

TÍTULO 4

De negotiis gestis

T. La rúbrica y el contenido de este título corresponden al § 35 del Edicto. Levy²²¹ opina que la sentencia 2a correspondería al § 65 del Edicto, sobre la petición de herencia, y Liebs,²²² que corresponde a este mismo título sobre la gestión de negocios; comparto esta opinión por las razones que se dan en el lugar correspondiente.

Au. A, como opina Levy.

1,4,1 *Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet.*

S. Quien gestiona espontáneamente negocios ajenos, es decir sin mandato, debe actuar respecto de ellos con buena fe y exacta diligencia.

O. Levy opina que el contenido es en general clásico,²²³ pero a mí me parece que es posclásico.

Al gestor espontáneo de un negocio ajeno, podía el dueño del negocio exigirle responsabilidad de su gestión por medio de la *actio negotiorum gestorum*, que era una acción de buena fe.²²⁴ La acción de buena fe se distinguía de las otras acciones (de derecho estricto) porque, entre otras cosas, permitía la condena del demandado aunque no hubiera actuado con dolo, pues bastaba su falta de cuidado o culpa para condenarlo. Esto es lo que parece decir la sentencia con la frase *bonam fidem et exactam diligentiam... praestare debet*. Pero me parece, como explico abajo, que

²²¹ Levy, *PS*, p. 86.

²²² Liebs, *PS*, p. 138.

²²³ Levy, *PS*, p.86.

²²⁴ Lenel, § 35.

esta frase es un sustituto posclásico (siglo IV) de una frase original que diría *et dolum et culpam praestare debet*.

Levy opina que la expresión *bonam fidem et diligentiam praestare* es una expresión clásica que la sentencia simplemente repite, y que sólo es posclásica la calificación de la diligencia como “exacta”, que parecería ser una adición de conformidad con la conocida doctrina posclásica, que configuró la *diligentia* como una medida abstracta de responsabilidad con diversos grados: exacta (*exacta*), más exacta (*exactior*, a la que se explicó como la diligencia en cosas propias) y exactísima (*exactissima*).

Levy fundamenta el origen clásico de la sentencia en textos donde aparece la expresión *fidem et diligentiam praestare*, como Gayo (1200), quien dice respecto del tutor que debe ser alguien de fidelidad y diligencia probada (*fides et diligentia probata*), o Pomponio (16 *ad Quint. Muc.* D 27,5,4) quien dice del que actúa como si fuera un tutor, sin tener el cargo, que debe responder con la misma fidelidad y diligencia que el tutor (*eandem fidem et diligentiam praestet*). Añade que también aparecen asociados los términos fidelidad y diligencia en un rescripto de Marco Aurelio y Vero, citado por Calístrato (3 *de Iur. Fisc.* D 49,14,3,5) que dice que al administrador de una cosa del fisco (*procurator*) se le debe exigir lealtad y diligencia (*fidem et diligentiam... exigendam*).

Pero si se ven con atención estos textos se nota, primero, que no hablan de la buena fe, sino sólo de la *fides*, de la lealtad, y segundo que se refieren a la fidelidad y diligencia como las características personales que debe tener un administrador de cosa ajena, como el tutor, o el administrador de una cosa pública, al cual se le exige, en el rescripto citado, que haya fijado adecuadamente el precio de la cosas que cuidaba y que ha puesto a subasta, y que ese precio debe ser el que corresponde a esa cosa habiendo sido cuidada diligentemente.

Por otra parte, hay textos contemporáneos de la sentencia que para expresar la responsabilidad que corresponde al demandado por una acción de buena fe utilizan la expresión de responder por dolo y culpa (*dolum et culpam praestare*). Así, en un fragmento de Modestino (2 *Differentiarum*, recogido en Co 10,2) donde trata de las diferencias entre el depósito, el comodato y el mandato, dice que en el juicio de comodato el demandado responde por la culpa (*culpam praestare cogitur*), mientras que en el depósito sólo del dolo (*de dolo, non etiam de culpa*), que en los juicios de fiducia y de reclamación de dote (ambos juicios de buena fe en el derecho clásico) responde por dolo y culpa (*dolus et culpa deducitur*),

que en el juicio de mandato, sólo por dolo (*dolus, non etiam culpa deducitur*), y en el juicio de tutela por uno y otra (*utrumque deduci*).²²⁵

La misma expresión aparece en cuatro rescriptos de Diocleciano. Hay dos que se refieren al procurador con mandato (CJ 4,35,11 y 13) que dicen que éste responde por su dolo y culpa (*tam dolum quam culpam, dolum et omnem culpam*). En otro, respecto de los sucesores de un curador (CJ 2,18,17), se afirma que a ellos se les exige como si fueran gestores de un negocio ajeno y que responden por el dolo y la culpa lata (*tam dolum quam latam culpam praestare*). En el último (CJ 2,18,20), cuyo supuesto fáctico corresponde plenamente con el de la sentencia, se dice que quien voluntariamente gestionó un negocio ajeno, no sólo responde por el dolo y la culpa lata, como lo haría el que fue puesto como tutor o curador de un negocio ajeno, sino además de la culpa leve (*non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare*). Se advertirá que en los dos últimos textos citados se califica la culpa como lata o leve, lo cual es también conforme con la doctrina posclásica posterior a Diocleciano, por lo que cabe conjeturar que estas calificaciones, análogas por otra parte a la que tiene la sentencia respecto de la diligencia, fueron añadidas posteriormente.

Hay además otros dos textos en el Digesto que se esclarecen mutuamente. Por una parte, Pomponio (21 *ad Quint. Muc.* D 3,5,10) quien dice escuetamente que quien gestiona un negocio ajeno responde por culpa y dolo (*et culpam et dolum praestare*). Por otra, un texto de Próculo (6 *epistolarum* D 18,1,68 pr) que se refiere a la responsabilidad de un vendedor y afirma que comprende no sólo la buena fe sino además la diligencia (*non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam*) y luego explica esa expresión diciendo que significa que responde no sólo de dolo sino también de culpa (*id est non solum dolus malus... sed etiam... culpa*). Me parece que la contraposición de estos textos hace ver que la expresión original es la que ofrece Pomponio: responder del dolo y la culpa, que es lo propio de todas las acciones de buena fe, a diferencia de las acciones de derecho estricto en las que sólo se responde por el dolo; en cambio la expresión que aparece en primer lugar en el texto de Próculo de responder no solo por la buena fe sino también por la diligencia, es confusa

²²⁵ El fragmento de Modestino merece una revisión cuidadosa en relación con los tipos contractuales, pues afirma cosas extrañas, como que el comodato se da por utilidad de ambas partes, siendo que es un negocio gratuito, o que en el mandato se responde sólo por dolo, cuando la acción de mandato era una acción de buena fe.

porque considera la buena fe solamente como la ausencia de dolo, y al estar así limitada se hace preciso añadir que se responde también por la diligencia; esta expresión me parece que es una alteración posclásica, con la cual se quería sustituir la expresión originaria de Próculo que sería, como la de Pomponio, de responder por el dolo y la culpa, y que se conservó en la última frase del texto de Próculo.

También parece clásica la expresión responder por la buena fe (*bonam fidem praestare*) sin el añadido de la diligencia, tal como aparece en un texto de Paulo (9 *ad Ed.* D 3,5,17) donde dice que Próculo y Pegaso afirmaban que al esclavo que fue manumitido, y que empezó a gestionar un negocio ajeno cuando era esclavo, se le puede exigir con la acción de gestión de negocios responsabilidad por buena fe (*bonam fidem praestare*) por lo que hizo antes y después de ser esclavo. Aquí la buena fe se entiende, no como ausencia de dolo o buena intención, sino como una medida exigente de responsabilidad que incluye, específicamente en el caso, la de reponer las cantidades que el esclavo no cobró pero otro podía haber cobrado; es un concepto de responsabilidad de buena fe que incluye la falta de diligencia o culpa. En la concepción posclásica de la buena fe, presente en el texto arriba citado, también de Próculo, pero interpolado, esta responsabilidad de reponer lo que otro hubiera podido cobrar no podría exigirse con base en la buena fe, entendida como ausencia de dolo, sino en la falta de diligencia.

