

En torno al principio “Solvere pro ignorante vel invito cuique licet” : su alcance en el Código civil de Bello

Juan Carlos Prado Rodríguez¹

1. Universidad San Francisco de Quito.

Introducción

Como es sabido, para las épocas clásica y justiniana, la *solutio* de la deuda pecuniaria la podía realizar también un tercero extraño, inclusive, sin el conocimiento o en contra de la voluntad del deudor principal, como admitido en aquella máxima referida por Gayo en D. 46,3,53 *Solvere pro ignorante vel invito cuique licet*². Así pues, mediante la presente disertación se reconstruirá este modo de extinción de la *obligatio*, junto al derecho de regreso en favor del *solvens* por los gastos empleados para liberar al deudor, identificando, además, los medios jurídicos con los que habría podido proceder para tal respecto. En efecto, a pesar de que la injerencia del *solvens* iría en contra de la máxima referida por Pomponio en D. 50,17,36, *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, es cierto que la *solutio* habría comportado una utilidad y consiguiente enriquecimiento para el deudor liberado, el cual, al no realizar su correspondiente contraprestación, podría calificarse como injustificado al quebrantar la *aequitas* patrimonial³, según la regla referida por el mismo Pomponio en D. 50,17,206, *Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*⁴.

Por tanto, para la intervención del *solvens ignorante vel invito debitore* resultaría plausible admitir la *actio negotiorum gestororum contraria* para el regreso. Precisando que, para el supuesto de la *solutio invito debitore*, esta voluntad contraria del deudor sería aquella conocida una vez que el *solvens* pagó. Mientras que, ante una *solutio prohibente debitore*, es decir, realizada ante la expresa prohibición del deudor, se presentó un debate jurisprudencial sobre el mecanismo procesal idóneo para obtener el regreso⁵. A lo que se añade la posibilidad de recurrir siempre al mecanismo de la *cessio actionum* a través del cual el *solvens* obtenía del acreedor satisfecho las acciones que ya no le servían por haber

2. Junto a lo referido también en D. 3,5,39(38). El tema ha sido objeto de precedentes aportaciones de mi parte, véase J.

C. PRADO RODRÍGUEZ, «La *solutio* del tercero “*ignorante vel invito debitore*” y sus vías de regreso contra el deudor», *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 59 (2011), pp. 217-266.

3. Sobre la concepción romana de la *aequitas*, la literatura jurídica es amplísima, pero véase S. RICCOBONO, s. v. «*Aequitas*», en *NDI*, I (Torino, 1937), pp. 210 ss.; L. VACCA, «*L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi «Qui fundaverunt ius civile» a Labeone*», en «*Aequitas*». *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno, Trento 11 e 12 aprile 2002* (Padova, 2006), pp. 21 ss.; D. MANTOVANI, *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in «*Quante equità?*». *Incontro di studio n. 70, Milano 28 febbraio 2013*, cur. D. Mantovani-S. Veca (Milano 2017) 20 ss.

4. Regla manifestada por el mismo jurisconsulto en D. 12,6,14 (21 *ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*, sobre el texto véase C. A. CANNATA, «*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*», en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003 (a cura di L. Vacca)* (Torino, 2005), pp. 13 ss.

5. Sobre el tema, véase V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore*, (extraído de *Foro Italiano*, año XIV, fascículo XVI), Città di Castello, 1889 [en *La Legge. Monitore giudiziario ed amministrativo*, 1889, II, 532-540]; R. CAVALLARO, *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica*, Milano, 2001; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «*Reconstrucción de una disputa jurisprudencial romana sobre el derecho de regreso consiguiente a la negotiorum gestio prohibente domino*», *Revista General de Derecho Romano*, 12 (2009), pp. 1 ss.; Id., «*Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.): su alcance en el Código civil de Bello*», *Ius et praxis*, 25.1 (2019), pp. 251-284.

visto satisfecho su crédito y así ir en contra del deudor principal.

De todos modos, la máxima gayana tendrá un alcance a lo largo del *iter* histórico del sistema jurídico romanístico, hasta verse reflejada en el régimen jurídico de algunas codificaciones propias del referido sistema, como en el Código civil elaborado por don Andrés Bello (1855) y en el que se asiste a su recepción entre los preceptos que regulan el entorno del pago del tercero; presentando, inclusive, algunas problemáticas que nacieron en el Derecho Romano, en particular, en lo concerniente al derecho de regreso en favor del *solvens prohibente debitor*.

La solutio del tercero ignorante vel invito debitor en el Derecho Romano

Desde los albores de la civilización romana, fue a través de la *solutio*⁶ que se extinguía el vínculo obligacional⁷ que tenía atado el deudor a su acreedor y que estaba destinado a cesar una vez que se haya satisfecho el interés de este último⁸. En efecto, en origen, la *solutio per aes et libram* se realizaba mediante un acto contrario al que originó la deuda (*contrarius actus*)⁹, en una época donde el vínculo era personal y para liberarse era necesaria una desatadura física, pasando sucesivamente a indicar el cumplimiento patrimonial por el deudor al objeto de satisfacer el acreedor¹⁰, todo ello en el ámbito de las prestaciones de *dare certa pecunia*¹¹.

Sin embargo, también se admitió la intervención de un tercero extraño en la extin-

6. En efecto, para expresar el concepto de liberación se utilizan los términos *solvere, solutio, liberare*, véase A. BURDESE, *Manuale di diritto romano privato*, 4ª ed., Torino, 1993, pp. 408 ss. Sobre la *solutio* véase, entre otros, P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig, 1906; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1935; G. BRANCA, s.v. «Adempimento» (*Diritto romano e intermedio*), en *ED*, 1 (Milano, 1958), pp. 548 ss.; A. D'ORS, «"Solvere" e "Satisfacere"», *Labeo*, 10 (1964), pp. 451 ss.; S. CRUZ, *Da 'Solutio'; terminología, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I, Coimbra, 1962, p. 227; Id., *Da 'Solutio'*, II, *Época post classica occidental 'solutio' e 'vulgarrecht'*, Coimbra, 1974; M. SARGENTI, s.v. «Pagamento» (*Diritto romano*), en *ED*, 31 (Milano, 1981), pp. 532 ss.

7. Sobre la *obligatio* romana véase entre otros, A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma, 1912; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955; Id., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958; M. TALAMANCA, s.v. «Obbligazioni» (*Diritto romano*), en *ED*, 29 (Milano, 1979), pp. 1 ss.; G. FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», Palermo, 2003.

8. Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 634 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962, pp. 447 ss.

9. Según se recaba de lo referido por Pomponio en D. 46,3,80 (4 *ad Quintus Mucius*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*. Véase M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.*, p. 635; F. HERNÁNDEZ-TEJERO, «Extinción de las obligaciones», en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener*, (Madrid, 1994), pp. 213 s.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981.

10. Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, pp. 813 ss.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed., Milano, 1972, pp. 415 ss.

