

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**LA GESTIÓN GRATUITA DE NEGOCIOS AJENOS: UNA
ORIGINALIDAD ROMANA**

**THE GRATUITOUS MANAGEMENT OF THE BUSINESS OF
OTHERS: A ROMAN ORIGINALITY**

Alfonso Murillo Villar
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Burgos

Existen dos categorías de actos lícitos a los cuales el ordenamiento les dota de efectos jurídicos haciendo emerger una obligación. Nos referimos, por un lado, a los contratos y, por otro, a los cuasicontratos. En los primeros, las declaraciones de voluntad son bilaterales, se emiten con la finalidad de que una de las partes o ambas queden vinculadas a desarrollar una determinada conducta (obligación). Por lo general, son hechos que provienen de la voluntad humana. En los segundos, la relación bilateral se muestra ausente; a pesar de ello, también derivan obligaciones, ciertamente no contractuales, producidas por un acto lícito.

Pues bien, entre una y otra categoría existen dos figuras cuyo parecido es tan grande y son tantas sus semejanzas, que vamos a dedicar las siguientes líneas a poner de manifiesto aquellos rasgos más característicos que las asemejan. Hablamos del contrato consensual del mandato y del cuasicontrato de la *negotiorum gestio*. Ciertamente que en la *negotiorum gestio* falta el acuerdo¹, sin embargo genera obligaciones al igual que en aquéllos. En definitiva, todo cuasicontrato se forma a imagen y

¹ No obstante, *vid.*, MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958, pp.181 ss. (*Appendice: Remarques sur l'édit "De negotiis gestis"*).

negocios jurídicos en los que a cambio de una concreta gestión se entrega una determinada recompensa económica, como, por ejemplo, en el arrendamiento de servicios³.

³ Justiniano también consideró la tutela como un *quasi ex contractu* (I.3.27.2), que consiste básicamente en la gestión por el tutor de los negocios, bienes o patrimonio de su pupilo; sin embargo, es evidente que la asunción de la tutela es un acto unilateral en el que falta cualquier intención de las partes de crear una obligación. Cosa diferente, además, es que dicha gestión fuera gratuita, pues, aunque nada se indica en las fuentes al respecto, todo hace pensar que dado su origen, su finalidad, sus responsabilidades, sus clases, las personas incapaces para su ejercicio, su posible renuncia y excusas para su ejercicio, las acciones de las partes, etc., se trata más bien en una carga impuesta por medio de un testamento (*tutela testamentaria*), o por medio de la ley (*tutela legítima*) o bien por el magistrado correspondiente (*tutela dativa*), antes que de un acto de amistad, altruista y de interés social. La tutela es una institución del *ius civile* con una función protectora respecto de las personas que no estando bajo *patria potestas* de ningún *paterfamilias* no pueden defenderse por sí mismas. Mientras que en derecho romano existe una íntima relación entre el instituto tutelar y la herencia, este aspecto es inexistente en nuestro actual instituto tutelar, sin duda más próximo al derecho de familia. Por otro lado, dudamos de su gratuidad original por cuanto en su evolución posterior quedó demostrado lo gravoso de su administración, y lo difícil que resultaba hallar tutores que quisieran desempeñar gratuitamente esta obligación. Así, en el Fuero Real 3,7,2 se instauró en favor del tutor un décimo de las rentas del pupilo y actualmente el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita (art. 274 C.c. español). Del mismo modo, el art.222-13 de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona

Es cierto que el contrato de mandato está basado en la amistad, en la confianza, en un deber moral⁴, que el aceptar un mandato es cosa de liberalidad aunque no lo sea su cumplimiento, sin embargo, en la *negotiorum gestio* puede perfectamente suceder que ni tan siquiera se conozca al tercero a quien por causa de una determinada actividad se vaya a convertir en *dominus negotii*. Los contratos consensuales (*emptio venditio, locatio conductio y societas*) son esencialmente onerosos, frente al mandato, también contrato consensual, que rompe el esquema al ser en principio gratuito, circunstancia de la que no se puede dudar, aunque no todos concuerden sobre su fundamento⁵. Es decir, que el mandato es una relación que no está presidida por la onerosidad de la prestación. E incluso, en ocasiones, cuando se acepta una retribución a modo de salario a favor del mandatario como expresión de agradecimiento del mandante, también se considera como contrato gratuito. No

y la familia, también permite fijar una remuneración para el tutor, siempre y cuando el patrimonio del tutelado lo permita.

