

ANDREA TRISCIUOGGIO, *Temas de derecho administrativo romano comparado*, Ed. Dykinson, Madrid 2021, pp. 203

1. No siempre el recensionar resulta una tarea grata, especialmente cuando, quien recensiona, discrepa del contenido científico de la obra, o bien lo hace a causa de errores o deficiencias que afectan al contenido de la obra, o bien tiene ante sus ojos una obra elaborada con prisa y descuido.

No es este el caso; más bien todo lo contrario ya que, quienes conocemos el proceder científico del autor, en adelante A., sabemos de su buen hacer docente, científico y de su saber como romanista en el campo del Derecho Público Romano, especialmente en el campo administrativo. Un saber que puede apreciarse tanto desde el punto de vista de su proceder metodológico, por su calma, su detalle, su precisión y exhaustividad de sus trabajos, el contenido de los cuales es perfectamente adecuado y orientado al fin que se propone el autor, como, desde el punto de vista formal, cuya claridad denota su poso de saber científico y experiencia. Así lo pone en evidencia nuestro maestro, el Prof. A. Fernández de Buján, cuando afirma en el prólogo que se trata de una obra «escrita con rigor, originalidad, honradez científica y sólidamente fundada».

Buen ejemplo de lo que decimos es esta monografía en la que se recogen distintos estudios, originales en cuanto a la aportación científica sobre Derecho Administrativo Romano, que el A. ha trabajado y reelaborado a lo largo de una parte de su vida académica e investigadora en materia de Derecho Administrativo Romano, concretamente desde el año 2011 al 2019, y en la que se recopilan una serie de trabajos publicados tanto en forma de ponencia o comunicación científica como en revistas de prestigio como la Revista General de Derecho Romano.

El germen de este conjunto de trabajos se encuentra en el curso de *Derecho Administrativo Romano Comparado* que el A. inició en la Universidad de Turín en el curso 2010-2011 (p.19). En este sencillo y claro enunciado se pone de manifiesto la vocación formativa e investigadora del A., así como su plasmación en este trabajo cuyo título es esclarecedor: *Temas de derecho administrativo romano comparado*.

Desde una perspectiva formativa, creemos que la obra evidencia la relación entre investigación y docencia y el libro que recensionamos es buena prueba de ello. Esta obra pone de manifiesto la relación entre docencia e investigación, no tanto hasta llegar al punto de que estén totalmente fusionadas sino más bien como la intersección en los Diagramas de Venn, esto es, que existe un espacio común en el que ambas se relacionan, sirviendo de acicate e inspiración la una a la otra y la otra a la una. Este es un claro ejemplo en el que la docencia ha incentivado la investigación para, después, que los resultados de ésta se vuelquen en la docencia, eso sí, de forma seleccionada y adaptada al fin educativo y formativo de los futuros juristas.

De este modo, podemos observar de su lectura que se trata de una obra cuya temática no sólo es sugerente para el romanista, sino que además es de una claridad y sencillez tales que puede ser objeto de estudio y análisis por parte del estudiante, el cual encontrará en ella puntos claves para la reflexión jurídica en el ámbito administrativo, especialmente, respecto a la relación entre la autoridad y el ciudadano más que en la organización del aparato público (p. 9). Así lo afirma el propio A.: «Creo, por otro lado, – y este es el camino que yo estoy recorriendo en Italia –, que algunos de los resultados de la investigación científica han de encontrar un espacio en la enseñanza universitaria, para lograr que, también en el ámbito del derecho administrativo, el estudiante se convierta en un razonador jurídico con una inclinación teórica engarzada en la historia, y no en un mero y pasivo conocedor de normas» (p. 79).

Es, además, desde una óptica investigadora, por cuanto a la línea de investigación se refiere, una obra que se encuadra perfectamente en una línea de investigación del A. en materia de Derecho Administrativo Romano con una clara vocación comparativista con los derechos actuales, es-

pecialmente, el italiano, el español, el francés y los latinoamericanos. Esta vocación va más allá de la mera curiosidad o estudio histórico pues se trataría de «revalorizar, para bien de la cultura jurídica europea, un sector del *ius publicum* demasiado tiempo olvidado, a causa del perjuicio secular conforme al cual la herencia de los romanos sólo es perceptible en el derecho privado» (p. 79).

Lo dicho se traduce en dos aspectos. En primer lugar, en que los frutos que en ella se pueden apreciar van más allá de ser unos primeros esbozos o unas primeras aproximaciones a una temática tan compleja como es la administrativa romana, sino que denotan madurez tanto en el contenido como en la forma de exponer los resultados y sus desarrollos. En segundo lugar, en ser continuador de una espita investigadora ya iniciada en España por el Prof. A. Fernández de Buján bajo la idea de que «...la influencia del Derecho Público Romano en la historia de Europa es continuada en el tiempo» y su estudio, relegado por la apabullante influencia del derecho privado, se «...fundamenta en la unidad lógica del ordenamiento jurídico y en la convicción de que no cabe explicar la norma jurídica al margen de las distintas circunstancias... que operan en una comunidad»¹. Forma pues parte de un compendio de estudios cuyo fin va más allá de trabajos aislados u ocasionales; pretenden aportar los principios y hechos normativos que lleven a la elaboración de una reconstrucción histórico dogmática de los institutos de Derecho Administrativo Romano, a pesar de que los romanos nunca concibieron un *ius administrativum*².

2. Desde la perspectiva de la temática podemos, amén de lo que acabamos de exponer, apuntar la dificultad de la misma pues, como dice el A., en Derecho Romano existía una ausencia conceptual del *ius administrativum*. Ello supone, como es el caso, que el romanista tiene que componer y explicar un puzle histórico cuyas piezas están perdidas y diseminadas por diversas fuentes; ello supone una dificultad objetiva «...que implica coordinar y reflexionar sobre numerosas fuentes que se encuentran fuera del Corpus Iuris Civilis (en especial las fuentes epigráficas). A todo ello se suma la dificultad de dominar la complejidad de los aparatos administrativos ubicados desigualmente en el territorio de Roma y objeto de sensibles mutaciones en el tiempo (pensemos, por ejemplo, simplemente en los grandes cambios que tienen lugar en el tránsito de la República al Imperio, y como estos inciden en el Derecho Administrativo)» (p.79). Tres pues son los problemas a los que se enfrenta nuestro A.: la escasez de fuentes, su dispersión y la dificultad de conocer la complejidad de los órganos administrativos según que épocas.

Desde el punto de vista metodológico, el A. no sólo utiliza el método histórico crítico y analiza con detalle las fuentes sino que además las proyecta como fundamento de los derechos modernos en una labor comparativista que, lejos de ser árida o seca, resulta relevante y fructífera en orden a apreciar el sustrato, casi de sentido común, que subyace en muchos de los principios actuales de Derecho Administrativo (*Concesiones de bienes públicos y daños de los terceros: evolución histórica de la cláusula 'sine iniuria privatorum'*), cuando no ofrece una solución desde la óptica del Derecho Romano para la resolución de problemas actuales (*Reflexiones sobre el mandato imperativo: experiencia romana y constitucionalismo moderno* o *Uso privado de los lugares públicos de la ciudad. Problemas actuales y soluciones jurídicas de la antigua Roma*).

3. La obra está estructurada en cinco capítulos: Conceptos Fundamentales, Principios, que serían las partes más generales, seguidas de los capítulos dedicados a los Bienes públicos-Concesiones-Contratos Públicos, Expropiación por causa de utilidad pública y Responsabilidad civil admi-

¹ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, Madrid, 2009¹², 34 s.

² Cita el A. en p. 49 nt. 71 A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Hacia un tratado de derecho administrativo romano*, en *RGDR*, 24, Madrid, 2010, 1, con quien coincide el A.

nistrativa del magistrado, como parte especial. Por consiguiente, sigue una estructura clásica de parte general y parte especial que dota al contenido de la obra de una sistemática adecuada dado que se trata de una recopilación de trabajos.

Pongamos atención en cada uno de ellos.

