

Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*

Elena QUINTANA ORIVE

José María BLANCH NOUGUÉS

(Universidad Autónoma de Madrid)

1- Introducción. En el Derecho romano arcaico y en el antiguo Derecho germánico los créditos y deudas no podían ser singularmente transmitidos por actos *inter vivos* (1). Acción y

1) Sin pretender ser exhaustivos partimos de la siguiente reseña bibliográfica: F. EISELE. *Die actio utilis des Zessionars*, Z.S.S., 27, 1907, p. 46 ss.; F. SCHULZ. *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten*, Z.S.S., 27, 1906, p. 82 ss.; C. FERRINI. *Obbligazione, V, Cambiamento dei subietti nell'obbligazione*, Enc. giur. XII, 1900, p. 512 ss.; S. CUGIA. *La nozione della cessione dell'obbligazione e dell'azione*, Milano, 1939 (corso); *Inammissibilità del mandatum actionis nella cessione e nell'accollo classici*, Studi Arangio-Ruiz, 4, Napoli, 1953, p. 291 ss.; G. H. MAIER. *Zur Geschichte der Zession*, Festschrift E. Rabel, 2, Tübingen, 1954, p. 205 ss.; B. BIONDI. *Cessione di crediti e di altri diritti (Diritto romano)*. N.N.D.I., 3, 1959, p. 152 ss.; W.-D. GEHRICH. *Kognitur und Prokuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Gotinga, 1963; K. LUIG. *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Colonia-Graz, 1966; W. ROZWADOWSKI. *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, B.I.D.R., 76, 1973, p. 11 ss. (traducción al italiano de su libro publicado en Poznań, 1969); G. ASTUTI. *Cessione (premessa storica)*, E.D., 6, 1960, p. 805 ss.; G. SANTUCCI. *CTH. 2,13,1: La legislazione di Onorio sui crediti fra il 421 e il 422 D.C.*, S.D.H.I., 1991, p. 181 ss.; P. VAN WARMELO. *Mala Fide Cession, Stare Decisis and Abrogation by Disuse*, LABEO, 43, 1997, p. 434 ss.

obligación aparecían entonces unidas formando un todo inescindible que vinculaba a cada deudor con su acreedor. Los glosadores medievales recogen y expresan este principio romano, y así ACURSIO nos dice que los créditos o las acciones no pueden separarse de su titular como el alma no puede separarse del cuerpo (2).

Debe tenerse en cuenta que en el procedimiento de las *legis actiones* el deudor respondía personalmente de sus obligaciones y que la *civitas* romana de los primeros tiempos fue una comunidad regida por patricios propietarios de fundos en la que el comercio y el crédito estaban relativamente poco desarrollados. En dicho contexto histórico la jurisprudencia pontifical enunció y fijó las reglas jurídicas fundamentales del *ius civile* romano (3), las cuales fueron adaptándose, al menos en su aplicación práctica, a las realidades y circunstancias cambiantes a lo largo de la República. Así, para hacer posible dicha adaptación, la jurisprudencia republicana elaboró expedientes que, salvaguardando la regla de la intransmisibilidad particular de créditos y deudas, servían de cauce jurídico para la transmisión *inter vivos* de éstos, como son la *delegatio* mediante la novación de la obligación crediticia, el *nomen transcripticium* como contrato

2) ACURSIO. Glosa a D. 15,1,16: *Quae nomina sive actiones non possunt separari a domino, sicut nec anima a corpore.*

3) Sobre esta actividad de la jurisprudencia romana en época arcaica: C.A. CANNATA. *Historia de la ciencia jurídica europea* (Trad. L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, Madrid, 1996, p. 35 ss.); *Per una storia della scienza giuridica europea*, Torino, 1997, p. 111 ss.

literal abstracto cuando se operaba en él una *transcriptio a persona in personam* (4) y la representación procesal *in rem suam*.

2- *Chirographos* y *cautiones debiti*. Frente a la regla jurídica de la intransmisibilidad singular *inter vivos* de créditos y deudas, es lógico pensar que en la vida cotidiana de los romanos se llevaban a cabo cesiones de créditos y deudas por medio de pactos o convenciones entre ciudadanos que basaban sus relaciones en la confianza o *bona fides* recíproca. Incluso señala ASTUTI (5) que en la práctica, dichas transmisiones se producirían de un modo independiente al reconocimiento jurídico de la cesión de derechos de crédito por la simple entrega de documentos aptos a tal fin y a los que, en su caso, se añadían las cláusulas correspondientes. Así, vemos con ASTUTI la utilización de *chirographos* griegos o de *cautiones debiti* como instrumentos probatorios y cuya entrega por el acreedor a un tercero podía servir de instrumento para la efectiva cesión de un crédito entre particulares que basan sus relaciones en la confianza recíproca. Más difícil resultaba la cesión de deudas por este simple procedimiento ya que entonces era necesario, de todos modos y como requisito fundamental, el consentimiento del acreedor.

4) BRUNS. *Fontes iuris Romani antiqui*, p. 353-354.

5) G. ASTUTI. *Cessione (Storia)*, *op. cit.*, p. 810 ss.

La utilización de dichos *chirographos* griegos por ciudadanos romanos fue estudiada especialmente por ARANGIO-RUIZ (6) y ya antes por MITTEIS (7): estamos ante un punto de contacto del *ius civile* romano con los derechos locales de Grecia y de Egipto en los que, podríamos decir, se le dió siempre mayor valor a la escritura que a la palabra dada (8).

MITTEIS llamó la atención de la existencia de documentos obligacionales egipcios en los que se recogen negocios del *ius civile* romano celebrados en Egipto entre ciudadanos romanos (9). ARANGIO-RUIZ estudió una variedad de papiros en los que se recogen, por ejemplo, *chirographos* redactados en época clásica por militares romanos con cláusulas que hacen posible la transmisión de un crédito a terceras personas y según formularios que suponían una adaptación del estilo de los *chirographos* griegos al Derecho y a la mentalidad romanas (10). También estudió la existencia de los documentos romanos denominados *testationes*, redactados por notarios con intervención de siete testigos llamados signatarios que, entre otros muchos contenidos, podían recoger, a imagen y semejanza

6) V. ARANGIO-RUIZ. *Studi epigrafici e papirologici. A cura di Lucio Bove*. Napoli, 1974, p. 140 ss., p. 315 ss., p. 425 ss.

7) L. MITTEIS-U. WILCKEN. *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde*. Hildesheim, 1963.

8) Sobre los *chirographos* y las *syngraphas*, en general, véase la contribución de A. CASTRESANA HERRERO. *El chirographo y la syngrapha: significación jurídica desde la República hasta Justiniano*. Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'ORS, I, Pamplona, 1987, p. 361 ss.

9) MITTEIS, *op. cit.*, Zweiter Band, p. 72.

10) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 315 ss.

de los *chirographos* griegos, créditos cedibles a terceras personas mediante las cláusulas correspondientes (11).

La cesión de *chirographos* o de *testationes* por el respectivo acreedor a un tercero no significaría en el Derecho romano clásico la transmisión jurídica misma del crédito del cedente al cesionario ya que dicho crédito tenía su origen en el correspondiente negocio obligacional y no en el documento en sí como se advierte en Gayo 3,134 (12). Por lo tanto, la entrega del título sólo facultaba al cesionario como mandatario del cedente al cobro del crédito contenido en dicho documento. De ahí el valor probatorio y no constitutivo de los *chirographos*. De todos modos, la cuestión resulta mucho menos clara en los derechos locales de Oriente lo que se traduce en una indudable confusión de regímenes jurídicos después de la *constitutio Antoniniana*.

11) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 425 ss.

