4.1. Argentina

MARTA ETEL CAZAYOUS DE DILLON
Profesora de Derecho Romano. Universidad del Museo Social Argentino
Profesora de Derechos Reales Universidad Católica
de Santiago del Estero (Argentina)

LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA *OPERIS NOVI NUNTIATIO* Y EN EL *INTERDICTO DEMOLITORIUM* Y SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Junto al sistema de las acciones en el Derecho Romano existió un medio de protección complementario logrado a través de los interdictos.

Los interdictos consistían en recursos que la ley otorgaba a las partes, para la defensa de sus derechos. Su origen fue pretorio y se desarrollaron durante la época del procedimiento formulario.

Consistían en órdenes de los magistrados que tenían carácter administrativo y con ellas se intentaba finalizar alguna controversia surgida entre las partes, ordenando que se haga o no se haga determinada cosa.

Eran verdaderos fallos dictados por el pretor , quien previo a ello debía aceptar determinados hechos relativos a algunas cuestiones de materia privada.

O sea, que por una parte se contaba con un sistema de acciones y por otra, se desarrolla una protección jurídica extra-procesal que tenía como fundamento el *imperium* del magistrado. Por ello eran consideradas como medidas extraordinarias del magistrado.

Estos interdictos se dirigían a la restitución, exhibición o prohibición.-

La *Operis novi nuntiatus* surge específicamente como una creación del pretor cuyo fin era evitar algunas perturbaciones en el derecho de propiedad.

La denuncia de obra nueva era una medida de protección intentada por un propietario que se sentía perjudicado por la obra que realizaba un vecino. Tenía la forma de denuncia o protesta, su objetivo era impedir que se continuara con el trabajo iniciado.

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

De modo que en los hechos, aquél que se creía perjudicado por una obra nueva ya comenzada, pero todavía no concluída, podía requerir por sí o por medio de un representante la denuncia de ella, en el mismo lugar en que se realizaba la obra nueva y sin recurrir al magistrado. Con este acto se impedía la continuación de la obra pero quedaba a salvo una posterior resolución judicial.

El *nuntiatus* (denunciado) debía detener inmediatamente la obra siempre y cuando se lo hubiera intimado formalmente en el lugar mismo de la obra.

Si a pesar de la orden de interrupción de la obra, ésta era continuada, el denunciante quedaba facultado a interponer el *Interdicto ex operis novi nuntiatione* o "Interdicto demolitorio" por medio del cual se llegaba hasta demoler la obra.

I.- TRATAMIENTO EN EL CORPUS IURIS CIVILIS.

En el Corpus Iuris Civilis la *Operis novi nuntiatio* es tratada extensamente en el Digesto, Libro trigésimo noveno, Título 1 (D, 39, 1) y en el Código, Libro VIII, Título 11 (C, 8, 11).

Allí especifica que la finalidad de la *Operis novi nuntiatio* es impedir mediante la denuncia la realización de una obra, sea con derecho o sin él. Si quien hubiere realizado la denuncia no tuviera derecho para prohibirla, entonces luego se levantará la prohibición.

La denuncia debía realizarse contra obras futuras, o sea, contra las que no se hicieron y justamente tiene por fin que no se realicen.

La denuncia de obra nueva puede realizarse a nuestro nombre o en el de otro y también procede contra ausentes, "contra los que no la quieran y contra los que lo ignoren".

Cualquiera puede realizar la denuncia aunque desconozca qué tipo de obra se está realizando.

Conceptualmente, realiza una obra nueva el que edificando o demoliendo algo, cambia el primitivo aspecto de la obra. Alude a obras que estén unidas al suelo.

Comprende obras nuevas que se efectúen en las ciudades, en granjas o campos, en lugares privados o en lugares públicos.

Es requisito fundamental que la denuncia se realice en "presencia de la cosa", o sea en el lugar en que se hace la obra. Pero no resulta necesario que se haga expresamente al dueño de la cosa sino que puede ser a quien circunstancialmente tiene la cosa, como los operarios, artífices, el constructor, un esclavo o quien esté a título de dueño, a quien transformamos a partir de la denuncia en poseedor. O sea que los requisitos que

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

se destacan consisten en que la denuncia se realice en presencia de la cosa y que pueda ser puesta en conocimiento del dueño.