⁴ Vid. DUMONT, F., *La gratuité du mandat en droit romain*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz II*, Napoli, 1952, pp.307 ss.

⁵ MARTINI, R., *Il mandato*, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al Prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, pp.641 ss.

obstante, la institución de mandato sufrió una evolución⁶, de ahí que haya textos en los que se afirma con carácter general la gratuidad como principio básico y elemento fundamental de su existencia (*mandatum nisi gratuitum nullum est*)⁷, otros textos en los que la gratuidad parece ser un elemento natural del mandato que puede ser excluida por voluntad expresa de las partes⁸, y otros en los que parece admitirse que la regla general es la prestación de un salario al mandatario y la excepción la gratuidad⁹.

Es indudable que el mandato sufrió una importante evolución, y nadie discute que en su sentido genuino era un contrato esencialmente gratuito¹⁰, pues si su base es la confianza y la amistad (*originem ex officio et amicitia trahit*) sería poco decoroso que un amigo que acepta un mandato precisamente en razón de la propia amistad cobrara por realizar

⁶ LONGO, G., *s.v. mandato (Diritto romano)*, en NNDI X, Torino, 1964, ristampa, 1982, pp.105 ss. PROVERA, G., *s.v. mandato (negozio giuridico)*, en Enciclopedia del diritto XXV, Varese, 1975, pp.314 ss.

⁷ D.17,1,1,4 (*Paul. 32 ad. Ed.*); D.17,1,36,1 (*Iav. 7 ex Cassio*); Gai. 3,162. Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, pp.114 ss.

⁸ D.17,1,10,9 (*Ulp. 31 ad Ed.*).

⁹ D.17,1,56,3 (*Pap. 3 resp.*); D.17,1,12,8 (*Ulp. 31 ad Ed.*); D.17,1,6 pr. (*Ulp. 31 ad Ed.*).

¹⁰ LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho moderno*, Oviedo, 1999, pp. 35 ss.

mandato, pudiera ser que a finales de la época clásica lo normal es que el mandato fuese retribuido salvo que se pactase la realización de la gestión encomendada de forma gratuita; serían supuestos relacionados con el ejercicio ordinario de la profesión de algunos mandatarios¹⁶ e incluso es muy probable que en su origen no tuviera relación alguna con el comercio¹⁷, opinión que no comparte toda la doctrina¹⁸. Sin embargo, la regla general es que el mandato se acuerda entre amigos o personas de confianza, y que es gratuito. Lo que no impide para reconocer que estuvo condicionado por los cambios de las ideas predominantes en las clases sociales de Roma¹⁹. Es curioso que nuestro Código civil, art. 1711, plasma perfectamente esta evolución del mandato en el derecho romano y de ahí que establezca: “A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo”. Difícilmente puede resumirse mejor el devenir histórico de lo acontecido en derecho romano respecto del contrato consensual de mandato.

¹⁶ D.50,13,1 pr., 1, 2, 10 y 11 (Ulp. 8 de omnibus Tribunalibus).

¹⁷ WATSON, A., *Contract of mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, pp.20 ss.

¹⁸ Vid. ROPENGA, *De la gestión sans représentation*, cit., pp.32 ss.

¹⁹ JÖRS, P. – KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. esp., reimpresión, Barcelona, 1965, p.323.

