

DR 02 101

Carrera Derecho, asignatura Derecho Romano, título Procedimiento Cognitorio, autores doctora Luisa Elena del Portillo, doctor Fernando Reynoso y Andrés Vidal, fecha de grabación 17 del 11 de 1982, fecha de emisión 6 del 12 de 1982. En esta fase llamada Apus Judicem podemos examinar los siguientes aspectos, la prueba, la sentencia y la ejecución de la sentencia. Como en las legislaciones ya nos hemos referido a los dos primeros aspectos, vamos a fijarnos hoy en el último, es decir, la ejecución de la sentencia.

Las partes, es decir, los litigantes están obligados a cumplir la sentencia. En caso de no hacerlo hay que obligarle al cumplimiento de ella y para ello se va a valer el derecho en el procedimiento de la expresión llamada ejecución de la sentencia y puede revestir diversas modalidades. La primera que nos encontramos es que la ejecución debe ser personal, es decir, mediante la *atio judicati*, que concederá el pretor y tendrá un periodo de 30 días para reclamar.

La segunda forma que encontramos es la llamada ejecución patrimonial, es decir, se dirige contrato del patrimonio del deudor ejecutando entonces ese patrimonio y el pretor concede, en este caso, lo que se suele denominar la *misio in bona*, es decir, en esta misión *in bona* decretada por el pretor fundamentalmente se tiende a la administración y conservación de los bienes. Para ello se suele denominar varias personas. El primero que aparece en esto es el *curator bonorum* que tiene como efecto llevar a cabo la administración y también en los casos de los ausentes o de los incapacitados encargarse de la administración de esos bienes.

Otra de las personas que se denomina es el llamado *magister bonorum*, figura que tiene su importancia en este desarrollo de la ejecución de la sentencia porque su misión va a consistir en redactar lo que se llama la *lex bonorum venditorum* que consiste en hacer, diríamos, un elenco, un catálogo de las condiciones que tiene que tener la venta de los bienes. Esta venta debe ser realizada en subasta pública y entonces el *magister bonorum* adjudicará los bienes a otra persona llamada *emptor bonorum* y entonces el *emptor bonorum* una vez que se han adjudicado los bienes el pretor les va a conceder fundamentalmente la posibilidad de defenderlos con un interdicto y de reclamar las cosas al deudor mediante dos acciones que son la acción llamada *atio rutiliana* y la *atio serbiana*. Frente a esta situación el deudor no queda totalmente desamparado sino que se le concede también el llamado beneficio de competencia.

Otras formas que aparecen también para la ejecución de la sentencia son la *distratio bonorum*. ¿En qué consiste la *distratio bonorum*? Pues va a consistir en la venta de los bienes por las partes para pagar a los acreedores. Tiene como particularidad que en esta situación se elimina ya la infamia que podía tener el ejecutado y una serie de inconvenientes que presentaban de desprecio para el ejecutado.

Y por último vamos a referirnos a la forma de la *cessio bonorum*. La *cessio bonorum* consiste en ceder los bienes que tiene el deudor pero con una circunstancia especial, es decir, cuando el deudor se encuentra en una situación llamada de insolvencia sin culpa. En este caso esta

situación debe ser solicitada por el deudor para que se proceda a la ejecución de la subasta y de estos bienes y de esta forma damos por concluida entonces la ejecución de la sentencia.

Y pasamos al desarrollo del llamado procedimiento cognitorio que va a ocupar la segunda parte de esta emisión. Hemos visto en los dos procedimientos anteriores de las legislaciones y el procedimiento formulario como su nota característica era la división en las dos fases, la fase injuria y la fase apodiuria. En el procedimiento cognitorio de cognición extraordinaria se desarrolla en una sola fase, es decir, desaparece la bipartición que apartía en los procesos del *ordo iudicorum privatorum*.

Otra de sus características también esencial es la llamada apelación de la sentencia, es decir, la sentencia puede ser impugnada mediante un recurso de apelación ante un magistrado superior o superior de orden jerárquico. Al enfocar el estudio de la cognición extraordinaria es necesario en primer lugar referirse al sistema de citación del demandado. Si bien es verdad que en un primer momento cabía la posibilidad de emplazar al demandado mediante una *denunciatio*, esto es una invitación bien verbal, bien escrita, que se hacía para que compareciera ante el magistrado, el magistrado en este caso ya funcionario, la realidad es que la característica fundamental del procedimiento cognitorio estriba en que la citación se realiza desde una perspectiva oficial, es necesaria la intervención judicial para poder emplazar, para poder citar al demandado.