De manera que no necesariamente se debe acudir al Pretor, pues cualquiera puede hacer la denuncia aunque no hubiera acudido a él. Pero después de la denuncia de obra nueva los litigantes se someten a la jurisdicción del Pretor.

También se puede denunciar al vecino inmediato o a otro más distante que hace la obra nueva y puede obstaculizar el ejercicio de una servidumbre.

Hay tres causas por las cuales puede realizarse la denuncia de obra nueva:

1) Una causa NATURAL, cuando lo potencialmente afectado es un edificio propio.

2) Una causa PÚBLICA, cuando se pretende con ella defender el ordenamiento jurídico.

3) Una causa IMPUESTA, cuando luego de imponer una servidumbre a un edificio o predio propio, se actúa después en contra de la servidumbre.-

La forma más usual de realizar la denuncia de obra nueva era en la obra misma. El denunciante en el lugar de la obra arrojaba una piedra ante cualquiera que se encontrara allí, pero al hacerlo reconocía como poseedor al adversario.

También podía realizar la denuncia ante el pretor. Ante él, y a su requerimiento el denunciante de la obra nueva debía jurar que no denunciaba con intención de calumniar al denunciado.

El denunciante debía también determinar en qué lugar denuncia la obra nueva, si la denuncia es respecto de toda la obra o solo respecto de una parte de ella y si hay algo construido deberá expresarlo y consignarlo, para luego poder comprobar si se ha producido el incumplimiento del denunciado al decreto del pretor.

También era importante poder determinar el lugar exacto de los trabajos, y conocer si el denunciado estaba privado de continuar con la totalidad de la obra o si podía continuar edificando parcialmente.

Una vez realizada la denuncia el nuntiatus debía abstenerse de seguir actuando, hasta que se le concediera una acción o hasta que se hiciera la remisión de la denuncia ya que era la única manera en que podría construir si es que tenía derecho a ello.

Caso contrario, se consideraba, que de continuar la obra, estaba contrariando la orden del pretor y por lo tanto estaba obligado a destruir lo construido.

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

Si el denunciado no obtenía ante el pretor la remisión de la denuncia ni prestaba caución, el denunciante podía solicitar ante el pretor el *Interdicto ex operis novi nuntiatione* o Interdicto demolitorio que obligaba al denunciado a destruir lo edificado. El interdicto se da a perpetuidad e incluso le correspondía al heredero y demás sucesores y estaba dirigido a quien hizo la obra o a quien ratificó lo que se hizo.

En el período del derecho clásico se hallaban facultados para hacer la denuncia el propietario civil y el bonitario.

El Codex (C, 8, 11) también se refiere a la *Operis novi nuntiatio*, estableciendo que si alguien la presentara , el prefecto en la ciudad o el gobernador en las provincias deberán resolver la cuestión en un plazo de tres meses, transcurridos los cuales perderá eficacia la denuncia. El denunciado, si tiene apuro en continuar la obra, deberá presentar en las oficinas del prefecto o del gobernador, un fiador (*Operis novi nuntiatio*) que garantice que si no ha construído con derecho, destruirá a su costa toda la obra que realizó con posterioridad a la denuncia.

En época justinianea se encontraban facultados a realizar la denuncia el propietario, el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, el acreedor pignoraticio, y el poseedor de buena fe.

Con este sistema se trató de evitar la falta de resolución sobre estos temas durante un largo período, perjudicando los intereses de las partes afectadas.

II.- ASPECTO PROCESAL

El procedimiento de la *Operis novi nuntiatio* y del *Interdicto ex operis novi nuntiatione* es un procedimiento extraordinario en sentido lato., en el que el primer acto que realiza el magistrado es un acto de *imperium*, y luego sobre esa base se va a desarrollar un procedimiento judicial en el que se va a merituar la obediencia o desobediencia a ese mandato o decreto del pretor.

Por lo tanto hay un primer momento decisivo, que es de carácter administrativo y no judicial, en el que el magistrado se interpone entre las partes, como autoridad que les impone un mandato, no como juez supremo.

Este mandato del pretor es condicionado, en cierta forma a que las partes tengan una determinada relación, en cuyo caso el pretor prohíbe que continúe la obra nueva.

