

recho Canónico, no puede menos de llamar la atención el menguado alcance de los estudios romanísticos allí. Pero hay una notable excepción, y ésta es la de Arthur Schiller, profesor (aunque quizá no muy propiamente de Derecho romano) en la Columbia University de Nueva York. Es verdad que durante los años de la emigración alemana, se acogieron a la hospitalidad americana y gracias a ella realizaron una labor apreciable algunos romanistas europeos, sobre todo alemanes, pero éstos fueron regresando a Europa y ahora sólo queda allí, como figura destacada, la del americano Schiller.

Bajo el título quizá no muy significativo de este libro, recoge doce artículos publicados en distintas revistas americanas, que, precisamente por no ser especializadas, no suelen estar ordinariamente al alcance de los romanistas; y de ahí la gran utilidad de haberlos reunido en esta colección. Entre ellos, aparte de tres recensiones y una necrología de Riccobono (especialmente admirado e influyente en ese reducto del romanismo americano), se recogen (ordenados cronológicamente, a lo largo del tercio de siglo, 1930 a 1966) artículos varios (*actio servi corrupti*, libertos, interpretación, el edicto de BGU 628 recto), y sobre todo acerca del tema al que el autor ha dedicado más especialmente su atención, que es el de las fuentes del derecho imperial en relación con la actividad de los juristas y de los funcionarios, también del Senado; sus ilustraciones sobre la relación entre el "Jurists' Law" y la administración burocrática serán páginas siempre frescas y estimulantes para la consideración del jurista de hoy.

A. O.

SEILER. H. H.: *Der Tatbestand der "negotiorum gestio" im römischen Recht.* (Böhlau Verlag Köln-Graz, 1968). XIV + 348 págs.

No creo desorientar al lector si digo que esta monografía se refiere a las "acciones útiles". Es verdad, naturalmente, que el autor, al centrar el tema de la *negotiorum gestio* en la cuestión del acto tipificado como suficiente para causar la *actio negotiorum gestorum*, ha tenido que enfrentarse con toda la constelación de problemas que presenta este muy problemático tema, pero sus conclusiones no suelen apartarse mucho de lo que podríamos considerar opinión dominante. Así concretamente, acepta la prioridad de un fórmula *in factum* respecto a la civil *ex fide bona*; reconoce que el prototipo de la "gestión" fue la defensa (principalmente procesal) de un ausente por un amigo, aunque la pronta aplicación al caso del *procurator omnium bonorum* o del *curator furiosi*, al extender la acción, habría permitido que en

el Edicto se hablara de *alterius* (y no necesariamente *absentis*) *negotia gerere* (vid., sin embargo, p. 55, n. 23, a propósito de la itp. de *alicuius* por *absentis* ne D. 3, 5, 21); subsume el elemento intencional —*animus aliena negotia gerendi*— en el objetivo (con Rabel), pero insistiendo en relevancia del error y en la necesidad del conocimiento, por parte del gestor, de que el negocio es *alienum*; subraya la flexibilidad con que los clásicos utilizaron los principios del *utiliter gestum*, la espontaneidad de la gestión, etc. Pero, propiamente, la punta de este libro está en la crítica de la teoría de Partsch sobre las *actiones negotiorum gestorum utiles*. En efecto, partía aquel (*Studien zur negotiorum gestio*, 1913) de un concepto muy estricto de gestión de negocios, que habría sido ampliado por extensión analógica mediante la concesión de acciones útiles. Seiler critica a fondo estas supuestas acciones útiles, para llegar a un concepto menos estricto de la *negotiorum gestio*, aunque sin recaer en la idea de Wlassak del carácter general y subsidiario de la acción.

El libro se presenta muy bien construido, y con la seguridad y claridad en el uso de la literatura y análisis de los textos que caracterizar a la escuela de Max Kaser, a la que pertenece el autor. De sus seis secciones, trata la primera sobre el núcleo básico de la *negotiorum gestio*; la segunda, sobre la relación con el mandato y, en especial, el caso de mandato de tercero; la tercera y cuarta, respectivamente, de la relación con la tutela y la curatela; la quinta de la concurrencia con las acciones divisorias, y la sexta resume y recapitula las conclusiones de las secciones anteriores. No faltan, naturalmente, los habituales índices de fuentes y de materias.

Para orientación del lector, me referiré a algunos resultados principales de esta obra en relación con su fin principal de crítica de las acciones útiles.