12) *Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

Por lo que hace al Derecho vulgar de Occidente, KASER (13), siguiendo a LEVY, alude a CTh. 2,13,1 (14) en el que se contiene una constitución de Onorio del año 422 por la que se prohíbe la cesión de créditos a *potentiores* y en la que se refiere la entrega material de los documentos probatorios del crédito. Según esto, su entrega equivaldría en esta época a la cesión misma de dicho crédito. No obstante, a este respecto, PUGLIESE (15) puso en duda el alcance de este fragmento y, más expresamente, SANTUCCI (16) ha negado que la citada constitución contemple ninguna cesión de créditos.

13) M. KASER. *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, p. 452: "...Im zweiten Fall knüpft man bei Mandat an, verschafft aber dem Zessionar, den man seit dem 5.Jh. *dominus* et *procurator* nennt, ohne weiteres eine unwiderrufliche und vererbliche Gläubigerstellung... Der Schuldner wird zumeist nur an den geleistet haben, der durch Besitz des Schuldscheins oder durch eine Zessionsurkunde ausgewiesen war." Véase también, E. LEVY. *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*. New York, 1945, p. 72 ss.; *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*. Weimar, 1956, p. 151.

14) C.Th. 2,13,1 (Imp. Honor. et Theod. AA Johanni a. 422 d.C.): *Post alia: si cuiuscumque modi cautiones ad potentium fuerint delatae personas, debiti creditores iactura multentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores. Et cetera.*

Justiniano recoge el tenor literal de esta constitución en C. 2,13(14),2, pero según la edición española de García del Corral en C. 2,14(13),2 y en la Glósa de Acursio (véase n. 74) en lugar de "*si cuiuscumque modi cautiones ad potentium fuerint delatae...*", el texto de Justiniano dice: "*si cuiuscumque modi actiones ad potentium fuerint delatae...*".

15) G. PUGLIESE. *Istituzioni di diritto romano*³ (con la colaboración de F. SITZIA y L. VACCA). Torino, 1991, p. 912.

16) SANTUCCI, *op. cit.*, p. 200 ss.

3- *Cognitio* y *procuratio in rem suam*. El eje central en materia de cesión de créditos y deudas se encuentra en el procedimiento judicial. Así, si todo deudor pagase voluntariamente sus deudas en el marco de la buena fe entre partes contratantes la cesión de créditos y deudas se produciría prácticamente siempre y de un modo natural por simples pactos. Pero, en tanto que la realidad siempre ha sido muy distinta vemos la importancia que en la vida social romana tuvo que desempeñar el expediente de la *cognitio* y la *procuratio in rem suam* en esta materia, porque la cuestión no está en la posibilidad de transmisión económica de créditos y deudas- siempre posible- sino en que el deudor pague efectivamente el crédito cedido. Porque, ¿quién tendrá mayor interés en intervenir en el procedimiento judicial para el cobro de un crédito que el cesionario del mismo?.

La *cognitio* y la *procuratio in rem suam* ⁽¹⁷⁾ constituyen formas de representación procesal ideadas por la jurisprudencia

17) H. HEUMANN-E. SECKEL. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958. Voz *cognitio* y concordantes: p. 75; voz *procurator*: p. 463-464; *procurator-cognitor in rem suam*, p. 464.

Además de la bibliografía general que aparece en n. 1 añadimos en particular la siguiente: F. EISELE. *Cognitio und Prokuratur*. Freiburg-Tübingen, 1881; F.H. GROSSKOPF. *Die Geschichte der Cessio in rem suam*, Leiden, 1960; M. KASER. *Zum "Pignoris nominis"*, R.I.D.A., 20, 1960, p. 172 ss.; B. MECKE. *Die Entwicklung des "Procurator ad litem"*, S.D.H.I., 28, 1962, p. 116 ss.; B. BISCHOFF-D. NÖRR. *Eine unbekannte Konstitution Kaiser Julians (C. Iuliani de postulando)*. Bayerische Akademie der Wissenschaften (Phil-Hist. Klasse), 58, 1963, p. 28 ss.; R. ANDREOTTI. *Problemi della "Constitutio de postulando" attribuita all'Imperatore Giuliano e l'esercizio della professione forense nel tardo Imperio*, R.I.D.A., 19, 1972, p. 181 ss.

romana para su aplicación en diversos campos. Sin duda, el más importante es el de la cesión de créditos y deudas, pero no es el único: así, como estudia ANKUM en un reciente artículo (18), fueron utilizadas en materia de evicción en el contrato de compraventa que en tal caso el comprador podía nombrar al vendedor *cognitor* o *procurator in rem suam* con lo que dicho vendedor pasaba a actuar como representante del comprador pero "*in rem suam*" frente a la acción reivindicatoria del tercero. Por lo tanto, el comprador quedaba libre tanto del litigio contra el tercero como de tener que dirigirse luego contra el vendedor para exigirle la responsabilidad por evicción. Pero también había ventajas para el vendedor porque si el tercero vence, dicho vendedor sería condenado a pagar sólo la *litis aestimatio* de la cosa vendida que era normalmente inferior al precio de venta de la misma (19).

Por lo que hace ya al ámbito de la cesión de créditos y deudas esta creación de la jurisprudencia romana deja a salvo, al menos teóricamente, el principio de la intransmisibilidad *inter vivos* de créditos y deudas pero, al mismo tiempo, permite legitimar el

18) H. ANKUM. *Der Verkäufer als cognitor und als procurator in rem suam im römischen Eviktionsprozess der klassischen Zeit*. Mandatum und verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, Berlin-Heidelberg, 1993, p. 285 ss.

19) También la representación *in rem suam* aparece en el campo de la tutela en supuestos que hoy se califican por la doctrina civilista como de autocontratación cuando el tutor deviene deudor o acreedor del pupilo o ha de resarcirse de un gasto realizado en interés del pupilo con el patrimonio de éste. En tal caso, dicho representante podía dar su *auctoritas in rem suam*. Sobre esta materia véase A. WACKE. *La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno*. Estudios de Derecho Romano en cuatro idiomas. Madrid, 1997, p. 213 ss.

resultado económico de dichas transmisiones. PROVERA (20) expresó muy bien la naturaleza de este expediente diciendo que por esta vía el enajenante aún permaneciendo como titular del crédito transfería al adquirente no el propio derecho sino su ejercicio, legitimándolo a actuar frente al deudor, *procuratorio nomine* (21), pero en su propio interés. Así, mediante este instituto no se transmitía el derecho de crédito, sino la facultad de ejercitar la acción correspondiente y, además, al actuar el *cognitor* y el *procurator* en su propio interés quedaban liberados de responsabilidad frente al cedente.

En un principio estamos, pues, ante un mero desarrollo de la representación procesal pero en realidad estas figuras jurídicas cumplen una función y persiguen una finalidad muy diferente que no es otra que la de posibilitar la cesión *inter vivos* de créditos y deudas. No obstante, la estructura normativa de la representación procesal va a condicionar y dificultar la posición del cesionario frente al cedente y al deudor, especialmente en la cesión de créditos. Así, en caso de cesión de un crédito, ciertamente no era necesario el consentimiento del deudor tal y como sucedía en la *delegatio*, pero, por contra, el cesionario quedaba en una débil situación ya que hasta la *litis contestatio* el cedente, en cuanto titular del crédito, podía revocar libremente el *iussum* o mandato

20) G. PROVERA. *Una Costituzione diocleziana in tema di solidarietà e regresso*. CI. 8.39(40).1(2). SODALITAS. Scritti in onore di Antonio Guarino, 5, Napoli, 1984, p. 2490 ss. (p. 2497-2498).