Si una vez hecho esto las partes no obedecen al mandato del pretor, y se desobedece realmente a ese mandato condicionado, la cuestión habrá de resolverse investigando si existen aquellas condiciones iniciales que el pretor tuvo en consideración. Esta investigación se producirá en un pro-

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

ceso determinado en el que ya el juez indagará la existencia de las condiciones determinadas para que prosperara el mandato del pretor y el incumplimiento de ese mandato con la consiguiente pena a cargo del desobediente.

La *sponsio* fue el medio que permitió canalizar las pretensiones de las partes.

Por ella el denunciante estipulaba a su favor que si el denunciado incumplía la orden del pretor indicando que debía paralizarse la obra nueva, el denunciado debía pagar una suma de dinero. El denunciado prometía, y a su vez hacía una estipulación en sentido contrario, es decir que se hacía prometer por el denunciante (*actor*), que para el caso de no desobedecer la orden del pretor debería abonarle una suma de dinero.

De esta manera las dos partes quedaban como posibles acreedores condicionales el uno del otro.

Es entonces cuando se designaba un juez encargado de resolver la cuestión, de manera que si el demandado perdía, tenía que pagar la suma de la *sponsio* y debía destruir lo que hubiera construido; en tanto que si el demandado tenía razón, el actor iba a perder la suma de la estipulación recíproca que debería pagar al demandado.

Además de juzgarse sobre el fondo de la cuestión, es decir sobre el real objeto de la contienda judicial, el Juez debía expedirse también sobre la suma de la *sponsio* y de *restipulatio*, de manera que una de las partes siempre tenía que pagar a la otra dicha suma en concepto de pena.

En síntesis, en los institutos que estamos analizando se comienza con un decreto prohibitivo que es la orden del pretor de paralizar la obra nueva a la que el pretor llega basándose en una presunción de fundabilidad. La orden se sustentaba en el supuesto de que los hechos expresados fueran ciertos, pero la violación a la sinceridad de esos hechos traía como consecuencia penas pecuniarias.

Frente a la orden del pretor el denunciado podía obedecer la orden respetuosamente, y allí el asunto concluía. O bien podía concurrir ante el pretor antes de que se venciera el año de la prohibición a tratar de demostrar la falta de certeza respecto de los hechos. De este modo se abría la etapa de la *sponsio* y la *restipulatio*.

El sistema de la *sponsio* y la *restipulatio* era una forma de sanción al perdidoso y de recompensa para el vencedor. Este es el caso de un interdicto simple. Pero también podía suceder que hubiera dos sponsiones y dos stipulationes, en cuyo caso se decía que era doble. Desobedecer en estas condiciones solía ser muy peligroso. En definitiva la cuestión se terminaba resolviendo según el esquema del procedimiento formulario.

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

III.- LAS PRUEBAS

La *Operis novi nuntiatio* tiene en un comienzo los caracteres de la defensa privada ya que es un remedio jurídico que se inicia con el acto de un particular.

El estado de hecho de un fundo se altera con una obra nueva, por tanto, quien se cree ofendido con respecto a estas innovaciones puede prohibir al otro que las realice. Si hecho esto el otro continúa a pesar de la prohibición, se lo compele a quitar las innovaciones realizadas, aunque tuviera derecho para ello, solo por haber ignorado la prohibición del otro.

La primera defensa contra estas innovaciones es privada y consiste en una simple prohibición de aquel que se siente perjudicado. Si el otro desea continuar tendrá que acudir al magistrado para que lo libere de esa prohibición.

Los medios de prueba admitidos en el Derecho romano eran básicamente el documento escrito, los testigos, el juramento y las pericias.

Esta primera defensa consistente en constituirse en la obra misma y arrojar la piedra, es una medida extrajudicial que será probada por medio de testigos.

Si la denuncia la realiza ante el Pretor, puede suceder que éste le requiera al denunciante un juramento aseverando que no realiza la denuncia con el objeto de calumniar al denunciado.

También habrá que determinar exactamente el lugar de realización de la obra, así como especificar si ella en su totalidad afecta el derecho del denunciante o si sólo lo hace parcialmente, manifestando detalladamente los trabajos realizados al momento de la denuncia. Estas circunstancias de hecho podían probarse por testigos, por documentos y hasta por el reconocimiento in situ del magistrado.

