olvidar además que el mismo Paulo, en otro pasaje del *lib 48 ad edictum*, que se aprovechó para D.39. 1.8.4, mencionaba abiertamente la dualidad *remissio-cautio* como instrumentos posibles para invalidar la *nuntiatio*:

Sciendum est facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si ius aedificandi habeat, recte aedificabit²⁰.

Por último, en cuanto a D.43.24 7.2 antes transcrito cabe conjeturar, o bien que la expresión *remissio* no alude aquí a un decreto pretorio sino al resultado producido por la *cautio* privada, como propug-

19. Tampoco se puede descartar la hipótesis de que Ulpiano se refiriese con la expresión *vexatio* a los riesgos derivados de una incorrecta actuación pretoria. Me remito aquí al interesante libro de KELLY, *Roman litigation*, Oxford 1966, y especialmente al cap IV (*The Standard of the Praetorship*) 85 ss. Pero aun suponiendo un correcto comportamiento de parte del magistrado, las palabras de Ulpiano (*nam remittit vexationem ad Praetorem veniendi, et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio*) parecen tener en cuenta por lo menos la situación de incertidumbre del *nuntiatum* en espera de la decisión pretoria.

20. No es éste el único texto que alude expresamente a la disyuntiva *cautio remissio*. V también D 39 1 20.1 (Ulpiano, *lib 71 ad edictum*)

naba Bonfante²¹, o bien, como me parece preferible, que el texto original ha sido inhábilmente resumido, tal como pensó ya Karlowa²².

Los distintos enfoques arriba reseñados, demostrativos del estado incierto de las fuentes, permiten sin embargo entrever cuáles son los dos puntos firmes sobre los que habrá de apoyarse cualquier intento de reconstrucción de la *remissio*. Estos puntos básicos serían: 1) la necesaria intervención del magistrado, y 2) la previa iniciativa del denunciado en forma de solicitud para lograr esa intervención.

Ahora bien ¿bastaba la simple petición del *nuntiatus* para que el magistrado concediese la *remissio*? Bonfante señaló ya la dificultad que a su juicio presentaba esta hipótesis, en cuanto que vendría a implicar la práctica inoperancia de la *nuntiatio*. En efecto, si el denunciado podía proceder a una inmediata neutralización de la *nuntiatio*, el *nuntiator* no habría conseguido sino una breve y vana pausa, es decir vendría a encontrarse prácticamente en la misma situación anterior a la *nuntiatio*, con lo cual ésta quedaría configurada como un freno ineficaz frente al *opus* iniciado. Esta facilidad en obtener la *remissio* parece además en pugna con la declaración de Ulpiano antes referida, según la cual la tramitación de la *remissio* ante el magistrado constituye una *vexatio*. ¿Dónde estaría la *vexatio* entonces? ¿Cómo puede constituir una incomodidad un expediente tan simple?

Todo hace presumir pues, que la *remissio*, o bien se otorgaba cuando el pretor veía fundamento para ello, o bien no tenía un carácter de autorización definitiva para la prosecución de la obra. En el primer caso es preciso pensar en una cognición previa en la que el pretor apovaría su decisión. En el segundo en una orden concebida en términos hipotéticos, dando por supuesto la carencia de un *ius prohibendi* en la persona del *nuntiator*.

21 O c 455-456. También aludiría a esta remisión privada, según BONFANTE D.43.25.1.2 *in fine* (Ulpiano, *lib. 71 ad edictum*).

22 *Rom. Rechtsgeschichte* cit. 1230. También dudaron de la genuinidad del texto CICOGNA, NABER y KRÜGER (v. *Index interpolationum*). En tiempos más recientes ha seguido siendo considerado como no clásico por los autores que se han ocupado de él directamente. Así NIEDERMEYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der 'vis'*, en *Studi in onore Riccobono I* (1936) 259, y BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, en *SDHI* 7 (1941) 316-317.