21) En la fórmula procesal el Pretor establece una trasposición de sujetos: en la *intentio* aparece el cedente y en la *condemnatio* figura el *cognitor* o *procurator* cesionario.

otorgado al cesionario, podía dirigirse contra el deudor, o recibir todo o parte del pago de éste, podía incluso pactar directamente la liberación de la deuda y, si fallecía, su heredero podía en principio hacer otro tanto. Claro que el *cognitor* y el *procurator in rem suam* podían hacer lo mismo antes de la *litis contestatio* porque actuaban en interés propio (22). Pero, de cualquier forma, cedente y cesionario podían estipular una *cautio* (23) por la que el primero se comprometía a no proceder en ningún caso en perjuicio del cesionario; además, éste tenía a su disposición la acción del contrato de buena fe que en su caso hubiese servido de fundamento para la cesión del crédito; y, a partir del Derecho clásico tardío, aparecen diversas constituciones imperiales que tienen por fin asegurar la posición del cesionario en aras de la seguridad jurídica: como es la de Gordiano contenida en C. de Justiniano 4,10,1 (24) que concede al cesionario una *actio utilis suo nomine* para el caso de que muera el cedente sin heredero que pueda renovar el mandato de su causante; otra constitución, también de Gordiano, contenida en C. de Justiniano 8,41,3 (25),

22) Se entiende respecto del deudor porque respecto de terceras personas no podían transmitir *inter vivos* su posición o nombrar a otro *cognitor* o *procurator*. D. 3,3,17 (Ulp. 9 ed.); D. 17,1,8,3 (Ulp. 31 ed.); D. 49,1,4,5 (Mac. 1 de apell.); C. 2,12,8; 11; C.Th. 2,12,1.

23) Las fuentes, no obstante, son escasas: Gai. 2,252; D. 45,1,50,1 (Ulp. 50, ed.); D. 44,4,4,6 (Ulp. 76 ed.).

24) *Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestarieris, sine herede creditorem fati munus implisse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.*

25) *Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere...*

BÄHR (*Zum Cessionslehre*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deut. Privatrechts* I, 1857, p. 379 ss. cit. ROZWADOWSKI) consideró que la frase "*vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit*" sería producto de una interpolación justiniana. Esta opinión sobre el carácter pseudogordiano de la constitución en cuestión ha sido mantenida por la mayoría de la doctrina romanística moderna. No obstante, defienden su autenticidad, entre otros, ROZWADOWSKI (p. 91 ss.) y GEHRICH

viene a prohibir que el cedente exija del deudor la cantidad adeudada, no sólo si ya se ha contestado la demanda, sino también antes de la *litis contestatio* en el caso de que dicho cedente hubiese aceptado un pago parcial del deudor o bien le hubiese notificado a éste la cesión. Por último, Justiniano en Código 8,53,33pr.⁽²⁶⁾ admite que el cesionario que prevea que no va a poder realizar la *litis contestatio* pueda dirigir una *petitio* al emperador solicitando de él el llamado *ius contestationis*, que se concedía por rescripto, por el que se tiene por realizada, a todos los efectos, la *litis contestatio*.

Por otro lado, en caso de cesión de una deuda, es de suponer con PUGLIESE ⁽²⁷⁾ que sería necesario siempre el consentimiento previo del acreedor. Ahora bien, el deudor cedente corría también el riesgo de que el acreedor se dirigiese contra él antes de la *litis*

(p. 21 ss.) en sus respectivas monografías sobre el *cognitor* y el *procurator in rem suam*.

26) *Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter eas suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent vel ius contestationis divino rescripto meruissent.*

27) G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 913.

contestatio. De todos modos, como pone de relieve A. D'ORS (28), había otros instrumentos para la asunción de deudas por un tercero como son el *constitutum debiti alieni* o la fianza.

4- La *cognitio in rem suam*. El poder de actuación del *cognitor in rem suam*, como nos refiere Gayo (29), requiere de un nombramiento solemne, *verbis*, realizado oralmente por el representado en presencia de la otra parte, aunque ésta no dé su consentimiento a la cesión. Esta *datio cognitoris* da lugar a un cierto fortalecimiento de la posición del cesionario que no tiene que asegurarle al adversario que el cedente no intentará ejercitar de nuevo la acción como puede suceder en la *procuratio in rem suam* y, por tanto, su actuación judicial consume sin ningún lugar a dudas la acción judicial. Además, añadimos que a diferencia del simple *cognitor* el pretor solía conceder la *actio iudicati* al *cognitor in rem suam* porque el ejercicio de la misma es de su exclusivo interés.

Por otro lado, llama la atención que en Sentencias de Paulo 1,2,2, se establece dentro de la rúbrica "*de procuratoribus et cognitoribus*" una excepción a la regla romana por la cual las mujeres no podían *postulare pro alio*; sin duda, dicha excepción se debe a la función de cesión de créditos y deudas y no de mera representación procesal que cumple la *cognitio in rem suam*. Así,

28) A. D'ORS. *Derecho Privado Romano*8, Pamplona, 1986, p. 529-530, n. 5.

29) Gai. 4,83.

el fragmento dice que "*femina in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibetur*". Paradójicamente, en dicho fragmento no se comprende también la *procuratio in rem suam*, máxime cuando en el número siguiente al mismo se utiliza la expresión "*in rem suam cognitor procuratorve*" (30).

Gayo 4,83 (31) nos refiere dos fórmulas distintas de nombramiento del *cognitor* lo que ha dado lugar a discusiones doctrinales, como también se ha discutido en la doctrina sobre el momento del nombramiento del *cognitor* en el curso del proceso (32). GEHRICH entiende que dicho nombramiento ha de darse después de la *in ius vocatio*, por lo tanto, en un proceso

30) El texto de P.S. 1,2,3 dice que "*in rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest, qui pro omnibus postulat*". F. SERRAO (*Il procurator*. Milano, 1947, p. 70) estima que "*procuratorve*" es producto de una interpolación.

Y en *Interpretatio* a Sentencias de Paulo 1,2,2, se utiliza la expresión "*dominae et procuratrices*" para referirse a las mujeres que ostentan la representación procesal, dado que en el Derecho romano vulgar, por un lado desaparece la *cognitio* y, por otro, el simple nombramiento al cesionario o cesionaria como *procurator in rem suam* produce en esta época el efecto de transmitir realmente el crédito a su favor.

31) En ambas se emplean las palabras "*cognitorem do*", pero en la primera aparece la frase "*fundum peto*" mientras en la segunda, "*agere volo*", lo cual ha dado lugar a opiniones diferentes en la doctrina romanística sobre el origen y alcance de cada una de ellas. Dichas opiniones fueron recogidas por ROZWADOWSKI y GEHRICH en sus respectivas monografías sobre esta materia. Este último subraya (*Kognitur...*, *op. cit.*, p. 6) que Gayo 4,97 menciona tales fórmulas como *quasi sollemnibus verbis* con lo que implícitamente se niega que dichas fórmulas debiesen ser expresadas de un modo rígido sino más bien flexible teniendo por tanto un valor relativo. GEHRICH no ve pruebas suficientes para considerar un ámbito diferente de aplicación de ambas fórmulas dentro del *iter* procesal pero supone que en el *ius civile* sólo existiría la primera fórmula y que en época posterior se añadiría la segunda (p. 9).

32) GEHRICH, *op. cit.*, p. 7 ss.; ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 34 ss.

judicial ya iniciado, siendo esta tesis mantenida también por María ZABLOCKA (33). KASER consideraba que la segunda fórmula podía darse en un estadio anterior, concretamente en una *editio actionis* extrajudicial(34); sin embargo, en la edición de KASER/HACKL de 1996 parece recogerse una opinión más matizada según la cual la segunda fórmula puede darse antes de iniciarse el procedimiento pero si lo permite la *editio actionis*, es decir, la comunicación de la acción que el demandante le hace al demandado(35). Por otro lado, la posibilidad del nombramiento del *cognitor* antes de iniciarse el proceso ha sido mantenido recientemente por Aniello PARMA (36) a tenor del estudio que hace de un documento del archivo puteolano de los *Sulpicii* del año 48 de nuestra era. Por último, nos ha parecido especialmente

33) M. ZABLOCKA. *La costituzione del "cognitor" nel diritto romano classico*. INDEX, 12, 1983-1984, p. 140 ss. Según esta autora la primera fórmula podía ser utilizada para nombrar al *cognitor* durante la *litis contestatio*; la segunda antes: en el momento de la *editio actionis*, pero no con anterioridad al comienzo del proceso (op. cit., p. 148).