Todo lo anterior me mueve a conjeturar que la sentencia en su versión actual, por la mención de la buena fe y la exacta diligencia como dos medidas de responsabilidad, es de origen posclásico, y no se trata sólo de la adición de la palabras *exacta* para calificar la diligencia, como opinó Levy.²²⁶

Au. B. Me parece que la versión de *A* pudiera simplemente decir así: *qui negotia aliena gerit et dolum et culpam praestare debet*, con lo cual concordaría con las expresiones contemporáneas de los citados rescriptos de Diocleciano y los fragmentos de Modestino recogido en la *Collatio*. *B* sería responsable de la reelaboración de la sentencia con el fin de adaptarla a una nueva doctrina sobre responsabilidad que prefiere utilizar los conceptos de buena fe, entendida como ausencia de dolo o buena

²²⁶ Cenderelli, *La negotiorum gestio*, Torino, 1997, p. 88, también considera que el contenido de la sentencia es posclásico.

intención, y diligencia. Sería una alteración semejante a la que tiene el texto de Próculo arriba citado.

Otro indicio en apoyo de esta conjetura es que la expresión de responder por la buena fe y la diligencia no aparece en alguna otra fuente doctrinal posclásica²²⁷ previa a la compilación de Justiniano. Parece, en ese conjunto de fuentes, algo peculiar de la sentencia.

Por otra parte, la palabra *diligentia* aparece sólo dos veces en esas fuentes doctrinales posclásicas. Una en PS 2,4,3 donde, a propósito de la acción del comodato, que no era una acción de buena fe, dice que el comodatario responde por la custodia y la diligencia (*custodia enim et diligentia... praestanda est*). Llama la atención en este texto lo ajustado de la expresión a los términos clásicos de la responsabilidad del comodatario, que contrasta con la expresión torpe, que une la buena fe con la diligencia, de la sentencia que se comenta. La otra es un párrafo de la *interpretatio* del CT, donde dice que el tutor debe actuar con diligencia.

En cambio, la palabra *diligentia* aparece en la legislación imperial del siglo IV y V: en varios lugares del CT,²²⁸ y en muchos de ellos aparece con una cierta medida: tanta diligencia... como (*tanta diligentia... ut*, CT 4,13,4 [356]), la misma diligencia que (*eadem diligentia... ut* CT 7,16,2 [410]), con la misma diligencia (*pari diligentia*, CT 8,7,21 [426]; 10,3,7 [417]), con toda diligencia (*omni diligentiae*, CT 12,11,1 [314]). Esto muestra una tendencia a medir la diligencia que se ajusta, como hace notar Levy, con la expresión *exacta diligentia* de la sentencia. Hay además en el mismo código (CT 12,1,75) una constitución de los emperadores Valentiniano y Valente del año 375 donde aparecen asociadas las palabras *fides* (aunque no *bona fides*) y *diligentia*, lo cual induce a suponer que existe en el siglo IV una asociación entre ambos términos que pudo inducir la alteración de la sentencia.²²⁹

De ser válida la atribución de la sentencia a B, podría también conjeturarse que el texto alterado de Próculo conservado en el Digesto 18,1,68,

²²⁷ Según *Ergänzungsindex*, s.v. *bonus*. Si aparece *bona fides* varias veces, pero sin estar unida a *diligentia*.

²²⁸ Según *Ergänzungsindex* s.v. *diligentia* aparece en nueve leyes imperiales.

²²⁹ De Robertis, "Culpa et diligentia nella Compilazione giustiniana", *Studi Betti* 2, Milano, 1962, p. 359, considera que la sentencia transmite el "binomio clásico" *fides et diligentia* en el ámbito de la gestión de negocios, pero la sentencia dice *bona fides et exacta diligentia*.

arriba citado, podría ser una alteración proveniente de la misma fuente que la de la sentencia; es decir, atestiguaría la existencia de un estrato *B* en las ediciones de los libros jurídicos utilizados por los compiladores de Justiniano.

1,4,2 Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur.

S. El tutor que, una vez concluida la tutela, sigue administrando los bienes del menor, responde ante él o su curador con la acción de gestión de negocios.

O. Clásico, como opina Levy,²³⁰ salvo lo relativo a la facultad del curador para demandar, que es posclásico.

La sentencia, en general, se corresponde con la opinión de Ulpiano (35 *ad Ed.* D 27,3,12), quien trata el caso con más detenimiento. Dice que, en cuanto el menor alcance la pubertad (que es el momento en que termina la tutela), el tutor responde por los negocios que gestione posteriormente, con la acción de tutela, si esos negocios eran consecuencia de la administración que había venido haciendo, y con la acción de gestión de negocio ajeno si no tenían conexión con aquella. Añade que si el tutor, una vez que el menor alcanzó la pubertad, fuere nombrado su curador, respondería por la acción de gestión de negocios. En el mismo sentido, aunque con menos detalle, se pronuncia Gayo (12 *ad ed. prov.* D 27,3,14).

La sentencia, por otra parte, no parece recoger la idea, que está en los textos de Ulpiano y Gayo citados, de que el curador responde, ante el menor púber, con la acción de gestión de negocios, y, en cambio, afirma que el curador del púber puede reclamar al que fue tutor con la acción de gestión de negocios. Esto requeriría que el curador del menor tuviera la facultad para ejercer la acción por sí mismo, lo cual, como afirma Kaser,²³¹ es de derecho posclásico.

Au. A, como opina Levy. Su tendencia epitomizadora se hace manifiesta confrontando la sentencia, que no distingue si los negocios que gestiona el tutor están relacionados o no con la administración de la tutela, con el texto citado de Ulpiano. Es también notable que la sentencia

²³⁰ Levy, *PS*, p. 88.

²³¹ Kaser, II, § 235, n. 3.

hable del fin de la tutela (*post finitam tutelam*), mientras que los textos citados de Ulpiano y Gayo se refieren al fin de la pubertad (*post pubertatem*), quizá porque el autor de la sentencia concibe una tutela (¿o curatela?) que no termina con la pubertad.

La IP dice: *Tutor, si peracta tutela, id est impletis pupillaribus annis, voluerit in ipsa administratione persistere, de actis negotiis pupillo vel curatori eius non tutelae, sed negotiorum gestorum cogendus es reddere rationem.*

Parece no añadir nada importante a la sentencia. Igual que su modelo, se refiere al fin de la tutela, no al de la pubertad, y a la posibilidad de que el curador ejerza la acción. Cambia sin embargo algún matiz de sentido: mientras que la sentencia se refiere al hecho de que el tutor continúe en la administración (*in administratione duret*), la interpretación dice que el tutor quiera continuar en ella (*voluerit in ipsa... persistere*), dando así más énfasis a la voluntad que al hecho objetivo.

1,4,2^a (*ex D 3,5,36 pr*) *Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cuius sine auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem.*

S. Literalmente la sentencia dice que si los negocios de un pupilo fueron gestionados por un tercero, sin conocimiento del tutor, se investigará si el menor se hubiera enriquecido en algo por esa gestión, en el momento en que ocurra la litis contestación de la acción por la cual el tercero le demande (se entiende) el reembolso de los gastos de la gestión.

Levy²³² opina que la sentencia no puede referirse a la gestión espontánea de un negocio del pupilo por parte de un tercero, porque ella se hace necesariamente sin autorización del tutor, por lo que sería inútil la frase de la sentencia que dice que se haga sin dicha autorización, y además porque en el régimen de la gestión de negocio ajeno, no se limita la responsabilidad del dueño del negocio de rembolsar los gastos al gestor en la medida del provecho realmente obtenido. Por eso piensa que la sentencia se refiere al caso de un pupilo que recibe un dinero en pago sin el consentimiento del tutor y conjetura que su fuente sea un texto de Paulo (20 *ad Ed.* D 44,1,4), donde se dice que si un pupilo recibe un pago sin la

²³² Levy, *PS*, p.88.

autorización del tutor y después se reclama el pago al deudor, éste puede oponer la excepción de dolo, si se verifica que en ese momento el pupilo tiene la cantidad pagada, toda o en parte. Como el libro de donde procede ese texto de Paulo (el 20 *ad Ed.*) comenta el Edicto del pretor relativo a la *hereditatis petitio* (Lenel § 65), piensa²³³ que la sentencia debería colocarse, en futuras ediciones, en el título 1,13B que trata esa materia. Liebs,²³⁴ en cambio, deja la sentencia en el mismo lugar.

Me parece, difiriendo de Levy, que la sentencia puede entenderse, conforme a su sentido literal, referida a la gestión por un tercero, sin conocimiento del tutor, de los negocios de un pupilo.

