5. OBLIGACIONES QUE NACEN
QUASI EX CONTRACTU

LA GESTIÓN GRATUITA DE NEGOCIOS AJENOS: UNA ORIGINALIDAD ROMANA

Alfonso Murillo Villar
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 semejanza de un contrato modelo o tipo con el que guarda gran analogía. Sirvan de ejemplo, los cuasicontratos de pago de lo indebido y la gestión de negocios ajenos que se asemejan respectivamente al contrato de mutuo y al de mandato, no olvidando nunca que los primeros surgen con ausencia de acuerdo.

Los cuasicontratos, entre ellos, obviamente, la *negotiorum gestio* se erigieron como fuentes de obligaciones en tiempos de Justiniano, como consta en I. 3.13.2. Por *negotiorum gestio* se entiende la gestión de negocios ajenos efectuada por una persona

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

Alfonso Murillo Villar

(*gestor*) que voluntariamente gestiona los negocios de otra persona (*dominus negotii*) sin estar obligado a ello ni haber recibido encargo alguno, es decir, sin mandato. Por consiguiente, resulta una relación obligatoria análoga al contrato de mandato. Por el contrario, aun cuando en las fuentes propiamente hablando no existe una definición del mandato, en Gai. 3.155 se nos ofrece una aproximación, ciertamente incompleta, de lo que debe entenderse por tal contrato consensual. Así, el mandato sería un contrato consensual en virtud del cual una persona, mandatario, recibe de otra, mandante, un encargo que acepta y se obliga a cumplir en interés del mandante.

Evidentemente, la *negotiorum gestio* y el *mandatum* difieren en su origen, difieren en los medios procesales para exigir el cumplimiento de las obligaciones generadas, difieren en su objeto, etc., por el contrario, las coincidencias son bien palmarias: por un lado, en la gestión de un negocio ajeno, sea o no por encargo, existen dos partes intervinientes, ambos, ya como contrato ya como cuasicontrato son fuentes de obligaciones, en los dos se necesita de la aceptación de la parte contraria² (independientemente de cómo se manifieste el consentimiento), en ambos casos la gestión es en beneficio del mandante o del *dominus negotii*, y lo más importante, por otro lado, al objeto de este estudio, es que en ambos casos prima la gratuidad. Son dos fuentes de obligaciones que se ejecutan de forma graciosa; son dos casos de relación comercial gratuitos. Llama poderosamente nuestra atención, más desde una perspectiva actual en la que todo está absolutamente comercializado, aunque las figuras de la *negotiorum gestio* y el *mandatum* siguen vigentes, que ambas figuras conllevaran una gestión ajena sin contraprestación alguna a cambio, es decir, gratis. A partir de este momento centraremos el estudio en esta cuestión: la gratuidad, la cual nos atrevemos a calificar de originalidad romana. Originalidad en un doble sentido: 1) como primer ordenamiento jurídico de la antigüedad del que tenemos constancia que reconoce validez vinculante a determinados comportamientos realizados gratuitamente en favor de ajenos y 2) como ocurrencia, genialidad frente a otros 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.

² Cfr. R. CAVALLARO, *La gestione d'affari altrui proibente domino nella tradizione romanistica*, Milano, 2001.

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 legitima*) 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

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

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 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

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

⁴ Vid. F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, pp. 307 y ss.

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

⁶ G. LONGO, s.v. *Mandato (diritto romano)*, en *NNDI*, X, Torino, 1964 (rist. 1982), pp. 105 y ss., G. PROVERA, s.v. *Mandato (negozio giuridico)*, en *ED*, XXV, Milano, 1975, pp. 314 y ss.

⁷ D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 17.1.36.1 (Iav. 7 *ex Cassio*); Gai. 3.162. Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, pp. 114 y ss.

⁸ D. 17.1.10.9 (Ulp. 31 *ad ed.*).

⁹ D. 17.1.56.3 (Pap. 3 *resp.*); D. 17.1.2.8 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 17.1.6 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*).

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

Alfonso Murillo Villar

que un amigo que acepta un mandato precisamente en razón de la propia amistad cobrara por realizar la gestión que se le encomienda (*contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*)¹¹. Es más, cabría preguntarse por qué ha de responder de sus actos un hombre que actúa en beneficio de otro gratuitamente, es decir, sin recompensa. La respuesta es bastante obvia, se debe a la amistad (*amicitia*) que une a ambas partes, lo cual implica una mutua solidaridad como clave explicativa sobre la que gira el contrato, aunque puede haber otros contratos de mandato que no deriven de una previa amistad¹². Por ello, el mandato es un contrato en el que se teje un lazo de confianza recíproca entre el mandante y el mandatario¹³, dos sujetos que es muy probable que convivieran en el mismo entorno social¹⁴.