34) M. KASER (*Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 153, n.11) distingue según que estemos en una u otra de las dos fórmulas de nombramiento del *cognitor* que nos refiere Gai. 4,83: "Das erste Formelpaar wird für Bestellung *in iure* unmittelbar vor der *litis contestatio* bestimmt gewesen sein, das zweite für Bestellung in einem früheren Stadium, etwa bei der Ladung oder aussergerichtlichen *editio actionis*." Véase la relación bibliográfica que recoge KASER en la citada nota sobre las diversas posiciones doctrinales sobre esta cuestión.

35) M. KASER, K. HACKL. *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 211, n. 11: "Das erste Formelpaar wird für Bestellung *in iure* nach weitgehender Ausformulierung des Prozessprogramms unmittelbar vor der *litis contestatio* bestimmt gewesen sein, das zweite für Bestellung in einem früheren Stadium, wenn die *editio actionis* noch Handlungsspielraum lässt."

36) A. PARMA. *Sul momento della costituzione del cognitor nel processo romano*. INDEX, 25, 1997, p. 439 ss.

interesante la opinión de ROZWADOWSKI (37) en virtud de la cual si se niega la posibilidad de "*cognitorem dare*" antes del inicio del litigio se estaría cerrando también la posibilidad de transmitir por esta vía créditos y deudas pendientes de vencimiento y sólo podrían cederse los ya vencidos con lo que, de ser así, se habrían limitado mucho las posibilidades de la *cognitio in rem suam* que, por contra, fue utilizada como expediente para la cesión de créditos y deudas desde la República hasta época muy tardía y no desapareció definitivamente sino con Justiniano. Además, argumenta el citado autor que en *F.Vat.* 329 se niega que el nombramiento de *cognitor* pueda someterse a condición pero no se dice nada acerca de término (38).

Añadimos que la *litis contestatio* consume, *ipso iure* u *ope exceptione*, la acción ejercitada por o contra el *cognitor in rem suam*. Por otro lado, la *actio iudicati* para exigir el cumplimiento de la condena no se atribuye, como en la simple *cognitio*, al representado, sino que le corresponde al *cognitor in rem suam*

37) ROZWADOWSKI. *op. cit.*, p. 37-38.

38) Papiniano nos refiere el nombramiento del *cognitor* como un *actus legitimus* propio del *ius civile* que no puede ser objeto de condición, pero no dice nada de término lo que para ROZWADOWSKI no es casual: *F.Vat.* 329 (Papiniano, 1,2 resp.): *Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur: nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videtur.* ROZWADOWSKI sigue y cita en este punto a GIDE (*Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, 1879, p. 317). De todos modos, añadimos nosotros la objeción a este razonamiento de que un *actus legitimus* no puede sujetarse a término.

porque el ejercicio de la misma es de su exclusivo interés (39). Lo mismo debe entenderse respecto de la *cautio (satisdatio) iudicatum solvi* para garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria que en el caso de simple *cognitor (defensor)* debía prestar el demandado representado mientras que cuando el *cognitor* es *in rem suam* debe, él mismo, prestar dicha *cautio*.

5- La *procuratio in rem suam*. Se trata de un expediente desarrollado a partir de la *procuratio* como forma de gestión de negocios ajenos y cuyo origen, a su vez, está en la *procuratio omnium bonorum* en la que generalmente un liberto de especial confianza o también un amigo del representado recibían el *iussum*

39) Se plantea también la cuestión del fallecimiento del *cognitor* o *procurator in rem suam* del actor antes o después de la *litis contestatio*. Después de la l.c. transmiten su posición a sus herederos porque actúan *in rem suam*. Antes de la l.c. su posición es hereditariamente intransmisible; además, respecto del *cognitor*, su poder de actuación, aun cuando sea *in rem suam*, se basaba en la *datio cognitoris* verbal y ello refuerza aún más la idea de la intransmisibilidad hereditaria de su posición en caso de fallecimiento.

Ahora bien, MAIER (*Zur Geschichte...*, *op. cit.*, p. 209) siguiendo a GIDE (*Etudes...* *op. cit.*, p. 294) también puso de relieve que en C. 8,54,33,pr. (a. 528) Justiniano extiende la transmisibilidad hereditaria de las acciones del cesionario y del *procurator in rem suam* a título oneroso -que ya se producía por tanto con anterioridad a la fecha de aquella constitución-, cuando fallecen antes de la l.c., al caso de cesión de créditos a título gratuito. De todos modos, no debemos olvidar a este respecto que en época de Justiniano todos los cesionarios de créditos (y sus herederos) podían ejercitar, *suo nomine*, la *actio utilis* del crédito cedido.

Por último, en cuanto a la transmisibilidad hereditaria de la posición del simple *cognitor* o *procurator* después de la l.c.: C.Th. 2.12.1 y 7. Véase, GEHRICH (*Kognitur...*, *op. cit.*, p. 32 ss. y 72-73).

de gestionar todos los asuntos del *dominus* en caso de ausencia o necesidad (40).

La doctrina ha discutido acerca del momento histórico en el que aparece junto a la anterior la denominada *procuratio ad litem* en la que el *dominus* nombra a un *procurator* para representarlo específicamente en un litigio. ROZWADOWSKI (41) y GEHRICH (42) defienden con SOLAZZI (43) la clasicidad del *procurator ad litem* en virtud de diversas fuentes como, por ejemplo, Instituciones de Gayo, 4,182 o 4,84 (44) en el que se dice que "*procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*"; vemos por tanto que al procurador se le nombra "*in*

40) G. HAMZA. *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*. INDEX, 9, 1980, p. 193 ss.; C. GARCIA VAZQUEZ. *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*. R.I.D.A., 38, 1991, p. 153 ss. Véase la amplia bibliografía contenida en dichos artículos sobre esta materia.

41) W. ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 41 ss.

42) W.-D. GEHRICH, *op. cit.*, p. 49 ss.

43) S. SOLAZZI *Il procurator ad litem*, Scritti Solazzi, 5, Napoli, 1972, p. 115 ss. [= Atti Acc. Napoli 62 (1949), p. 162 ss.]; *La definizione del procuratore*, Scritti Solazzi, 2, Napoli, 1957, p. 557 ss.; *Procuratorisenza mandato*, Scritti Solazzi, 2, p. 569 ss.; *Ancora procuratori senza mandato*, Scritti Solazzi, 2, p. 609 ss.; *Il procurator ad litem e la guerra al mandato*, Scritti Solazzi, 3, Napoli, 1960. También B. MECCKE. *Die Entwicklung des "procurator ad litem"*, *op. cit.*, p. 100 ss. (p. 106) considera que el *procurator ad litem* tiene su origen a finales del siglo I o principios del siglo II d.C. de tal manera que en la época de Gayo ya estaba suficientemente conformado. Véase también en el mismo sentido que SOLAZZI: V. ARANGIO-RUIZ. *Il mandatum in diritto romano*, Napoli, 1949.

44) También P. Sent. 1,3,2; D. 3,3,3 (Papinian. 9 ed.); D. 3,3,65 (Mod. de heur.).

litem" sin utilizar palabras solemnes. Por contra, FRESE (45) y SERRAO (46) retrasan su reconocimiento a una época posterior, mientras que otros como WATSON (47) y el propio ROZWADOWSKI (48), entienden de varios textos de Cicerón (49) que la *procuratio ad litem* existiría al menos desde finales de la República (50).

El *procurator*, como vimos en los textos citados anteriormente, no necesitaba de un nombramiento solemne por

45) B. FRESE. *Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht*. Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges CORNIL, Gand-Paris, 1926, p. 327 ss.