Respecto al mandato de tercero (§§ 14-17, p. 114-144), destaca el autor el principio clásico de negar la *actio negotiorum gestorum* entre el gestor y el *dominus negotii*, aunque no formalmente expresado en las fuentes, sino inducido de las soluciones casuísticas. En el caso especial del *curator bonorum* (D. 17,1,22,10) se habría admitido una excepción a tal principio, pero los últimos clásicos lo habrían mantenido mediante el recurso de considerar gestores a los acreedores mandantes, respecto a los acreedores ausentes cuya existencia les era conocida. En caso de ignorar los acreedores presentes la existencia de otros ausentes, no procedía una *actio utilis*, sino *in factum*. Una *actio n. g. utilis* habría dado la Cancillería de Severo, para defender mejor los intereses de una pupila cuyo autor había mandado la gestión: CJ. 2,18,4, con la aclaración de ser "útil" la acción que da Bas. 17,2,4. Pero en este caso, creo yo, no se trata de una acción útil formularia, sino de un recurso de equidad por *extraordinaria cognitio*.

Un estudio detallado dedica el autor al problema de la acción *contraria* de la tutela (§§ 19-23, p. 145-175), para criticar, con razón, la acción útil defendida por Partsch. Siguiendo a Schwartz, sostiene la existencia de una acción especial para el tutor, edictal (*proposita*), que habría justificado la existencia de un título especial en el Digesto (D. 27,4). No se trataría, pues, de la misma *actio tutelae* en función de *contraria*, como sostuvo Lenel, sino de una especial acción *in factum*, que acabó por darse a pesar de los escrúpulos existentes en la antigua doctrina para dar una acción al autor y no simplemente la *retentio*. En mi opinión, no se puede negar que la *actio tutelae*, al ser de buena fe, puede servir también para el tutor, aunque no es menos cierto que no se habla de esta función de acción *contraria* con la misma claridad que en el caso de mandato o de gestión de negocios (sobre la base de la fórmula civil). Pero esto quizá podría deberse a la precocidad de tal acción *in factum*, concedida en un momento anterior al reconocimiento de la *actio tutelae*, cuando sólo se admitía contra el tutor de los antiguos recursos de la *acusatio suspecti tutoris* y la *actio rationibus distrahendis*. Al aparecer después la *actio tutelae*, a pesar de ser ésta ejercitable también como *contraria*, la práctica habría permanecido fiel a la antigua acción *in factum* cuando era el tutor quien tomaba la iniciativa del proceso.

En una *actio negotiorum gestorum* parece haberse pensado (D. 3, 5,29) como acción de regreso entre cotutores, pero no se trataría de una acción útil; antes bien parece haber dominado en la doctrina clásica la idea de cesión de la *actio tutelae*, y la *actio utilis* que se concede desde Antonio Pío cuando se ha dejado de hacer la cesión (CJ. 5,58.2; D. 27,3,1,13) deriva, no de la *actio negotiorum gestorum*, sino de la misma *actio tutelae* (§§ 24-29, p. 175-208). En mi opinión, también aquí —como en las demás acciones útiles basadas en una presunta cesión de acciones— se trataría de una acción cognitoria y no de una fórmula con ficción, a pesar del esolio de Taleleo a que se refiere el autor (p. 199); en verdad, el mismo autor reconoce (p. 201 y n. 4) que falta base textual para pensar en una fórmula ficticia. Esto está en relación, naturalmente, con la cuestión de en qué medida las acciones “útiles” que aparecen después de Adriano son ficticias o son ya cognitórias; respecto a las acciones útiles del cesionario —una tendencia que se prolonga a lo largo del siglo III— me parece más probable pensar en el procedimiento cognitorio.

Interesante es el estudio que dedica el autor a la acción de la protutela (§§ 30-35, p. 208-262). El nombre de *actio protutelae* no es clásico, pero la acción clásica no habría sido ni una *actio negotiorum gestorum* (directa), como supuso Peters, ni una *actio n. g. utilis*, como sostuvo Partsch, y también de Robertis (quien creía que, en un primer momento, había servido para ese fin la *actio tutelae*), sino una