También es cierto que probablemente a partir del Principado, cuando el mandato era consensuado entre personas no vinculadas por lazos de amistad e incluso de parentesco¹⁵, se consintiera una retribución en favor del mandatario si ésta se había pactado. E, igualmente, si aceptamos la evolución del 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. No obstante, la regla general es que el mandato se acuerda entre amigos o personas de confianza, y que es gratuito. Lo que no empece 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.

¹¹ D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*).

¹² P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, 2014, p. 120.

¹³ *Vid.* P. ROPENGA, *De la gestión sans représentation. L'encadrement juridique des parties prenantes*, (tesis inédita), París, 2013, p. 31.

¹⁴ I. FOLLIERO, *L'esecuzione del mandato nel diritto romano classico e giustiniano*, Roma, 2003, pp. 23 y ss.

¹⁵ M. KASER, *Derecho romano privado*, trad. esp., Madrid, 1982, p. 206.

¹⁶ D. 50.13.1 pr. (Ulp. 8 *de omn. trib.*), D. 50.13.1.1 (Ulp. 8 *de omn. trib.*), D. 50.13.1.2 (Ulp. 8 *de omn. trib.*), D. 50.13.1.10 (Ulp. 8 *de omn. trib.*), D. 50.13.1.11 (Ulp. 8 *de omn. trib.*).

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

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

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

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

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. sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

Asumir la administración de un negocio ajeno sin que preceda encargo o sin que constriña a ello una obligación legal, constituye una invasión en la esfera patrimonial ajena, la cual, siendo como es cerrada a la injerencia de extraños, debe ser por todos respetada²². Si, por otra parte, este principio se aplicase con todo su rigor, quedaría insatisfecha la exigencia social de que no se perjudique con un daño general a un patrimonio al que en un determinado momento le falta la acción administradora de su titular. El ordenamiento jurídico no puede ni debe prohibir la intervención de terceros ajenos cuando esta intervención sea hecha en ventaja de un patrimonio desprovisto de administración y expuesto por ello a indudables peligros. Ciertamente que hay una injerencia ilícita, a la que se puede aplicar el dicho de Pomponio, D. 50.17.36 (Pomp. 27 ad Sab.): *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*; pero también hay una injerencia benéfica, y, por tanto, lícita, caracterizada en el espíritu de caridad o beneficencia con que una persona gestione los negocios ajenos. Además, no olvide-

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

²¹ J.F. VILLALBA, M. ZANETTA, *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.

²² No obstante, tanto en Roma como en la actualidad, la *negotiorum gestio* constituye una excepción al principio general de no injerencia en la esfera jurídico-privada ajena, *vid.* M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos. Estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1986, pp. 33 y ss.

Alfonso Murillo Villar

mos que quien gestiona espontáneamente negocios ajenos, sin que medie mandato, debe actuar respecto de ellos con buena fe y exacta diligencia²³. Por eso, la ley, reconociendo su utilidad, establece obligaciones recíprocas entre el *gestor* y el *dominus negotii*. También es verosímil que la protección de la *negotiorum gestio* se fundara en la *humanitas*²⁴, tomada esta en sentido de sociabilidad, por cuanto es preciso ayudar al prójimo en caso de necesidad²⁵ y 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 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

²³ PS. 1.4.1: *Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet*. Vid. M.B. FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995, p. 7; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio: corso esegetico di diritto romano*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, pp. 86 y ss. También un análisis del título cuarto del libro primero de las Sentencias de Paulo, 1.4 *De negotiis gestis*, en J. ADAME GODDARD, *La gestión de negocios en las Sentencias de Paulo*, en *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*, Santiago (Chile), 2007, pp. 22 y ss.

²⁴ Vid. A. PALMA, *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992.

²⁵ BIONDI, s.v. *Gestione di affari altrui*, cit., pp. 810 y ss.

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

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

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

²⁹ G. NICOSIA, s.v. *Gestione di affari altrui (storia)*, en *ED*, XVIII, Milano, 1969, p. 643.