El primer capítulo está dedicado a los conceptos fundamentales y en ellos el A. recoge dos trabajos que distan siete años en el tiempo, lo cual es relevante a efectos de madurez dado que el primero se corresponde prácticamente con los inicios y el segundo es el final (2019).

El primero se titula: *Sobre la impersonalidad de la función pública en la historia de la administración romana*, y es del año 2012. En él, el A. parte de la experiencia en los altos niveles de la actividad administrativa estudiada por De Robertis acerca del momento en el que el poder público dejó de tener un carácter personal para tenerlo abstracto; en ella se parte de la tesis de que «el proceso por el que la persona física se separó conceptualmente de las diversas estructuras de poder, sobre todo por lo que se refiere a los actos, fue un proceso paulatino (p. 25)», un proceso que va desde la época tardorrepublicana, sino desde la monárquica (*auspicio ad patres redeunt*), en donde se empiezan a vislumbrar ciertas señales, hasta el s. III en el que los actos se imputan a los *officia*. Partiendo de esta premisa, la aportación del A. en el contexto antes referido se centra en comprobar la validez de esta opinión respecto a la actuación administrativa a nivel inferior: la administración por contrato, ejemplificada en las obras públicas como *locationes operis* (D. 50,8,5,1), y las de custodia y manutención en donde se aprecia esa evolución hacia la impersonalidad trufada, como toda evolución, de situaciones donde prevalece el elemento personal; situaciones que reaparecen en las estructuras de la administración tardía del imperio.

En el segundo trabajo de este capítulo, bajo el título *Reflexiones sobre el mandato imperativo: experiencia romana y constitucionalismo moderno*, se pretende analizar las características del mandato imperativo de los delegados de las ciudades antes de participar en las asambleas provinciales, por tanto, en el marco periférico del Imperio, lo que, en la actualidad, conecta con los movimientos reformadores a favor de las formas de democracia directa y que el A. pone de manifiesto esencialmente en la *actio popularis* por el daño patrimonial sufrido por el municipio.

El segundo capítulo lo dedica a los Principios, en particular *humanitas-pietas* y propiedad privada (en *Derechos humanos y principios del derecho administrativo y fiscal. De la antigüedad a la actualidad*, 2015) y el principio del mérito en la administración pública (en *El principio del mérito en el derecho de las administraciones públicas. Reflexiones histórico-comparativísticas sobre las carreras en las oficinas públicas*).

El primero supone una reflexión sobre los derechos humanos en forma de *humanitas* en la actividad de la administración pública y fiscal; en concreto se remite a D. 1,14,3 en donde se afirma que un funcionario de hecho, *Barbarius Philippus*, alcanzó la pretura siendo esclavo, condición ésta que permaneció oculta. Según se dispone en la normativa, sus actos siguen teniendo validez a pesar de la situación³ dado que es más acorde con la *humanitas* mantener la eficacia de los actos pues a este principio responde que se deba salvaguardar la buena fe o confianza del ciudadano y la certeza de las relaciones jurídicas (p. 47); una interpretación que mantendrá en *Studi sul crimen ambitus in età imperiale*, Milano, 2017, 31 nt. 58. Vinculada a la *humanitas* se encuentra la *pietas* en relación con los actos de la Hacienda Pública. Se ejemplifica a través de una constitución de Anastasio del año 498, donde se impone la *pietas* a la hora de exigir el pago de

³ D. 1,14,3 *in fine*: ...cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ius multo magis in imperatore observandum est. L. BERNAD - G. BUIGUES, *Las ideas jurídico-políticas de Roma y la formación del pensamiento jurídico europeo*, Valencia, 2008, 68 s., quienes afirman que responde a la *utilitas* y, por ende, a la *humanitas*. Por su parte, A. GUARINO, *La pretura di Barbario*, en *ANA*, 99, 1988, 415 nt. 23 apunta a la interpolación del término.

tributos, es decir, que el cálculo del tributo se haga en relación con lo que excede las necesidades personales de los *possessores*. El siguiente punto en cuestión tratará sobre el respeto a la propiedad privada en relación con el principio *'sine iniuria privatorum'*⁴, cuya evolución expone el A. afirmando que, a pesar de que en la actualidad, se incluye la cláusula 'sin perjuicio de terceros', su sentido dista mucho de proteger a los terceros lesionados ya que el lesionado sólo puede exigir responsabilidades al concesionario pero no a las Administraciones Públicas garantizada por una especie de neutralismo que excluye su responsabilidad (p. 51).

En relación con el principio del mérito, según el trabajo titulado *El principio del mérito en el derecho de las administraciones públicas. Reflexiones histórico-comparativísticas sobre las carreras en las oficinas públicas*, el A. realiza una labor trabajada sobre el principio del mérito, como principio de ascenso en la administración, en la que compara el derecho italiano con el romano, pero sobre todo se plantea cómo es posible llegar a la concreta y compartida realización de este principio. El principio del mérito es un principio exigido, según el A., a los cargos electivos bajo la forma de la *idoneitas*, esto es, por las aptitudes demostradas según un orden preciso, incluso en el desempeño de honores bajos y el requisito del desarrollo marcado por la edad. Este principio lo remonta a la época republicana y lo fundamenta en Cicerón y su reflexión filosófico-política (p. 59). En relación con los cargos no electivos de la *militia civil*, y de forma similar en la *militia armata* donde se progresa por la experiencia y los méritos adquiridos, requerían de tres requisitos, opuestos a la *ambitio* y al *suffragium*, como son el *meritum*, el labor (desempeño real del trabajo) y los *statuta tempora* (el paso del tiempo) y que van desde los órganos inferiores a los más altos (p. 60-61). Llevado a la actualidad, enlaza este principio con el art. 18 del Decreto Legislativo n. 150/2009⁵ en donde se prevén métodos de valoración en los que intervienen los colegas del funcionario, alejándose del sistema de promoción basado en la antigüedad y siempre con el objetivo de mejorar el sistema administrativo según principios de eficacia y eficiencia.

4. El siguiente artículo de este extenso bloque se titula *Uso privado de los lugares públicos de la ciudad. Problemas actuales y soluciones jurídicas de la antigua Roma*. Del mismo título se observa que, desde el punto de vista metodológico, el A. aborda comparativísticamente el estudio del Derecho Romano como fuente de soluciones a los problemas actuales, especialmente en Italia, a partir de la problemática surgida en este país tras la aprobación y aplicación de la Directiva Bolkestein en 2006 con relación, de acuerdo con el principio del cuidado de la ciudad, a la gestión de las zonas de mercado de ésta y las reglas con las que se procuraba la conciliación entre los distintos intereses privados y públicos en las situaciones en las que la administración imperial concedía espacios públicos para la explotación de una empresa (Tert. *Apol.* 13.5.6 y D. 18,1,32), concesiones de terrenos públicos *ad aedificandum* sobre suelo público en interés exclusivo de *cives* individuales⁶ y, por último, la preservación del paisaje urbano (CTh. 15,1 *De operibus publicis* y C. 8,11,6).

⁴ Del mismo A., con posterioridad, '*Sine iniuria privatorum*'. *Per una riscoperta dei principi di diritto amministrativo romano (età tardorepublicana e classica)*, en *Homenaje al Prof. Armando Torrent*, Madrid, 2016, 1199 ss.

⁵ En Derecho español, véase art. 103.3 CE y Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y STC 353/1993. El mérito es, según estas disposiciones e interpretación un término susceptible de ser interpretado y, por ende, con amplio margen para el legislador para determinar los criterios que conforman el mérito y establecer los sistemas de selección. J.M. BEJARANO, *La 'indebida' utilización de criterios sociales y/o territoriales en el acceso a la función pública, y particularmente en el empleo público local de carácter temporal* en *Revista Digital CEMCI*, 36, España, 2017, 7.