En la segunda alternativa, el procedimiento *ex interdicto* que habrán de seguir denunciante y denunciado girará en torno a la existencia del *ius prohibendi* que aquel invoca y que deberá probar. Si el juez sentencia en el sentido de admitir un *ius prohibendi* en el *nuntiator*, ello significará que la *remissio* ha de ser considerada ineficaz desde un principio (por tanto el *nuntiatius* tendría que derribar lo construido a partir del momento en que se produjo la *remissio*). Por el contrario, si el *ius prohibendi* no ha podido probarse, entonces habrá que admitir que la *remissio* tuvo plena efectividad también desde un principio.

De aceptar la hipótesis de un conocimiento magistratual como previo a la decisión que entraña la *remissio*, es preciso suponer que el denunciante que ha visto superada su *nuntiatio* por esa medida del magistrado y que, sin embargo, se cree en su derecho a obstaculizar la obra, no tendrá otro recurso que ejercitar la correspondiente acción petitoria.

Que la *remissio* se producía en la forma de un decreto condicionado a la inexistencia de un *ius prohibendi* ha sido admitido, aunque difieran en otros puntos, por una serie de autores. Así Burckhard (con independencia de su postura sobre la relación entre caución y *remissio*), Karlowa, Lenel, Bonfante. Admitido ese carácter, la cuestión a resolver estriba en cómo incorporar procesalmente la condición de que se hace depender la definitiva efectividad de la *remissio*. Hubo quien pensó —como Karlowa²³— que la prueba del *ius prohibendi* invocado por el denunciante tendría lugar en el procedimiento iniciado como consecuencia del interdicto demolitorio. Bonfante²⁴ y Lenel²⁵ prefirieron pensar en que era en el propio procedimiento interdictal incoado como consecuencia del decreto de remisión donde tendría que aducir su prueba el denunciante.

23 Exactamente el emplazamiento para la prueba del *ius prohibendi* se produciría una vez instado el interdicto demolitorio y como consecuencia de haberse introducido en éste la *exceptio* «qua de re operis novi nuntiationem ille praetor non remisit», conocida a través del mutilado c. 19 de la *lex Rubria* KARLOWA, o c. 1227 De la misma opinión fue LENEL en la segunda edición de su E. P.

24. O. c. 458-460.

25 E. P.³ 484-485 Su punto de vista no coincide exactamente con el de Bonfante. Este pensaba que el decreto de remisión tenía ya el carácter de un interdicto, mientras que Lenel estimó que el interdicto aparecía como una derivación del decreto.

La tesis de un decreto que sólo se dicta por el magistrado en razón a haber conocido previamente del asunto; fue ya avanzada por algunos viejos autores como Mühlenbruch (v. supra nota 11), pero en tiempos más recientes no han faltado romanistas que se hayan sentido atraídos por ello. Así, aunque con matices diferentes, pueden recordarse los nombres de Biondi²⁶, de Branca²⁷ y de Berger²⁸. Aceptada esta tesis parece que tendríamos que admitir una actividad cognoscitiva del magistrado análoga a la desenvuelta en aquellos supuestos en los que las fuentes mencionan la expresión *summatim cognoscere*²⁹, es decir aquellos casos en los que por razones de urgencia, especialmente, se requie-

26. V supra n 16.

27. O c pp 330-332 y 372 Branca piensa que el pretor, una vez que ha entrado en el conocimiento sumario del asunto, tiene ante sí tres soluciones. a) convalidar la *o n nuntiatio* (*denegatio exsecutionis*), b) negar toda efectividad *ab initio* a la denuncia (*denegatio o prohibitio o nov. nuntiationis*, o c) conceder el decreto de *remissio*. Esta última vía sólo sería seguida cuando el magistrado no hubiera podido cerciorarse de la existencia o inexistencia del *ius prohibendi* invocado por el *nuntiator*. La *remissio* sería entonces manifestación de la perplejidad del magistrado, y por ello adoptaría la forma de un decreto condicionado en el sentido propuesto por Bonfante. A esta tesis de Branca se han adherido últimamente de modo expreso MOZZILLO (*Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Nápoles 1960, 155 n 45), LUZZATTO (*Il problema d'origine del processo extra ordinem*, 1, Bolonia 1965, 361 nota 1) y, aunque más dubitativamente, MASI, o c 160.