11. Mientras que el de las prestaciones de *facere* se denomina *satisfactio*, véase A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, pp. 404 ss.; S. CRUZ, *Da solutio* I, cit., p. 227.

ción de la deuda ajena¹², la cual se encuadra en la categoría de la *negotiorum gestio*¹³ para los supuestos que intervenga sin el conocimiento (*ignorante*) y en contra de la voluntad aún no manifestada del deudor (*invito debitore*)¹⁴.

Pues bien, en la frase inicial de D. 44,7,5 pr. *Si quis absentis negotia gesserit* [...] ¹⁵, Gayo hace alusión a la ausencia del *dominus negotii* del lugar donde se desarrolla la intervención ajena (*locus solutionis*); además, distingue entre quien gestionó los negocios ajenos por mandato, de quien lo hizo *sine mandatu* y dónde surgen entre el *gestor* y el *dominus negotii* derechos que se hacían valer mediante las *actiones negotiorum gestorum*¹⁶. A este respecto, la ausencia del deudor fue una de las razones que inducían a otros a intervenir, al imposibilitar la extinción de la deuda con la consiguiente *mora debitoris*¹⁷; por lo que un extraño podía intervenir para evitarle al deudor un perjuicio mayor y que también podía perjudicar a sus intereses¹⁸. Asimismo, a la base de la intervención

12. Sobre la *solutio* por un tercero véase B. Frese, «Defensio, solutio, expromissio des ungerufenen Dritten», en *Studi Bonfante*, III (Milano, 1939), pp. 431 ss.; P. APATHY, «Procurator und solutio», *ZSS*, 96 (1979), pp. 65 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreinden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2006.

13. Sobre la *negotiorum gestio* la literatura jurídica es amplísima, pero véase P. COGLIOLO, *I principi teorici della gestione degli affari altrui nel diritto privato*, Modena, 1889; Id., *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, II vols., Firenze, 1890; G. PACCHIONI, *Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano, 1893 (3ª ed. *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935); G. SEGRÈ, «Sulle formule relative alla negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum», en *Studi Sennesi*, XXIII (Siena, 1906) [en *Scritti Moriani*, II] pp. 291 ss.; F. ATZERI, *I requisiti essenziali della negotiorum gestio (Parte teorico-pratica). Studio comparato di diritto romano-civile-commerciale*, vol. I, Cagliari, 1897; Id., *I principi fondamentali della gestione d'affari*, vol. I, *Sul concetto originario della negotiorum gestio nel diritto romano*, Cagliari, 1890; Id., *La gestione d'affari altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, Torino, 1904; S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui e l'azione d'arricchimento nel diritto moderno* (extraído de *RDC*, A. XV, N. 5-6, I) Milano, 1917; S. SOLAZZI, «Sulla gestione per conto d'altri», *RISG* (1922), pp. 101 ss.; R. QUADRATO, «Ancora su 'utiliter agere'», *Labeo*, 10 (1964), pp. 356 ss.; B. BIONDI, s. v. «Gestione d'affari altrui» (*Diritto romano*), en *NNDI*, 7 (Torino, 1961), pp. 810 ss.; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*, Köln, 1968; G. NICOSIA, s. v. «Gestione d'affari altrui» (*Premessa storica*) en *ED*, 18 (Milano, 1969), pp. 628 ss.; G. NEGRI, «La gestione di affari nel diritto romano», en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 661 ss.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, *Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Firenze, 2003; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Napoli, 2006.

14. Véase J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor» cit., pp. 217-266.

15. Sobre el texto véase A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 54.

16. Véase F. GALLO, «Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligaciones ex variae causarum figurae», *BIDR*, 76 (1973), pp. 170 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, «"Obligaciones ex variis causarum figuris". Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico», *RISG*, 14, serie III (1970), pp. 77 ss.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 63.

17. Véase S. RICCOBONO, *La genesi della mora come mezzo di attuazione del 'favor debitoris' nel diritto romano* (extraído de *Il Circolo giuridico*), Palermo, 1963, pp. 8 ss.

18. Véase al respecto F. CAMACHO DE LOS RIOS, *La infamia en el Derecho Romano*, Instituto de Cultura «Juan Gil-Albert», Alicante, 1997, p. 43.

del *solvens* estaba la imposibilidad del deudor de pagar su deuda por su insolvencia¹⁹, donde la intervención ajena era dirigida a colmar el vacío provocado por el impago, ya que el *solvens* podía tener interés a que el deudor pague y no ser afectado también en su patrimonio²⁰. Por tanto, ambos factores estarían a la base de la intervención ajena y radicaría en la solidaridad existente en la sociedad, la cual incentivaba a sus miembros a liberar el deudor del vínculo al que estaba atado, siendo plausible que una deuda pueda ser pagada por cualquier tercero, aun *ignorante vel invito debitore*²¹, siempre que la naturaleza de la prestación lo permita.

A este respecto, los juristas de la época clásica que consideraban eficaz la *solutio* del tercero así realizada eran, principalmente, Gayo (en D. 46,3,53 y D. 3,5,39(38)), y Pomponio (en D. 46,3,23), siendo necesario que el *solvens* proceda con la voluntad de extinguir la deuda ajena (*animus solvendi*)²². Así pues, en D. 46,3,53 (4 *ad Ed. Prov.*)²³ Gayo afirma *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere*. En el texto se considera a la intervención del *solvens* como lícita, refiriéndose a que este último procede *ignorante vel invito debitore*, recalcando el hecho de que para el *ius civile* era lícito mejorar la condición de las personas a pesar de su contrariedad. Esta máxima se encuentra también en un texto colocado bajo el título de *negotiis gestis* en D. 3,5,39(38) (3 *de Verb. Obl.*)²⁴, en el que Gayo replica lo afirmado en el texto anterior: *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civiles ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse*. Según el texto, cualquiera puede pagar la deuda ajena a un *ignorante debitore*, lo que configuraría el *solvens* como un *negotiorum gestor*, ya que la *ignorantia* del deudor presupondría su ausencia del *locus solutionis*; asimismo, se alude a la posibilidad de que la *solutio* se realice *invito debitore*, lo cual tiene su fundamento en el principio que a cualquiera le es lícito mejorar la condición de los demás, a pesar de que estos sean contrarios, pero no la de empeorarla, resaltándose aquel espíritu de solidaridad que fundamenta la intervención de un extraño en la extinción de la deuda ajena.

Por su parte, admite la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* también Pomponio en D. 46,3,23 (24 *ad Sab.*)²⁵, *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti*

19. Sobre la insolvencia G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma, 1942; A. ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia, Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, 2010.

20. Cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 339

21. Cfr. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., pp. 41 ss.; E. BETTI, *Istituzioni* cit., p. 455; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1988, pp. 603 ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 10ª ed., 1987, pp. 339 ss.

22. Cfr. R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, I, (trad. esp. SAC) Barcelona, 1939, pp. 331 s.; S. CRUZ, *Da 'Solutio' I* cit., p. 227; A. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., pp. 815 ss. Respecto al *animus solvendi*, este tiene relación con el *animus negotia aliena gerendi*, cual intención de gestionar un negocio ajeno, donde surge la obligación para el *dominus negotii* de reembolsar al gestor, cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III (trad. it. C. Ferrini), Milano 1888, p. 184.