La *negotiorum gestio*, como relación análoga al mandato²⁰, fue una creación original y genuinamente romana, sin paralelo en otros derechos de la antigüedad²¹, tal y como se desprende de I.3,27,1.-

Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem.

²⁰ BIONDI, B., *s.v. gestione di affari altrui*, en NNDI VII, Torino, 1961 (ristampa 1981), p.811.

²¹ VILLALBA, J.F. – ZANETTA, M., *La negotiorum gestio en el derecho romano como posible antecedente de las medidas autosatisfactivas del derecho actual. Consideraciones desde el análisis económico del derecho*, en <http://www.bubok.es/libros/207921><http://www.bubok.es/libros/207921/La-negotiorum-gestio-en-el-derecho-romano-como-posible-antecedente-de-las-medidas-autosatisfactivas-del-derecho-actual-Consideraciones-desde-el-analisis-economico-del-derecho>, p. 3.

protegerlo jurídicamente²⁶. La intromisión voluntaria o gestión espontánea de asuntos ajenos con la finalidad de protegerlos solamente puede tener como fundamento justificativo un estado de necesidad²⁷. Ya en la Roma preclásica constituía una exigencia que derivaba de principios y reglas básicas de ética social que un ciudadano debía prestar siempre su ayuda a otro cuando éste la necesitara, especialmente en casos de ausencia o de *indefensio*, y todo ello sobre la base de conceptos tan arraigados en el imaginario ético-político y social romano como los de *fides*, *amicitia*, *beneficium*, *humanitas*, *pietas* u *officium*, conceptos a los que desde un primer momento aparece ligada la institución²⁸.

Estamos, pues, ante un reconocimiento de la espontaneidad mediterránea, del carácter abierto y extrovertido de sus ciudadanos cuando de manifestar un comportamiento altruista se trata. Es una gestión espontánea porque se efectúa sin previo consenso, o dicho en terminología justiniana *sine*

²⁶ VILLALBA – ZANETTA, *La negotiorum gestio en el derecho romano como posible antecedente de las medidas autosatisfactivas del derecho actual*, cit., p.4.

²⁷ CUADRADO IGLESIAS, M., *Aproximación histórica a la gestión oficiosa de negocios ajenos*, en Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, vol. 2, Barcelona, 1993, p. 1200.

²⁸ NEGRI, G., *La gestione d'affari nel diritto romano*, en Derecho romano de obligaciones: homenaje al Prof. José Luis Murga Gener, Madrid, 1994, pp.663 ss.

*mandato*²⁹. Sin duda, la espontaneidad es un elemento peculiar que caracteriza y diferencia a la gestión de negocios ajenos frente a otras actividades desarrolladas por cuenta de un tercero, como por ejemplo, el mandato. No existe una relación jurídica previa, es un gesto de altruismo solidario en favor de un tercero incapaz, por la causa que fuere, de tutelar sus propios intereses. Por tanto, la intromisión se efectúa *utilitatis causa*. La *utilitas* tiene un gran valor en la promulgación y aplicación de nuevas normas jurídicas, pues tiene el sentido de factor favorable y beneficioso para los hombres lo que justifica las nuevas normas que por servir mejor a la regulación de las relaciones humanas sustituyen a las que hasta ese momento se habían considerado adecuadas (D.1,4,2 (Ulp. 4 *fid.*).- *In rebus nobis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*). Sin duda, como dice Torrent, no puede darse mejor explicación de que el derecho está al servicio de los hombres, y no estos al servicio del derecho, sobre todo de un derecho que supera la realidad social para la que se promulgó que ya no se adecuaba a las cambiantes exigencias de la economía y la justicia. Probablemente estemos ante un caso de *utilitas singulorum*³⁰. No obstante, lo decisivo para los clásicos

²⁹ NICOSIA, G., *s.v. gestione di affari altrui (storia)*, en Enciclopedia del diritto XVIII, Varese, 1969, p.643.