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

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 era la *utilitas* de la gestión y no tanto el juego de voluntades de los sujetos afectados, sin que éste fuera totalmente eliminado³¹.

Justiniano justifica tanto la intromisión en los negocios ajenos del ausente, como el nacimiento de obligaciones para cada una de las partes y las respectivas acciones para exigir su cumplimiento, con una frase ciertamente inquietante: *idque utilitatis causa receptum est*. Dice el Emperador que todo ello se admitió por razón de utilidad, para que los negocios de los ausentes no quedaran abandonados. *Utilitatis causa* puede interpretarse como una excepción a la regla general, sería una justificación. Y ello porque el elemento de la *utilitas* ha de entenderse rigurosa y exclusivamente en referencia al *dominus negotii*. Quizás, como dice Navarra³², la solución que se acepta por razones de utilidad es la solución que convive con la regla general derogada, por no adaptarse a la particularidad del caso. Esta misma frase ya fue utilizada por Gayo en D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *rer. cott.*), de donde parece derivar, y en sus Instituciones 3.160³³. En definitiva, su fundamento reside en la idea altruista 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

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

³¹ F.J. ANDRÉS SANTOS, *¿Qué queda de la negotiorum gestio romana en el derecho civil español?* en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Alejandro Guzmán Brito*, I, Alessandria, 2011, pp. 132 y 135.

³² M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, cit., pp. 36 y ss.

³³ Quizás sean el origen de I. 3.27.1. Vid. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, pp. 213 y ss.

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

³⁵ P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, I, *Derecho de obligaciones*, trad. esp., Barcelona, 1960, p. 499.

³⁶ M. 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

Alfonso Murillo Villar

ron que la gestión tiene que tener lugar normalmente desconociéndolo el *dominus negotii*: D. 44.7.5 pr. (Gai. 3 *rer. cott.*); 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 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 Napoléon*, BGB alemán⁴³ así como a los códigos italiano, español y portugués, amén de otros códigos como el belga, el holandés, el suizo, el austriaco, los nórdicos

jurídica ajena, por cuanto en el cuasicontrato tampoco el *gestor* recibió instrucciones del titular del mismo. No obstante, 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 reconocimiento y protección salvo que sea de mala fe y cause evidentes perjuicios al *dominus negotii*. Sobre el *mandatum incertum*, vid. A. MURILLO VILLAR, *La responsabilidad del mandatario en el mandatum incertum*, en *Revista Jurídica del Notariado*, Abril-Junio 2007, LXII, pp. 193-216; y en *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, I, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 445-469.

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

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

⁴⁰ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997¹¹, p. 986.

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

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

⁴³ Vid. A. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, Madrid, 2007, pp. 297 y ss. Y en especial para el BGB, vid. A. CAÑIZARES

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

e incluso los de los Países del Este que se vayan incorporando a la Unión Europea. Sin duda, el Código civil español⁴⁴ constituye una pieza más en la construcción en clave comparativística de la unificación jurídica europea; por lo que respecta al campo de las obligaciones tiene mucho que aportar y en especial en los negocios de gestión ajena gratuitos a cuyo estudio dedicamos este trabajo. Pues no olvidemos que el esfuerzo armonizador ha consistido, como dice Juana Marco⁴⁵, en establecer un mínimo común denominador entre las normas de los códigos civiles de nuestra cultura jurídica. Pero antes de centrarnos en nuestro Código civil como un hito más dentro de la tradición romanística continental, haremos un somero recorrido por la recepción del derecho romano a través de distintos textos medievales, centrándonos principalmente en las Partidas de Alfonso X el Sabio.

De una atenta lectura de las Partidas, especialmente de la Quinta, pronto se concluye que un principio fundamental del mandato es *que se considera particularmente en él la fe del amigo*, por eso es esencialmente gratuito. (P. 5.12.20.21 y 22). Junto al mandato se recoge el denominado «procurador voluntario o *negotiorum gestio* de los romanos», que como dicen Jordán de Asso y De Manuel⁴⁶, es quien se encarga de los negocios ajenos gratuitamente sin noticia del dueño: (P. 5.12.26, 28-29 y 30-31). Lo más destacable es que ambos negocios jurídicos, contrato y cuasicontrato se exponen uno junto al otro, sin duda para potenciar sus semejanzas pero también para dejar patentes sus diferencias, su origen consensual o no. Además, la *negotiorum gestio* es tratada en las Partidas como una suerte de modulación del contrato de mandato, frente a la legislación justiniana en donde aparecía como uno de los supuestos de cuasicontrato⁴⁷.