⁶ Así se interpreta según el A. *FIRA*, III2, n. 111, 362, los casos de *M. Laelius Atimetus*, de Pozzuoli, o de *L. Septimius Adrastus*, sobre cómo gestionar según el derecho romano la demolición, si perturba el uso

El siguiente trabajo publicado (2015) tiene por objeto estudiar la evolución histórica (Roma, Edad Media y Época Moderna) del principio '*sine iniuria privatorum*', el cual, en combinación con el principio '*beneficium principis nemini debet esse damnosum*', hace especial hincapié en los medios procesales que el tercero dispone en caso de amenaza de daños o daños provocados por el concesionario o por el contratante público. En época romana encontramos el principio '*sine iniuria privatorum*' en fuentes que se remontan al s. I a.C. y I d.C. en el ámbito municipal (SC. del 11 a. C, cit. Frontino) y no sólo a nivel normativo sino de la praxis jurídica de la época, ahora Severiana, siendo medios de defensa: el interdicto '*ne quid in loco publico fiat*'; interdicto aplicable sólo en el caso de que no el concesionario de la obra no tuviese permiso para perturbar a terceros. También especula el A. con el concurso de la *operis novi nuntiatio iuris publici tuendo gratia*, llegando a hipotizar con el uso del *interdictum quod vi aut clam*. Producido el daño, para obtener el resarcimiento, cabe pensar en una acción contra el concesionario en el caso de que hubiese prestado la *cautio (actio ex stipulatu damni infecti)*. No obstante, el A. evidencia el silencio no casual de las fuentes, lo que sería indicativo de la imposibilidad de exigir responsabilidades a las administraciones concedentes en las sedes ordinarias, sino de naturaleza administrativa (p.100). En su evolución esta cláusula fue sustituida en época medieval por la cláusula *non obstantibus* que decaerá como observa el autor en el CC español art. 410.

El siguiente trabajo versa sobre la inembargabilidad de los bienes públicos. Es del año 2019 y se titula: *Observaciones sobre la pignoralidad de los bienes públicos: derecho romano, derecho medieval y jurisprudencia actual (Italia y España)*. En dicho estudio se puede apreciar el recorrido del trabajo que va, evolutivamente, desde las fuentes romanas hasta la época actual. El centro de la problemática se encuentra en el hecho de intentar conciliar los intereses de los acreedores privados con el interés públicos en el desempeño de sus funciones por parte de la administración pública. Ello se plantea, de forma especial, a la hora de hacer efectivos los créditos particulares con los bienes de la administración ya que se parte del hecho de considerar *extra commercium* los bienes demaniales, así como los patrimoniales vinculados a un servicio público (cuarteles o edificios gubernativos). Por consiguiente, pueden ser pignoralados bienes que pertenezcan al patrimonio del Estado no vinculados a un servicio público. De esta forma, en Derecho Romano, como afirma el A., si bien es posible encontrar fragmentos en los que se hable de la inalienabilidad o imprescriptibilidad, es más difícil encontrar fragmentos que se refieran a la inembargabilidad, pero entiendo que allí donde se dice inalienabilidad es posible interpretar que el jurista pensara en inembargabilidad (D. 20,3,1,2, D. 20,1,11 pr. y D. 50,16,17 pr.) (p. 111); situación similar que se da en derecho medieval italiano en *Quaestiones Sabbatinae*, q. XXVIII, de Roffredo da Benevento; o en Giovanni de Andrea, opinión que refuerza a la anterior por vía de la analogía (*sicut nec datur possessio planetarum, solis, lunae, vel ventis*) y, en todo caso, sugiere Acurcio, si faltan bienes, se debe proceder a una colecta (p.112). Similar el derecho histórico español (*Part. II, tit. XVII, Lex 1*). En la jurisprudencia actual, sea española, sea italiana, hacen prevalecer el interés público (generando un desequilibrio entre las partes de la relación) o bien estableciendo un proteccionismo sobre los bienes públicos (p. 114 ss.).

En su trabajo del año 2015 sobre la actividad bancaria de las ciudades en la época clásica durante los siglos I-III d.C., el A. nos informa sobre cómo las *civitates* podían recibir préstamos y emitir prestamos con intereses como forma de inversión analizando las peculiaridades propias del contrato de mutuo desde el punto de vista del mutuante municipal; en concreto el A. estudia el procedimiento decisorio, que correspondería al senado local. Cuestión distinta sería saber si tenían total libertad para actuar y, en este punto, entra la figura del *curator rei publicae* como

público, o no demolición si no perturba con el fin de no estropear la imagen de la ciudad, de los edificios construidos en lugares públicos (D. 43,8,2,17).

encargado imperial de revisar las cuentas, el cual, ni estaba presente en todas las ciudades, ni su papel nos es totalmente conocido. Así mismo, estudia medios de control para rentabilizar el capital en dinero de los *municipia*, un contrato que debía ser concertado por los magistrados con los mutuarios que hubiese presentado las debidas garantías (p. 129).

En un artículo del 2019, el A., bajo el título *Anomalía económica de las ofertas en los arrendamientos públicos. Entre el derecho romano y el derecho de Unión Europea*, plantea la cuestión sobre las ofertas anómalas presentadas en una subasta pública y compara las soluciones de la experiencia jurídica romana con la europea, en concreto, de P.S. 5.1a.1 = D. 39,4,9 pr. donde se aprecia un caso de oferta anómala por ser muy superior al precio de subasta aceptado en *locationes* anteriores. Sobre la base de una constitución imperial, Paulo, al dirigirse a una autoridad pública, considera que esta oferta puede ser aceptada si las garantías, personales o reales, son adecuadas. Véase también CTh. 4,13,1. Una solución que encuentra su reflejo en la Directiva 2014/24/UE junto con otras dos, a saber, (p. 132), plantea el A. las siguientes soluciones para evitar irregularidades en la fase de cumplimiento: «1) el rechazo de la oferta en ocasión de la subasta 2) la solicitud al oferente de aclaraciones o adición de garantías y 3) la anulación del contrato *ex post* por una autoridad supervisora (ya sea judicial o administrativa) y llevar a cabo una nueva adjudicación».

En lo tocante al ámbito del derecho público relacionado con el medio ambiente, el A., en su trabajo intitulado: *Tutela del medio ambiente. Roma, Europa, América Latina* (2013), estudia los medios de protección de la *salubritas* de los lugares frecuentados y elementos vitales y, con ello, del medio ambiente pues, como dice el A., no puede encontrarse en Derecho Romano una conciencia ecológica como la actual; de lo que sí que eran conscientes es del perjuicio que producía en la salud la contaminación del aire, por las aguas estancadas, y del agua. La protección en época republicana es mixta (ediles-contratistas como servicio de mantenimiento para solucionar y prevenir la contaminación, p. 139); así mismo encuentra otros medios de defensa a nivel privado en el interdicto *de cloacis privatis* con el fin de proteger la *salubritas civitatum*, es decir, una concreción de la *utilitas publicas*. Los interdictos *de fonte* y *de rivis*, la *actio negatoria servitutis*, etc. a modo de medidas encuadradas en el derecho privado de defensa del medio ambiente (p. 142). Estos bienes son considerados de titularidad global por Marciano por razón del derecho natural (D. 1,8,2) (p. 144), lo que podría ser un fundamento teórico para la defensa del medio ambiente tanto en Europa como en América Latina ya que se superan las barreras ciudadanas y políticas al tratarse de una titularidad global.

5. Pasamos a la sección IV en la que aborda la indemnización derivada de la expropiación forzosa en los títulos: *Sobre la indemnización expropiatoria* (*pretium emptiois*) *en la experiencia romana e Indemnización expropiatoria. Roma, Europa, América Latina*, ambos del 2013. En el primero de estos trabajos se estudia la fijación del '*pretium*' por parte del magistrado, esto es, si quedaba a su libre arbitrio o bien una facultad discrecional, así como las diferentes modalidades compensatorias; esto mismo se estudia desde un punto de vista evolutivo en el segundo trabajo por lo que, en cierto modo, podemos considerarlos una unidad. En opinión del A. la fijación de un precio sería discrecional de acuerdo con factores externos (el *arbitratus boni viri*, el implícito en la expresión *competens pretium*, el contravalor que se encuentra en el precio que se observa *in foro rerum venalium*, p. 161) al actuar '*sine iniuria privatorum*', lo que supone, en cierto modo, habilitar la vía para reclamar por los posibles perjuicios, especialmente si atendemos, como dice el A., al hecho de que *competens pretium* se podría entender como justiprecio (p. 162). Esto lleva al A. al Derecho Europeo y, en particular, a ver en la propiedad un derecho fundamental (Jurisp. de Estrasburgo o Tratado de Niza) para afirmar que la indemnización debe compatibilizar o equilibrar intereses públicos y privados, lo que se concreta en el valor de mercado. En la Corte Intera-

americana se establece el criterio de que la indemnización debe ser justa y previa, adecuada al valor comercial del bien, respetando de este modo la posición del propietario y el derecho fundamental a la propiedad privada.