28. *Operis novi nuntiatio*, en *Real-Encyclopadie Pauly-Wissowa* XVIII (1939); 573. Cfr. del mismo BERGER, *L'on n ed il concetto di «ius publicum» di Ulpiano*, en *IURA* I (1950) 102-103. Con anterioridad a 1939 había ya avanzado su opinión en su escrito *Interdictum*, también en la *R E Pauly-Wissowa* IX, 2 (1916) 1670 ss.

29. Me remito aquí al agudo trabajo de SIMON, *Summatim cognoscere Zwölf Exegesen*, en *ZSS* 83 (1966) 142-218. El magistrado, ya en el proceso ordinario, ya *extra ordinem*, decide tras haber conocido del asunto, pero sin que esa decisión tenga la firmeza de una sentencia normal, ni pueda prejuzgar el posible fallo ulterior. Nada tiene que ver este *summatim cognoscere* con la *cognitio extra ordinem*, aunque haya podido constituir un importante precedente (cfr. KASER, *Gli inizi della «cognitio extra ordinem»*, en *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I, Milán 1969, 174-175). Es cierto que ambos casos el magistrado entra a conocer y falla, pero no se olvide que la sentencia pronunciada en la *extraordinaria cognitio* tiene efectos preclusivos, de tal suerte que un nuevo ejercicio de la acción tropezaría con la *praescriptio rei iudicatae*, fenómeno que no sucede cuando el fallo resulta de un *summatim cognoscere*.

re un fallo inmediato, y no se quiere por otra parte que la decisión recaída tenga la consideración de *praeiudicium*. Así, pues, una vez decretada la *remissio*, podrá el *nuntiator* —si es que cree que ha sido desconocido su *ius prohibendi*³⁰— ejercitar la correspondiente acción petitoria con el fin de obtener en un proceso ordinario una sentencia que le sea favorable³¹.

A decir verdad, la formulación del Edicto, tal como se contempla en el transcrito pasaje de Ulpiano (D.43.25.1 pr.) no permite sin más tomar partido por una u otra tesis. Hay en su redacción una excesiva generalidad, y lo único que parece claro es que, de tratarse de un decreto, no era el único de los que podían ser dictados. En D.43.25 1.1 (Ulp. *lib* 71 *ad ed.*) se alude a esta pluralidad pues se dice *sub hoc titulo remissiones proponuntur*, y, de otro lado, es evidente que para la *o n nuntiatio damni depellendi causa*, y también para la *o n n publici iuris tuendi gratia*, los correspondientes decretos de remisión estarían concedidos en otros términos³².

30. La eficacia relativa del decreto de remisión era ya señalada por BERGER, *O n nuntiatio* cit. 575 («das Remissionsdekret hat gewiss uber das Vorhandensein eines zivilrechtlichen ius prohibendi nicht entschieden»), Lo que no impide reconocer la importancia que de hecho habría de tener esa primera decisión, la cual determinaría, muy verosíblemente, una *denegatio iurisdictionis* (o una concreta *denegatio actionis*) por parte del mismo magistrado que se ha pronunciado ya previamente sobre la *remissio* y que ve después instada ante él la acción petitoria. Si el magistrado es distinto, quizá fuese otra su actitud, pero el peso del decreto de remisión siempre se dejaría sentir, especialmente cuando el *nuntiator* hubiera de plantearse el dilema de ejercitar o no la acción petitoria.

31. Por supuesto, la negativa a la remisión por parte del magistrado dejaría igualmente abierta la puerta al ejercicio de la acción que pueda corresponder al *nuntiatius*. KASER, en la recensión a la obra de Bossowski citada en la nota siguiente (en ZSS 57 (1937) 479) estima que si el magistrado no veía base para la *remissio* no daría decreto alguno.