En las Siete Partidas no se le dedica a la *negotiorum gestio* ningún título especial, ni se habla de cuasicontrato⁴⁸, lo que no impide para que en varias leyes se recojan principios romanos. Así, en P. 5.12.26, *De las cosas ajenas que recauda un hombre por otro*, se justifica la intromisión voluntaria en los asuntos ajenos únicamente en supuestos de parentesco o de amistad: *E acaesce que algunos de los que fincan en aquellos lugares, por parentesco o por amistad que han con aquellos que se van, estos de su voluntad, sin*

LASO, *Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (estudio comparado de los derechos alemán y español)*, en *Anuario de derecho civil*, 1995, XLVIII, II, pp. 695-749.

⁴⁴ A. TORRENT, *El Código civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo*, en *RIDROM*, 2014, XII, pp. 137-192, pp. 142 y ss.

⁴⁵ J. MARCO MOLINA, *La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones*, en *Les XVI Jornades de Dret Català, sobre Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Tossa de Mar, 2010, p. 3 (<http://civil.udg.edu/tossa/2010/textos/pon/5/Marco.pdf>).

⁴⁶ I. JORDÁN DE ASSO, M. DE MANUEL, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1780³, pp. 285 y ss.

⁴⁷ F.J. ANDRÉS SANTOS, *¿Qué queda de la negotiorum gestio romana en el derecho civil español?*, cit., p. 116.

⁴⁸ Vid. O. MARLASCA MARTÍNEZ, *Gestión de negocios ajenos: de Roma al derecho actual*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, XV, pp. 618 y ss.

Alfonso Murillo Villar

*mandado de otro trabájanse de recaudar e de enderezar aquellas heredades e las otras cosas que asi fincan como desamparadas [...]*⁴⁹. Idea que se completa con lo establecido en P. 5.12.29: *Cómo los que recabdan cosas ajenas a mala entención, non deben cobrar las despensas que y fcieron*. 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 oficiosa de los negocios ajenos* y en su art. 1894 se establece lo siguiente: *Por su parte el propietario de los bienes ó negocios, oficiosamente administrados con la debida diligencia, está obligado á cumplir las obligaciones contraídas en su nombre por su agente, ó indemnizarle todos los perjuicios que, por causa de dicha agencia, se le hayan originado, y á satisfacerle todos los gastos útiles ó necesarios que haya hecho, pero no á darle salario*.

A diferencia de lo anterior, en el art. 1602 del Proyecto de 1851, se establece que: *El mandato es un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete*. Así, pues, como hemos visto, mientras que para el mandato se dice expresamente que *se encarga gratuitamente*, para la gestión de negocios ajenos se dice que *no ha lugar a darle salario*. Es decir, es otra forma de decir que también es gratuito, y como bien dice García Goyena «si el mandato expreso es gratuito, ¿Cuánto más

⁴⁹ En el Fuero Real 3.20.11, texto también Alfonsino (1255), anterior a las Partidas, se apunta a la administración de bienes ajenos sin mandato, reconociendo la existencia de deuda cuando alguien realice alguna cosa o trabajo aun sin mandato de hacerlo: *maguer que él non selo aya mandado pagar nin fazer*. E, igualmente, en el Fuero Viejo de Castilla 4.3.3, también aparecen indicios de gestión de negocios ajenos sin mandato, obviamente sin la precisión que acostumbra las fuentes romanas y sin distinguirlo como categoría jurídica, pues la propia rúbrica del capítulo 3 se intitula: *De los alogueros, e de los arrendamientos, e de los que labran heredades ajenas sin mandado de suo Dueño*.

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.

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

la agencia o gestión oficiosa y sin mandato expreso»⁵³. Lo que no menciona García Goyena son las razones por las cuales debe ser gratuito, salvo que se deba a una administración ejecutada con *la debida diligencia*, motivo que justifica la gratuidad, e incluso, previamente, en el art. 1893 se establece que el gestor desempeñe *su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia*.