También se introduce una novedad para aquellos supuestos en los que no se conozca el paradero del demandado, en estos casos se citará mediante evocaciones, especie de edictos que por su difusión pública puedan permitir al demandado asistir ante el magistrado funcionario. De aquí se cobra una especial importancia el régimen de la contumacia, se incurre en contumacia cuando el demandado es citado por medio de un *edictum perentorium*, o bien mediante tres denunciaciones o tres citaciones *literis*, o en cualquiera de los supuestos en los que el demandado en definitiva no concurre ante el magistrado. En cualquier caso es necesaria la presentación de una demanda con pruebas suficientes que justifiquen los términos vertidos en ella.

De aquí, de la presencia de estas pruebas, se deduce la necesidad de conceder unas llamadas *dilatio litis propter instrumenta*, que eran dilaciones del procedimiento para que las partes pudieran practicar nuevas pruebas y por tanto poder probar en definitiva las alegaciones o las contraalegaciones que habían hecho. Estas *dilatio litis*, que en un primer momento fueron muy frecuentes, incluso en número dentro de cada procedimiento, fueron limitándose en el tiempo. Ya una vez que ha sido emplazado el demandado, se inicia realmente lo que es el procedimiento cognitorio.

Tenemos que ver la comparecencia ante el magistrado. El actor y el demandado comparecen ante el magistrado y tienen que reproducir sus alegaciones, las alegaciones que ya han formulado por escrito. El demandante hace de esta forma un *anarratio* y el demandado le contesta mediante otras alegaciones que toman el nombre de contradicción.

Las excepciones siguen llamándose dilatorias y perentorias, pero ahora las dilatorias deben ser formuladas al comienzo del litigio. De esta contraposición de alegaciones entre actor y demandado surge la *litis contestatio*, pero ahora vemos que los efectos son también profundamente distintos a los que vimos en el procedimiento formulario, porque ahora no se consume la acción y el efecto que produce esta *litis contestatio* es la de acreditar simplemente el estado de *litis pendencia*. La prueba también ofrece unas ciertas singularidades que es preciso subrayar.

Existe la confesión de las partes mediante juramento decisorio o indecisorio. Juramento decisorio es el que solicita una parte, pero que pedido de esta forma tiene que forzosamente aceptar lo confesado como si fuera verdad. Por el contrario, el juramento indecisorio únicamente sirve para tener como verdad aquello que pueda ir en contra de las alegaciones de la parte que confiesa.

La prueba documental adquiere en este momento un mayor relieve, prevalece sobre la testifical hasta el punto que los documentos oficiales hacen prueba plena frente a cualquier otro medio de prueba, especialmente los que nos referimos a los documentos públicos emanados de los notarios de los tabellones. Y por último, algo muy importante en este procedimiento en relación con la prueba, que es la aparición por vez primera en el proceso de las presunciones. Las presunciones son introducidas en el procedimiento por imperativo legal y son dispensas de prueba, de tal forma que si una de las partes prueba determinados hechos, tienen forzosamente que ser extraídas por el juez de esos mismos hechos unas determinadas consecuencias jurídicas.

Las presunciones pueden ser o son presunciones *iuris et de iure*, cuando contra la presunción no se admite prueba alguna, o *iuris tantum*, cuando la presunción es admitida en tanto en cuanto no sea destruida por otra prueba. Los principios que siguen rigiendo la prueba en este procedimiento son que el magistrado aprecia libremente la prueba, que la prueba versará siempre, como en todo proceso, sobre los hechos y que la prueba debe ser aportada por los litigantes que cargan de esta forma con tener que aportar todos los medios de prueba. También la sentencia en el procedimiento extraordinario comunitario ofrece particularidades que son muy dignas de subrayar.

En primer lugar es por escrito, es leída oralmente a las partes en audiencia pública. Recordemos que en el procedimiento formulario la sentencia absolvía o condenaba al demandado, ahora el actor puede resultar condenado. Por otra parte la condena no tiene que ser necesariamente pecuniaria, como sucedía en los otros procedimientos, sino que puede consistir en esta posibilidad o bien en la obligación de entregar una cosa o de exhibirla, también incluso en una condena parcial del demandado o referirse al cumplimiento de alguna actividad.

Si el cumplimiento de la condena llegara a ser imposible, porque la cosa ha parecido, se cambia por una suma de dinero fijada por el juez. Pero además existe ya a partir de una constitución de

Zenón del año 487 una posibilidad de condena en costas procesales a aquella persona que pierda el litigio y además esta condena en costas vendrá determinada incluso aunque no se aperece temeridad en haber litigado las partes. Hemos dicho ya que la sentencia puede ser objeto de apelación, que esta apelación se interpone ante el mismo magistrado diciendo puras y simplemente apelo o bien por escrito y que puede ser objeto de revisión total por el magistrado jerárquico superior.