acción especial, edictal, a la que se refería el fondo genuino de D. 27, 5,1 pr.; una acción no ficticia, pues la ficción "*si tutor fuisset*" conjeturada por Lenel era innecesaria, dado que en la misma fórmula se hacía ya referencia a un *pro tutore gerere*, y hasta era inexacta, pues la equiparación al tutor no era absoluta. Esta acción no habría tenido nombre propio. La *actio negotiorum gestorum*, en cambio, se habría dado precisamente en supuestos similares en que los clásicos no veían una verdadera protutela. El autor no concreta si sería una *actio in factum*, como me parece probable. D. 27,5,4 (...*eandem fidem et diligentiam praestat quam tutor praestaret*) parece insinuar que la acción era *ex bona fide*, y, en efecto, Lenel había conjeturado a este propósito una fórmula de buena fe. Esto crea dificultades, no sólo porque supone una equiparación excesiva a la tutela, sino también si se piensa en la ausencia de tal acción en la lista gayana de los *iudicia bonae fidei*, que, en mi opinión, está completa. Si no tomamos el testimonio citado como fidedigno o, al menos, como demostrativo de una acción de buena fe, y admitimos que la acción era *in factum*, la falta de nombre propio sería más explicable. El mismo autor (p. 261) cita con ese fin otras acciones *in factum* sin nombre propio; no es ese el caso ciertamente de la llamada "actio de eo quod certo loco" (p. 260 s.), pues lo que realmente ocurre con esta acción es que no es una acción independiente, sino una modalidad —por *adiectio loci*— de la *condictio* o, si se prefiere evitar el nombre, de la *actio certi*. Por otro lado, se habla de un *iudicium contrarium* (p. 235 ss.) y aquí sí, creo yo, que la acción contraria es, como en tantos otros casos, una *actio negotiorum gestorum contraria*, con fórmula *in factum*; pero esto está en relación con el tema general de los *iudicia contraria*, que el autor sólo incidentalmente trata en este libro.

Respecto a la curatela (§§ 36-41, p. 263-296), la investigación del autor confirma la opinión hoy dominante de que la acción pertinente fue (ya antes de Labeón) simplemente la *actio negotiorum gestorum*; primeramente la directa y luego la contraria, y podemos suponer que todavía con fórmula *in factum*. La escasa frecuencia del supuesto habría hecho innecesaria en este caso la introducción de una acción especial. Cuando, en virtud de la reforma de Marco Aurelio que dio estabilidad a la *cura minorum*, se pudo echar de menos tal acción especial, ésta ya no era posible por haberse codificado el Edicto (p. 294 y 328); observación ésta que me parece muy acertada, pero que habría de tener en cuenta en otros muchos casos, ajenos al tema de este libro, pero también a propósito, por ejemplo, de las acciones útiles.—Gayo, como en tantas otras ocasiones, pudo ser un precursor de la evolución post-clásica, al hablar (D. 26,8,11), aunque sea sin valor técnico, de un *iudicium curationis*. En efecto, la aproximación de la curatela a la tutela, que empieza ya en época

clásica, condujo finalmente a admitir una *actio tutelae utilis*. Si, al lado de esta nueva acción algunos textos conservan la referencia a la *actio negotiorum gestorum* clásica, es porque se está pensando realmente en una *actio n. g. utilis*, ya que subraya especialmente diferencia entre el *curator* y gestor espontáneo.

Por lo que a la concurrencia con las acciones divisorias se refiere (§§ 42-44, p. 297-313), el autor no puede prescindir totalmente de la función subsidiaria de la *actio negotiorum gestorum*, al admitir que ésta se da para liquidar gastos cuando falta la base de una *communio* en sentido estricto y por ello no puede darse la *actio communis dividundo* (event. *a familiae erciscundae*), o cuando los gastos son "útiles", pero no "necesarios", o cuando no se debe ejercitar la acción divisoria porque no se desea poner fin a la comunidad, ya que el autor mantiene el principio de que la acción divisoria produce necesariamente la división, y sólo en época post-clásica es posible su ejercicio *manente societate*.

Pueden haber discrepancias de detalle, pero debemos agradecer al autor esta bien fundada clarificación de la serie de acciones útiles que Partsch se había visto obligado a suponer por partir de un concepto excesivamente estricto de la *negotiorum gestio*, a la vez que por no discernir suficientemente acciones útiles de distinto modelo.

A. D'ORS

SHERK, Robert K: *The Municipal Decrees of the Roman West*. Arethusa Monographs II (State University of New York at Buffalo, 1970). 111 págs.

Así como la Epigrafía de las provincias orientales son pródigas en decretos de las ciudades, en las provincias occidentales, pese a las constantes alusiones a un *d(ecretum) d(ecurionum)*, son mucho menos frecuentes los textos de tales decretos. Con todo, el autor ha conseguido coleccionar hasta 65 documentos de este tipo. Son principalmente de Italia (algunos napolitanos, en griego), pero hay también alguno de Africa y de Galia; ninguno, en cambio, procede de Hispania.

A esta colección de documentos precede un capítulo sobre el Senado y las ciudades de Italia, y siguen otros sobre la forma de los decretos municipales, su contenido, la forma de su publicación y los decretos municipales del Bajo-Imperio, además de la Bibliografía e Índices.

A. O.