32. La clasicidad de la tripartición que se expresa en D 39 1.1.16 (Ulp. *lib* 52 *ad ed.*) —*nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia*— es hoy generalmente aceptada. La atribución a los compiladores bizantinos (así BOSSOWSKI, *De actione quae prohibitoria appellatur et de operis novi nuntiatione*, en Rocznik Prawnyczy Wilenski 8, Wilno 1936) o a la jurisprudencia postclásica (como ha sostenido LOMBARDI, *Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, en *Studi Pavia*, 1951, 149 ss) no ha tenido seguidores: V. MOZZILLO, *o c* 132, y el trabajo de MELILLO, «*Interdicta*» e «*o n n iuris publici tuendi gratia*», en *Labeo* 12 (1966) 178 ss. y la bibliografía allí citada. Aun

La redacción de la referida cláusula inclina desde luego a calificarla como *decreto* y no como *edicto*, como ya subrayó Lenel³³, pero hay también indicios claros de que no estamos ante una transcripción literal sino ante un resumen, o al menos ante un texto en el que se han omitido algunas palabras. En efecto resulta evidente que la cláusula tuvo que contener en su redacción original una referencia expresa al *opus novum*³⁴, y si ésta ha sido omitida no puede desecharse la idea de que otras manipulaciones simplificatorias hayan tenido también lugar. La cláusula edictal que nos transmite el Digesto no es pues un asidero tan firme como pudiera parecer a primera vista.

Por otra parte, de aceptarse la tramitación interdictal propugnada por aquellos autores que afirman el carácter condicionado del decreto, la inanidad de la *nuntiatio* sería demasiado patente. Esta quedaría convertida en un innecesario trámite previo que en nada favorecería al *nuntiator*, ya que el procedimiento interdictal que arrancara de la *remissio* le llevaría de todas maneras a tener que probar ante el juez su *ius prohibendi*, exactamente igual que si hubiera ejercitado desde un principio la oportuna acción petitoria.

Parece pues procesalmente más lógica la identificación del decreto de remisión con un fallo fundamentado en el conocimiento del asunto. Pero, además, esta suposición no se encuentra totalmente falta de apoyo en las fuentes.

Si la *remissio* adoptaba la forma de un decreto —cuyo contexto, como queda dicho, no parece haber sido recogido fielmente en el Digesto— hemos de pensar en un conocimiento previo por parte del magistrado que lo dicta. Que todo *decretum* arranca de una previa *cognitio causae* constituye un principio generalmente admitido³⁵, sin

admitiendo la clasicidad de los tres tipos, BRANCA (o c 310 n 3, 228 n 2) y COSENTINI (*In tema di operis novi nuntiatio*, en *Miscellanea romanistica*, Catania 1956, 178) niegan que se haya podido producir la *remissio* en la *o n n. damni: depellendi causa*. En el mismo sentido MASI, o. c. 160.

33. La prueba del carácter decretal de la cláusula estribaría en el uso del presente (*facio*) y no del futuro (LENEL, E P. 484) Cfr BERGER, o c 574-575.

34. BERGER, o c 574. NABER, o c 121 ss consideró *comentitium* todo el texto del decreto.

35. KASER, *Das rom Zivilprozessrecht*, Munich 1966, pp. 136-138. Cfr. HEU MANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des rom Rechts*, Jena 1907 (Graz 1958) y los pasajes señalados s. v. *decernere* en la acepción c).

que falten pasajes con afirmaciones expresas en este sentido. Así ocurre con D.1.16.9.1 (Ulp. *lib.* I *de officio procons*):

Ubi decretum necessarium est, per libellum id expedire proconsul non poterit: omnia enim, quaecumque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri³⁶

Pero fuera de esta manifestación general sobre el nexo *causae cognitio-decretum*, encontramos otros pasajes dentro del campo estricto de la *o.n nuntiatio* que, en contra de lo que pensaba Bonfante³⁷ parecen mostrar la existencia de ese procedimiento cognitorio previo a la *remissio*

Así, ha de llamarse la atención en primer término sobre D.39.1.1.9 (Ulp. *lib.* 52 *ad edictum*):

Et post operis novi nuntiationem committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni.