Es verdad que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, *un buen padre de familia*, pero como dice García Goyena⁵⁴ son unas palabras sencillas que encierran tanta claridad, expresión y energía que no admiten reemplazo por otras. Y continúa afirmando el autor que no hay caso que no tenga por causa la amistad o los vínculos de sangre. «Es necesario tener miramiento al parentesco, a la afición, a la importancia del negocio, a las dificultades que ha sido preciso vencer; en una palabra no hacer al gerente víctima de su benevolencia, no pagar el beneficio por condenaciones propias para retraerle y envenenar así el placer que siente el hombre honrado y sensible cuando hace bien a otro». En definitiva, cuando García Goyena comenta el art. 1893 del Proyecto de 1851⁵⁵ describe todo aquello imposible de legislar pero que mueve al tercero a comenzar un negocio ajeno con el único y exclusivo objetivo de beneficiarle, nunca de perjudicarlo, pues en este caso respondería de los perjuicios ocasionados y no obtendría indemnización alguna por los gastos ocasionados.

A diferencia del Proyecto de Código civil de 1851, nuestro vigente Código civil no menciona en absoluto si la gestión de negocios ajena tiene que ser retribuida o no. Ello ha originado gran discusión doctrinal⁵⁶ a pesar de que el altruismo y el desinterés muevan el carácter espontáneo del gestor ajeno. Por ello, los distintos autores formulan sus opiniones, casi todos cuando abordan la institución emiten la suya, pudiendo refundirse todas ellas, según Pasquau⁵⁷, en las siguientes: a.- Que no proceda en ningún caso retribución al gestor de negocios ajenos; b.- Que quepa retribución cuando el gestor se dedique profesionalmente a la actividad en que consista la gestión y el *dominus* la ratifique; c.- Que proceda la retribución sólo en el ámbito mercantil; d.- Que proceda la retribución siempre que el gestor se dedique profesionalmente a la actividad en que consista la gestión, sin necesidad de ratificación; y e.- Que se admita la obligación de remunerar, con independencia de la cualidad profesional de la persona del gestor. A lo más que se apunta respecto del comportamiento del gestor de negocios ajenos, es a que al igual que se previó en el Proyecto de 1851 el gestor desempeñe su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, como consta en el art. 1889 del Código civil. Jurisprudencialmente se exige que los

⁵³ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Zaragoza, 1974, p. 964.

⁵⁴ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, cit., p. 963.

⁵⁵ F. GARCÍA GOYENA, *ibidem*.

⁵⁶ M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, pp. 543 y ss.

⁵⁷ M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, cit., pp. 158 y ss.

Alfonso Murillo Villar

actos encaminados a la gestión de negocios ajenos sean espontáneos y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, es decir, sin autorización ni expresa ni tácita y sin oposición del *dominus negotii*. Por supuesto, como dice la jurisprudencia, tampoco debe haber codicia de ganancia en el gestor⁵⁸, debe hacerse con una voluntad absolutamente desinteresada pero sin intención de realizar un acto de mera liberalidad. Ciertamente que existe una solución mixta, que como veremos más adelante es recogida por el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, libro V, artículo 3.102, si se admite «que la gratuidad es un elemento natural, no esencial, de la gestión de asuntos ajenos, a semejanza de lo que sucede en el mandato»⁵⁹.

A pesar de todo, la *negotiorum gestio* es un instituto que aún hoy en día continúa desempeñando un papel económico y social relevante; de hecho, en los últimos proyectos europeos de armonización y unificación del derecho de obligaciones se puede constatar su recepción, como seguidamente veremos. Como concluye Andrés Santos⁶⁰, «el instituto de la gestión de negocios ajenos en el vigente derecho civil común español presenta una absoluta analogía estructural con la *negotiorum gestio* romana, particularmente en la versión de la misma que quedó consolidada en las fuentes justinianeas».

Frente a la regulación del cuasicontrato *De la gestión de negocios ajenos*, arts. 1888 y ss. del Código civil, y en la que para nada se menciona la gratuidad de dicha actividad, como supra se ha apuntado, sin embargo, para el contrato de mandato, art. 1711, se indica que: 1. *A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.* 2. *Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.* Por consiguiente, el Código civil presume que el contrato de mandato es gratuito salvo que se pacte entre las partes lo contrario⁶¹. Es decir, que la presunción legal de gratuidad

⁵⁸ Ya en P. 5.12.29 se decía que quien gestiona negocios ajenos debe hacerlo *non por cobdicia de ganar*.

⁵⁹ M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, cit., pp. 560 y ss.

⁶⁰ Vid. F.J. ANDRÉS SANTOS, *¿Qué queda de la negotiorum gestio romana en el derecho civil español?*, cit., pp. 142 y ss.