³⁰ Vid. NAVARRA, M., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, pp.195 ss.

de la solidaridad, en virtud de la cual debe ayudarse a los demás hombres cuando por cualquier circunstancia lo necesiten, de manera que los juristas romanos consideraron de suma importancia dotar de medios judiciales a los que, sin encargo, realizaban actos útiles y razonables en beneficio de otros³⁴.

Para diferenciar mejor la *negotiorum gestio* del mandato³⁵, especialmente del tácito³⁶ con el que indudablemente tiene gran semejanza³⁷, los juristas romanos concluyeron que la gestión

³⁴ VILLALBA – ZANETTA, *La negotiorum gestio en el derecho romano como posible antecedente de las medidas autosatisfactivas del derecho actual*, cit., p.3.

³⁵ OURLIAC, P. – DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, t.1. *Derecho de obligaciones*, (trad. esp.), Barcelona, 1960, p.499.

³⁶ CUADRADO IGLESIAS, *Aproximación histórica a la gestión oficiosa de negocios ajenos*, cit., p. 1212.

³⁷ También pudiera pensarse en cierta similitud de la *negotiorum gestio* con el *mandatum incertum*, institución a la que se le otorga plena validez jurídica desde Roma hasta la actualidad, por cuanto viene a suplir la defectuosa constitución de un mandato cierto al que le faltan las instrucciones necesarias para que el mandatario pueda concluir su gestión, lo que en cierto modo supone una intromisión en la esfera jurídica ajena, por cuanto en el cuasicontrato tampoco el *gestor* recibió instrucciones del titular del mismo. A pesar de ello, nunca se ha anulado un contrato de mandato por carencia o escasez de instrucciones, muy al contrario, se le ha otorgado plena protección legal, permitiendo que el mandatario supliese la voluntad del mandante. Algo similar sucede en la *negotiorum gestio* cuando el *gestor* se entromete en la gestión ajena y esta recibe

tiene que tener lugar normalmente desconociéndolo el *dominus negotii*: D.44,7,5, *pr.*; I.3,27,1. La *negotiorum gestio* se aproximará más o menos al mandato según el interesado ratifique o no los actos del gestor. De ahí que conforme se prescribe en D.46,3,12,4 (*Ulp. 30 ad Sab.*):- *rati enim habitio mandato comparatur*, entre mandato y gestión de negocios hay una particular analogía pero no identidad. Por consiguiente, son figuras muy próximas entre sí pero no iguales, pues el criterio decisivo de diferenciación es el elemento intencional. Es decir, con la *negotiorum gestio* se trataba de ejecutar espontáneamente, de forma voluntaria³⁸, una gestión que fuera provechosa de uno o varios negocios de otro sujeto jurídico; es decir, de llevar a cabo una “*libera gestione di negozi altrui*” no solicitada por el interesado³⁹. Estamos sin duda ante un supuesto evidente de representación indirecta espontánea⁴⁰. Lo que no se puede

reconocimiento y protección salvo que sea de mala fe y cause evidentes perjuicios al *dominus negotii*. Sobre el *mandatum incertum* *vid.* MURILLO VILLAR, A., “La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum*”, en Revista Jurídica del Notariado 62, abril-junio 2007, pp.193-216; y en El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno, vol.1, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp.445-469.

³⁸ *Vid.* ANDRÉS SANTOS, *¿Qué queda de la negotiorum gestio romana en el derecho civil español?*, cit., pp.136 ss.

³⁹ GUARINO, A., *Istituzioni di diritto romano. Ragguaglio*, Napoli, 2006, p.342.

⁴⁰ GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11ª ed., Napoli, 1997, p.986

negar es que la *negotiorum gestio* se toma en consideración cuando se gestionan los negocios del *absens*, lo que implica la necesaria espontaneidad de la gestión⁴¹. Ello supone desinterés del gestor en el negocio, no en la gestión del negocio; desinterés entendido no en el sentido de *animus donandi*, sino en el de que el gestor carece de interés patrimonial. Por consiguiente, lo importante en los actos que concluya el *negotiorum gestor* es su voluntariedad, o lo que es lo mismo, solamente la libre voluntad del gestor puede poner un límite eventual a sus actos⁴².