La última sección versa sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado. Consta de un trabajo publicado en el 2013 bajo el título *Consideraciones sobre la responsabilidad civil y administrativa del magistrado en la experiencia romana*; en concreto, se examina la responsabilidad civil del magistrado por daños causados a terceros y la responsabilidad administrativa por los daños a la hacienda pública, tanto por la responsabilidad solidaria (p. 185 s.) y los modos en que se plantea, como el tiempo en el que se hace efectiva la responsabilidad. En relación con la primera, parte de la premisa de que no existe una responsabilidad del Estado como tal sino del administrador público agente dado que los romanos desconocían la teoría de la representación orgánica. En Roma, las acciones que podía utilizar el sujeto perjudicado contra el magistrado autor del ilícito tenían, 'generalmente', pues admite excepciones (p. 178 ss.), una finalidad afflictiva y no sólo resarcitorias. Con todo existen excepciones, como afirma el A.

La responsabilidad administrativa se observa *ad intra*, hacia el daño causado por el magistrado orientado a la defensa del patrimonio público local mediante un sistema de garantías mediante la promesa *rem publicam salvam fore*, así como *fideiussores* (p. 181) ofrecidos por el magistrado y que son responsables *in solidum* y, junto a éstos, la figura del *nominator* (p. 182) que es nombrado, no *ex contractu*, por el magistrado y que responde subsidiariamente. De este modo se evidencia la tendencia hacia la individualización de numerosos sujetos (los mismos administradores, los *fideiussores*, los *nominatores*, los *patres*, p. 183).

La exigencia de responsabilidad al acabar el cargo (p. 187) por la gestión del dinero se evidencia tanto en esta función atribuida al senado local como a la acción popular (*actio popularis*) con carácter resarcitorio-penal y que incluía un *praemium litis* para implicar de este modo a los ciudadanos en el control del gasto público (p. 184).

6. Nos encontramos por tanto ante una obra en la que se aprecia una búsqueda de aquellos elementos que configurarían parte de la estructura actual del Derecho Administrativo, así como una voluntad de que, desde la romanística, se sigan investigando estas cuestiones a pesar de la dificultad que supone la ausencia de un sistema, o algo parecido a él, en Derecho Romano. Unos elementos que debería contribuir también a aportar luz y soluciones a problemas administrativos actuales.

Es a su vez una obra que auna docencia e investigación y, por ello, de interés también para el estudiante quien encontrará puntos de reflexión jurídica en cada uno de los trabajos que la componen y cada temática que tratan.

Se trata pues de una obra seria, bien trabajada desde el punto de vista metodológico, bien adaptada al fin que persigue y bien estructurada; expuesta de forma clara y directa y en la que el A. muestra su experiencia docente e investigadora así como saber romanístico.

[JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ]

GREGOR ALBERS, *Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Böhlau, Köln, 2019, pp. V-419

1. *Presentación general*

El libro de Gregor Albers es un texto iusromanístico que afronta un complejo problema dogmático del derecho de las obligaciones: la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación debida y sus efectos.

En esta monografía que se publica en la prestigiosa colección *Forschungen zum Römischen Recht* (tomo 61.º), el lector encontrará una minuciosa exégesis del texto del jurista romano Paulo (s. III d.C.), recopilado en D. 45,1,91 y que trata diversos aspectos del incumplimiento de la obligación surgida de estipulación.

El § 3 del pasaje contiene la idea de la *perpetuatio obligationis* (perpetuación de la obligación), tema central del libro. En el caso de culpa del deudor, la obligación se perpetúa; regla que, según Paulo, habría sido instituida por los antiguos juristas (*veteres constituerunt*).

Pero el estudio no se limita a esa parte del fragmento, ya que examina en detalle la totalidad del texto con una metodología de investigación rigurosa y que representa un buen modelo para afrontar las fuentes romanas. El autor propone una convincente exégesis que se apoya en elementos extraídos de otras fuentes de conocimiento, jurídicas y extrajurídicas, provenientes de la antigüedad romana. Además, el lector encontrará una exhaustiva revisión de la literatura romanística sobre la cuestión: desde las construcciones dogmáticas de la pandectística alemana del siglo XIX hasta la más reciente producción de romanistas, principalmente alemanes e italianos.

La investigación le permite dar fundamento a la tesis central que presenta el libro: pese a que la formulación de la regla se atribuye a los juristas antiguos, en realidad la *perpetuatio obligationis* es una invención del propio Paulo, el que elabora una construcción teórica para explicar una solución práctica que desde mucho antes venía verificándose, pero que hasta entonces no había requerido ninguna explicación especial.

Como suele suceder con los buenos libros jurídicos, el camino que recorre para llegar a esa conclusión está lleno de hallazgos de ideas capaces de suscitar muchas reflexiones no sólo a interesados en el derecho romano, sino también al civilista moderno.

2. *El problema*

El subtítulo de la obra, *Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, precisa su contenido problemático: «deber de prestación a pesar de la imposibilidad en el derecho [romano] clásico». La prestación que es el contenido de la obligación ha devenido imposible, pero eso no impide que el deudor siga obligado. Con un caso Albers ilustra el problema: un romano que había prometido a otro mediante formal estipulación transferir la propiedad de un determinado esclavo permanece ligado a su palabra incluso si el esclavo muriera con posterioridad (p. 1).

Pero no siempre el deudor permanece obligado. Según Paulo, los juristas antiguos (*veteres*) habrían estado de acuerdo en afirmar que, si la prestación devino imposible por culpa del deudor, la obligación igualmente subsiste: *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem* (D. 45,1,91,3¹). Se exige que haya intervenido culpa del deudor.

¹ *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguitur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse*

La aparente inviabilidad lógica que implica permanecer obligado sin poder cumplir se desvanece si se considera que en sistema procesal formulario rige el principio de la condena pecuniaria. De hecho, Albers titula el primer apartado de su introducción «Verurteilung trotz Unmöglichkeit», es decir, condena a pesar de la imposibilidad. El deudor, demandado en juicio a causa de la inejecución de la prestación, sufre una condena por haber imposibilitado con culpa la prestación. Hay un comportamiento del deudor, diverso del cumplimiento, que precisamente ha impedido ese cumplimiento: es inadmisibles que quede liberado. Por tanto, la imposibilidad no impide la condena: la obligación se perpetúa. Hay que señalar que la expresión «Verurteilung trotz Unmöglichkeit» difiere de la que se lee en el subtítulo del libro (*Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*): en éste se dice que la imposibilidad no es óbice para la subsistencia del deber de prestación, mientras que en aquella se indica que la imposibilidad no impide la condena. Esta diferencia es clave.

3. Estructura y contenido de la obra

La obra se compone de una introducción y seis capítulos. Al final del libro hay tres minuciosos y útiles aparatos: *Literaturverzeichnis* (bibliografía; pp. 380-403); *Sachregister* (índice de materias; pp. 403-408); y un *Quellenregister* (índice de fuentes; pp. 409-419).

Como se ha indicado, en la introducción el autor trata el tema de la condena a pesar de la imposibilidad de la prestación. En el sistema procesal formulario, el juez debía traducir en dinero cualquier tipo de prestación. No podía condenar al demandado a realizar de manera forzada y específicamente la prestación debida, ni siquiera cuando esta fuera posible. Como es natural, tampoco podría haberlo condenado *in natura* cuando la prestación había devenido imposible. Parece que las razones son distintas pero el efecto es el mismo, a saber, la imposición de dar una determinada cantidad de dinero. Esto es así por la rígida aplicación del principio de la condena pecuniaria, cuando la prestación aún es posible, por obvias razones, cuando la prestación se ha tornado imposible: nadie puede entregar una cosa que no existe.