O. Levy piensa que es clásico, salvo las últimas palabras de la sentencia (*cuius patitur actionem*) que, en su interpretación, son contradictorias. Él piensa en el caso del pupilo que recibe un pago sin el consentimiento del tutor, lo cual da lugar a la discusión de si el deudor que pagó puede ser defendido con una excepción cuando el tutor, a nombre del pupilo, le reclame el pago de esa cantidad. Aduce varios textos clásicos (y como principal el ya citado de Paulo D 44,1,4) donde se trata este problema y se da la solución de que el deudor tiene la excepción si el pupilo conserva, total o parcialmente, la cantidad que le pagó. Pero como en este supuesto, el que demanda es el impúber y las tres últimas palabras de la sentencia sugieren que el impúber es el demandado, Levy concluye que son un añadido posclásico.

Conforme a la interpretación que propongo, me parece que el contenido de la sentencia, en todas sus palabras, es clásico, conforme con el dictamen de Juliano y con un rescripto de Antonino Pío al que se refieren varias veces Paulo y Ulpiano. Juliano, citado por Ulpiano (10 *ad Ed.* D 3,5,5,2), dice que si un tercero gestionó los bienes de un pupilo, sin mandato del tutor, con el fin de que el tutor no fuera responsable, por la acción de tutela, por su negligencia en la administración de los bienes del pupilo, dicho gestor tiene la acción de gestión de negocios para reembolsarse los gastos contra el tutor, pero añade (probablemente Ulpiano) que también se dará acción contra el pupilo (se entiende alternativamente contra el tutor o el pupilo) si él se enriqueció con la gestión. En este dictamen de Juliano se comprende que pueda haber una gestión de los bienes del pupilo sin conocimiento del tutor (y no sin autorización, como

²³³ *Ibidem*, p. 90.

²³⁴ Liebs, *PS*, p. 138.

dice quizá impropriadamente la sentencia), y que la responsabilidad del pupilo por los gastos se limite a su efectivo enriquecimiento, porque el gestor puede exigir responsabilidad plena al tutor.²³⁵

En el rescripto de Antonino Pío²³⁶ se dispone que puede darse acción contra el pupilo por un negocio que celebró con su tutor, y que por lo tanto era inválido (Ulpiano 40 *ad Sab.* D 26,8,5 pr; Paulo 1 *ad Sab.* D 26,8,1 pr), o por la gestión que hubiera realizado de los negocios de otro o por la que un tercero hubiera llevado a cabo respecto de bienes del pupilo (Ulpiano 10 *ad Ed.* D 3,5,3,4; Paulo 1 *quaest.* D 3,5,33), o por un comodato recibido (Ulpiano 28 *ad Ed.* D 13,6,3 pr); en todos estos textos, salvo en uno (Paulo 1 *quaest.*), se dice que la acción se da en la medida del enriquecimiento del pupilo.

Hay además un rescripto de Severo y Antonino Caracala (CJ 2,18,2 [197]) que dice que ya se ha resuelto por rescripto (*receptum est*) que se puede dar acción contra los impúberes cuando sus negocios hayan sido gestionados espontáneamente por otros, habiendo urgente necesidad de hacerlo, pero sólo en la medida de su enriquecimiento; con base en este criterio, esos emperadores dan acción a quien llevó un impúber a Roma para conseguirle un tutor, a fin de que recupere los gastos de viaje, siempre que no existiera un pariente (en el caso una tía) que se ofreciera a pagarlos.²³⁷

El caso contemplado en la sentencia es próximo al que refiere Ulpiano (10 *ad Ed.* D 3,5,3,4), de un pupilo que gestiona un negocio ajeno, respecto del cual Ulpiano afirma que, siguiendo un rescripto de Antonino Pío, el pupilo puede ser demandado por el dueño del negocio en la me-

²³⁵ Es interesante la observación de Mayer-Maly (SZ 86 [1969] p. 418) de que la acción de gestión de negocios funciona como una especie de acción subsidiaria, para obtener una reparación cuando no aparece otra acción posible; así aparenta ser el caso de la acción de gestión de negocios contra o a favor del pupilo.

²³⁶ Niederländer, H., *Die bereicherungshaftung im klassischen Römischen Recht*, Weimar, 1953, hace un interesante análisis del posible contenido del rescripto de Antonino Pío (pp. 111 y ss.), donde concluye que no es posible saber con precisión el contenido del mismo, y que posiblemente esta responsabilidad del pupilo fuera originalmente considerada por los juristas, de modo que el rescripto no fue una innovación total sino el desarrollo de una doctrina jurisprudencial.

²³⁷ Respecto de estos casos, quizá pueda valer la proposición que hace Mayer-Maly (SZ 86 [1969] p. 418) de que la acción de gestión de negocios funciona como una acción subsidiaria.

dida que el primero se hubiera enriquecido con la gestión. En el supuesto de la sentencia, el pupilo es demandado por el gestor, con la acción contraria, para que le rembolsé gastos; en el que contempla este texto de Ulpiano, el pupilo es demandado, con la acción directa, por el dueño del negocio para que entregue el resultado de la gestión; en ambos, la acción contra el pupilo se limita en la medida de su enriquecimiento, lo cual es congruente con la consideración de su menor edad.

Los textos que he citado como afines a la sentencia no dicen, como ésta, que el enriquecimiento se mide al momento de la litiscontestación. Levy piensa que la referencia a este momento es clásica y aduce dos textos en los que, respecto del caso del pupilo que recibe un pago sin la autorización del tutor, se dice que se investiga si el pupilo se ha enriquecido al momento en que se le demanda (Paulo 20 *ad Ed.* D 44,1,4: *illud tempus inspicitur... quo petit*, Marciano 4 *reg.* D 46,3,47 pr: *tempus quo agitur inspicitur*).

En estos textos se dice que es el momento en que se demanda, no el momento de la litiscontestación. Es cierto que en el siglo III, habiendo caído en desuso el procedimiento formulario, la *litis contestatio* formularia ha desaparecido y sus efectos se atribuyen a diversos momentos, entre otros, al de presentación de la demanda,²³⁸ por lo que podría argumentarse que la sentencia utiliza la palabra litiscontestación para referirse a ese momento.

Pero debe recordarse que la sentencia proviene del Digesto y que Justiniano suele llamar litiscontestación al momento en que se contesta la demanda. Si éste fuera el momento al que se refiere la sentencia, esa referencia sería posclásica. Véase abajo en *Au*.

Au. Levy opina que toda la sentencia es de *A*, salvo las tres palabras finales (*cuius patitur actionem*) que serían de *B*. Aparte del significado que da a la sentencia, Levy argumenta que la autoría de *B* también puede inferirse por la forma, ya que esas palabras parecen algo añadido.

Con la interpretación que propongo, me parece que todo el texto puede atribuirse a *A*. Posiblemente la sentencia era sólo una explicación del momento en que debe considerarse el enriquecimiento del pupilo demandado por una acción de gestión de negocios, que acompañaba otros textos que afirmaban los casos en que el pupilo podía ser demandado por esa acción.

²³⁸ D'Ors, *DPR*, § 126

La referencia al momento de la *litis contestatio* parece ser obra de *D*, como lo sugiere la confrontación de las dos versiones que se nos conservan de la siguiente sentencia: en la versión conservada en el Breviario se dice *litis tempore* mientras que la recogida en el Digesto dice *tempore litis ex ea actione contestatae*. Quizá la versión de *A* dijera sólo *litis tempore*, y *D* cambió a *litis contestatae tempore*.

1,4,3 *ex Brev.*

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis praestare cogetur et periculum eorum nominum, quibus collocavit, agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudicis servari convenit.

1,4,3 *ex D* 3,5,36,1.

Si pecunia quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitorum ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

S. En la versión del Breviario se dice que quien gestionó espontáneamente un dinero ajeno debe pagar intereses por todo el tiempo que administró ese dinero y que corre con el riesgo del dinero que hubiera prestado a deudores que resultaran insolventes al momento de la *litis contestatio*. Cabe suponer que los deudores podían ser solventes al momento de que se les prestó el dinero, de modo que no hubo culpa del gestor al prestarles, pero luego resultaran insolventes. Añade el texto que estas reglas se observan en los juicios de buena fe.

La versión del Digesto aligera la responsabilidad del gestor: dice que debe pagar intereses, pero excluye que sea durante todo el tiempo, por lo que será necesario precisar a partir de qué momento comienzan a devengarse esos intereses; además, limita la responsabilidad por los créditos incobrables, diciendo que el gestor sólo responde de aquellos créditos que se han vuelto incobrables por la ocurrencia de un caso fortuito, y no, como en la versión del Breviario, por todos los que resultaron incobrables.