Desde luego el texto no es, a primera vista, muy expresivo en cuanto al carácter de ese sometimiento de los litigantes a la *iurisdictio* pretoria, pero parece bastante probable que lo que Ulpiano quería subrayar era el poder de decisión del magistrado al que las partes se han

(36) El contraste entre *decretum* (que exige conocimiento previo del asunto) y *libellus* (que no lo exige) es perfectamente claro (v. LAURIA, *Iurisdictio* en los *Studi in onore di P. Bonfante*, II (1930), p. 512) aunque también es cierto que Ulpiano se refería aquí a las funciones de los procónsules y no en general a las de cualquier magistrado. Sin embargo, y a pesar de la opinión de MARTINI (*Il problema de la causae cognitio pretoria*, Milán 1960, pp. 47-48 y 186) el cual no da ninguna razón decisiva, nada impide pensar que la norma se extendiese a todos los magistrados jurisdiccionales. Así parece entenderlo DELL'ORO (*I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milán 1960, p. 129) al no señalar discriminación alguna en relación con el referido texto. Nótese también que la expresión *decernere* era utilizada igualmente con ocasión de la sentencia pronunciada por el magistrado (o por su delegado) en el procedimiento cognitorio clásico (v. KASER, *Das rom. Zivilprozess*, cit., p. 391, n. 3) Recuérdese además cómo se subraya la necesidad de la *causae cognitio* como antecedente del *decretum* —y en oposición a las decisiones tomadas *de plano*— en textos como D.37.1.3.8 (Ulp. *lib.* 39 *ad ed.*) y D.38.15.2.1 (Ulp., *lib.* 49 *ad ed.*) Cfr. SIMON, *Summatim cognoscere*, cit., p. 213

37 O c., p. 454.

sometido. Esta interpretación encuentra un excelente apoyo en el párrafo siguiente de este mismo fragmento, donde Ulpiano, siguiendo a Celso, planteaba la cuestión del valor de un convenio entre *nuntiatus* y *nuntiator* hecho a espaldas del pretor y en el sentido de que la obra se prosiguiese. Celso, al decidir la eficacia *ope exceptionis* de una tal convención, consideraba que no debían calificarse estos hechos como un enfrentamiento a lo ordenado por el pretor, y ello en razón a que el magistrado, en el supuesto que se plantea, no viene llamado sino a decidir una controversia (*ut controversias eorum dirimeret*) y ésta, si se extingue por la voluntad de los litigantes, hace innecesaria la intervención de aquél. He aquí el pasaje:

Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere.

Pero merece además destacarse en él un dato que estimo significativo, y es el uso de la expresión *controversias dirimeret*. Según resulta del *vocabularium iurisprudentiae romanae* Ulpiano sólo utiliza el verbo *dirimo* en dos acepciones: o para hablar de disolución de matrimonio, o para indicar que una disputa o un litigio ha sido zanjado. En esta segunda acepción, y dentro de un terreno estrictamente procesal, el verbo aparece siempre empleado en casos en que la decisión que resuelve el litigio es una sentencia de un *iudex* o de un *arbiter*³⁸. Y solamente en un pasaje, que es el que queda transcrito, quien *dirimit* no es un *iudex* o un *arbiter* sino el propio *praetor*, trasluciéndose también con ello la actividad cuasi-judicial desarrollada por éste.

Otro indicio de ese procedimiento cognitorio puede verse en D.39 1.19 (Paulo *lib* [12] *quaestionum*):

Sciendum est, exsecutione operis novi, nihilominus integrae legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis

38 Así, en D 3 2 6 7; D.10 1 2 1; D 5.1 2 2 y D 10 1 8 1

manent in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat.