Pero, ¿por qué condenar pese a la imposibilidad? Desde el punto de vista dogmático, la solución no parece exigir grandes esfuerzos intelectuales: el único acto unilateral del deudor capaz de producir su liberación es el cumplimiento de la prestación debida. Sería bastante absurdo admitir que el deudor pudiera desligarse del deber de cumplir y de toda responsabilidad ulterior mediante una conducta reprochable que torne imposible el cumplimiento. Un deudor de un animal determinado no puede argumentar que el animal ha muerto, que – por tanto – no puede cumplir y que ninguna sanción jurídica deriva de la originaria obligación, si la muerte del animal obedece – por ejemplo – a la falta de adecuado cuidado y alimentación. Tampoco podría preten-

emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? [Corresponde ver respecto a lo que los antiguos establecieron, que siempre que interviene culpa del deudor se perpetua la obligación, cómo deba ser entendido. Y si verdaderamente hubiere hecho el prometedor que no pueda pagar, la Constitución tiene fácil inteligencia; pero si solamente hubiese sido moroso, se duda, si, no habiendo sido después moroso, se extinguirá la mora anterior. Y escribe Celso, el joven, que el que incurrió en mora en entregar el esclavo Stico, que había prometido, puede enmendar esta morosidad ofreciéndolo después; porque esta es una cuestión de bondad y de equidad; en cuyo género de cuestiones yerra, dice, perniciosamente muchas veces atendiendo a la autoridad de la ciencia del derecho. Y verdaderamente es admisible esta opinión, que ciertamente sigue también Juliano; porque cuando se cuestiona sobre el daño, y es igual la causa de uno y de otro, ¿por qué no será preferente el que tiene sobre el que persigue?].

der la liberación el deudor que mata a al animal para alimentar a sus esclavos. La obligación es un esquema jurídico incompatible con estos argumentos. La imposibilidad de la prestación causada por culpa o dolo del deudor no extingue la obligación, al contrario, la obligación continúa desplegando sus efectos: la obligación se perpetúa y, en todo caso, se extinguirá – eventualmente – con la *litis contestatio*, aunque el deudor (ahora demandado) quedará vinculado a la contingencia de ser condenado. El pago de la condena interrumpe definitivamente esta perpetuación: el condenado que paga la suma de dinero fijada por el juez mediante *litis aestimatio* se libera.

El libro de Albers se propone identificar la autoría, el verdadero sentido y alcance de la expresión *quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, obligatio perpetuatur*.

El primer capítulo (*Annäherung an D. 45,1,91*) describe y presenta a grandes rasgos la totalidad del fragmento (*principium*-§ 7). Analiza, en primer lugar, la *inscriptio*: según los compiladores, el texto es del jurista romano Paulo (*Julius Paulus*, ss. II-III d.C.), tomado del libro 18.º de su obra Comentarios a Plaucio. Pasa luego al contenido y desecha algunos problemas (criterios de responsabilidad, la *purgatio morae* y los *fideiussores*), y delimita con precisión el objeto de su libro: la naturaleza y el efecto de la *constitutio veterum* que discute Paulo en el § 6². La profundización y comprensión de estos puntos es el objetivo principal del libro.

El segundo capítulo (pp. 67-117) repasa la historia de las lecturas romanísticas sobre el fragmento de Paulo. La reconstrucción de Albers es minuciosa y la más completa jamás realizada. «Die *perpetuatio obligationis* der Romanistik» comienza con una sección dedicada a la interpretación de la *constitutio veterum* desde la Edad Media hasta el Humanismo (la Glosa, Bártole y Baldo, Cujas, Donello); le sigue un apartado sobre el rol central que desempeñó la figura de la *perpetuatio* en el siglo XIX en distintos sectores: afirmación de la responsabilidad por incumplimiento (von Madai, Carl Wilhelm Wolff, Friedrich Mommsen, Kniep), idea contraria a la doctrina de la imposibilidad; la idea de imposibilidad y la relación entre derecho a la prestación y resarcimiento monetario en el Derecho Común (Mommsen, Windscheid, entre otros); y la idea de que la *perpetuatio* es un soporte de la teoría romana de la imposibilidad (Neuner, Hartmann, Pernice, Brinz). La sección consagrada a la romanística del siglo XX es la más extensa; divide las opiniones a partir de la temática desde la que los autores examinan la *perpetuatio*: mora (Heymann, Gradenwitz, Genzmer, Arnò, Niedermeyer, Riccobono Jr.), teoría de la imposibilidad (Rabel, Betti, Grosso, Jakobs, Wollschläger, Flume, Arp, Schermaier y Pelloso; Medicus, Harke y Cuenca Boy), y sobre la *perpetuatio obligationis* en sí misma (Hägerström, Mayer-Maly, Bianchi Fossati Vanzetti, Kaser, Cannata, Torrent y Santoro). El capítulo se cierra con una breve conclusión en la que el autor sintetiza el estado del arte. Es una parte valiosa del libro: Albers no se contenta con dar cuenta de haber consultado la bibliografía más relevante sobre el tema, sino que – además – ofrece al lector todas las reconstrucciones de manera ordenada, sintética y útil.

En el capítulo tercero (pp. 118-235), el autor se entrega directamente a la tarea de desentrañar el significado de la expresión *adhuc homo peti possit*. ¿Qué significa que el acreedor todavía pueda pedir el esclavo? ¿Cómo se entiende que todavía pueda pretender que el deudor cumpla con algo que es imposible cumplir? Albers construye su respuesta desde el punto de vista del

² *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. novari autem an possit hace obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet* [El efecto de esta constitución es que se pueda pedir todavía el esclavo. Pero también se cree que se le pueda dar por cumplido, y que se puede recibir fiador por razón de su obligación. Mas hay duda sobre si se podrá novar esta obligación, porque no podemos estipular ni el esclavo que no existe, ni el dinero que no se debe. Yo opino, que se puede hacer novación, si esto se hubiera tratado entre las partes; de cuyo parecer es también Juliano].

proceso, y analiza la *intentio* y la *condemnatio* de las fórmulas relativas a distintas obligaciones. Se afirma que se puede pedir el esclavo porque ese es el objeto del *oportere*; y si bien el esclavo ya no existe y ahora podrá pedirse una suma correspondiente al valor del esclavo o al interés, esto no puede afirmarse en la fórmula, pues ese cambio comportaría al menos dos problemas procesales: haría incurrir al actor en *pluris petitio* y generaría problemas para la *confessio in iure*. Hay dos puntos de este capítulo que merecen ser destacados. En relación con la *condictio pretii*, el autor examina (pp. 186-199) una serie de fragmentos en los que se establece que mediante la acción de repetición de una cosa que el demandado por alguna razón no puede restituir, no se exige la cosa sino su valor, lo cual llama la atención si se tiene en cuenta que el principio de condena pecuniaria impone de cualquier modo que no se condene a la cosa misma sino a su valor fijado en dinero. Un segundo punto interesante emerge del estudio de algunas fuentes en materia de *legatum per damnationem* (pp. 201-226) en los que se establece una diferencia entre prestar el objeto debido o el valor. El autor propone una interpretación de esta diferencia: indirectamente el pretor podía constreñir al demandado a dar efectivamente la cosa, mediante la amenaza de una condena duplicada si consideraba que el heredero deudor se negaba a entregar la cosa sin una causa justificada. La litiscrescencia que se imponía al deudor recalcitrante se apoyaba en una ficción: se ordenaba al juez considerar que el demandado negaba (*infittians*), pues reconocer sin actuar en consecuencia sin una razón válida es muy similar a negar injustificadamente.