O. La versión del Breviario opina Levy²³⁹ que es de origen clásico. Cita algunos textos que afirman, en general, que el gestor de dinero ajeno responde por los intereses, como Papiniano (2 *resp.* D 3,5,30,3) o Paulo (2 *ad Nerat.* D 3,5,18,4), quien aclara que responde por los intereses efectivamente percibidos o los que hubiera podido percibir. Hay dos res-

²³⁹ Levy, *PS*, p. 91.

criptos de Diocleciano con la misma afirmación: CJ 2,19,20 [294-305] y 4,32,24 [293-305].

Lo que resulta más problemático es la regla de que el gestor corre con el riesgo del dinero que prestó. Levy dice que la regla es clásica, y cita en apoyo algunos textos que se refieren a otro tipo de administradores de cosa ajena, a los tutores o a los curadores de bienes públicos. Respecto de los tutores, cita un fragmento de Papiniano (5 *resp.* D 26,7,39 pr y 12) que dice que los tutores que por error continuaron en la tutela cuando el pupilo ya había alcanzado la pubertad no responden por no haber cobrado los créditos que hubiera otorgado el padre del pupilo a deudores que eran solventes después de la pubertad, por la razón de que los tutores no tenían acción para cobrarlos; Levy insinúa que interpretando el texto *a contrario* se concluiría que los tutores sí responden cuando los deudores resultan insolventes, pero me parece que la interpretación en sentido contrario diría que sí responden los tutores cuando pudieron cobrar los créditos y no los cobraron.

Respecto de los curadores de bienes públicos, cita un rescripto de Marco Aurelio y Vero, referido por Papiro Justo (2 *de const.* D 50,8,11pr) que dice que los administradores de bienes públicos responden de pagar los intereses del dinero que administran y que corren con el riesgo (*periculum*) de las deudas que no puedan cobrar, pero no de sus intereses. En otro rescripto de los mismos emperadores (también referido por Papiro Justo 2 *de const.* D *eod.* 12,6) se afirma que el administrador responde por el riesgo (*periculum*) de los créditos que se hubieran deteriorado durante su administración, pero no de los que se deterioraron en la administración anterior. En estos dos textos parece haber una especie de responsabilidad objetiva, que hace que al administrador de bienes públicos responda por el dinero que no haya podido cobrar, aunque no hubiera culpa suya. Otro rescripto, éste de Alejandro Severo (CJ 11,39,1), reitera esa afirmación diciendo que el administrador de bienes públicos no responde de los intereses del préstamo que se haya perdido sin culpa suya, pero sí del capital.

No parece fácil, como pretende Levy, trasladar la responsabilidad del administrador de bienes públicos al gestor espontáneo de un negocio ajeno, pues los primeros son cargos públicos. En un rescripto de Diocleciano (CJ 2,18,20 [294-305]) se menciona expresamente que el gestor de un negocio ajeno no se considera semejante al tutor o curador (*tutori vel curatoris similis non habetur*), criterio que aplica en ese caso concluyen-

do que el gestor no es responsable de recuperar las cosas del dueño que tuvieren otros, porque no tiene acción a nombre propio para recuperarlas, mientras que los tutores o curadores, se infiere, que sí responderían porque sí tienen acción. En un texto de Trifonino (2 *disput.* D 3,5,37) se dice que el gestor tiene una responsabilidad de pagar intereses por el dinero que administra diferente de la del curador o del tutor, pues éstos, como está previsto en algunos rescriptos, deben pagar los intereses del dinero que administran a la tasa máxima (*maximas usuras praestat*), mientras que aquél, cuando debe pagar intereses no son a esa tasa.

Hay además textos que afirman que la responsabilidad del gestor se extiende al dolo y la culpa,²⁴⁰ como es lo propio de las acciones de buena fe que, en principio, no comprenden la responsabilidad por el caso fortuito. En un rescripto de Diocleciano (CJ 2,18,22) se dice expresamente que los gestores de negocios ajenos no responden por el caso fortuito (*casum fortuitum praestare non compelluntur*).

Sin embargo, sí parece ser clásica la regla de que el gestor, al menos en algunos casos, respondería por el riesgo del dinero ajeno que hubiera prestado. Así lo afirma Próculo (citado por Pomponio 9 *ad Quint. Muc.* D 3,5,11) quien dice que el gestor a veces responde por el caso fortuito (*interdum etiam casum praestare*), por ejemplo cuando el gestor emprende un negocio que el dueño no estaba acostumbrado a hacer; en tal caso, si hubo pérdida, el gestor responde por ello. Siguiendo este criterio, un gestor que presta dinero ajeno, cuando el dueño no solía negociar prestando, tendría que responder por la falta de pago, pero si el dueño del negocio acostumbraba prestar (quizá porque era banquero), el gestor responderá sólo de la culpa, por ejemplo por haber prestado a persona insolvente, pero no de cualquier falta de pago.

La versión de la sentencia del *Brev.*, en lo relativo a la regla de la responsabilidad del gestor por el riesgo de los préstamos que colocó, me parece que sería de origen clásico, aunque contiene una generalización de una regla que originalmente se refería a supuestos más determinados.²⁴¹

La frase final de la sentencia en esta versión, que dice que las reglas de responsabilidad que señala suelen observarse en los juicios de buena

²⁴⁰ Véase *supra* 1,4,1 *sub O*.

²⁴¹ Véase sobre estos supuestos de responsabilidad de gestor por el riesgo de créditos insolventes, Cardilli, R., "Il *periculum* e le *usurae* nei giudizi di buona fede", *L'usura ieri ed oggi*, Bari, 1997, p. 54.

fe, parece también de origen clásico, puesto que la acción de gestión de negocios es una acción de buena fe, aunque la frase resulta innecesaria y demasiado general.

En cuanto a la versión del Digesto, parece de origen posclásico, como sugiere Levy, en cuanto mitiga la responsabilidad del gestor por los intereses, al omitirse la indicación de que lo debe por todo el tiempo que administra el dinero, pero sobre todo al explicar la responsabilidad por el riesgo (*periculum*) de los préstamos incobrables, señalando que el gestor no responde cuando los deudores se hubieran vuelto insolventes por la ocurrencia de algún caso fortuito, es decir, que sólo respondería si los deudores fueran originalmente insolventes o malos administradores de sus bienes, lo que significa que solo responde por la culpa y no por el *periculum*.

Au. De la versión del *Brev.* sería *A*, como sugiere Levy. La regla de que responde por intereses se encuentra en algunos rescriptos de Diocleciano ya citados (CJ 2,18,20 y 4,32,24). La generalización de la regla de responsabilidad por el riesgo de los créditos colocados, lo mismo que la referencia general a las acciones de buena fe, son simplificaciones típicas de *A*. La expresión de que los intereses se deben por todo el tiempo (*totius temporis*) es una expresión peculiar de esta sentencia, que no se encuentra en ninguna otra fuente jurisprudencial, por lo que parece típica de *A*.²⁴²

De la versión del Digesto, es claro que toda la frase final (*nisi... non essent*) es un añadido que, como opina Levy, puede provenir de *D*, aunque no descarta totalmente que pudiera proceder de una edición oriental de las *PS (E)* que usaron los compiladores. Levy piensa que los compiladores tenían la intención programada de reducir la responsabilidad de los gestores y mandatarios, y por eso considera que el rescripto de Diocleciano arriba citado, que excluye la responsabilidad del gestor por el caso fortuito, lo mismo que otro rescripto del mismo emperador (CJ 4,35,13) que la excluye respecto del mandatario (*procurator*) fueron interpolados²⁴³ y constituyeron el punto de partida para interpolar la sentencia.

²⁴² Cervenca, *Contributo allo studio delle "usurae" c.c. legali nel Diritto romano*, Milano, 1969, p. 97, señala la peculiaridad de esta expresión y piensa que podría ser un añadido al texto original (que supone de Paulo) hecho por "qualche anonimo giurista del Basso Imperio".

²⁴³ Levy no explica por qué los considera interpolados.

Cabe notar el cambio terminológico que se da respecto de la acción de prestar el dinero ajeno. Mientras que la versión de *Brev.* usa el verbo *colloco, are* que significa simplemente poner (el dinero) en manos de alguien, la versión del Digesto usa el verbo *contraho, ere* quizá ya con el significado de contratar, lo que parece apuntar que los reformadores de la sentencia entienden que el préstamo de dinero es un contrato, como lo enseñaba Gayo (*Gai* 3,90), cuya obra *Institutiones* fue muy usada en las escuelas de derecho de oriente.