23. Sobre el texto véase S. CRUZ, *Da "Solutio" I*, cit., p. 335; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, p. 198, Id., *Das edictum perpetuum*, III, Leipzig, 1927, p. 132; E. LEVI-E. RABEL, *Index interpolationum* II, Weimar, 1935, p. 450.

24. Véase O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I cit., p. 264.

25. Véase O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, p. 134; E. LEVY- E. RABEL, *Index interpolationum*, III,

et ignorantis liberari possumus. El texto confirma la posibilidad de extinguir la deuda ajena por un extraño, tanto sin el conocimiento como en contra de la voluntad aún no manifestada del deudor, lo que comportaría estar ante un supuesto de *negotiorum gestio*.

Ahora bien, la locución *invito debitore*²⁶ significaría que existe una voluntad contraria del deudor a que otros paguen su deuda, la cual aún no habría sido manifestada debido a su ausencia o al hecho de que no ha sido conocida por el *solvens*; esto sucedía cuando este último sea consciente de que el deudor no esté de acuerdo en que otros paguen su deuda, pero aun así interviene al objeto de evitarle un daño que podría derivar de su insolvencia y que podría afectar también a sus intereses.

Pues bien, en los referidos textos no se encuentra la locución *prohibente* o *vetante debitore*²⁷, que evidenciaría una voluntad contraria explícitamente manifestada por el deudor antes o simultáneamente a la *solutio* del tercero²⁸, y que excluiría estar ante una *negotiorum gestio*, ya que muestra que el deudor no está ausente del *locus solutionis*; por tanto, todo se centraría en el significado atribuido al término *invito*. Ante ello, Pacchioni²⁹ resalta la diferencia entre una *gestio invito domino* de aquella *prohibente domino*, ya que *invito* es toda persona que no quiere que se realice un acto porque no sabe que se podría verificar, mientras *prohibente* es quien no quiere porque sabe de su realización. En este sentido, puede suceder que el tercero pague una deuda sin saber cuál es la voluntad del deudor, como en la *negotiorum gestio*, y a causa de dicha *ignorantia* se aplicaría el término *invito*; mientras que, diferentes consideraciones valdrían para la locución *prohibente debitore*³⁰.

Así pues, se constata para la época clásica la admisión y eficacia de la *solutio* del tercero realizada *ignorante vel invito debitore*, y la razón radicaría en la intención de los *prudentes* de aplicar el principio de mejorar la condición de los demás aun en contra de su voluntad, dejando, sin embargo, abierta la interpretación sobre el consiguiente derecho de regreso, al no plasmarlo explícitamente en favor del *solvens*³¹; o tal vez lo consideraban implícito, ya que, al tratar supuestos de *negotiorum gestio* se entendería aplicable la consiguiente *actio negotiorum gestorum contraria*.

También el derecho justinianeo admitió la eficacia de la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore*, según J. 3,29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tantem interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus*. Del texto bizantino se recaba que toda obligación se extingue por la *solutio* y no importa quien la realice, al quedar libre el deudor si también

Weimar, 1935, p. 442.

26. Sobre la *solutio* del tercero *invito debitore* véase C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., pp. 337 ss.; F. A. KÜNHOLD-G. W. IRMISCH, *De eo, quod invito altero facere licet in solutionibus*, Leipzig, 1723.

27. Como en D. 17,1,40.

28. Véase G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 558 ss.

29. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., p. 670.

30. Al respecto véase G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 550.

31. Véase F. MILONE, *La exceptio dolis (generalis)*, Napoli, 1882, pp. 184 s.

lo hace un tercero por él. Asimismo, se evidencia el supuesto de la *solutio* del tercero *ignorante debitore*, donde para la época el *solvens* procedería en calidad de *negotiorum gestor* y podría reclamar el regreso con la respectiva *actio contraria*. Por tanto, Justiniano confirma la eficacia de la *solutio invito debitore*, reproduciendo así las reglas establecidas en el derecho clásico sobre su admisión, pero dejando abierta la cuestión inherente al consiguiente derecho de regreso³².

El derecho de regreso en favor del solvens ignorante vel invito debitore

A través de la actio negotiorum gestorum contraria

Surge ahora la necesidad de evidenciar los elementos que caracterizan la *negotiorum gestio* y que justificarían el derecho de regreso del *solvens* a través de la *actio negotiorum gestorum contraria*³³. Así pues, la *solutio* del tercero realizada sin el conocimiento del deudor o en contra de su voluntad aún no manifestada, comportaría que el *solvens* pague en ausencia del deudor principal del *locus solutionis*³⁴, ya que, por distintas razones podría encontrarse lejos del lugar acordado con el acreedor para realizar el pago. En efecto, la ausencia del deudor fue la causa más común por la que el *solvens* decidía intervenir, y podía deberse a la gran cantidad de negocios que obligaban los *civis* a alejarse de Roma cuando ésta empezó su expansión más allá del *pomerium* urbano. A tal respecto, en la *laudatio* del edicto de *negotiis gestis* referida por Ulpiano en D. 3,5,1³⁵, se exalta la *absentia domino*³⁶ como la causa principal por la que el Pretor se pronunció para amparar los intereses de los ausentes³⁷.

Asimismo, era necesario que el deudor no esté al corriente (*scientia*) de la intervención del tercero *solvens*³⁸, por lo que la *ignorantia debitore* también se relaciona con su ausencia, ya que, al no estar presente, tampoco tenía conocimiento de la intervención ajena, llegando a tenerla solo *a posteriori*, tal y como refieren las fuentes en las que se evidencia como la *ignorantia* era un elemento intrínseco para configurar la *solutio* del

32. Véase al respecto C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*. cit., pp. 27 s.

33. Véase J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «La *solutio* del tercero “*ignorante vel invito debitore*” y sus vías de regreso contra el deudor» cit., pp. 217-266.

34. Sobre la *absentiae* cual requisito de la *negotiorum gestio* véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 47 ss. Mientras que, sobre la ausencia en las diferentes épocas del Derecho Romano véase F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, pp. 89 ss.

35. (9 ad Ed.): *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant*.

Sobre el texto véase F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III cit., pp. 168 ss.

36. Véase además D. 3,5,2, D. 3,5,11(10), D. 3,5,19(18),3, D. 3,5,31(30),2, D. 17,1,20,1, D. 17,1,22,10 y D. 44,7,5 pr.

37. Cfr. G. NEGRI, «La *gestione di affari nel diritto romano*» cit., pp. 661-686.

38. Ya que su conocimiento equivaldría a su consentimiento tácito, lo que configuraría la gestión en un mandato, véase K. MAYNZ, *Curso de Derecho Romano* (trad. esp. D. A. J. Pou y Ordinas), II, Barcelona, 1892, p. 512, n. 11.

tercero en una *negotiorum gestio*³⁹. A esto se añade la espontaneidad de su intervención⁴⁰, ya que no debía existir un precedente encargo por parte del deudor⁴¹.