En el cuarto capítulo (pp. 236-295), se examinan los restantes efectos de la *constitutio*. Recordemos que en D. 45,1,91,3 Paulo escribe que los antiguos juristas establecieron que siempre que interviene culpa del deudor se perpetúa la obligación. En el § 6 señala de entrada el principal efecto de esta *constitutio*: pese a su muerte, el esclavo puede ser pedido por el acreedor. Pero hay otros efectos de la *perpetuatio obligationis*: Paulo indica que no se ha dudado de que la obligación pueda ser extinguida mediante *acceptilatio* y que pueda ser afianzada. En cambio, ha habido dudas sobre la posibilidad de novar esa obligación. Quienes se han opuesto a esta posibilidad argumentaron que no puede estipularse el esclavo que no existe ni el dinero que no se debe. Pero Paulo, siguiendo el parecer de Juliano, opina que se puede hacer la estipulación. Albers trata estos *effectus* de la *constitutio* (*acceptilatio*, *fideiussio*, *novatio*) como negocios conectados a la perpetuación de la obligación y concluye que no hay razones para considerar que la muerte del esclavo debiera generar problemas en relación a la posibilidad de realizar estos negocios.

El quinto capítulo (pp. 296-350) versa sobre el concepto de imposibilidad en el Derecho romano. Postula que en sus orígenes, y hasta bien entrada la época clásica, la imposibilidad de la prestación no obstaba el surgimiento de la obligación en el Derecho romano. Recién en la época de Paulo comienzan a asomar algunos reparos al respecto. En el título «Unwirksamkeit des Geschäfts wegen anfänglicher Unmöglichkeit» (ineficacia del negocio por imposibilidad inicial), Albers examina algunos fragmentos a este respecto y luego recoge otras fuentes en que hay algunas «Anklänge einer Relevanz nachträglicher Unmöglichkeit»: ecos de relevancia de la imposibilidad sobrevenida. En tiempos de Paulo, la imposibilidad de la prestación comienza a generar problemas: si es inicial, la obligación no llega a existir; si es sobrevenida, deja de existir. Estos ecos se producen a raíz de la conexión que comienzan a realizar los clásicos entre causas de ineficacia de la estipulación y causas de extinción de la obligación ya surgida. Da lo mismo que el esclavo esté muerto al momento de ser prometido o muera después de la promesa: ésta carece o pierde eficacia, respectivamente, pues la regla es *Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest* (D. 9,2,16). En este nuevo marco teórico resulta difícil comprender cómo es posible que un esclavo prometido, fallecido luego de la promesa y antes de ser entregado, siga siendo debido; en consecuencia, surge la necesidad de explicar y traducir en lenguaje técnico-dogmático lo que los *vete-*

res practicaban sin inconvenientes. Este razonamiento es un pilar fundamental de la tesis del libro de Albers.

En el sexto capítulo (pp. 351-380), Albers reflexiona sobre el carácter de la obra *Comentarios a Plaucio* de Paulo, de cuyo libro XVII fue tomado por los compiladores el fr. 91 de D. 45,1. Bajo la rúbrica «Paulus, Plautius und die veteres», el autor repasa los datos sobre Plaucio y, lo más importante, sobre los comentarios a la obra de este jurista que escribió durante la segunda mitad del siglo I a.C. Comentado por Neracio, también se conservan extractos de las obras *ex Plautio* de Javoleno y Pomponio; y, por supuesto, la obra *ad Plautium* de Paulo. Asimismo, reconstruye los diversos significados y funciones de los usos de la palabra *veteres* en las fuentes romanas. Considera plausible que Paulo al comentar a Plaucio denomine *veteres* a los juristas mencionados en la obra de Plaucio y, por tanto, anteriores a este. En este punto, la tesis central de Albers consiste en atribuir a Paulo la autoría de la fórmula *perpetuatio obligationis*. Pese a que el jurista del siglo III d.C. atribuye a los antiguos juristas (y —como se ha dicho— a juristas anteriores a un jurista del siglo I a.C.) la invención de la regla según la cual la obligación se perpetúa si intervino culpa del deudor, con alta probabilidad fue el propio Paulo quien acuñó esa máxima abreviada que resume una práctica que antes no debía ser explicada, pero que necesita ser justificada en el nuevo contexto. Paulo resume con sus propias palabras diversas decisiones de juristas anteriores a Plaucio y referidas por este. Dice que fueron aquellos quienes *constituerunt* pero en realidad fue él quien estableció. Albers aporta una serie de argumentos. De Paul. 7 *ad Plautium* D. 47,2,67,2 deduce que el jurista extrae una regla abstracta de una respuesta a un caso concreto que habían decidido, según él leía en Plaucio, los *veteres*. En Paul. 17 *ad Plautium* D. 5,4,3 pr. el jurista refiere que los antiguos «protegieron» (*prospexerunt*) de tal modo al hijo libre que aún estaba en el vientre, que le reservaron íntegros todos los derechos hasta el tiempo de nacer: Paulo en realidad describe con palabras propias, y con su valoración subjetiva, el efecto de la decisión de los antiguos juristas. Por último, Albers alude a Cic. *de off.* 3,65 donde, mediante una operación análoga, se recuerda que los jurisconsultos habían constituido la pena reticencia: es un ejemplo en que la palabra *constituere* significa que los juristas han decidido de manera uniforme, con una solución idéntica, distintos casos concretos.

Además, el autor afirma que hay motivos dogmáticos para considerar que fue Paulo quien con sus propias palabras formula y da forma de *regula* a una antigua práctica. Sustancialmente, comparte las conclusiones de Rabel y Wollschläger, quienes sostuvieron que recién en el siglo I d.C. ganó terreno la idea de que una obligación no puede referirse a un objeto imposible. Idea que, como se ha recordado, generó problemas de compatibilidad con ciertas prácticas y soluciones consolidadas y que no necesitaban una justificación dogmática, pero ahora sí. El autor ejemplifica con Ulpiano 42 *ad Sab.* D. 21,2,31 (pp. 333-337) donde se afronta la absurda cuestión relativa a si la estipulación de garantía que asegura que —por ejemplo— el esclavo es sano o que no es un ladrón deba considerarse eficaz en razón de que se ha prometido lo que es imposible. Era muy antigua la práctica de celebrar este tipo de estipulaciones: siempre habían sido consideradas válidas y eficaces; pero Ulpiano menciona que algunos juristas consideran ineficaz la estipulación puesto que si el esclavo no es sano o es ladrón es imposible lo que se promete.

Según Albers, una situación similar fue la que impulsó a Paulo a traducir en palabras dogmáticas una práctica que era una obviedad antes de que desembarcara en Roma la dualidad *possibilis e impossibilis* como traducción del griego (Albers cita a Quintiliano *Institutionis oratoriae* 3,8,25, p. 297 nt. 2). En sus orígenes, la obligación se caracterizaba por la idea de *Haftung* (responsabilidad). Por tanto, el esclavo debido podía ser reclamado, si estuviera vivo y también si no lo estuviera, porque el deudor debía responder de todos modos. Los romanos desconocían la idea

de que el deber de prestación *in natura* fuera sustituido por un deber de resarcimiento³. Sin embargo, para los clásicos ya no parece tan obvio que el acreedor pueda ejercer la acción: ¿cómo es posible que el esclavo siga siendo debido si está muerto, si ya no existe? Esto que no era un problema para los *auctores* mencionados por Plaucio porque su concepto de obligación les permitiría afirmar el *dare oportere* de la fórmula aún cuando el esclavo debido moría durante la mora del deudor o por un acto a éste imputable. También consideraban válida la estipulación novatoria de una obligación que tuviera como objeto dar un esclavo ya muerto. Paulo comparte estas dos soluciones, pero frente a un nuevo contexto dogmático que priva de eficacia a las estipulaciones con objeto imposible *ab initio* o afectado de imposibilidad sobrevenida siente la necesidad de fundarlo. ¿Cómo lo fundamenta? Atribuyendo a los *veteres* la idea de que la obligación se perpetúa por culpa. En el § 3 precisa que mediante la *purgatio morae* puede extinguirse la obligación. Pero en relación con los otros efectos que Paulo hace derivar de la *constitutio* (§ 6) la formulación de la regla le sirve para explicar lo que se venía haciendo en la práctica y que necesita justificación en un nuevo marco teórico.