⁶¹ En Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su Libro III, Título XIII se regula conjuntamente, Del contrato de mandato y de la gestión de negocios, lo que implica que no se diferencia entre contratos y cuasicontratos a diferencia de lo que sucede en el derecho común, sino que se reúnen bajo un mismo epígrafe aquellos negocios que tienen por finalidad la administración de negocios ajenos. Del mandato se indica en la Ley 558 su Gratuidad: *El mandato se presume gratuito, salvo cuando el mandatario se dedique habitualmente a gestiones como la encomendada*. Por el contrario, de la gestión de negocios ajenos no se indica absolutamente nada.

En el futuro Libro VI del Código civil de Cataluña está previsto, al menos en los trabajos preparatorios, que se recoja entre las fuentes de las obligaciones que se constituyen por actos lícitos y voluntarios, la Gestión de negocios ajenos, art. 612-2. El texto, en principio, quedaría redactado del siguiente modo: Art. 612-2. *Gestió de negocis aliens*. 1. *La persona que sense obligació prèvia s'encarrega de la gestió de negocis d'altri té l'obligació de continuar-la fins a la seva finalització i ha de posar en coneixement respectivament de la persona titular o de l'òrgan o persona que tingui atribuïda legalment l'administració d'aquesta situació.*

La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana

establecida en el primer párrafo del art. 1711 únicamente podrá destruirse con una prueba irrefutable que demuestre lo contrario. También es cierto que en el párrafo segundo del mismo artículo se establece una presunción contraria a la gratuidad, pues se prescribe una presunción a favor de la onerosidad.

Entiende la doctrina que el mandato es gratuito por naturaleza, que nada podrá exigirle el mandatario al mandante salvo que se haya pactado previamente. Ahora bien, las órdenes confiadas a mandatarios que ejercen profesiones lucrativas se presumen retribuidas, no obstante en estos casos también el mandato puede ser gratuito ya por razones de amistad o de parentesco, o porque sencillamente el mandatario quiere personalmente cumplirlo aun sin percibir retribución alguna a cambio. Obviamente, en cualquier caso, más tratándose de un contrato consensual, la esencial gratuidad que prescribe el Código civil dependerá en última instancia de la voluntad de las partes.

La actual Unión Europea de los 28, necesita de un derecho supranacional que responda al movimiento de unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, sobre todo porque el comercio internacional precisa de regulaciones únicas y comunes⁶². Es más, «la contratación internacional no es inmune al arrollador avance de la globalización»⁶³. Entre las distintas 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

2. *El gestor està subjecte a les regles generals de l'administració, i des del moment de la ratificació de la gestió, a les del contracte de mandat.* Puede verse en J. MARCO MOLINA, *La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones*, cit., p. 12, apèndix 1, quien recomienda (p. 11) que «del mismo modo que el DCFR ha tenido muy en cuenta la regulación española por ser – al menos en esta materia – una de las más completas del acervo común europeo, tampoco el futuro articulado propio de CC de Cat. Debiera perfilarse prescindiendo de reglas y principios que ya están en el CC español».

⁶² Diferentes Proyectos: 1.- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

2.- *The Principles of European Contract Law 2002* (Parts I, II, and III) (Commission O. Lando): <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

3.- *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

4.- Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía): en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001, IV, pp. 713-804.

⁶³ M.E. GIL ALEGRÍA, *La uniformización a nivel internacional de la contratación*, en *Actualidad Civil*, Enero 2015, I, afirma: «En las últimas décadas, la forma de hacer negocios se ha ido uniformizando y adaptándose a los puntos de vista y planteamientos de las culturas jurídicas y de negocio de aquellos países con mayor poder en los intercambios comerciales, principalmente los de cultura anglosajona. De esta manera, nos encontramos con que los planteamientos contractuales a la hora de hacer negocios internacionalmente son cada vez más 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 (Pavía), no se aborda la cuestión de las fuentes de las obligaciones y tampoco las diferentes figuras específicas de contratos.

Alfonso Murillo Villar

del mismo se muestran concededores 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, dice 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 modo incurrir en el gravísimo error de considerar que el estudio de la experiencia del pasado sea absolutamente inútil para las profesiones modernas⁶⁶.