Es interesante también que desaparece la mención a las acciones de buena fe, lo cual sugiere que fue compuesta en un ambiente posclásico, donde la acción de buena fe no se usa como criterio que justifique o explique una determinada responsabilidad, sino como una característica de los contratos (contratos de buena fe).²⁴⁴

La misma *IP*, que es totalmente ajena a los compiladores del Digesto, limita la responsabilidad del gestor, lo cual indica que la regla en la sentencia original también parecía excesiva a los juristas indoctos de Occidente. Dice: *Qui pecuniam exercet alienam, usuras eius reformare cogendus est. Et si minus idoneis personis de hac ipsa pecunia fortasse crediderit, pro ipsorum personis, quae solvere non possunt, damnum ipse, qui talibus personis crediderit, sustinebit.*

La primera frase señala la obligación de pagar intereses sin precisar, como en la versión precedente del Digesto, el tiempo que se considera. La segunda limita la responsabilidad por el dinero prestado a los casos en que el gestor lo hubiera prestado a personas poco solventes, lo cual implica la idea de que el gestor responde por su culpa o negligencia en la elección de los deudores, y no por el riesgo o el caso fortuito. La referencia a las acciones de buena fe también desaparece.

1,4,4 *Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum gestorum et ipsis et eorum tutoribus tenebitur.*

S. La madre, en principio, no podía ser tutora de sus hijos, ya que la tutela se consideraba un trabajo viril,²⁴⁵ pero si de hecho interviene en la administración de los bienes de sus hijos impúberes *sui iuris*, y por lo

²⁴⁴ Véase *supra ad PS1,1,2 sub O.*

²⁴⁵ Véase Gayo D 26,1,16 pr y Neracio D. *h.t.* 18.

tanto sujetos a tutela, responde de su gestión ante los mismos hijos o los tutores, por la acción de gestión de negocios.

O. Clásico, como opina Levy.²⁴⁶

Cuando una persona gestiona los negocios de un pupilo, se presenta la cuestión de qué negocio está gestionando: ¿el del tutor, pues a él le corresponde la administración del patrimonio del pupilo, o el del pupilo, quien es el titular del patrimonio? Si se afirma que el negocio es del tutor, éste tiene la acción de gestión de negocios directa para exigir responsabilidad al gestor, o si se dice que es del pupilo, la acción la tiene él.

Levy opina que aun cuando fuera clásica la posibilidad de que la madre gestionara el negocio del hijo y no del tutor, no podría admitirse (*by no means*) que cuando el hijo saliera de la tutela, tuvieran él y el tutor la acción de gestión de negocios contra la madre.²⁴⁷ Como finalmente la gestión repercutiría en el patrimonio del pupilo, me parece que ya en el derecho clásico se concluyó que tanto el tutor como el pupilo (disyuntivamente) pudieran tener acción contra el gestor. En un rescripto de Severo y Antonino (CJ 2,18,4 [201]) se trata del caso de un tutor que da un mandato para que alguien administre los bienes de su pupila, y se resuelve que la pupila tiene la acción de gestión de negocios para exigir responsabilidad al que administró sus bienes, que no era ni tutor ni mandatario suyo; el texto del rescripto no lo dice, pero se entiende que el tutor podría exigir responsabilidad al mandatario con la acción de mandato; lo interesante en este caso es la posibilidad de que la pupila pueda exigir responsabilidad al tercero como gestor de negocio ajeno.

También se consideró la posibilidad de que el gestor tuviera la acción de gestión de negocios contraria para exigir los gastos del tutor o del pupilo. Juliano (3 *dig.* D 3,5,6) opina que si el gestor interviene por consideración del tutor, es decir para evitarle la responsabilidad que tendría con el pupilo por no haber administrado algún negocio, puede exigirle los gastos al tutor, pero también al pupilo si éste se enriqueció con la gestión.

El caso previsto en la sentencia, el de una madre que administra los bienes de sus hijos que tienen sus propios tutores está contemplado en

²⁴⁶ Levy, *PS*, p. 93.

²⁴⁷ La prohibición de demandar a los ascendientes, de uno y otro sexo, contenida en el Edicto (§ 11) no era absoluta pues podía ser dispensada por el pretor.

un rescripto del emperador Filipo el árabe (CJ 5,46,2 [246])²⁴⁸ quien se refiere a una madre y un abuelo paterno que intervienen en los negocios de sus hijos o nietos y que además dieron a los tutores una garantía (promesa de indemnidad) de que no perjudicarían el patrimonio de los menores. El rescripto resuelve que si los hijos, al cumplir la mayoría de edad, prefirieron (*malunt*) demandar a los tutores, éstos tendrán contra la madre y el abuelo la acción derivada de la garantía que dieron. Aunque el texto no dice que los hijos podían haber demandado a la madre y al abuelo, lo acepta implícitamente cuando dice que prefirieron demandar a los tutores.

También se contempló el caso inverso, el de la madre que puede demandar a los hijos o a los tutores por los gastos que hizo para beneficio de los hijos. En una consulta que se hizo a Paulo (1 *Quaest.* D 3,5,33), éste respondió a la cuestión que se le planteaba diciendo que si una madre da alimentos a su hijo, no movida por amor sino pensando recuperar lo gastado de él o de sus tutores (*se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores eius conveniret*), ella puede reclamarlos, de conformidad con un rescripto de Antonino Pío, con la acción de gestión de negocios, aun del mismo hijo sujeto a tutela o pupilo (*etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem*); la novedad de esta respuesta, o del citado rescripto, es la posibilidad de dar la acción contra el hijo, lo cual supone que se admitía la acción contra los tutores.

Estos textos me parecen que son prueba de que cuando interviene un gestor espontáneo en los negocios de un pupilo, la gestión que realiza se llegó a entender a fines de época clásica como efectuada finalmente en beneficio del pupilo, por lo que se dio la acción de gestión de negocios a favor o en contra del pupilo o del tutor. La sentencia cuando menciona la posibilidad de que la madre gestora sea demandada por los hijos o los tutores, sólo refleja el derecho vigente en el siglo III.

Au. A., como sugiere Levy. Transmite el derecho definido en los rescriptos, aunque de una manera general, sin precisar los detalles del caso, y con una expresión un tanto torpe, sobre todo en la frase final, donde al decir que la madre puede ser demandada por los hijos y tutores (*et ipsis et eorum tutoribus tenebitur*) pudiera interpretarse que la madre podía ser demandada por unos y otros como si tuviera una doble responsabilidad,

²⁴⁸ Levy, *PS*, p. 94, por considerar imposible que se dé la acción alternativamente contra el gestor o el tutor, considera este texto interpolado.

cosa que se habría evitado si hubiera empleado *vel... vel* o *aut... aut* en vez de *et... et*.

La *interpretatio* hace sólo una paráfrasis de la sentencia sin alterar su contenido: *Mater, quae se retinendi rebus filiorum miscuerit, tam ipsis quam tutoribus eorum negotiorum gestorum cogetur reddere rationem.*

Levy, como no acepta la posibilidad de que el hijo salido de la tutela pueda demandar a la madre o al tutor, opina que la *interpretatio* entiende literal e indebidamente el texto de la sentencia.

1,4,5 *Filius familias vel servus si negotium alicuius gerat, in patrem dominumve peculio tenus actio dabitur.*

S. Si un hijo de familia o un esclavo, sin autorización de su padre o dueño, gestiona un negocio ajeno, el dueño del negocio tiene la acción directa de gestión de negocios contra el padre o dueño, pero sólo en la medida del peculio que tuviera el hijo o esclavo.

O. Clásico, como opina Levy,²⁴⁹ ²⁵⁰ Concuerdancia con Ulpiano (10 *ad Ed.* D 3,5,13).

Au. A, como opina Levy. La sentencia muestra una vez más la tendencia epitomizante, al no advertir, como lo hace el texto de Ulpiano, que si el hijo o esclavo que gestionó no tuviera peculio, entonces se daría la acción contra el padre en la medida de lo que hubiera obtenido con la gestión (*actio de in rem verso*).

La *interpretatio* dice: *Si filius familias aut servus sine iussu patris aut domini negotia gesserint aliena et ex hoc inveniuntur obnoxii, tantum damni pater vel dominus sustinebit, quantum in eorum peculio poterit inveniri.*

El intérprete no dice nada adicional a la sentencia, pero como bien observa Levy, lo hace de un modo que muestra sus propias concepciones jurídicas. Explica que la acción se da en la medida del peculio (*peculio tenus*) diciendo que se da por cuanto pueda encontrarse en ese peculio (*quantum eorum peculio poterit inveniri*), con lo que manifiesta la ten-

²⁴⁹ Levy, *PS*, p. 95.