46) F. SERRAO. *Il Procurator*, *op. cit.*, 1947. En dicho libro se acogen los resultados de la crítica interpolacionista de principios del siglo XX: así E. ALBERTARIO. *Procurator unius rei*, Studi dell'Ist. giur. dell'Univ. di Pavia (1921), p. 87 ss. [= Studi ALBERTARIO, III, p. 498 ss.].

47) A. WATSON. *The Law of Obligations in the Later roman Republic*. Oxford, 1965, p. 193 ss.

48) ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 55 ss.

49) Así, se toman los siguientes textos de CICERÓN, *pro Rosc. com.*, 53; *Brut.*, 17,18; *ad Att.*, 16,15,2.

50) Ahora bien, merece especial atención el comentario de D. 3,3,1 (Ulp. 9 ed.): *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1 Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.*

ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 51) sigue a la doctrina que opina que el texto estaba comparando originariamente la figura del *procurator* con la del *nuntius*. Por otro lado, parecería que entre Pomponio y Ulpiano media una evolución doctrinal de casi un siglo entre ambos en favor de un progresivo reconocimiento de la *procuratio unius rei*. En cualquier caso, el asunto sería discutido entre los juristas del siglo II d.C.

No obstante, Gayo conocía y recoge en sus Instituciones - como hemos visto arriba- la figura del *procurator ad litem*, salvo, naturalmente, que se rechace la autenticidad del fragmento; por lo tanto, habremos de separar las dudas de Pomponio, que es contemporáneo de Gayo, respecto de la *procuratio unius rei*, del reconocimiento de la *procuratio ad litem* por la jurisprudencia del siglo II. ROZWADOWSKI (p. 51) apunta la posibilidad de que Pomponio aludiese con la expresión "*procuratio unius rei*" en realidad a un *nuntius*, es decir, a una persona que realiza una actividad puramente fáctica y elemental como puede ser entregar una carta o comunicar un mensaje pero que conocería y admitiría la figura del *procurator ad litem* que lleva a cabo una actividad compleja en el proceso.

parte del *dominus* e incluso podía actuar de buena fe y sin mandato en interés de aquél; el nombramiento podía hacerse en ausencia de la otra parte y, según nos dice Ulpiano en D. 3,3,3, podía hacerse en atención a un litigio futuro o bajo condición o término. El *procurator in rem suam* ⁽⁵¹⁾ aparece, por su parte, como un *procurator ad litem* especialmente nombrado para la cesión de un crédito o deuda y su nombramiento tampoco estaba sujeto a ninguna formalidad.

Ahora bien, los compiladores de Justiniano tacharon de los textos clásicos toda mención de la *cognitio* o de la *cognitio in rem suam* con lo que surge de inmediato el problema de averiguar cuáles de los fragmentos del Digesto en los que se alude a un *procurator in rem suam* son auténticos y cuales fueron en realidad interpolados. Una vez más, las corrientes interpolacionista y conservadora toman partido en uno u otro sentido llevándose a cabo exégesis de textos en defensa de una u otra postura. En este sentido hemos de resaltar las contribuciones de GEHRICH y

51) Sobre el origen de esta figura en el Derecho clásico o incluso ya en el República: MAIER. *Zur Geschichte...*, *op. cit.*, p. 205 ss.

ROZWADOWSKI que defienden como clásicos diversos fragmentos de la Compilación que nos refieren o aluden implícitamente a supuestos de *procuratio in rem suam*, al menos desde la época de los Severos (52).

La intervención de Justiniano supone la culminación de la tendencia al acercamiento, desde el Derecho clásico tardío, de ciertas formas de *procuratio*, en las que constaba expresamente el mandato del *procurator*, con respecto a la *cognitio*; y, por otro lado, obedece también al encuadramiento de la *procuratio* dentro del esquema del contrato consensual de mandato lo que lleva a los compiladores a distinguir entre la figura del *verus procurator*, que interviene con mandato, del *falsus procurator* que actúa sin el mismo y que, por lo tanto, necesita de la *ratihabitio* para consumir la acción judicial del demandante representado (53).

Sin embargo, el encaje de la *procuratio in rem suam* en la esfera del mandato hace que nos encontremos con la dificultad de

52) Así resulta de una constitución de Caracalla del año 207 (C. 2,12,4) en la que el texto no podría referirse originariamente a un *cognitor* porque se nombraba representante para una persona (el marido) ausente: *Quia absente te iudicatum dicis, aequum est restitui tibi causae defensionem: nec oberit tibi, quod uxor tua interfuit iudicio aut etiam adquevit sententiae, cum aliena negotia per mulieres non aliter agi possunt, nisi in rem suam et proprium lucrum mandatae sunt eis actiones*. Sobre este punto, véase: ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 41 ss.) y GEHRICH (*op. cit.*, p. 55 ss.). También en este sentido ya SOLAZZI (*Il procurator ad litem...*, *op. cit.*, p. 117) ponía de relieve que Ulpiano en D. 3,3,3 (Ulp. 9 ed.) sólo podía referirse a un *procurator*, al decir que su nombramiento puede sujetarse a condición o a término.

53) Así en D. 5,1,56 (Ulp. 30 ad Sab.). SERRAO. *op. cit.*, p. 106; SOLAZZI. *La definizione...*, *op. cit.*, Scritti, 2, p. 557 ss., p. 565-566; ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 102. Véase DONATUTI. *Studi sul procurator, II, Verus et falsus procurator*, Ann. Perugia, XXXIII, 1921.

que el cesionario-mandatario actuaría en esta esfera, casi siempre, sólo en interés propio. En este sentido, CUGIA⁽⁵⁴⁾, entendió que en la *procuratio in rem suam* no podía existir una verdadera relación de mandato y que entonces cedente y cesionario se vinculaban por el negocio causante de la cesión o bien por la *stipulatio* realizada entre ambos por la que el cedente se obligaba a permitir actuar y a no perjudicar al cesionario. No obstante, añade GEHRICH⁽⁵⁵⁾, y en esto estamos de acuerdo, que la *procuratio in rem suam* nace bajo la estructura y forma de una *procuratio ad litem* lo que implica -dice GEHRICH- una determinada relación de mandato entre cedente y cesionario aun entendida, más allá del contrato de mandato, en un sentido muy genérico, y máxime, creemos nosotros, cuando en el caso del *cognitor* o *procurator in rem suam* no cabe pensar que éstos actuaran como lo haría un gestor de negocios ajenos sin ningún tipo de mandato *ad agendum* respecto de las acciones cedidas. Quizá, puede añadirse que el cedente también puede tener un cierto interés propio en que la actuación del *procurator in rem suam* llegue a feliz término, sobre todo, si la causa de la cesión es un negocio oneroso. De todos modos, quizá debamos concluir con la constatación de que nos encontramos ante una realidad que revela el sentido práctico de la jurisprudencia romana que pone en un segundo plano las cuestiones de dogmática jurídica formal ante las necesidades prácticas de la vida social.

54) CUGIA. *Inammissibilità...*, *op. cit.*; *La nozione della cessione...*, *op. cit.* También en este sentido: SALPIUS. *Novation und Delegation nach röm. Recht*. Berlin, 1864.

55) GEHRICH, *op. cit.*, p. 58 ss.