En el libro V del mencionado *DCFR* contra todo pronóstico, por lo que de injerencia en negocios ajenos tiene la *negotiorum gestio*, se presenta una propuesta de regulación denominada *Benevolent intervention in another's affairs*, (benevolente intervención en los asuntos ajenos)⁶⁷. Resulta sorprendente que una institución jurídica tan propia de los pueblos mediterráneos y de origen romano pueda llegar a estar presente en pueblos tan diversos y dispersos, jurídicamente hablando. Lo cierto es que los autores del documento prescinden del *common law* y se basan exclusivamente en los códigos continentales, entre otras razones porque en el *common law* inglés no existe la gestión de negocios como figura autónoma y resuelven su ausencia fingiendo la existencia de un contrato implícito (*implied contract*)⁶⁸. Quizás la razón de su presencia en el *DCFR* obedezca, como indica Sabater Bayle⁶⁹, «al propósito de favorecer la solidaridad y mutua ayuda en una sociedad comprometida en alcanzar el bienestar común, y en la que ya no es admisible permanecer indiferente ante las necesidades ajenas». No obstante, se le reconoce al gestor el derecho a solicitar si fuera menester una remuneración o recompensa, lo cual no es óbice para manifestar su origen gratuito al igual que ocurriera en época romana. Y ello lo basamos en el art. 3:102 en el que se establece el derecho a remuneración si la gestión fue razonable y en el marco de la profesión u oficio del gestor. Pero este y otros muchos derechos reconocidos en el capítulo 3, quedan reducidos o excluidos si el gestor no pide la indemnización,

⁶⁵ G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (coord.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, *Materiali e commento*, con la collaborazione di I. PONTORIERO, Bologna, 2009, p. 24. Igual en G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (coord.), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, *Materiali e commento*, con la collaborazione di I. PONTORIERO, Bologna, 2010, pp. 21-22.

⁶⁶ G. LUCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, 2006, p. 10.

⁶⁷ Vid. C. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Munich, 2006.

⁶⁸ J. MARCO MOLINA, *La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones*, cit., pp. 2 y ss.

⁶⁹ E. SABATER BAYLE, *Libro V. Gestión de Negocios Ajenos*, en E. VALPUESTA GASTAMINZA (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español*, Barcelona, 2011, pp. 425 y ss.

pago, remuneración, etc., en el momento de actuar. Como apunta Rodríguez Martínez⁷⁰, «el derecho a remuneración se admite en el *DCFR* siempre que se trate de una gestión en el marco de la profesión u oficio del gestor, lo que supone un reconocimiento expreso de lo que en España venía entendiendo la doctrina».

Lo cierto, a los efectos que interesan en este trabajo, es que en el Libro V: Gestión de negocios ajenos del *DCFR*, al margen de detalles técnico jurídicos más o menos complejos, prima la idea de una institución basada en la benevolencia del gestor y en la utilidad para el principal (*dominus negotii*). El fin fundamental de la actividad del gestor es beneficiar al principal, a la otra parte, con ánimo altruista, lo cual constituye un requisito esencial en esta figura jurídica. Y no debe sorprender que el *DCFR* le dedique un libro, especialmente «si se tiene en cuenta la diversidad de situaciones en las que puede encontrar aplicación y la frecuencia de las mismas en la realidad»⁷¹. Lo cierto es que si se mantienen bien diferenciadas las figuras del mandato y de la gestión de negocios en el *DCFR*, lo que indudablemente revitaliza la figura de la *negotiorum gestio*, es porque se trata de un instrumento muy apto para el fomento de la solidaridad social y auxilio mutuo entre particulares⁷².

Ahora bien, si la *negotiorum gestio* no fuera gratuita, las injerencias en negocios ajenos buscando una rentabilidad económica serían constantes, buscando sobre todo el enriquecimiento injusto, y más en épocas de crisis; no obstante, es cierto que esas gestiones necesitan de la ratificación del *dominus negotii*, pero con todo y con ello el genio romano supo resolver esa situación, pues procurar un bien a un tercero que es el dueño del negocio y no pagar por ello, salvo los gastos que le ocasionan al gestor la gestión, generar obligaciones para las partes evitando que alguien se enriquezca a costa de otros por medio de una remuneración interesada y no consensuada, es realmente admitir una finura jurídica extraordinaria, razón por la que ha llegado hasta nuestros días.