Por otra parte, característica de la *negotiorum gestio* era el *animus negotia aliena gerendi*⁴², es decir, la voluntad del tercero de gestionar un negocio ajeno, y que se plasmaría en la intención del *solvens* de liberar el deudor de su acreedor⁴³. Otro elemento determinante para configurar la *negotiorum gestio* era el *utiliter coeptum*⁴⁴, que significaba que la gestión haya sido bien iniciada⁴⁵, y de donde surgía el derecho del *gestor* a que el *dominus* asuma las consecuencias patrimoniales una vez iniciado dicho negocio⁴⁶. En efecto, el tercero debía administrar los negocios ajenos de manera útil para el *dominus*, y solo así nacía su derecho a pretender el regreso mediante la *actio negotiorum gestorum contraria*⁴⁷, surgiendo la dialéctica entre el *utiliter coeptum* y el *utiliter gestum*⁴⁸, donde el primero concernía la utilidad de la intervención en su momento inicial, mientras que el segundo concernía la utilidad de la gestión en su conjunto⁴⁹.

Cabe resaltar el lugar que ocupó en la *negotiorum gestio* la *contemplatio domini*, es decir, la voluntad del tercero de gestionar en el interés de un sujeto determinado, y que tendría relevancia en el supuesto que existan varios sujetos que obtengan una ventaja por la gestión⁵⁰. En tal contexto, relevante aparece el *animus* o *voluntas repetendi*, es decir, la voluntad de recuperar cuanto gastado en utilidad de otros⁵¹, y que en la *solutio* del tercero se concretaba en la intención de obtener lo pagado por el deudor, ya que, de lo contrario, surgirían los extremos para considerar en el *solvens* el *animus donandi*, que equivaldría a que éste tenga la voluntad de liberar al deudor sin pretender nada, renunciando a la *actio negotiorum gestorum contraria*⁵². Desde esta perspectiva, existiría relación entre el *animus donandi* y la *solutio invito debitore*, ya que si el *solvens* insiste en pagar a pesar de que sabe que el deudor no está de acuerdo, tal vez sea porque no tiene la intención de recuperar lo pagado⁵³. Sin embargo, el hecho de que el *solvens* solicite

39. D. 3,5,39(38), D. 46,3,23, D. 46,3,53 y J. 3,29 pr.

40. Véase D. 3,5,3(11)10.

41. Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II (trad. it. por Fadda-Bensa), Torino, 1904, pp. 265 ss.

42. Al respecto véase G. PACCHIONI, «Il requisito dell'animus negotia aliena gerenda nelle obligationes negotiorum gestorum», en *Rendiconti dell'istituto Lombardo* (1891), pp. 507 ss.; S. PUGLIATTI, s.v. «Animus», en ED, 2 (Milano, 1958), pp. 450 ss.

43. Cfr. M. TALAMANCA, *Elementi di diritto romano privato* cit., p. 316; A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1993, pp. 490 ss.

44. Véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., pp. 51 ss.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto romano privato* cit., p. 316.

45. Véase D. 3,5,10(9),1.

46. Otra fuente que evidencia tal requisito es CJ. 2,18(19),10.

47. Cfr. F. SERRAO, *Il procurator* cit., p. 104.

48. Véase R. QUADRATO, «Ancora su "utiliter agere"» cit., pp. 356 ss.

49. Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 503 s.

50. Cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 109 s.

51. Véase CJ. 2,18(19),11 y CJ. 2,18(19),15.

52. Cfr. G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 556.

53. Véase al respecto F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* IV (trad. it. V. Scialoja), Torino, 1886-98, §158, p.

el regreso es prueba de que no ha procedido *animus donandi*⁵⁴.

Más allá de esto, se considera a la *solutio* del tercero en los supuestos *ignorante vel invito debitore* desde la perspectiva de la *negotiorum gestio*, tal y como se observa en D. 3,5,21(20) pr.⁵⁵, D. 3,5,39(38) y D. 3,5,43(42), donde, además, D. 46,3,23 y D. 46,3,53, a pesar de no hacer parte del título de la *negotiorum gestio*, evidencian el elemento de la *ignorantia debitore*, por lo que se considerarían también desde tal perspectiva⁵⁶.

Por tanto, la acción que el *solvens* dispondrá para el regreso será la *negotiorum gestorum contraria*⁵⁷, al ser la idónea para proceder en dichos supuestos⁵⁸, tal y como se recaba de lo referido por Paulo en D. 17,1,20,1 (9 *ad Sab.*)⁵⁹: *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum*. Según el texto, el *solvens* procede para el regreso con la *actio negotiorum gestorum contraria* si pagó la deuda del ausente, ya que no le puede corresponder la *actio mandati contraria* desde el momento que no existe un mandato entre ellos. En consecuencia, a través de dicha acción, el deudor quedaba obligado a indemnizarlo, pero solo de los gastos considerados útiles. Sin embargo, es evidente que la *solutio* determina una utilidad para el deudor, por lo que se confirma la titularidad para el *solvens* del derecho al regreso con la referida *actio contraria*⁶⁰.

A través de la actio negotiorum gestorum utilis

Ahora bien, la contrariedad del deudor a que otros paguen su obligación podía reflejarse a través de la locución *prohibente* o *vetante debitore*, en cuyo caso resultó complejo reconocer el derecho de regreso para el *solvens* que pagó a pesar de la explícita prohibición del deudor principal⁶¹. Ante ello, refiere Paulo en D. 17,1,40 (9 *ad Ed.*)⁶²: *Si pro praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed*

162.; B. BIONDI, «Il concetto di donazione», en *Scritti Ferrini*, I (Milano, 1947), pp. 102 ss.; S. BROISE, “Animus donandi”.

Concetto romano e i suoi riflessi nella dogmatica moderna, Pisa, 1975, pp. 186 ss. Tesis objetada por G. G. ARCHI, «Animus donandi», en *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III (Milano, 1951), pp. 145 ss.

54. Véase al respecto G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 558.

55. Sobre el texto véase A. D'ORS, «Un episodio jurídico de la guerra sertoriana», *AHDE*, 48 (1978), pp. 269 ss.

56. Véase F. ATZERI, *La gestione d'affari altrui nella dottrina* cit., pp. 244 ss.

57. Cfr. G. NICOSIA, s.v. «Gestione di affari altrui» cit., pp. 628 ss. Sobre la *actio negotiorum gestorum contraria* véase C. H. BREUNING-J. A. OLEARIUS, *Quaestio iuris controversi. An impensae voluptariae repeti possint in actione negotiorum gestorum contraria*, Leipzig, 1771; A. CENDERELLI, «Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustiniano», en *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti de la Société Internationale F. De Visscher pour l'Historie des Droits de l'Antiquité*, Atti della 51ª Sessione (Crotone-Messina, 16-20/9/1997) (a cura di I. Piro), pp. 289 ss.

58. Cfr. P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* (trad. it. de la 4ª ed. por C. Longo), Milano, 1909, p. 640.

59. Sobre el texto véase H. KRELLER, «Das Edikt negotiis gestis in der klassischer praxis», *ZSS*, 59 (1939), p. 426.

60. Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni* cit., pp. 339 ss.