Otra cuestión que surge respecto de la *procuratio in rem suam* es la relativa a la *cautio ratam rem dominum habiturum* (*cautio de rato*) que el deudor podía exigirle al *procurator* del demandante para que éste garantizase que, en todo caso, el *dominus* ratificará su actuación en el proceso. Dicha ratificación consumaba definitivamente la acción ejercitada por el procurador. La doctrina romanística ha mantenido posiciones divergentes respecto del deber de prestar dicha *cautio de rato*. Así, tradicionalmente ⁽⁵⁶⁾ se ha considerado que la actuación del *procurator* no consumía la acción del *dominus* hasta el Derecho postclásico o, al menos, hasta el Derecho clásico tardío, salvo que medie ratificación de éste, y ello determinaba la necesidad de que el *procurator* prestase esta caución en favor del deudor. En este sentido, GEHRICH ⁽⁵⁷⁾ defiende que la *litis contestatio* no consumaba la acción ejercitada por el *procurator* sino que era necesaria la *ratihabitio* por parte del *dominus*; dicha consumación sólo se produciría ya en los supuestos que aparecen a partir del siglo II y en la época de los

56) F. BONIFACIO (*Cognitor, procurator e rapporto processuale*, Studi in onore di P. FRANCISI, 4, p. 537 ss.) cita en este sentido (p. 540) a EISELE (*Cognitur und Procuratur...*, *op. cit.*, p. 78 ss.), E. BETTI (*D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, p. 344 ss.) y a G. PUGLIESE (*Il processo formulare*, I, p. 315 ss.). ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 98 donde se recoge una abundante bibliografía al respecto) dice que es netamente prevalente la opinión según la cual el *dominus litis*, si no hubiese concedido la *ratihabitio*, conserva la acción aunque hubiese concedido el mandato de actuar.

57) GEHRICH, *op. cit.*, p. 74 ss. y p. 94. "Zur Zeit des Gaius deduzierte also der *procurator* mit Mandat noch nicht *in iudicium*. Dennoch konnte der *dominus* seine Klage gewiss nicht ohne weiteres noch einmal geltend machen. KELLER vermutet mit Recht, dass dem Beklagten schon zur Zeit des Gaius gegen die erneute Klage des *dominus* eine *exceptio doli* gewährt wurde" (p. 84).

Severos en los que la legitimación del *procurator* resulta muy evidente como son el *procurator praesentis* (58), que Papiniano equipara a un *cognitor*, o el *procurator apud acta factus*, que en *F.Vat.* 317 se equipara también a un *cognitor* quedando liberado de prestar la *satisdatio*(59), o en el supuesto del *procurator* nombrado por carta del representado dirigida al adversario ausente, en cuyo caso, según Modestino, tampoco se ha de prestar dicha *satisdatio* (60). Por último, Ulpiano también señala la posibilidad de que sea exonerado de la *satisdatio* el procurador cuyo nombre se encontrase en el *libellus principis* (61).

Por el contrario, frente a lo anterior, autores como SOLAZZI (62), KASER (63), BONIFACIO (64) y ROZWADOWSKI, entre otros, han entendido que ya en el Derecho clásico el *procurator* que actúa con mandato del cedente consume la acción sin necesidad de que se dé la *ratihabitio* y sin que sea necesario, por tanto, la prestación de una *cautio de rato*; lo cual además, para ROZWADOWSKI justifica la existencia en esta época de una

58) Nombrado en presencia de la otra parte en el momento de la *litis contestatio* (*F.Vat.* 331).

59) *Apud acta facto procuratori haec satisdatio remitti solet; nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est.* Se hace referencia al procurador nombrado ante el magistrado correspondiente.

60) D. 3,3,65 (Mod. de heur).

61) D. 46,8,21 (Ulp. 1, opin.). ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 115.

62) SOLAZZI. *Il procurator ad litem...*, *op. cit.*, p. 127 ss.

63) KASER, HACKL. *Zivilprocess...*, *op. cit.*, p. 214; KASER. *Zivilprocess...*, *op. cit.*, p. 157.

64) BONIFACIO. *Cognitor, procurator...*, *op. cit.*, p. 540 ss.

exceptio procuratoria (65) en favor del deudor para examinar si el *procurator* tiene o no mandato del *dominus litis* que serviría también para impedir, en última instancia, que éste último intente una nueva acción sobre la misma materia ya que la *cautio de rato* sólo daría lugar a una indemnización a cargo del *dominus* en favor del deudor (exigible por la *actio ex stipulatu*) pero no impediría un nuevo proceso si no se da la ratificación de lo realizado por el *procurator*. Según este planteamiento también ha de consumarse en todo caso la acción ejercitada por el *procurator in rem suam* ya que éste es nombrado como mandatario para la cesión de un crédito o deuda (66).

65) ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 109-110. Sobre la *exceptio procuratoria* en el Derecho clásico: D. 39,1,6 (Iul. 41 Dig.); D. 46,8,23 (Iul. 5 ex Min.); D. 3,3,78,1 (Afr. 6 quaest); D. 3,3,62 (Pomp. 2 ex Plaut.); D. 39,2,39,3; D. 3,3,47-48 (Gai. 3 ed. prov.); C. 2,18,20,2. Véase, SOLAZZI. *Il procurator ad litem*, *op. cit.*, p. 128 ss.

66) Cuando el simple *procurator* defiende al demandado, la *litis contestatio* consuma la acción. D. 44,2,11,7 i.f. (Ulp. 75 ed.): *ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit litem in iudicium deducit*.

Por otro lado, el *procurator* y así también el *procurator in rem suam* debían prestar la *cautio (satisdatio) iudicatum solvi* ante el riesgo de insolvencia.

Por último, la *actio iudicati* de ejecución de sentencia se daba a favor del *procurator* del actor o en contra del *procurator (defensor)* del demandado. No obstante, el acercamiento en el Derecho clásico tardío y postclásico de la *cognitio* y la *procuratio* como formas de representación procesal determinan para ciertos supuestos de *procuratio* un cambio de régimen en esta materia: F. Vat 331 (Papin. 2 resp.): *Quoniam praesentis procuratorem pro cognitorem placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio* que la *actio iudicati*. Véase: KASER. *Das Zivilprozess...*, *op. cit.*, p. 159 [= KASER, HACKL. *Das Zivilprozess...*, *op. cit.*, p. 216-217].

7- Casuística: D. 44,4,4,6. La *cognitio* y la *procuratio in rem suam* presentan en la práctica muchos aspectos interesantes tal y como se pone de manifiesto por la casuística que aparece en las fuentes respecto de esta materia. Como ejemplo de ello traemos a colación el supuesto planteado en D. 44,4,4,6 (Ulp. 76 ed.) (67), en el que Ulpiano nos refiere un caso complejo, resuelto a su vez por el jurista Ofilio en el siglo I a.C., en el que un acreedor vende un crédito a Seio que lo compra siguiendo el mandato del propio deudor. ROZWADOWSKI (68), en el exhaustivo examen que hace de este fragmento, consideró necesario el nombramiento del cesionario como *procurator in rem suam* porque de otro modo no podría tener lugar la cesión del crédito en época preclásica tal y como resulta del texto.

En el supuesto, el cedente y el cesionario acuerdan una *stipulatio* (69) con el objeto aparente de salvaguardar a este último de un posible acuerdo que se realice a sus espaldas entre el cedente y el deudor antes de la *litis contestatio*. Pues bien, el cedente recibe un pago, según el tenor literal del texto, del cesionario comprador. Pero ya desde los glosadores hasta la actualidad la doctrina romanística que ha estudiado este fragmento

67) *Quod si is, cui pecunia debeatur, cum debitore decedit et nomen eius vendidit Seio, cui debitor mandaverat, ut nomen emeret, deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor ex stipulatu possit experiri? et Ofilius putat, si venditor nominis paratus non sit reddere, quantum ab emptore (a debitore?) acceperit, non nocituram exceptionem doli mali: et puto sententiam Ofilii veram.*

68) *Op. cit.*, p. 59, 75 ss.