Era necesario probar quien era el propietario del suelo o su poseedor, ya que en principio eran los únicos facultados para realizar esta denuncia. Teniendo en cuenta los modos de transmisión de la propiedad, serán hábiles para la comprobación de esta circunstancia los testigos tanto si la transmisión operó por *mancipatio*, *in iure cesio* o si se trataba de probar la posesión de buena fe.

Posteriormente, en el derecho justinianeo, se legitimó también para realizar la denuncia además del propietario a titulares de otros derechos reales tales como el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, el acreedor pignoraticio y también al poseedor de buena fe que tenían que probar su relación con la cosa.

Si el *nuntiatus* deseaba continuar la obra tendría que presentarse ante el Pretor, y ante él intentar la remisión de la denuncia. El denunciado

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

tenía la carga de probar los hechos contrarios a los demostrados por el actor. Y entonces comenzaba a funcionar el sistema de la *sponsio* y la *restipulatio*.

Se trataba de una caución necesaria y judicial, que tenía por finalidad asegurar el juicio en sus distintos aspectos.

Estas cauciones judiciales eran las que se interponían a causa de un juicio, para que quede seguro y especialmente la que debía realizarse en la denuncia de obra nueva.

El demandado se encuentraba en una situación tal frente al actor que la única opción para modificar la consecuencia de una posible condena, era la de dar caución.

La prueba por escrito se presentaba ante el juez quien libremente la apreciaba, ya se tratase de *scriptae*, *tabulae* o *instrumenta*.

Para poder determinar el estado de la obra nueva, si se había o no incumplido la orden del pretor y si en definitiva correspondía o no la demolición de lo construido, las partes también podian ir con el juez sobre el terreno y realizar una *Inspectio*, para dirimir las controversias.

Incluso no era lo más usual, pero si la naturaleza del asunto lo requería, podía haber pericias.

Finalmente también era procedente que el juez recurriera a la prueba de presunciones; allí, frente a la existencia de determinados hechos probados, inducía con probabilidad la existencia de otros hechos.

IV.- LA RECEPCION DEL INSTITUTO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

En el sistema jurídico de la República Argentina este recurso del Derecho Romano, ha quedado plasmado en el esquema del Código Civil Argentino, en los artículos 2498 a 2501 y además en el Código Procesal Civil y Comercial, en los artículos 619 y 620.

El art. 2498 C.C. manifiesta: "Si la turbación en la posesión consistiese en obra nueva, que se comenzara a hacer en terrenos e inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes, la acción posesoria será juzgada como acción de despojo".

El art. 2499 C.C. expresa: "Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva...".

También refiere el art. 2500 C.C.: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho".

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

Finalmente el art. 2501 C.C. agrega que: "Las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales".

Según lo que se desprende de estos artículos la obra nueva provoca una turbación o una desposesión y, ante ese ataque, se aplica este remedio procesal.

Se trata de mecanismos instrumentados para defender la posesión o la tenencia, de allí que se encuentren ubicados dentro de las defensas posesorias.

En el art. 2498 C.C. no existe en realidad una turbación sino una clara desposesión porque se trata de obras que se empiezan a realizar en el terreno del poseedor o de la destrucción de obras que estaban allí.

En cambio en el art. 2499 C.C. se describen hechos que se realizan fueran del inmueble del poseedor.

Quiere decir que para establecer a cual de estas dos posibilidades es necesario recurrir, habrá que tener en consideración el lugar donde se realiza la obra nueva, si dentro o fuera del terreno del poseedor.

Si es dentro de él, la acción será considerada como una desposesión (acción de despojo); si es fuera de él, la turbación será atacada por medio de la acción posesoria stricto sensu o la policial, según se cumplan o no con los requisitos de anualidad y ausencia de vicios.

La acción de obra nueva del art. 2498, si se juzga como acción de despojo, puede ser intentada por el poseedor (aún no anual) y por el tenedor interesado (art. 2490), y se da contra el despojante (aunque fuere el dueño), sus sucesores particulares de mala fe y cómplices.

La finalidad que se persigue con esta acción surge del art. 2500 C.C. y es suspender las obras durante la tramitación del juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho.