En definitiva, la tesis defendida por el autor consiste en afirmar que la regla fue siempre la misma: el deudor no se libera imposibilitando la prestación, ya que el único acto unilateral del deudor capaz de liberarlo es el cumplimiento exacto de la prestación debida.

4. Valoración conclusiva

Nos parece acertada la afirmación de Wollschläger (que el autor cita en p. 95 nt. 127) y de Bianchi Fossati Vanzetti (106-110) en el sentido de que, incluso durante el período más antiguo, el deudor no pudiese liberarse imposibilitando él mismo el cumplimiento. El principio de la *condemnatio pecuniaria*, vigente durante el período formulario, pero muy probablemente preponderante en el período anterior por exigencias que derivan del proceso de la *manus iniectio*⁴, no habría generado demasiados conflictos: la imposibilidad sobrevenida no tenía relevancia, el deudor no podía invocarla para liberarse. Cuando, en cambio, comenzó a tener efectos extintivos de la obligación, Paulo releyó las soluciones antiguas y elaboró una regla: si la imposibilidad deriva de la culpa del deudor, la obligación se perpetúa y puede demandarse en juicio. Claro: la condena será siempre pecuniaria.

³ En este sentido es interesante examinar la solución del Código Civil y Comercial argentino (2014): «La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados» (art. 955). Cabe preguntarse si, en caso de imposibilidad imputable al deudor, la obligación se extingue o no. Si se compara con lo establecido para el supuesto de imposibilidad causada por caso fortuito o fuerza mayor, donde la obligación se extingue sin responsabilidad, parece que la solución del caso de imposibilidad imputable consiste en extinguir la obligación, pero con responsabilidad del deudor, quien sigue ligado, pero ahora a pagar una indemnización por los daños causados. Pero el dispositivo habilita también otra lectura: la obligación subsiste, se perpetúa, sólo que cambia su objeto: el deudor no debe lo imposible, sino que debe una suma equivalente a los daños causados. Esta última interpretación se funda en dos elementos: en este segundo supuesto, a diferencia de lo establecido para el primero, el texto no menciona la extinción sino la modificación del objeto; en segundo lugar, utiliza el verbo convertir. Hay una ambigüedad dogmática que el artículo del código argentino no logra resolver del todo.

⁴ Sobre el carácter pecuniario de la condena en sistema procesal de las acciones de la ley, me permito reenviar a nuestro trabajo M. GRASSO, *Alcance, significación y razones de la condemnatio pecuniaria en el proceso privado romano*, en *Actas del I Congreso de Principios generales y Derecho romano*, Buenos Aires, 2015, 295-297.

El libro de Albers es un punto de referencia obligado para quien quiera profundizar el significado originario de la frase *perpetuatio obligationis*. La obra ha obtenido el «XI Premio Romanístico Internazionale ‘Gérard Boulvert’» (2019). Compartimos el dictamen del jurado: «Obra de elevado nivel, bien estructurada y convincente, en la que se afronta el problema estudiado con atenta consideración de sus fundamentos en los textos y del pensamiento doctrinario que envuelve; a través de un método maduro que, con clara y neta visión, le permite obtener resultados dogmáticos que tienen su fundamento en la historia».

La obra tiene muchos méritos. En primer lugar, porque aporta un conocimiento nuevo sobre un sector pequeño y bien circunscripto de la experiencia jurídica romana: el significado originario de un extenso fragmento de la obra Comentarios a Plaucio (jurista del siglo I a.C.) del jurista Paulo (siglo III d.C.), conservado en el Digesto de Justiniano (recopilación del siglo VI): D. 45,1,91.

En segundo lugar, porque reconstruye el proceso histórico que explica la frase *obligatio perpetuatur* (§ 3). Una frase difícil de explicar; en efecto, un tanto enigmática, sobre todo si se considera que no la encontramos mencionada en ninguna de las fuentes conservadas. Hay, pues, una relación inversamente proporcional entre la importancia que el contenido material de esa frase habrá de generar en la tradición jurídica sucesiva y su presencia en las fuentes romanas conservadas. También por esta razón el libro de Albers es muy valioso: porque es capaz de ampliar el ámbito de estudio a través de la pertinente conexión del texto que contiene la frase con otros textos romanos, con la tradición de derecho civil fundada en el derecho romano y con las reconstrucciones historiográficas de la ciencia romanística. Para explicar la frase, el autor toca dos puntos centrales: la estructura y función de la obligación, y la doctrina de la imposibilidad de la prestación, los conceptos y las reglas que la integran. Lo hace con aguda mirada histórica pero muy consciente de los problemas dogmáticos que están involucrados.

No es posible desligarse de una obligación tornando imposible su cumplimiento. No creo que haya ordenamiento jurídico civilizado que no reconozca de manera explícita o implícita este principio. Como toda gran verdad es también una gran banalidad. Sin embargo, menos trivial es explicar por qué debe reconocerse que la obligación se perpetúa para asegurar esa solución, o –más difícil aún– identificar las razones por las que un jurista afirma que la cosa que ha dejado de existir puede aún ser exigida y la obligación novada. El libro es lúcido, riguroso y a la vez creativo, y nos proporciona elementos que permiten explicar lo difícil de explicar y deconstruir una regla que es un pilar del derecho de las obligaciones.

[MANUEL GRASSO]

In tema di vendita del pegno. A proposito di R. PERANI, *Pignus Distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Giuffrè, 2021

1. La estructura de la obra. El libro está dividido en tres partes subdivididas a su vez en capítulos. Luego de unas observaciones introductorias (pp. XI-XVIII), en las que el autor describe muy brevemente la aparición de la prenda como garantía real y la relevancia del uso de *pacta adiecta* (pacto comisorio y pacto de venta) en el desarrollo de la figura, deja entrever el interrogante del que pretende ocuparse en el resto de la obra, es decir, el cómo es posible la venta de una *res* por parte de quien no es su propietario.

Primera parte (*contesto, tracce e sviluppi del «ius distrahendi»*). En un primer capítulo el autor parte de exponer la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 50,17,54) y su relatividad, constatada en las fuentes, para luego referirse a la figura de la prenda como fenómeno posesorio, enunciar las facultades en cabeza del acreedor prendario y explicar como una de las excepciones a la citada regla, la facultad de venta por parte del acreedor prendario, transformada con el pasar del tiempo en un propio derecho connatural a la prenda (*ius distrahendi*) (pp. 3-22). El autor dedica un segundo capítulo a la figura de la *fiducia cum creditore* como antecedente histórico de la prenda. Se resalta el *pactum vendendi* como innovación y mitigación de la disciplina a la que en cambio daba lugar el pacto comisorio, que resulta en la aplicación de un principio de equidad, pues permite mantener separados el valor real de la cosa vinculada como garantía y el monto del crédito garantizado; se pasa así de una satisfacción directa, con la cosa misma, a una indirecta, pero más equitativa, mediante la facultad de venderla (pp. 23-24). Un capítulo tercero se detiene en la aparición del *ius distrahendi* en la estructura del negocio pignoratizio. La mera entrada del acreedor en posesión de la prenda se mostró insuficiente para lograr la seguridad del crédito, por lo que surgió la necesidad de otorgar al acreedor un poder mayor. La facultad de venta, que tuvo su origen en un pacto adjunto (*pactum de distrahendo pignore*) adquirirá posteriormente el carácter de elemento connatural al negocio. Resulta ilustrador el análisis de Gai. 2,64 para comprender la justificación de la venta: se trata de una alienación *voluntate venditoris*, voluntad que resulta irrevocable (pp. 35-49).