61. El tema ha sido abordado en J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)» cit., pp. 251-266.

62. Sobre el texto véase O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I cit., p. 921; Id, *Das edictum perpetuum*, II, Leipzig, 1927, p. 101; E. LEVY – E. RABEL, *Index interpolationum*, I, Weimar, 1935, p. 292.

uidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur. En el texto⁶³, Paulo excluye el regreso en favor del *fideiussore*, tanto a través de la *actio mandati contraria* como por la *negotiorum gestorum contraria*⁶⁴, lo cual resulta admisible desde que la prohibición del deudor excluye cualquier encargo dado al fiador⁶⁵, a más de los requisitos de la *negotiorum gestio*, entre ellos, la *absentia* y la *ignorantia domini*⁶⁶, según la frase *Si pro praesente et vetante fideiusserim*.

Asimismo, Paulo tampoco está de acuerdo, conforme a la opinión de Pomponio, en admitir una *actio utilis* para el regreso, la misma que habría sido considerada por algunos jurisconsultos según la frase *sed quidam utilem putant dari oportere*, lo que evidencia que hubo quienes estaban de acuerdo en admitir dicha acción. Esta circunstancia ha planteado la hipótesis de que para la época haya surgido un debate jurisprudencial respecto a los efectos de la *gestio prohibente domino*⁶⁷, donde para algunos, el *gestor* disponía de una *actio utilis* modelada en la *actio negotiorum gestorum contraria*⁶⁸, en consecuencia, del quebrantamiento de la *aequitas*⁶⁹ y del consiguiente enriquecimiento injustamente obtenido por el deudor liberado⁷⁰, según el razonamiento de algunos glosadores que también retomaron el tema⁷¹.

63. Sobre el término *prohibente - vetante*, estos equivalen a impedir o vetar, por consecuencia, indican una manifestación explícita de la contraria voluntad a la injerencia ajena, cfr. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile* cit., p. 670; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., p. 360; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 550.

64. Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni* cit., p. 446.

65. Cfr. M. TALAMANCA, s.v. «Fideiussione» (*Parte storica*), en ED XVII (Milano, 1968), p. 337.

66. Véase M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, p. 96.

67. Sobre esta disputa véase V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., pp. 2 ss.; G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., pp. 669 ss.; Id., *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale* cit., pp. 561 ss.; P. COGLIOLO, *Trattato teorico pratico della amministrazione degli affari altrui* cit., pp. 11 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III, (trad. it. C. Ferrini), Milano, 1888, pp. 180 s.; F. ATZERI, *I requisiti essenziali della negotiorum gestio* cit., pp. 40 ss.; R. CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui prohibente domino* cit.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1 cit., pp. 558-570. Para G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 1935, p. 552, la cuestión adquiere mayor interés desde la perspectiva de la *solutio*.

68. Sobre la respectiva fórmula véase D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1999, pp. 49, 50, nt. 157.

69. Véase S. RICCOBONO, s.v. «Aequitas» cit., p. 210; B. RIPOSATI, «Una singolare nozione di aequitas in Cicerone», en *Studi Biondi*, II (Milano, 1965), pp. 447 ss.

70. Sobre la teoría romana del enriquecimiento injustificado y las acciones dirigidas a contrastarlo, véase entre otros G. ASTUTI, s.v. «Arricchimento» (*azione di*) (*Premessa storica*), en ED, 3 (Milano, 1958), pp. 52-63; B. KUPISCH, s.v. «Arricchimento nel diritto romano, medievale e moderno», en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I (Torino, 1994), pp. 423-436.

71. En efecto, Martino Gosia admitía una *actio utilis ex aequitate* en una de las *dissensiones dominorum* del título *An is qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat*, al contrario de la mayor parte de los maestros que negaban todo tipo de acción, según la frase *nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. si pro te et D. de negotiis gestis, l. ex duobus*, cfr. G. HÄNEL, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Lipsiae, 1934, p. 241; Hugolinus §33, p. 275; V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., p. 11; V. RIVALTA, *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna, 1895, pp. 109 ss.; R.

Para Sotty⁷², la *actio utilis* referida en el texto de Paulo sería la acción que poseía el acreedor satisfecho y que de forma útil habría sido cedida al *solvens* para que proceda en contra del deudor en calidad de su nuevo acreedor. Sin embargo, resulta más factible considerar la función de la *actio negotiorum gestorum*, es decir, fingir que el deudor jamás prohibió la intervención ajena⁷³ y suponer el estar ante una *gestio ignorante domino*, que, por el contrario, forzar la admisión de una *actio mandati utilis*, y fingir que se haya dado un mandato cuando más bien se prohibió la intervención ajena⁷⁴.

También Frezza⁷⁵ considera que la acción aplicable al supuesto de D. 17,1,40 sería la *negotiorum gestorum contraria* en vía útil⁷⁶, la cual, al estar fundamentada en la utilidad efectiva que obtuvo el deudor, no presuponia de todos los requisitos de la ordinaria *negotiorum gestorum*⁷⁷, debiendo aplicarse de forma equitativa para actuar el regreso⁷⁸, pero en el límite del enriquecimiento obtenido por el deudor⁷⁹. En tal sentido, la tesis favorable a la adaptación en vía útil de la *actio negotiorum gestorum* estaría fundamentada en la exigencia de evitar que el deudor se enriquezca injustificadamente y con detrimento ajeno⁸⁰, ya que, a pesar de que estuvo contrario a la intervención del fiador,

CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui* cit., p. 16; J. HALLEBEEK, «Developments in Medieval Roman Law», en *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (ed. E.J.H. Schrage) (Berlín, 1995), pp. 70 ss.; K. LUIG, «Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel Usus modernus», en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (a cura di L. Vacca) (Torino, 2005), pp. 53 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 15. También Pillio de Medicina admitió una *actio negotiorum gestorum utilem* para tal supuesto en la *Questio VI* de sus *Quaestiones Sabbatinae* del título *An solvens pro t(e) ne damnun pateretur, possit solum repetere et qua actione*, cfr. PILII MEDICINENSIS, *Quaestiones Sabbatinae*, en *Corpus Glossatorum iuris civilis*, IV, ed. Romae, 1560 (rist. Torino, 1967) ff. 10 s.; R. CAVALLARO, (a cura di) *La gestione d'affari altrui* cit., pp. 37 ss.; V. RIVALTA, *Dispute celebri* cit., pp. 114 ss.; A. BELLONI, «Le questioni civilistiche del secolo XII», en *Ius Commune*, 43 (Frankfurt am Main, 1989), pp. 127-130.

72. R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actions. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, pp. 257 ss.; Id., «Les actions qualifiées d'utiles en droit classique», *Labeo*, 25 (1979), p. 152.

73. Véase C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II Il processo formulare*, Torino, 1982, p. 84.

74. No obstante, J. R. POTHIER, (*Appendice au*) *Traité du contrat de mandat, Oeuvres*, V, ed. Paris, 1847, pp. 242 ss., define a la *negotiorum gestio* como una especie de mandato ficticio, lo que permite no excluir del todo la idea de la aplicación de dicha *actio mandati utilis*.

75. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 193.

76. Véase H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio* cit., p. 88; G. I. LUZZATTO, «H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln, 1968*», *SDHI*, 35 (1969) pp. 482 ss. En consecuencia, E. Valiño, «Acciones útiles», Pamplona, 1974, p. 219, sobre la base de las afirmaciones de Seiler, constata la originalidad clásica de la *actio negotiorum gestorum utilis* para el supuesto *prohibente domino*.

77. Cfr. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., p. 5.

78. En efecto, observa F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana* Vol. I [Ed. Anast. Pisa, 1886], Roma, 1971, p. 160, como las acciones útiles se admitían «[...] a cagione della equità dall'insieme dei fatti». Véase S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo, 1915, p. 374.

79. Por lo tanto, esta *actio utilis* asumió la función de una acción de enriquecimiento, cfr. S. RICCOBONO, *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento* cit., p. 22; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II/2. cit., pp. 159 s.

80. Véase S. RICCOBONO, «Tracce di diritto romano classico», *BIDR*, 18 (1906), pp. 203 ss. ID., *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento* cit., pp. 17 ss.

se vio liberado de su deuda sin dar nada a cambio⁸¹. Esto permitía proceder para el regreso en calidad de *negotiorum gestor*⁸², con base en el principio que prohíbe que nadie se enriquezca con daño ajeno, según D. 12,6,14 y D. 50,17,206⁸³.

Respecto a la época justinianea, en esta aparece otra mención a la *actio utilis* en CJ. 2,18(19),24⁸⁴, donde se informa de una disputa surgida entre los antiguos jurisconsultos respecto al derecho de regreso consiguiente a la *gestio prohibente domino*, y en la que algunos estimaban oportuno conceder una *actio directa* o *utilis*, mientras que otros la negaban, entre ellos Juliano⁸⁵, a cuyo parecer se acogió Justiniano al excluir toda acción en favor del *gestor*⁸⁶. Así pues, gracias al referido texto podemos conocer el estado de la cuestión para la época anterior a CJ. 2,18(19),24, donde hubo una corriente favorable al derecho de regreso para el *gestor prohibente domino*⁸⁷.

A través del mecanismo de la *cessio actionum*

Ahora bien, para la época clásica existió una vía alternativa para obtener el regreso en los referidos supuestos, siendo posible que el *solvens* se dirija primero al acreedor para obtener de éste la cesión de sus acciones de crédito⁸⁸, las cuales ya no le eran útiles en

81. Cfr. R. CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui* cit., p. 9.

82. Véase F. ATZERI, *La gestione d'affari altrui* cit., pp. 244 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., pp. 337 ss.

83. Fuentes que aluden a la *aequitas naturalis*, entendida cual justicia distributiva, véase C. A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore* cit., pp. 24 ss.

84. CJ. 2,18(19),24: *Imp. IUSTINIANUS A. IOANNI P.P. Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res facta sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iulianu sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, sicut post denuntiationem, quam ei dominus trasmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa assimulatione abita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem. Dat. XIV. Kal. Dec. Constant. LAMPADIO et ORESTE Cons. [530].*

85. Véase G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 560; E. VALIÑO, "Acciones útiles" cit., p. 217.

86. Tal decisión no consideró la relevancia de la utilidad efectiva que recibió el *dominus negotii* al obtener un enriquecimiento injustificado por la *gestio* realizada a su favor, por lo que debía restablecerse la *aequitas* quebrantada a causa de la injusta *locupletatio*, cfr. C. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, I (trad. it. F. Fulvio), 2ª ed., Napoli, 1867, p. 261, nt.1.

87. Véase E. VALIÑO, "Acciones útiles" cit., p. 218; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., pp. 202 ss.

88. En materia véase W. ROZWADOWSKI, «Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano», *BIDR*, 76 (1973), pp. 11 ss.; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «La solutio del tercero "ignorante vel invito debitore" y sus vías de regreso contra el deudor» cit., pp. 217-266.

cuanto había visto satisfecho su crédito⁸⁹. Para tal hipótesis todo dependía de la voluntad del acreedor de cederle sus acciones, mientras que la voluntad del deudor, cualquiera esa haya sido, no tenía relevancia. De tal forma, el sistema de la *cessio actionum* (o *cessio nominis*)⁹⁰ pudo haberse realizado sólo en el marco del derecho clásico; en efecto, en un primer momento la *cessio actionum* se consiguió por vía procesal mediante el *procurator in rem suam*⁹¹ nombrado por el acreedor, quien le atribuía el poder de perseguir al deudor, y donde su acción se ejercía mediante una fórmula con transposición de sujetos⁹², existiendo el inconveniente de que ella vencía con la muerte de una de las partes⁹³.

Así pues, con la *solutio* el *solvens* podía obtener del acreedor sus acciones de crédito que tenía contra el deudor mediante una especie de compraventa ficticia de las mismas⁹⁴, surgiendo los presupuestos para considerar la *solutio* como una *nominis emptio*⁹⁵, donde aparece relevante lo referido por Ulpiano en D. 46,1,10 pr. (7 Disp.): [...] *nec enim semper facilis est nominis emptio, cum numerario totius debiti non sit in expeditio*. Esta frase confirma que el *solvens* podía solicitarle al acreedor que le ceda sus acciones de crédito, apareciendo como comprador de ellas, y el pago sería el precio pagado para obtenerlas⁹⁶.

Por otra parte, era necesario que la cesión se realice de forma simultánea a la *solutio* de la deuda, lo que se recaba de la interpretación de un texto de Juliano en D. 46,1,17 (89 Dig.): *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina*. Del texto se presume que el fiador pagó sin hacerse previamente ceder las acciones que el acreedor poseía, liberando al deudor, pero necesitando para obtener las acciones que la cesión se realice simultáneamente a la *solutio*⁹⁷. Al respecto, Juliano afirma que, al no servirse el fiador de tal instrumento, la praxis era favorable en auxiliarlo (*succurri solet*) y reconocerle la cesión de las acciones por el acreedor satisfecho, donde la simetría con la que debía realizarse dicha cesión se recaba del hecho de que el fiador está por pagar (*solidum solvere paratus est*) pero debe hacerlo simultáneamente a la cesión (*vendere ceterorum nomina*). En efecto, si al pagar la deuda ajena se extinguían las acciones de crédito, era necesario encontrar un modo

89. Véase cfr. N. DE FEO, *La cessione dei crediti e delle azioni nel diritto romano e nel Codice patrio* (extraído de *Rivista di Giurisprudenza di Trani*, Año VI, fac. I), Giovinazzo, 1881, p. 4.

90. Sabemos que desde la época clásica el *solvens* podía hacerse ceder las acciones del acreedor satisfecho a través de la *cessio actionum*, las mismas que aún no se habrían extinguido por la *litis contestatio* para ir en contra del deudor y así obtener el regreso, cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, II, Santiago, 1996, p. 93. En ese sentido, véase también R. VIGNERON, «*Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*», *BIDR*, 16 (LXXVII) (1974), p. 443; F. BRIGUGLIO, «*Fideiussoribus succurri solet*», Milano, 1999; G. PROVERA, «*Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*», en *Studi Sanfilippo IV* (Milano, 1983), pp. 609-659.