²⁵⁰ Buti, I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Napoli, 1976, p. 131 cita esta sentencia como prueba de que en el derecho clásico se admite que los esclavos actúen como gestores de negocios de un tercero sin necesidad de la voluntad de sus dueños.

dencia posclásica de dar más importancia a las pruebas (lo que pueda encontrarse) que a los criterios jurídicos (en la medida del peculio). En lugar de decir que se da la acción contra el padre o dueño (*in patrem dominumve... actio dabitur*), dice que éstos son responsables (*obnoxii*) de pagar el daño (*tantum damni pater vel dominus sustinebit*); esto implica la sustitución del sistema de acciones, propio del derecho clásico, por la perspectiva posclásica de definir responsabilidades personales.

1,4,6 *Si pater vel dominus servo vel filio familias negotia aliena agenda comisserit, in solidum tenebitur.*

S. Si el padre o dueño encarga a su hijo o esclavo que gestione los negocios de otro, el dueño del negocio podrá exigir responsabilidad plena por la gestión al padre o dueño del esclavo.

O. Clásico, como opina Levy.²⁵¹ La sentencia parece ser complementaria de la anterior en la que el hijo o esclavo gestiona un negocio ajeno sin que el padre los autorice, y de lo cual sólo responde limitadamente.

Au. A, como opina Levy. Él nota la peculiaridad del lenguaje, que puede ser de A, consistente en usar *negotia agere*, en vez de *negotia gerere* y en el uso del verbo *commitere* con el gerundivo *agenda*. Parece también característico de A, que siga hablando en términos de acciones (*in solidum tenebitur*), y no como la IP en términos de responsabilidades subjetivas, pero sin dar el nombre propio de la acción, que en este caso sería la *actio quod iuusu*.

1, 4,7 *ex Brev*

1,4,7 *ex D.*

Pater si emancipati filii res sine ulla exceptione a se donatas administraverit, filio actione negotiorum gestorum tenebitur. *Pater si emancipati filii res a se donatas administravit filio actione negotiorum gestorum tenebitur.*

S. Si el padre administra las cosas que donó sin ninguna condición a su hijo emancipado, el padre es responsable ante el hijo por la acción de gestión de negocios.

²⁵¹ Levy, *PS*, p. 95.

O. Clásico, como opina Levy.²⁵² Las cosas donadas por el padre al hijo emancipado han dejado de ser del patrimonio paterno, por lo que si el padre las administra actúa como gestor de un negocio ajeno. Llama la atención, como apunta Levy, que la sentencia, en la versión del Breviario, diga que la donación se hizo sin ninguna excepción (*sine ulla exceptione*), pues esa palabra suele usarse en sentido procesal de objeción, por parte del demandado, a la pretensión del actor. Sin embargo, la palabra excepción también se usaba en el sentido de restricción o reserva, por ejemplo cuando alguien vendía un fundo reservándose o exceptuando el uso o el usufructo del mismo, dice Pomponio (33 *ad Sab.* D 7,1,31) que esa “excepción” es lícita (*valet exceptio*). Según esto, la sentencia diría que el padre ha donado sin reservarse nada para sí, por lo que si administrara esos bienes gestionaría un negocio ajeno; en cambio, si hubiera hecho la reserva o “excepción” del usufructo, la administración sería de un negocio propio.

En la versión del Digesto, quizá, como sugiere Levy, por un prurito clasista de los compiladores, ellos eliminaron la palabra excepción que prefieren usar sólo en el sentido de objeción procesal. Esto no altera fundamentalmente el sentido del texto, pero sí lo oscurece algo.

Au. A, de la versión del Breviario y D, de la del Digesto.

La *interpretatio* dice: *Si pater ea, quae emancipato filio sine aliqua conditione donaverat, administrare praesumsit, filio emancipato pro his, quae in rebus eius gessit, negotiorum gestorum tenebitur actione.*

Opina Levy que esta interpretación es una paráfrasis fiel del original, que solamente cambia la palabra *exceptio* por *conditio*, que es la palabra que suelen usar otras *Interpretationes* para designar las cláusulas contractuales. Cabe advertir que el significado de *exceptio* como reserva unilateralmente impuesta por el enajenante en algún acto de enajenación, no es del todo equivalente al de cláusula contractual, pero resultaba extraña al intérprete. Es notable, por otra parte, que la interpretación mantenga la expresión clásica de que el padre queda sujeto a la acción (*tenebitur actione*) y no haya usado, como en la anterior, una expresión que indicara que el padre es responsable (*obnoxius*), y que además mantenga el nombre de la acción (*negotiorum gestorum... actio*).

²⁵² *Ibidem*, p. 96.

1,4,8 *Qui cum tutore curatoreve non esset, pro tutore curatoreve res pupilli adultive administravit, actione negotiorum gestorum pro tutore curatoreve tenebitur.*

S. Quien sin ser tutor o curador administrase, como si lo fuera, los negocios de un pupilo o de un menor púber, responde de su gestión por la acción de gestión de negocios como si fuera tutor o curador.

O. Levy²⁵³ distingue dos partes de la sentencia. Una, la que se refiere al supuesto curador y a la acción contra él, y la otra, la que se refiere al supuesto tutor y a la acción correspondiente. Piensa que la primera es posclásica, porque le parece difícil que en un mismo párrafo se trataran de forma paritaria al “pro-tutor” y al “pro-curador”, ya que mientras el “pro-curador” estaría sujeto a la misma acción que el curador (esto es, a la acción de gestión de negocios), el “pro-tutor” no estaría sujeto a la misma acción que el tutor (esto es, a la acción de tutela).

La parte que se refiere al “pro-tutor” le parece de origen clásico; la acción que se daba contra él, dice Levy siguiendo la opinión mayoritaria, era la acción de gestión de negocios “útil”, que se distinguía de la acción ordinaria directa, porque en su *intentio* se añadía que la gestión se hacía como si el gestor fuera tutor.²⁵⁴ Añade que la acción “pro-tutela” (*actio protutelae*), a la que se refiere principalmente el título 27,5 del Digesto es una invención bizantina, y que una prueba de ello es precisamente esta sentencia que señala que la acción contra el “pro-tutor” es la acción de gestión de negocios.²⁵⁵

Me parece que Levy tiene razón en general. Pero quizá tratar como iguales, al menos en ciertos aspectos, al tutor y al curador es algo que pudo ser común a fines de la época clásica. Se sabe que al púber que tenía un tutor también se le podía dar un curador que vigilara al tutor (*curator impuberis*), o que alguien que comenzaba siendo curador de los bienes

²⁵³ *Ibidem*, p. 97.

²⁵⁴ Así también opina Lenel 321, quien conjetura esta fórmula: *Quod Ns. Ns. pro tutore Ai. Ai. negotia gessit, quidquid, si tutor fuisset, ... oporteret ex fide bona...*

²⁵⁵ Sobre la *actio protutelae* puede verse MASI “L’*actio protutelae* nella compilazione giustiniana e nella dottrina bizantina”, *Studi Senesi* 74, Siena, 1962, pp. 197-218. Cita (p. 216) esta sentencia como un texto importante para demostrar que la *actio protutelae* fue una invención justiniana, pues en el derecho prejustiniano de las PS, la responsabilidad de quien actuaba como tutor sin serlo era exigible por la acción de gestión de negocios.

que podían corresponder a un no nacido (*curator ventris*) luego podría ser su tutor, o que al terminar una tutela porque el pupilo alcanzó la pubertad, el tutor podía continuar en la administración de los negocios del ya púber en calidad de curador. No debería parecer extraño que hubiera disposiciones comunes para tutores y curadores, como la *oratio Severi* (reproducida por Ulpiano 35 *ad Ed.* D 27,9,1,2) que prohíbe que los tutores o curadores enajenen predios rústicos o suburbanos de los pupilos. Aunque se ha conjeturado que este texto se refería originalmente sólo a los tutores y que luego fue interpolado para ampliarlo a los curadores, me parece que originalmente se refería a ambos, si bien no a todos los curadores sino sólo a aquellos que se dan para beneficio de los pupilos, es decir para vigilar a los tutores; así parece decirlo Ulpiano (2 *de omn. trib.* D 27,9,8,2), quien dice que la disposición se refiere a los pupilos, y como a éstos se dan tutores conjuntamente con curadores (*et coniunctim tutoribus curatores accipiunt*), opina que también se refiere a los curadores.²⁵⁶