69) Estamos ante la única fuente que nos refiere una *stipulatio* de garantía en materia de venta particular de un crédito.

se ha dividido entre los que defienden la autenticidad del texto ⁽⁷⁰⁾, en virtud de lo cual estaríamos efectivamente ante el pago de todo o parte del precio por el comprador; y los que consideran que el fragmento mencionaba originariamente al deudor porque de lo contrario no tendría sentido ni el ejercicio de la *actio ex stipulatu* del cesionario comprador contra el cedente vendedor ni la *exceptio doli* que quiere oponerle éste ⁽⁷¹⁾. Y sin embargo, la doctrina entiende hoy en día mayoritariamente que sí cabe que se trate efectivamente del pago del precio realizado por el comprador ya que, aparte de otras consideraciones de exégesis de textos, puede suceder que éste ejercite la *actio ex stipulatu* ante el pacto o *litis contestatio* convenidos a sus espaldas entre el acreedor y el deudor. De todos modos, la cuestión central del caso era determinar la razón de la *exceptio doli* que después

⁷⁰) Así, ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 77-78) menciona a: O.-S. SINTENIS (*Das Corpus Iuris Civilis*, IV, Leipzig, 1831-1839, p. 556, n. 46), a A. PERNICE (*Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit)*, II,1, Halle, 1873-1900, p. 237 ss.), a MAIER (*Zur Geschichte...*, *op. cit.*, p. 211 ss, 219), a GEHRICH (*Kognitur...*, *op. cit.*, p. 43 ss.), a D. NÖRR (*D. 44,4,4,6: Bemerkung zur spätrepublikanischen Kautelpraxis*, en *Eranion für C.S. Madridakis*, I, Athen, 1963, p. 204 ss.), y a A. WATSON (*The Law of Obligations...*, *op. cit.*, p. 161 ss.). Y el propio ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 81 ss.) sigue esta opinión.

⁷¹) Así, los glosadores entienden que el texto genuino diría "*a debitore*": ACURSIO citando a AZON en nota "p" a D. 44,4,4,6 en *Corpus Iuris Iustiniani*, III, de D. GOTHOFRED, 1627, reimp. Otto Zeller, Osnabrück, 1966.

También ROZWADOWSKI (*op. cit.*, p. 76) nos refiere en esta dirección a: SCHMID. *Die Grundlehre der Cession*, II, Braunschweig, 1863, 1866, p. 120 ss.; CUGIA, *Inammissibilità*, *op. cit.*, p. 313; A. TORRENT. *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, p. 212 ss.

quiere oponer el vendedor del crédito contra Seio en virtud de un presunto dolo de éste.

El supuesto en su conjunto ha sido resuelto de múltiples formas y pensamos que no se ha dado aún una respuesta definitiva al mismo. Desde luego se puede calificar como un caso de escuela que permite estudiar a fondo la estructura y función de la *procuratio in rem suam* en el Derecho clásico.

Naturalmente la solución varía según que el pago se entienda realizado por el comprador o por el deudor. Dentro de la primera posibilidad nos parece singularmente interesante la opinión de autores como PERNICE o NÖRR⁽⁷²⁾ que han visto en Seio algo parecido a un mandatario de crédito por cuenta del deudor que garantiza el crédito del vendedor precisamente por el pago del precio de venta del mismo, con lo cual el deudor vería aplazada su deuda a un momento posterior. Pero, en cualquier caso, se acepte o no la tesis de la garantía del crédito, otra cosa sería entonces determinar por qué luego Seio ejercita la *actio ex stipulatu* contra el vendedor así como la razón de la *exceptio doli* que quiere oponerle el vendedor y que a su vez rechazan Ofilio y Ulpiano. ROZWADOWSKI⁽⁷³⁾ da a nuestro juicio una convincente respuesta entendiendo que Seio debe al vendedor una parte del precio de compra y que, por otro lado, el vendedor

72) PERNICE. *Labeo...*, *op. cit.*, p. 237 ss.; NÖRR. *D. 44,4,4,6...*, *op. cit.*, p. 80 ss.

73) ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 80 ss.

formaliza la *litis contestatio* judicial⁽⁷⁴⁾ con el deudor a espaldas de Seio. Ante ello, éste último ejercita una *actio ex stipulatu incerta* ⁽⁷⁵⁾ frente al vendedor del crédito, pero, al no caber compensaciones en esta acción, le opone a su vez una *exceptio doli* por la cantidad que le adeuda del precio de compra del crédito y que todavía no ha satisfecho.

Sin duda, se trata de una solución aportada por quien ha dedicado un gran esfuerzo al estudio de toda esta materia pero creemos que, sin embargo, caben otras hipótesis al respecto.

Por último, citamos a CUGIA ⁽⁷⁶⁾, que vió en este fragmento la fuente más importante en apoyo de su tesis, en virtud de la cual, la vinculación entre cedente y cesionario de un crédito en el Derecho clásico no podía basarse en una relación de mandato entre ambos sino en la *stipulatio* de la que habla precisamente el fragmento, por la cual, el cesionario -que CUGIA supone que sería en este caso un *cognitor in rem suam*- actuaría *ex stipulatu* contra el cedente por el importe -entiende CUGIA- de lo recibido del deudor ya que en ninguna fuente se hace mención de una *actio mandati contraria*. Por tanto, defiende CUGIA que los compiladores suprimieron en los textos clásicos la mención de la

74) Esto resolvería el sentido de la, en principio, confusa frase: "...*quam per iudicem abstulit...*"

75) La fórmula de la misma se fundaría en el hecho de que la *stipulatio* contendría una cláusula que establecería un "*ut pateretur eum actionem procuratorio aut cognitorio nomine exequi*" que resultaría del tenor de Gai. 2,252 que se refiere al ejercicio de las acciones de la herencia por el fideicomisario de la misma *procuratorio aut cognitorio nomine*.

76) *Inammissibilità...*, *op. cit.* El artículo de CUGIA en el que defiende su tesis comienza, precisamente, con la mención de D. 44,4,4,6.

stipulatio e integraron las relaciones entre cedente y cesionario en el concepto de la compraventa (venta de herencia) o del mandato (cesión de créditos).

8- Derecho postclásico y de Justiniano. En cuanto a la cesión de créditos en época postclásica podemos destacar que en el Derecho vulgar de Occidente se simplifica la *procuratio in rem suam* porque al mandatario se le cedía efectivamente el crédito por el simple nombramiento como tal quedando desde entonces *dominus* del litigio irrevocable sin necesidad de que tenga lugar la *litis contestatio* (77). Por otro lado, se constata en esta época la preocupación de las cancillerías imperiales occidental y oriental por frenar a través de diversas constituciones los abusos que se derivaban del intenso tráfico mercantil en esta materia por parte de especuladores de créditos y *potentiores* en general en una sociedad, como la del Bajo Imperio, en plena descomposición. Así reseñamos la famosa *lex Anastasiana* del año 506 y una constitución de Onorio del año 422 (78).

Por lo que hace ya al régimen de la cesión de créditos y deudas en el Derecho justiniano vemos que Justiniano separa la libre cesión de éstos de la *procuratio in rem suam* mediante el

77) KASER. *Das römische Privatrecht. Die nachklassischen...*, op. cit., p. 452 que recoge la opinión de E. LEVY (*P.S.*, op. cit., p. 72 ss.; *V.R.*, op. cit., p. 151 ss.); K. LUIG. *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz 1966, p. 9.

78) Sobre esta materia véase en general ASTUTI. *Cessione (Storia)*, op. cit., p. 809. Sobre todo, véase la completa bibliografía aportada sobre estos temas por SANTUCCI *C.Th. 2,13,1...*, op. cit., p. 182, n. 5 y 6. Por último, véase M. RENNPEERDT. *Lex Anastasiana. Schuldnerschutz im Wandel der Zeit*, Göttingen, 1991.

otorgamiento en general de una *actio utilis suo nomine* al cesionario del crédito por la que éste puede ejercitar directamente la acción contra el deudor. Dicha solución no es nueva porque ya el senadoconsulto Trebelliano del s. I d.C. establecía a favor y en contra del fideicomisario universal de una herencia y en forma útil las acciones de la misma y lo mismo se establece en una constitución de Antonino Pío respecto del comprador de una herencia. Posteriormente, diversas constituciones imperiales van concediendo acciones útiles⁽⁷⁹⁾ sucesivamente a diversos

79) Véase E. VALIÑO. *Acciones utiles*, Pamplona 1974, p. 176 ss.