La afirmación de que la decisión pretoria para nada impide el ejercicio posterior de las correspondientes acciones en un procedimiento ordinario, sólo cobra sentido con la existencia de una previa cognición tras de la cual el magistrado ha emitido su fallo. Es precisamente este fallo, que tan semejante se presenta a una sentencia normal, el que puede inducir a error en orden a unos supuestos efectos preclusivos³⁹ y de ahí que se subraye la inalterada posibilidad de ejercicio de la acción. La cuestión del significado de la frase *denegata exsecutione operis novi* tiene un rango secundario, pero me inclino a pensar que con ella se alude a una verdadera y propia *remissio*. Branca, en su excelente estudio citado⁴⁰, llegó a la conclusión de que la *denegatio exsecutionis operis novi* significaba una negativa del magistrado a que se ejecutase el *opus novum*, lo que venía a traducirse por tanto en una convalidación de la *nuntiatio*. Pero el hecho de que la expresión *exsecutio operis novi* aparezca en otro pasaje (D. 39.1.7 pr.: Ulp. *lib 52 ad ed.*) con el sentido indudable de «efectividad de la *o.n.nuntiatio*»⁴¹ debilita en gran medida la postura del romanista italiano y hace pensar en la mayor verosimilitud de una interpretación del transcrito fragmento de Paulo que parta de la existencia de una *remissio*. Así, pues, lo que dice Paulo es que el decreto de remisión no agota la posibilidad de ejercitar las correspondientes acciones petitorias, como tampoco obstaculiza su ejercicio el hecho de que el pretor impida *ab initio* la *o n nuntiatio*, esto es, en los casos en que quien quiere denunciar no se hubiera conformado con un acto privado y hubiese buscado la colaboración pretoria⁴².

39 V. supra nota 29

40 O c 328 ss.

41 Como ya destacó BERGER, o c 577, las palabras *exsecutio operis novi* constituyen una expresión elíptica, siendo así equivalentes a *exsecutio operis novi nuntiationis*. La *exsecutio* nada tiene que ver, por otra parte, con un especial decreto de ejecución de la *nuntiatio*, sino que se refiere a la actividad que ha de desplegar el *nuntiator* para lograr que su denuncia tenga una repercusión sustantiva, fundamentalmente a través de la obtención del interdicto demolitorio (BERGER, o. c. 578).

42. Recuérdese D 39 1 1 2 (Ulp *lib 52 ad ed*): *Nuntiatio ex hoc edicto non*

Si a los indicios que presentan las fuentes, tal como quedan reseñados, unimos las razones que resultan de la propia lógica de la tramitación procesal, podemos llegar a caracterizar el decreto de remisión como una decisión que se sitúa en un terreno intermedio entre la sentencia de la *extraordinaria cognitio* y aquellos otros pronunciamientos que como los interdictos no requieren sino una contemplación superficial de los hechos. Se acerca a la sentencia en lo que tiene de decisión fundada en una *cognitio* previa, y se aproxima por otro lado a los interdictos en lo que tiene de solución provisional, susceptible de ser combatida posteriormente dentro de los márgenes de la jurisdicción ordinaria.

Tema más difícil de decidir es el de si estos decretos de remisión tuvieron siempre esa naturaleza híbrida, o bien la alcanzaron como consecuencia del gradual desarrollo de la *cognitio* en los magistrados jurisdiccionales⁴³.

Si fuera esto último, la caracterización quizá sólo tuviera validez para la tardía época clásica, debiendo entonces configurarse de otra manera las remisiones que, como prueba el fragmentario capítulo XIX de la *lex de Gallia Cisalpina*, tuvieron vigencia en tiempos anteriores.

JUAN ANTONIO ARIAS BONET

habet necessariam praetoris aditionem: potest enim nuntiare quis et si eum non adierit.

43 Cfr SIMON, *op cit*, p 185 ss y también p. 217-218