Sobre estos antecedentes romanísticos ambas figuras jurídicas, el *mandatum* y la *negotiorum gestio*, han perdurado hasta la actualidad, e incluso con leves matizaciones se pueden contemplar en los más recientes proyectos europeos de armonización y unificación del derecho de obligaciones. En todo el proceso de unificación jurídica europea es imprescindible tener en cuenta como piezas fundamentales para construir una perspectiva historicista a los más importantes códigos civiles europeos, *Code* de Napoleón, BGB alemán⁴³ así como a los códigos italiano, español y portugués,

⁴¹ FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*, cit., p.67 y 213.

⁴² BETTI, E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957, pp.239 ss.

⁴³ Vid. TORRENT, A., *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, 2007, pp. 297 ss. Y en

*despensas que y hicieron. Comienza esta ley apuntando⁵⁰ que la realización de asuntos ajenos ha de hacerse con buena intención y siempre con la voluntad de favorecer al dueño de las cosas; no por codicia ni con ánimo de apropiarse de alguno de los bienes gestionados. Y todo ello con buena fe y lealmente⁵¹. En definitiva, habrá gestión de negocios ajenos en supuestos estrictamente necesarios, muy justificados, y que supongan un evidente beneficio para el dueño: “*otrosi decimos que si ganancia aviniese, que debe ser del señor de las cosas*”⁵², sin olvidar un comportamiento diligente y de buena fe, como se dice al comienzo de esta Ley 33, “*acuciosamente, e a buena fe, el que quiere trabajar de recabdar las cosas ajenas, lo debe fazer, e mayormente, quando faze esto sin mandato de los dueños dellas*”.*

Lo cierto es que en nuestro actual ordenamiento jurídico, el Código civil, se recogen ambas figuras jurídicas, mandato y gestión de negocios, perfectamente diferenciadas, caracterizadas sin duda por el derecho romano y por el principio de gratuidad, siguiendo lo previsto en el Proyecto de 1851. En dicho Proyecto, dentro del Capítulo “De los cuasi contratos” en su Sección Primera, se inserta “De la agencia

⁵⁰ P.5,12, 29.- “*Con buena entencion se deven mover los omes a recabdar las cosas ajenas, con voluntad de fazer placer a aquellos cuyas son, e non por cobdicia de ganar, nin de robar ninguna cosa, en aquello que recabdaren*”.

⁵¹ P.5,12,30.

⁵² P.5,12,33.

propuestas de unificación nos centraremos, fundamentalmente, por ser el más elaborado en la materia que abordamos en este trabajo⁶⁴, en el denominado *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Los redactores del mismo se muestran conocedores de la existencia de una “herencia común europea” subyacente en los distintos derechos privados nacionales, a los que consideran como simples variaciones regionales de aquella, lo cual facilita enormemente la tarea de elaboración de principios y reglas uniformes. Es verdad que se guarda silencio sobre cuál sea dicha herencia común, pero nadie duda, dicen Luchetti - Petrucci⁶⁵, que debe identificarse con el conjunto de principios y reglas heredadas del derecho romano y de la sucesiva tradición romanística (o romano-canónica), que ha representado durante siglos el *ius commune Europaeum*. Y ello porque permite comprender mejor el papel de las raíces históricas y de la tradición jurídica en el mundo contemporáneo, evitando de ese

parecidos entre sí, con independencia del tipo de negocio del que se trate y del país de origen de la contraparte”.

⁶⁴ En el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia), no se aborda la cuestión de las fuentes de las obligaciones y tampoco las diferentes figuras específicas de contratos.

⁶⁵ LUCHETTI, G. -PETRUCCI, A., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference II. Materiali e commento*, Bologna, 2010, p. 24. Igual en *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference I*, Bologna, 2010, pp.21-22.