91. Cfr. W. ROZWADOSWSKI, «*Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*» cit., pp. 17, 23.

92. Cfr. A. GUARINO, *Diritto romano privato* cit., pp. 818 ss.

93. Cfr. A. BURDESE, *Manuale* cit., p. 543.

94. Al respecto véase. J. A. C. THOMAS, «*Sale actiones and other actiones*», *RIDA*, 26 (1979), pp. 417 ss.

95. Manifiesta S. SOLAZZI, *L'estinzione della obbligazione* cit., p. 53, que la cesión de las acciones de crédito se configuraba como una *nominis emptio*, ya que como observa CJ. 8,42,5, el tercero no tiene acción de hacerse ceder por la deuda por él satisfecha a menos que no la haya comprado.

96. Cfr. G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria* cit., pp. 85 ss.

97. Cfr. F. BRIGUGLIO, «*Fideiussoribus succurri solet*» cit., pp. 262 ss.

para lograr extinguir la deuda y al mismo tiempo mantener existente el crédito. Y es aquí donde surge la idea de entender que se trataría de una compraventa ficticia de las acciones y donde la *solutio* se entendería como su precio⁹⁸.

El alcance de la *regulae iuris* de Gayo en el Código civil de Bello

Con respecto al alcance de la *regulae iuris* de Gayo en el Código civil chileno⁹⁹ elaborado por don Andrés Bello¹⁰⁰, quien para su realización se basó en varias fuentes históricas¹⁰¹, el Código admite que un tercero pague la deuda ajena a través de diferentes formas¹⁰², según su artículo 1.572: Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor¹⁰³. De esta disposición se evidencia el alcance de la *regulae* gayana, pues se recaban los supuestos del pago hecho sin el conocimiento y en contra de la voluntad del deudor¹⁰⁴, todo ello para mejorar la condición del deudor y también la de la comunidad¹⁰⁵.

Ante todo, al establecer que cualquier persona a nombre del deudor puede pagar su deuda, se supone que el tercero intervenga con el conocimiento y, por consiguiente, con el consentimiento expreso o tácito del deudor, por lo que estaríamos ante la intervención del mandatario del obligado, quien para obtener el regreso queda subrogado «por el mi-

98. Cfr. F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” cit., pp. 267 ss.; G. PROVERA, «*Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*» cit., pp. 639 ss.

99. El tema ha sido abordado en J. C. PRADO RODRÍGUEZ, «*Estudio sobre la actio utilis referida en D. 17,1,40 (Paul. 9 ad ed.)*» cit., pp. 267 ss.

100. Sobre el proceso de codificación en Chile véase A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Ibero América. S. XIX y XX*, Santiago, 2000, pp. 350 ss.

101 Véase A. GUZMÁN BRITO, «*El Código civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*», en *Anuario de Derecho Civil* 3 (2006), pp. 1290 s.; ID., «*El Código civil chileno y sus primeros intérpretes*», *Revista chilena de Derecho*, 19 (1992), pp. 81-88; L. RODRÍGUEZ ENNES, «*La permanencia del Derecho Romano en los códigos europeos e iberoamericanos*», *AFDUC* 16 (2012), p. 748; M. ALONSO PÉREZ, «*Doscientos años del Code civil des français en USC (1804-2004). Catálogo de la exposición celebrada en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela, 2005*», *ADC* t. LX (2007), p. 876.

102. Sobre la concepción dogmática del pago del tercero en la actualidad, véase M. N. TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso. En el pago por tercero, regimenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos*, Valencia, 1996; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «*El pago por tercero*», en *Extinción de obligaciones* (Madrid, 1996), pp. 13-88; N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000; P. DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998; C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, Giuffrè, 2002; C. SERRANO HERRERA, «*La legitimación para el pago de un tercero*», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2011), pp. 137-211.

103. Véase al respecto L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, IV. *De las obligaciones*, Editorial Jurídica chilena, 1979, §1338, p. 59.

104. Cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 48; R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 1354.

105. Según. D. 46,3,53; Partidas 5, 14, 3. Véase L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 50.

nisterio de la ley en el lugar y derecho del acreedor»¹⁰⁶. Otra posibilidad es que el *solvens* pague en calidad de gestor oficioso, sin que el deudor conozca de su intervención. En tal caso, el derecho de regreso se fundamenta en el evitar un enriquecimiento injustificado, por lo que podrá exigir el reembolso en el límite de la cantidad pagada, pero sin ser subrogado en las acciones del acreedor *ipso iure*¹⁰⁷. La última posibilidad es que el *solvens* intervenga en contra de la voluntad del deudor, siendo el supuesto que mayor dificultad determinó para establecer el derecho de regreso en favor del *solvens*, y que ha dado lugar a una contradicción entre los artículos 1.574 y 2.291 C.c. En efecto, el primero establece que, el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción.

De esta forma, la norma excluye *a priori* el derecho de regreso en favor del *solvens*¹⁰⁸, dejando abierta la posibilidad del reembolso mediante las acciones del crédito que posee el acreedor satisfecho y que de forma voluntaria le cedería para que se dirija en contra del deudor. Sin embargo, se observa que el derecho de regreso no se concede *ipso iure*¹⁰⁹, pues el acreedor se encuentra en la potestad de que el *solvens* lo haga efectivo¹¹⁰.

Por otra parte, la segunda alternativa planteada por Bello fue la de admitir el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore* en el artículo 2.291: El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado. El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo. Según el artículo, el elemento central que fundamenta el derecho de regreso en tal supuesto radica en la utilidad efectiva que

106. Así L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 51. Y según lo establece el artículo 1610, numeral 5, C.c.ch.

107. En efecto, el artículo 1573 Cc.ch. establece: El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. Del mencionado artículo se recaba que el pago hecho por el gestor oficioso puede obtener solo el reembolso de lo pagado, sin poder repetir los demás gastos que conllevan el mismo. Asimismo, el referido artículo excluye la posibilidad de la subrogación legal (ex art. 1610), admitiéndose implícitamente aquella convencional (ex art. 1611), cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 51.

108. Por lo que se refiere a la negación del derecho de regreso, esta se ha fundamentado un presunto *animus donandi* del *solvens*, véase F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., t. VI, París, 1926, p. 265. Sin embargo, el hecho que el *solvens* solicite el regreso constituye prueba de que no tuvo la intención de donar, véase al respecto J. J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones. t. II B, Transmisión de las obligaciones, extinción de las obligaciones, pago*, Buenos Aires, 1993, p. 143, n. 90.

109. Véase las consideraciones de W. E. FIGUEROA VÁSQUEZ, *La acción de enriquecimiento sin causa*, Editorial Jurídica Consur, Santiago de Chile, 1997, p. 158.