Esta disposición es importante aquí porque fija criterios específicos de responsabilidad de los tutores o curadores por la administración de los bienes del pupilo. No tiene la misma responsabilidad un tutor o curador que un gestor de negocio ajeno, que no tiene, entre otras diferencias, esa limitación de vender predios. Esto era muy claro respecto de los tutores, a quienes se les exigía responsabilidad por una acción específica, la acción de tutela. Pero no tanto respecto del curador, a quien se le exigía

²⁵⁶ Lo mismo se desprende de los comentarios hechos por Ulpiano en dos fragmentos del libro 35 *ad Edictum*, recogidos en D 27,9,3 y 5, donde transcribe y comenta dicha *oratio*, se refiere siempre a los bienes del pupilo, salvo en un párrafo (3,5) donde habla del fundo de un pupilo o un menor de 25 años (*pupilli vel adolescentis*); podría pensarse que la referencia al adolescente es una interpolación o una glosa que se deslizó en el texto, pero no se advierte que en el fragmento haya una interpolación sistemática que intentara ampliar hacia el adolescente todo lo que se dijera respecto del pupilo. Y, lo que es más interesante, el texto, siempre refiriéndose a los bienes del pupilo, habla en dos lugares de tutores y curadores: en 5,11 se dice que cuando se solicita al pretor que autorice la venta de unos predios del pupilo, no debe dar demasiado crédito a las palabras de los tutores o curadores, por las que tratan de convencerlo que la venta es necesaria, y en 5,15 se añade que si se engañó al pretor respecto de la conveniencia de una venta, el pupilo tendrá, además de la acción real (la reivindicatoria respecto del predio vendido), una acción personal contra los tutores o curadores. En estos supuestos, cabría pensar que hay un tutor del patrimonio del pupilo y también un curador encargado de vigilar al tutor, de modo que la *oratio* se aplica a ambos.

responsabilidad por la acción de gestión de negocios, por lo que si se quería que respondiera según los criterios con que debía comportarse un curador, era necesario, como admite Lenel,²⁵⁷ que en la acción de gestión de negocios se indicara que había actuado como curador y se le exigiera la responsabilidad correspondiente y no la de cualquier otro gestor de negocio ajeno.

En todo caso, la sentencia no equipara al curador con el tutor, sino solo al “pro-curador” con el “pro-tutor”, y únicamente en lo relativo a la acción con la que responden, que es la acción de gestión de negocios. Si, conforme al derecho clásico, la acción que se da contra el supuesto tutor es la acción de gestión de negocios, con la indicación de que el gestor actúa como tutor, y la misma acción se da contra el curador, con la indicación de que actúa como curador, también esta misma acción, y con la misma indicación, corresponde contra el supuesto curador.

La sentencia, en conclusión, me parece que toda es de origen clásico.

Au. Levy opina que toda la sentencia pudiera ser de *A*, aunque no descarta que en lo relativo al curador fuera de *B*, principalmente porque considera que la tendencia a la equiparación entre tutela y curatela que habría hecho que se trataran en una misma sentencia ambas instituciones, quizá no fuera conocida por *A*.

Me parece que esa tendencia, como señalé arriba, opera ya en el siglo III, como lo muestran otros textos de fines de dicho siglo, por ejemplo, Hermogeniano (2 *iur. epit.* D 27,1,41, pr), que señala que quienes administran bienes del príncipe tienen excusa respecto de tutela o curatela; otros textos de *Fragmenta Vaticana* (125, 135, 137 y 138, cuya fuente se desconoce) que hablan igualmente de excusas que eximen de tutela o curatela.

Hay además otro texto atribuido a Ulpiano (2 *de omn. trib.* D 27,9,8, que es posiblemente una obra compuesta de textos extraídos de libros de Ulpiano, del mismo tipo que las PS)²⁵⁸ que, referido a la prohibición contenida en la citado *oratio Severi* de vender los predios rústicos o suburbanos de los pupilos, tiene una estructura y lenguaje semejante a esta sentencia; dice que quienes no son tutores ni curadores, pero gestionan negocios como tutores o curadores (*sed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore*) no pueden vender las cosas de los pupilos ni de los adolescen-

²⁵⁷ Lenel, p. 320.

²⁵⁸ Schulz, *History*, p. 256.

tes. La intención de este texto es hacer aplicable a los supuestos tutores o curadores la limitación impuesta por la *oratio Severi*, lo cual coincide en el fondo con la intención de la sentencia, la de hacerlos responsables como si fueran tutores o curadores.

Por lo anterior, me inclino a pensar que toda la sentencia es de A.

1,4,9 (*ex D 3,5,46 pr*) *Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri.*

S. Se da la acción de gestión de negocios (se entiende que tanto la directa como la contraria) a aquel que tiene interés en ejercitarla.

O. Posclásico, como indica Levy,²⁵⁹ en cuanto contiene una generalización inconcebible en un jurista clásico. Aunque quizá su contenido fuera clásico si se refiriera a un supuesto determinado.

La acción se da ordinariamente al dueño del negocio (acción directa) o al gestor (acción contraria). El que la sentencia dijera que la acción se da a favor de quien tenga interés en ejercitarla, como bien conjetura Levy, podría tener sentido si se refiriera a casos en los que era discutible que se diera esta acción, como eran los casos en que intervenía, además de la gestión de un negocio ajeno, un mandato.

Podría ser, por ejemplo, que una persona recibiera el mandato de hacer una determinada gestión y otra la hiciera. Africano (7 *quaest.* D 3,5,45) propone varios casos de este tipo: alguien da mandato a un hijo de familia para que compre una casa, pero el padre, que conoce el tipo de casa que quiere quien hizo el encargo, la compra; dice Africano, que entre el padre y el mandante se da la acción de gestión de negocios, no la de mandato; pero si el padre la compró, no porque quisiera comprar lo que el mandante requería, sino para que su hijo no quedase obligado con la acción de mandato, entonces, dice el mismo jurista, que el padre tiene contra el mandante la acción de mandato (contraria), pues actuó por el hijo (*ex persona eius*), y el mandante tiene contra el padre la acción (se entiende de mandato directa) en la medida del peculio; si en lugar de al hijo, se hubiera mandado a una persona *sui iuris*, entre el mandante y el mandatario habría las acciones de mandato, y entre el padre que gestionó y el mandatario, las de gestión de negocios.

²⁵⁹ Levy, *PS*, p. 99.

Posiblemente más cercano a la sentencia fuera el caso previsto en un rescripto de Severo y Antonino (CJ 2,18,4 [201]), en el que el tutor de una pupila da un mandato para que una persona gestione algún negocio de la pupila. El rescripto resuelve que en este caso la pupila tiene la acción de gestión de negocios contra el gestor. En relación con este caso, las palabras de la sentencia cobran sentido, pues se da la acción de gestión de negocios a la pupila, no obstante que el tutor podría exigir responsabilidad al gestor por la acción de mandato, ya que la gestión se hace finalmente en interés de la pupila.

Otro caso semejante es el del marido que da mandato para que alguien gestione sus bienes, y el gestor gestiona los del marido y también los de la mujer. Por rescripto de Alejandro Severo (CJ 2,8,14 [234]), se resuelve que el marido tiene contra el gestor la acción de mandato, en lo que respecta a sus bienes, y la esposa, la de gestión de negocios.

Levy piensa,²⁶⁰ siguiendo entre otros a Parsch, que en estos casos se daba una acción de gestión de negocios “útil”. Este punto es importante, sobre todo en relación con la siguiente sentencia que habla de acción útil y directa. Como Levy piensa que las sentencias 9 y 10 estaban originalmente, como se conservan en el Digesto, una detrás de otra, le ayuda pensar que en la sentencia 9 se hacía alguna referencia a una acción útil.

Au. Como opina Levy, *A* quien generaliza la afirmación, aislándola del contexto específico en el que pudo haber tenido sentido. Esta misma afirmación también la hace en otra sentencia, 2,31,17 a propósito de la acción de hurto, donde respecto del robo de una cosa vendida y no entregada, dice que la acción la tendrá el vendedor o el comprador pues ambos tienen interés (*utriusque enim interest rem tradi vel tradere*). Esta última sentencia procede del código Vesontino, por lo que es una prueba de que el criterio del interés para determinar a quién corresponde una acción no proviene ni de las escuelas jurídicas orientales (estrato *E*) ni de los compiladores del Digesto (estrato *D*).

²⁶⁰ Levy, 99, nn. 475 y 476.