2. Segunda parte (*nodi problematici*). El capítulo cuarto, cuyo título hace referencia al *pactum vendendi* no resulta dedicado de manera exclusiva a este pacto, sino que en él se hace una exposición que va de lo general, los pactos negociales, pasando por los varios pactos a que podía haber lugar en ámbito pignoratizio, a lo particular, esto es, el *pactum vendendi* como antecedente necesario del *ius distrahendi* (pp. 53-72). El capítulo quinto refiere la consolidación del instituto de la prenda a partir de la época clásica y el paso de la satisfacción directa por parte del acreedor a una indirecta a través del *ius distrahendi* (pp. 73-82). Llama la atención la relación que pareciera haber entre el reconocimiento del *ius distrahendi* como connatural a la prenda y la protección del tercero comprador (p. 80). El último capítulo de la segunda parte, el capítulo sexto, brinda un somero contexto sobre la evolución de las garantías reales y la facultad de alienación del *non dominus* en la prenda. Enuncia la relevancia del pacto comisorio en el desarrollo de la figura del *pignus* y reporta la opinión según la cual la *datio pignoris* a la que acceda el pacto comisorio puede entenderse como una *traditio* condicionada. Por otra parte, hace algunas consideraciones sobre la facultad de alienación del acreedor prendario, particularmente en materia de responsabilidad por evicción (pp. 83-98).

3. Por último, una tercera parte, la más extensa, pretende detenerse en el punto central de la investigación, esto es, la individuación de la *ratio* jurídica del *ius distrabendi* (pp. 101-287). Del capítulo séptimo emerge que la facultad de disposición concedida al acreedor prendario puede encontrarse con varios nombres en las fuentes (*ius distrabendi*, *ius alienandi* e *ius vendendi*) siendo más frecuente el uso de *ius vendendi*, dado el nombre del pacto que originariamente daba lugar a tal la facultad. Se indaga en todo caso si existe alguna diferencia relevante de tratamiento en el uso de las tres expresiones encontradas. El autor llega a la conclusión de que, aunque existen diferencias, en el procedimiento de satisfacción del crédito incumplido son distinguibles dos momentos: el primero, el acto de venta (*venditio*), que es el título jurídico que se encuentra como fundamento de un segundo momento, consistente en el traspaso de la propiedad (*alienatio*). En lo que respecta la *distractio*, su entendimiento se encuadra en otro plano, esto es, en el resultado de tener que acudir a la venta de la cosa, en relación con lo que primero se esperaba, que era precisamente el cumplimiento (pp. 101-117). El capítulo octavo se ocupa de dos aspectos. El primero tiene que ver con la satisfacción del acreedor en sintonía con el concepto de *necessitas*: al acreedor no le era permitido llevar a cabo la venta de la prenda a menos que se viera en la necesidad de ello debido a la insatisfacción del crédito. Esta necesidad sería la causa que justificaría de la venta. El segundo, con el hecho de que la venta no era liberatoria, a menos que el crédito resultara satisfecho. Se diferencia así la facultad de venta del mecanismo del pacto comisorio, en la medida en que en este no hay una relación directa entre el valor de la garantía y el valor del crédito (pp. 119-131). El capítulo noveno hace un recuento de cuatro diferentes posibilidades de satisfacción para el acreedor prendario: la *lex commissoria* (hasta Constantino), la *impetratio dominii*, la prolongación de la garantía para un nuevo plazo o término y por último, un acuerdo posterior de contenido variable (pp. 133-146).

4. El capítulo décimo entra por fin en la materia específica exponiendo de manera crítica las principales visiones doctrinales sobre la razón justificativa del *ius distrabendi* en la prenda. Se resumen las posiciones de tres autores, de la mano de algunas consideraciones generales: P. De Francisci (renuncia a la propiedad en caso de incumplimiento), cuya teoría es puesta en entredicho debido a que puede encontrarse en las fuentes una voluntad del deudor contraria a la aceptación pacífica de una pérdida de la propiedad sobre el bien en prenda; A. Manigk (teoría del *Verfallpfand* o del vencimiento de la prenda en caso de incumplimiento, luego del cual la propiedad pasaría al acreedor prendario; teoría criticada precisamente porque si así fuera en nada se diferenciaría del resultado del pacto comisorio, que conducía a situaciones inequitativas) y A. Burdese (el *pactum vendendi* expreso o tácito y en últimas la *voluntas debitoris* como presupuesto de la legitimación del acreedor para la venta). El autor comparte esta última posición (pp. 147-173). El capítulo undécimo se detiene en analizar la imposibilidad de comprender en términos de transferencia de la propiedad la entrega al acreedor de la cosa objeto de prenda. Luego de reportar la discusión doctrinal sobre el alcance originario de la prenda (M. Kaser y B. Noordraven), el autor expone a partir de las fuentes el principio – ya asentado en la primera edad clásica – según el cual si el acreedor vende la prenda que no se ha convenido que pueda vender, responde por hurto. Prosigue exponiendo a la luz de varios fragmentos la evolución de la figura, que hacia el tercer siglo d.C. ha hecho suya la facultad de venta y llevó en cambio al desarrollo del pacto contrario: el *pactum de non distrabendo pignore*, que tuvo sin embargo una vida efímera. A continuación, se detiene el autor en analizar las consecuencias de la posterior invalidez de la venta prendaria con base en la posición de dos juristas, con miras a mostrar, por un lado, cómo el acreedor prendario vende en nombre del deudor, quien es el único propietario hasta la transferencia efectiva y por otro, cómo ante el ejercicio de una acción redhibitoria se retorna al estado precedente a la venta prendaria. Similar solución habría en caso de *contrarius consensus* en la venta prendaria: el deu-

dor continuaría siendo el propietario de la *res*. Por último, concluye el autor que la línea divisoria entre facultad de venta y transferencia de la propiedad siempre fue neta, admitiéndose solo una alienación mediata, por *iusta causa*, en manos del acreedor insatisfecho (pp. 175-201). El capítulo duodécimo se concentra en el carácter posesorio de la prenda, que inicia con la referencia a D. 13,7,35,1 extraído de las instituciones de Florentino. La prenda solo transfiere al acreedor la posesión de la cosa que recibe, quedando en cabeza del deudor el derecho de propiedad. De allí se deduce, lo que se confirma por otras fuentes, por ejemplo, que el *periculum* de la pérdida siga estando en cabeza del deudor o la imposibilidad para el deudor de comprar la cosa que ha dado en prenda (por ser propia). Se discute si el hecho de que el deudor pudiera hacer uso de la cosa a título de precario o arrendamiento (como aparece del fragmento reportado), a pesar de ser el propietario, forma parte de la explicación clásica de Florentino. Fuera de otras consideraciones, el autor señala posteriormente que el *ius distrahendi*, si bien permite en la práctica una transferencia de propiedad, rota entorno a un derecho a la posesión. La prenda ofrece la posibilidad de vender la cosa de la que no se es propietario a través de una transferencia de la titularidad de la posesión, la cual permite en últimas configurar la propiedad en cabeza del tercero comprador: de una *possessio ad interdicta* del acreedor vendedor se pasará a una *possessio ad usucapionem* del tercero comprador (pp. 203-224). El capítulo décimotercero se detiene en general en el análisis del *ius alienandi* en las instituciones de Gayo (Gai. 2,62-64). Gayo explica cómo en determinadas circunstancias la potestad para alienar se encuentra desligada de la cualificación de *dominus* en quien procede a la alienación. En lo que atañe al tema directo de interés, se mencionan las figuras del *curator furiosi*, del *procurator* y por supuesto la del *creditor pignus*. Se recalca cómo en este último caso la alienación encuentra justificación en la autorización del *dominus*, en la voluntad del deudor, aunque en los otros dos casos la voluntad también jugaría un rol (*voluntas furiosi* y *voluntas absentis*). En todo caso, la potestad de venta del acreedor prendario se diferencia de los otros dos supuestos en que el acreedor tiene un interés propio en la realización de la venta. Por último, se reafirma, de acuerdo con la enseñanza gaiana, que la prenda tenía naturaleza posesoria. El deudor no perdía la titularidad sobre la *res* y en ello se diferenciaba precisamente de la figura de la *fiducia cum creditore* (pp. 225-252). El decimocuarto y último capítulo hace una exposición de los poderes en cabeza de cada uno de los sujetos del negocio prendario, con miras a resaltar un supuesto y parecer (Atilicino) excepcional: que el acreedor prendario pudiera ser constreñido a vender la *res*, en el caso en el que existiera una justa causa.

[CATALINA SALGADO RAMÍREZ]