Por el contrario, el *DCFR* no admite que dos partes consensuen la ejecución de una gestión por principio gratuita: el contrato de mandato. El Libro IV.D. Contratos de mandato, cuya característica principal es la actuación por cuenta ajena, establece que el mencionado contrato de mandato sea retribuido (art. IV.D.-2:102). Sin embargo, según Del Pozo Carrascosa⁷³, en atención a lo previsto en el art. IV.D.-1:101: Ámbito, el mandato puede ser tanto oneroso como gratuito. Indica que el *DCFR* no se decanta con carácter general, si bien deja entrever que en la realidad social lo

⁷⁰ M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La gestión de los negocios ajenos en el DCFR: valoración desde el derecho español*, en *Noticias de la Unión Europea*, 2011, CCCXX (Ejemplar dedicado al derecho privado europeo), p. 121.

⁷¹ M.E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La gestión de los negocios ajenos en el DCFR*, cit., p. 113.

⁷² C. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, cit., p. 90.

⁷³ P. DEL POZO CARRASCOSA, *Libro IV. Parte D. Contrato de mandato*, en A. VAQUER, E. BOSCH, M.P. SÁNCHEZ (COORD.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco común de referencia*, II, Barcelona, 2012, p. 1386.

Alfonso Murillo Villar

normal es que el mandatario perciba una remuneración. Más adelante, el mismo Autor⁷⁴, acepta al comentar el art. IV.D.-2,102 que el mandato se presume oneroso siempre que el mandatario se dedique a esas funciones en el ámbito de su profesión o actividad económica habitual. Por consiguiente, es obvio que se ha producido un cambio en la tradicional concepción del mandato de naturaleza gratuita. El art. 1711 del C.c. español, como hemos visto supra, establece que «a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito». Es decir, el *DCFR* se acerca más a lo establecido en nuestro Código de comercio, la comisión, arts. 244 y ss., que como tal contrato de intermediación es retribuido. Quizás la explicación resida, como apunta Torrubia⁷⁵, en que «la diferenciación entre el régimen jurídico de la comisión y el propio del mandato civil es mínima y en aspectos poco relevantes, por lo que en esta materia la <regulación por partida doble> se manifiesta especialmente inútil. En ambos casos se admite la actuación del intermediario (mandatario o comisionista) tanto en nombre propio como en nombre ajeno». En definitiva, el originario contrato de mandato romano esencialmente gratuito se verá despojado de su característica gratuidad en favor de la retribución, siempre que el *DCFR*, documento aún inacabado, llegue a ser de aplicación general obligatoria en el ámbito del derecho patrimonial privado europeo.

A modo de conclusión, y sin intención de ser exhaustivos, entre las causas o motivos que se han aducido desde su origen en Roma hasta la actualidad, e incluso para su pervivencia futura, de por qué alguien gestiona o administra un negocio ajeno de forma gratuita, obedezca o no a un consenso previo (*mandatum*) o a una ratificación posterior (*negotiorum gestio*), destacan, entre otras, las siguientes: *amicitia*, *utilitas*, parentesco, deber moral, estado de necesidad, reducida temporalidad de la gestión, suele tratarse de pequeños negocios, económicamente hablando, confianza absoluta y recíproca entre las partes, especialmente en el mandato, mientras que en la *negotiorum gestio* prima la idea de ayuda, de voluntariedad, de espontaneidad, de solidaridad social, de auxilio mutuo y ánimo altruista, de caridad y beneficencia social, de altruismo solidario, de desinterés en el negocio *utilitatis causa*. Todo ello se resume en el *DCFR*, tal vez por simple operatividad jurídica, en una propuesta de supresión del contrato de mandato de naturaleza gratuita, es retribuido (art. IV.D.-2:102), salvo que se pacte entre las partes lo contrario, aproximándolo de esa manera a los contratos de intermediación. Por el contrario, sorprendentemente, la *negotiorum gestio* se mantiene bajo la sugerente denominación de *benevolent intervention in another's affairs*, (benevolente intervención en los asuntos ajenos). Evidentemente, sin duda por tradición, siguen primando los principios de solidaridad, ayuda, bienestar común, benevolencia del gestor y sobre todo utilidad para el *dominus negotii* sobre la base social de auxilio mutuo.

⁷⁴ P. DEL POZO CARRASCOSA, *Libro IV. Parte D. Contrato de mandato*, cit., p. 1401.

⁷⁵ B. TORRUBIA CHALMETA, *Libro IV.D. Contratos de mandato*, en E. VALPUESTA GASTAMINZA (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español*, Barcelona, 2011, pp. 293 y ss.