1,4,10 (*ex D 3,5,46,1*) *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinarii iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiudsem potestatis est eundemque habet effectum.*

S. No importa que alguien demande o sea demandado, por la acción (se sobrentiende) de gestión de negocios directa o por la útil, porque en los juicios extraordinarios (esto es *per cognitio extraordinem*), donde no se observan las fórmulas propias del procedimiento ordinario (*per formulas*), esta distinción sutil es superflua ya que ambas acciones tienen la misma fuerza y el mismo efecto.

O. Levy afirma que esta sentencia ha sido considerada casi unánimemente como posclásica, pero él sostiene que tiene un núcleo clásico reconocible, que sería éste: no importa que alguien demande o sea demandado por la acción útil o directa (*nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur*) porque ambas acciones tienen la misma fuerza (*quia utraque actio eiudem potestatis est*). Piensa que esta sentencia estaba ligada con la precedente, de modo que se referiría a casos en que se discutía si se daba la acción de gestión de negocios “directa”, es decir la acción a favor o en contra del dueño del negocio o del gestor, o una acción útil, es decir a favor o en contra de una tercera persona.

Podría conjeturarse la procedencia de una acción de gestión de negocios útil en el caso, previsto, al menos implícitamente, en sentencias anteriores (§§ 2a, 4, 8 y 9) de alguien que, sin ser tutor, gestiona los negocios de un pupilo. Aquí podría considerarse que gestiona los negocios del tutor, a quien libraría de responsabilidad por la administración de la tutela, de modo que entre el gestor y el tutor se daría las acciones de gestión de negocios ordinaria o «directa»; pero como finalmente el negocio gestionado era del pupilo, podría pensarse que entre éste y el tutor, se daba la acción “útil”.

La diferencia entre acción útil y directa era importante en el procedimiento formulario, ya que las fórmulas de una y otra eran diferentes, pues en la primera el pretor insertaba una ficción para hacer posible extender la protección inicial de la acción directa a un supuesto no contemplado originalmente por ella; la condena en la acción útil era la misma que en la acción directa.

Pero en el siglo III, cuando prevalece ya el procedimiento cognitorio, no existen fórmulas típicas para cada acción y por eso es posible que se llame acción “útil”, no a la clásica acción pretoria con ficción, sino a una acción cognitoria por la que se protegía a quien posiblemente no tuviera una acción ordinaria, como un rescripto de Antonino Caracala (CJ 8,44,4 [212]) que da una “acción útil” contra el deudor que dio en pago una cosa que después el acreedor perdió por evicción; se podría pensar que este acreedor ya no tenía la acción “directa”, pues la obligación se había extinguido con la dación en pago, pero se le da una acción “útil” para cobrar lo que se le debía, que posiblemente sería una acción de compra “útil” porque el rescripto considera que la dación en pago fue como una venta. Es interesante que en el Código de Justiniano hay varios rescriptos del siglo III en los que aparece la expresión *actio utilis*.²⁶¹ Esto hace ver que el término acción útil era usado en el siglo III, quizá para indicar la novedad de esa acción, aunque ello no implicara que la condena fuera diferente de la de la acción directa correspondiente.

No obstante el interés que pudiera haber en el siglo III en distinguir las acciones útiles de las directas, la diferencia no implicaba una condena diferente. Lo dice así Ulpiano (29 *ad Ed.* D 16,1,8,13) refiriéndose a un caso específico de una mujer que resulta heredera de un deudor, en el que se discutía si el acreedor podría demandarla con la acción directa, es decir la que tenía contra el deudor originario, o con la acción restitutoria (acción útil), y dice Ulpiano que no hay diferencia para la mujer (es decir, en la condena) entre que se le demande por una u otra.

El núcleo de la sentencia al que se refiere Levy, me parece que refleja ese interés del siglo III por las acciones “útiles”, entendidas ya no como acciones pretorias con ficción, sino como acciones cognitorias novedosas. Sería entonces de origen clásico, si se admite que el derecho clásico pervive en el que formulan los juristas del siglo III, desde la cancellería imperial, en relación con el procedimiento cognitorio.

²⁶¹ Según BIA, buscando en CJ voz *actio utilis*: CJ 2,4,6,1 (230); 3,42,8,1 (293); 4,10,1 (242); 5,14,7 (294); 5,39,1 (de Ant. Caracalla, año desconocido); 5,39,2 (de Alejandro Severo, año desconocido); 5,39,4 (293); 5,75,1,1 (212); 6,39,1 (196); 8,23,1 (238) y 8,44,4 (212). Sería interesante analizar con detalle todos estos casos de acciones “útiles”, para ver si corresponden a un mismo concepto, que quizá no sea de los compiladores de Justiniano, sino propio de los juristas del siglo III que consideran la “utilidad” de las acciones en relación con el procedimiento cognitorio.

En cuanto a la frase de la sentencia que dice que en los juicios extraordinarios no interesa la distinción entre acción directa y útil por ser una sutileza inútil, puesto que ambas acciones tienen la misma fuerza y efecto, coincido con Levy que es posclásico.

Au. Levy opina que hay varios estratos. Considera, en contra de la opinión más común que la atribuye a *D*, que en lo esencial es de *A*, aunque con algunas adiciones hechas por *D*.

Lo propio de *A* sería ese núcleo clásico al que hacía referencia y que está presente en las palabras: *Nec... observatur; utraque actio eiusdem potestatis est*. En esta parte de la sentencia se pone de manifiesto, por una parte, la vigencia de la distinción entre acción útil y directa, pero también la advertencia de que esa distinción no da lugar a una condena diferente. Esto corresponde con el derecho y el lenguaje jurídico del siglo III. Lo propio de *D*, según Levy, serían las frases *haec subtilitas supervacua est, maxime cum y eundemque habet effectum*.

Él opina que las palabras *quia in extraordinariis iudicis, ubi conceptio formularum non observatur*, aunque no parecen de un jurista clásico, sí podrían ser de *A*, quien querría decir con ellas que se refería sólo al procedimiento extraordinario, porque quizá esa diferencia sí fuere interesante en Roma donde se practicaba el procedimiento formulario.

Me parece que tiene razón en atribuir a *A* la afirmación principal de que no importa la distinción entre acción útil o acción directa, pero pienso que el resto de la sentencia es todo obra de *D*. En mi opinión la sentencia de *A* sólo diría *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur*, lo cual completaría la sentencia precedente que dice que la acción de gestión de negocios se da al que tiene interés en ejercitarla. El resto de la sentencia actual, que comienza con la palabra *quia*, es sólo una explicación de esa afirmación hecha en un estilo y con términos que recuerdan a los compiladores de Justiniano.

La expresión *extraordinariis iudicis* no aparece en ninguna otra sentencia, ni en CT,²⁶² pero sí una vez en CJ 8,1,3, en el final de un rescripto de Diocleciano, que decía que al presentarse una cuestión sobre la propiedad, debía resolverse primero a quién corresponde la posesión, y terminaba con una frase final que decía que si bien los interdictos posesorios no tienen lugar en los juicios extraordinarios (*in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent*), se litiga sobre la posesión a ejemplo de

²⁶² Según BIA, s.v. *extraordinariis*.

lo que se hacía en ellos. Esta frase final ha sido considerada un añadido de los compiladores, porque recuerda la afirmación de un párrafo de las *Institutiones* de Justiniano (4,15,8), donde se dice que en la jurisdicción extraordinaria, en la que se dan hoy todos los juicios (*Nam quoties extra ordinem ius dicitur [qualia sunt hodie omnia iudicia]*), no hace falta dictar interdictos. La expresión *conceptio formularum* tampoco aparece en *PS*, ni en *CT* ni en *CJ*.²⁶³ La palabra *subtilitas*, no aparece en *PS* ni en *CT*, pero ocurre en tres constituciones del siglo VI compiladas en *CJ*, una de Justino y dos de Justiniano.²⁶⁴

La opinión de Levy de que la frase que dice que ambas acciones tienen la misma fuerza (*utraque actio eiusdem potestatis est*) es también de *A*, parece razonable desde la perspectiva del sentido de la sentencia, pues explicaría la afirmación escueta de que no importa cuál acción se ejerza; pero me parece poco probable que los compiladores procuraran conservar esa frase, pues les resultaba más fácil simplemente añadir a la sentencia original una explicación hecha totalmente por ellos (*quia... effectum*).

²⁶³ Según BIA, s.v. *conceptio*; en *PS* 2,3 aparece *verborum conceptio* para referirse a los términos de la estipulación

²⁶⁴ Según BIA, s.v. *subtilitas*; los lugares son *CJ* 2,7,25 (519); 6,42,32,1 (531) y 6,49,7 pr (530).