110. Véase R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actions* cit., p. 259. En este sentido, la vía para obtener el regreso queda abierta, pero subordinada a la voluntad del acreedor, evidenciando así que la exclusión del reembolso no es absoluta, cfr. J. V. LASTARRIA, *Instituta del derecho civil chileno*, 2ª ed., Gante, 1864, pp. 222 s. Sobre la subrogación convencional véase J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Granada, 1999, p. 137.

obtuvo el interesado del negocio gracias a la intervención del tercero¹¹¹, la misma que, a pesar de haberse prohibido, lo liberó de una obligación a la que estaba vinculado.

Sobre la cuestión *prohibente debitorum*, ya tomada en consideración por Pothier¹¹² y los exegetas franceses¹¹³, el Código presenta la referida contradicción¹¹⁴, pero donde se ha visto en la utilidad efectiva de la gestión, el alcance de la romana *actio utilis*, la misma que justificaría el derecho de regreso para el *solvens* al estar dirigida a mantener la *aequitas* entre las partes y así evitar que el deudor se enriquezca injustificadamente¹¹⁵.

Ante lo cual, Claro Solar¹¹⁶ se decanta por dar prevalencia al artículo 2.291, al observar que el 1.574 determina la exclusión del derecho de regreso en cuanto la acción de la deuda deja de existir a causa del pago realizado. Para dicho autor¹¹⁷, el *solvens* dispondrá de la acción de enriquecimiento conocida como *de rem in verso* para demandar la parte exacta del pago que le fue de utilidad al deudor¹¹⁸. En efecto, la tendencia ha sido la de decantarse por lo establecido en el artículo 2.291¹¹⁹, y admitir el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitorum* sobre la base de la utilidad efectiva que la gestión le atribuyó al deudor. A este respecto, también para Abeliuk Manasevich¹²⁰ es más equitativa

111. Véase A. SALAS, *Obligaciones, contratos y otros ensayos* cit., p. 358; M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., pp. 212 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 501-607; S.J. STOLJAR, «*Negotiorum gestio*», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X. *Restitution/Unjust Enrichment and negotiorum gestio* (ed. E.V. Caemmerer –P. Schlechtriem), (Boston, 2007), pp. 49 s.

112. Así, J. R. POTHIER, (*Appendice au*) *Traité du quasi-contrat de negotiorum gestorum*, *Oeuvres*, II, Paris, 1807, §181, pp. 123 ss., hace referencia al pago *prohibente debitorum*, donde critica D. 17, 1, 40, al no ser esta una solución conforme a la equidad natural.

113. Así, C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, 6ª ed., Paris, 1830, vol. IV, part. I, pp. 11 ss., n. 12, negó el derecho de regreso para el *solvens prohibente debitorum*. Por otro lado, estuvieron a favor del derecho de regreso, pero en el límite de la utilidad obtenida por el interesado del negocio para así evitarle un injusto enriquecimiento, A. DURANTON, *Cours de droit civil, suivant le Code français avec des sommaires ou exposés analytiques en tête de chaque chapitre et section de matière*, t. VII, 4ª ed., Bruxelles, 1841, libro III, tit. III, Cap. V, n. 19, p. 12, y M. TROPLONG, *Mandat*, Bruxelles, 1846, n. 75-86, pp. 21 ss.

114. Cfr. E. ESCALA, «*Bello y el Código Civil Chileno. Comentarios acerca de la obra Don Andrés Bello, de Eugenio Orrego Vicuña*», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, [S.l.], v. 1, n. 1-2, ene. 1935. Disponible: <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/3987/3883>; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 2014, p. 325; C. SERRANO HERRERA, «*La legitimación para el pago de un tercero*» cit., p. 194.

115. Principio que aparece también en las Partidas, P. 7,34,17: «*E aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse torcicemente en daño de otro*», véase L. DIÉZ-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado en Ensayos Jurídicos* (1953-2011) t. II. *Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado*, (Thomson Reuters. Civitas, 2011), p. 3030.

116. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 52, nt. 30.

117. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 52 nt. 30; R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones* cit., p. 169.

118. Sin contar los intereses, gastos y eventuales perjuicios sufridos, véase C. SERRANO HERRERA, «*La legitimación para el pago de un tercero*» cit., p. 196.

119. Cfr. M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos* cit., p. 290; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. Fadda-Bensa), vol. II, Torino, 1904, p. 273.

120. R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, II, 4ta ed., Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 597, 551.

dicha disposición, ya que ampara un injusto enriquecimiento para el deudor, «que se economiza el pago sin dar nada a cambio»¹²¹.

Sin embargo, esta tendencia ha encontrado críticas por parte de Ospina Fernández¹²², quien considera que admitir el derecho de regreso carece de toda justificación jurídica. Y, del mismo parecer es Figueroa Vásquez¹²³, quien considera que se debe rechazar la acción de enriquecimiento a causa de la conducta temeraria del *solvens*.

Conclusiones

La *regulae iuris* referida por Gayo habría admitido la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* en el contexto del Derecho Romano clásico, cuyo derecho de regreso para el *solvens* procede mediante la *actio negotiorum gestorum contraria* en el supuesto *ignorante debitore*; mientras que, para aquél *invito debitore*, dicha acción será aplicada sólo en base a la interpretación dada al término *invito*, cual voluntad contraria pero no manifestada por el deudor. Sin embargo, ante una explícita prohibición del deudor surgió la disputa sobre el reconocimiento del derecho de regreso y en la que existieron quienes admitían una *actio utilis* dirigida a evitar un enriquecimiento injustificado para el deudor. Por otra parte, se ha evidenciado también aquella praxis inherente a la *cessio actionum* en la que el acreedor satisfecho podía ceder sus acciones al *solvens* para que este pueda obtener el regreso.

Con respecto al alcance de la *regulae iuris* de Gayo en el Código civil de Bello, esta se evidencia en la posibilidad de que un tercero pueda extinguir la deuda ajena sin el conocimiento y en contra de la voluntad del deudor principal, admitiéndose, para el primer supuesto, la subrogación para el reembolso, pero verificándose una contradicción en la normativa inherente al derecho de regreso consiguiente al pago del tercero *prohibente debitore*. Esta circunstancia denota la continuidad de los mecanismos procesales romanos dirigidos a actuar el regreso en favor del *solvens*, inclusive con las mismas problemáticas que se presentaron y que, al parecer, no pudieron ser solventadas por Bello a la hora de establecer los lineamientos del derecho de regreso, en particular, para la cuestión *prohibente debitore*. Sin embargo, se evidencia la prevalencia en la normativa del Código, del recurso al instituto de la subrogación, dirigida para actuar el derecho de regreso en favor del *solvens*, y cuyo antecedente remoto fue el mecanismo romano de la *cessio actionum*.

121. Así R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, II cit., p. 551. De su parte, R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, 10ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 169, se limita a interrogarse cómo solucionar dicha controversia, exponiendo las teorías de dos autores chilenos.

122. G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones* cit., p. 326.

123. W. E. FIGUEROA VÁSQUEZ, *La acción de enriquecimiento sin causa* cit., p. 158.