Una constitución de Gordiano recogida en C. 4,10,1 (véase nota 24) establece el ejercicio de la *actio utilis* del cesionario en caso de fallecimiento del cedente antes de la *litis contestatio* sin dejar heredero. Respecto de este fragmento debemos añadir que desde la glosa medieval se ha puesto en tela de juicio la necesidad de la presencia de un heredero del cedente para que el *procurator* cesionario no pierda su posición jurídica. Los glosadores consideraron que dicho heredero no impedía la pérdida de su posición jurídica como *procurator in rem suam* por muerte del cedente (ACURSIO: n. "m" a C. 4,10,1; *Corpus Iuris Iustiniani*, op. cit.: *videtur ergo, quod mandatum mandantis morte finiatur, etiamsi in rem suam constituatur procurator*). CUJACIUS (*Opera Omnia, ad parisiensem fabrotianam edicionem*, 1839, Pars IV, T. IX, 358-359: *Itaque finitur videtur esse mandatum morte mandatoris: quod ita verum est, si sine haerede decesserit: nam si haereditatem habuerit, haeres debet implere fidem venditionis factae a defuncto, et debet in eodem mandatoperseverare*) y GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1868 XV, p. 349 ss.; cit. ROZWADOWSKI) mantuvieron lo contrario. GEHRICH (p. 71-72) y ROZWADOWSKI (p. 132-133) después de analizar este fragmento no se pronuncian con claridad. MAIER (*Zur Geschichte...*, op. cit., p. 207-208) buscó siguiendo a GIDE (*Etudes sur la novation...*, op. cit., p. 208 ss., cit. MAIER) una solución en una presunta imposibilidad técnico procesal para que una fórmula contenga en la *intentio* un *domino dari oportere* si no vive el *dominus* ni existe al menos un heredero suyo, lo que justificaría entonces la concesión imperial de una *actio utilis* del cesionario. Pero, como pone de relieve GEHRICH, la constitución citada es del año 242 en el que ya se puede considerar que el procedimiento formulario estaba virtualmente derogado. VALIÑO (*Acciones utiles*, op. cit., p. 180) añade que "como el cedente ha muerto sin herederos, se le concede a Valeria una *actio utilis* que, como observa PATRICIO en Bas. 24,3,10, escolio 1, sería no *ex persona defuncti* sino *ex persona sua*".

supuestos de cesión de créditos con independencia del expediente de la *procuratio in rem suam* ⁽⁸⁰⁾

De la Compilación resultan, por tanto, dos regímenes jurídicos de cesión de créditos: el clásico de la *procuratio in rem suam* en el que el cesionario ejercita la *actio mandata* del cedente y que -debe destacarse- es el único que sigue siendo válido para la cesión de deudas; y el régimen de la concesión al cesionario de la *actio utilis* que ejercita *suo nomine* ⁽⁸¹⁾. Respecto de la fórmula de esta acción se han dado múltiples teorías al respecto. ROZWADOWSKI ⁽⁸²⁾ estudia la cuestión en profundidad y

80) En general, ASTUTI, *Cessione (Storia)*, *op. cit.*, p. 808 ss.. Además citamos a KASER. *Zum pignoris nominis*, *op. cit.*, p. 177. VALIÑO (*Actiones utiles*, *op. cit.*, p. 171 ss.) pone de relieve que "a partir del emperador Antonino Pío se produjo un cierto reconocimiento de la posición autónoma del cesionario, que permitió un posterior desarrollo a través de diversas constituciones imperiales del siglo III d.C." (p. 171). También destaca la alternidad de ambos regímenes jurídicos a tenor de las fuentes (p. 175).

81) C. FERRINI (*Manuale di Pandette4*, Milano, 1953, p. 470 ss.) señaló que la diferencia respecto del ejercicio de una u otra acción está en la legitimación *adcausam* y no es de derecho sustancial. Así, la *actiomandata* tiene su legitimación en la *procuratio* procesal mientras que la *actio utilis* en el negocio causante de la transmisión.

Por otro lado, a tenor de C. 4,39,9 (a. 530) Justiniano establece la posibilidad del ejercicio *suo nomine* y en forma útil no sólo de *actiones in personam* sino también de *actiones in rem*.

82) ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 152 ss.. El autor recoge la abundante bibliografía romanística del siglo XIX y comienzos del XX sobre la naturaleza de acción ficticia o de *actio in factum* que tendría la *actio utilis* en cuestión. Por otro lado, sobre la concepción de esta *actio utilis suo nominis* en materia de cesión de créditos a lo largo de la recepción del Derecho romano a Europa y en el seno de la pandectística: LUIG. *Zur Geschichte...*, *op. cit.*

concluye que se trata de una acción *sui generis* nacida en el procedimiento cognitorio.

9- La cesión de créditos en la Recepción. La glosa medieval⁽⁸³⁾ recoge ambos regímenes con la particularidad de aproximarlos esquemáticamente a la teoría del título y el modo de adquirir los derecho reales. Así, vemos el principio formulado luego por comentaristas como CINO DE PISTOIA o BÁRTOLO DE SASSOFERRATO que dice: *quantum operatur traditio in corporalibus, tantum operatur cessio in incorporalibus* ⁽⁸⁴⁾. De esta manera, para los glosadores sólo se da una verdadera *cessio* en el régimen de la *actio mandata* con nombramiento del cesionario como *procurator in rem suam* por el instrumento documental del poder otorgado al cesionario ⁽⁸⁵⁾. Junto a ella se reconoce una *actio utilis sine cessione* fundamentada básicamente en el contrato causante de la cesión.

83) LUIG. *Zur Geschichte...*, *op. cit.*, p. 11 ss.; ASTUTI. *Cessione (Storia)*, *op. cit.*, p. 815 ss.

84) BARTOLO DE SASSOFERRATO. *Super Codicem* 4,10,1,n.2 ss., 8. ASTUTI, *op. cit.*, p. 816, añade que "questa affermazione, fatta forse per la prima volta dal nostro CINO DA PISTOIA, se non dai suoi maestri ultramontani, sarà ripetuta da BARTOLO DA SASSOFERRATO e dai commentatori, e diventerà *communis opinio* nel sistema teorico del diritto commune".

85) En tal caso los glosadores hablaban de *mandareo cedereactiones*. El mandatario cesionario ejercita la acción en nombre del cedente. Se vuelve así en este aspecto al régimen del Derecho romano clásico frente a lo que ocurría en el Derecho romano vulgar.

Como señala LUIG⁽⁸⁶⁾, los comentaristas distinguen luego entre un "*mandare actione*" con nombramiento de *procurator in rem suam* del cesionario y un "*cedere actione*" respecto de la simple *actio utilis*, si bien, como pone de relieve este autor, BARTOLO destaca que los notarios recogían en los instrumentos de cesión todas las posibles fórmulas de transmisión del crédito al adquirente correspondiéndole entonces tanto la *actio mandata* directa como la *actio utilis* ⁽⁸⁷⁾.

Por último, vemos que en el principal cauce de recepción del Derecho romano en el Derecho histórico español -la legislación de las Siete Partidas de Alfonso X del siglo XIII que reciben la doctrina de los glosadores- se recoge aún la figura "románica" de la *procuratio in rem suam* como instrumento para la cesión particular de créditos y deudas; así, en Partidas 3,18,64, se alude a las ventas de créditos y al consiguiente nombramiento del comprador como *procurator in rem suam* llamándolo "*personero para demandar aquella debda, assi como su cosa (es decir, in rem suam), poniendole en su logar*".

86) *Op. cit.*, p. 14.

87) Comentario de BARTOLO a C. 4,10,1 n. 10: *...et sic notarii in instrumento cessionum apponunt omnia ista verba, dedit, cessit, concessit, et transtulit, atque mandavit, ut ex hoc competant utiles et directae* (cit. LUIG, *op. cit.*, p. 14, n. 86).