Debe tratarse de una obra empezada pero no concluída. Y además debe surgir un verdadero menoscabo en la posesión del demandante y un beneficio para el turbador.

En cambio, si la obra fuese contruida fuera del inmueble del poseedor, en el Código Civil Argentino es juzgada como acción contra la turbación. Y en ese caso tenemos la acción posesoria de manutención del art. 2495, que le exige al accionante tener una posesión anual, continua, no interrumpida y sin vicios. Y si no reuniese el poseedor estos requisitos o se tratara de un tenedor interesado, puede ejercer en ese caso la acción policial de manutención del art. 2469 del Código Civil.

El objeto de la acción es suspender la obra pero el juez no está obligado a decretar la suspensión sino que debe hacerlo siempre que encuentre motivo suficiente para ello y bajo responsabilidad del demandante.

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

El Código Procesal Civil y Comercial plantea no ya un régimen de acciones posesorias, sino que instrumenta para la obra nueva el esquema del interdicto.

Dice el art. 619 del Código Procesal Civil y Comercial: "Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, su poseedor o tenedor podrá promover el interdicto de obra nueva. Será inadmisible si aquella estuviere concluida o próxima a su terminación. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y si fuere desconocido, contra el director o encargado de ella. Tramitará por el juicio sumarísimo. El juez podrá ordenar preventivamente la suspensión de la obra".

Y agrega el art. 620 del Código Procesal Civil y Comercial: "La sentencia que admitiere la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o en su caso, su destrucción y restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido".

Como primera diferencia se observa que en el Código Procesal no se distingue si la obra nueva se encuentra ubicada dentro o fuera de los terrenos del poseedor.

El Interdicto no tiene limitaciones en cuanto a la legitimación activa y puede ser intentado por los poseedores o tenedores.

El Código Civil habla en cambio de una obra que se comienza a hacer, en tanto que el Código Procesal es más permisivo porque prohibe el interdicto cuando la obra esté concluida o próxima a concluirse. Además se otorgan al juez mayores facultades ya que puede disponer la suspensión definitiva de la obra, o su destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido, en tanto que el C.C. sólo prevee la condena de deshacer lo hecho.

Por otra parte las acciones posesorias del C.C. tramitarán por juicio sumario, en tanto que a los interdictos se les imparte el trámite del juicio sumarísimo, esto implica diferentes plazos y contracción de etapas procesales, es decir un tratamiento procesal diferente y más breve.

VI.- CONCLUSIONES

La denuncia de obra nueva y el interdicto de obra nueva (*Operis novi nuntiatio* y el *Interdicto ex operis novi nuntiatione*) han sido recibidos por el sistema jurídico argentino en toda su dimensión.

No existe en el Derecho Argentino la posibilidad de actuar de modo extrajudicial como ocurría en el Derecho Romano, pero esta denuncia ha sido reemplazada por la interposición de las acciones posesorias o del interdicto en su caso como recurso más ágil aún.

Al igual que en el Derecho Romano debe producirse una turbación

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075

originada por el inicio mismo de la obra que altera la posesión de un sujeto.

Tanto en el derecho romano como en el derecho argentino la obra nueva no debe estar concluida o próxima a ello, pues tampoco prosperaría esta solución.

Será necesario acreditar en materia de prueba, el hecho de la posesión o tenencia para estar legitimado a interponer la acción.

El juez posee amplias facultades para merituar las consecuencias de la realización de la obra nueva y las partes contarán con todos los medios de prueba a su alcance: prueba documental, testimonial, informativa, pericias técnicas o profesionales, confesional, planos, exámenes científicos y reconocimiento judicial.

Y luego de toda esa valoración el juez decidirá si ordena o no demoler lo construido.

La causa de subsistencia de este instituto, mas allá del paso de los siglos, se debe a que ha resultado sumamente útil, aún en la vida moderna, para resolver ágilmente problemas cotidianos en predios linderos o vecinos, con relación al ejercicio de los derechos del poseedor, en cuestiones de medianería y en muchas otras cuestiones de vecindad en las que el principio rector se encontró y se inspiró en esas amplias facultades del pretor para evaluar ese tipo de situaciones y resolverlas con equidad.

https://doi.org/10.55104/FRDC_1075