

Observaciones sobre D.17.1.22.10

(Paul. l.XXXII ad ed.)

por María Del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ

(Universidad Autónoma de Madrid)

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

Tal y como aparece redactado actualmente el texto de PAULO establece que si el *curator bonorum* no hubiera entregado el

precio a los acreedores del concursado -en opinión de TREBACIO, OFILIO y LABÉON- a los acreedores presentes les compete la acción de mandato y a los ausentes la acción de gestión de negocios. Mas si el curador realizó la venta por mandato de los presentes, los ausentes no tendrán la acción de gestión de negocios contra él, sino acaso contra los que mandaron al curador, como si hubieran sido gestores de los negocios de los ausentes; pero si hubieran mandado esto creyéndose únicos acreedores, serán obligados por medio de una *actio in factum*.

El fragmento 22.10 está extraído del libro 32 de los Comentarios al Edicto de PAULO, donde el jurista trataba del contrato de mandato. Pero el texto nos interesa sobre todo por su relación con el procedimiento clásico de ejecución patrimonial: la *bonorum venditio*, puesto que regula las relaciones del *curator bonorum*, órgano eventual del procedimiento concursal clásico (1), con los acreedores a los que representa, en relación

1) El *curator bonorum* no es un órgano imprescindible para la realización de la ejecución forzosa. Su función está ligada a la necesidad de conservación y reintegración del patrimonio del insolvente. Su nombramiento sólo era necesario cuando hubiese necesidad de realizar alguna de las funciones atribuidas en exclusiva al curador, como la venta de algún objeto que pueda deteriorarse o perderse, satisfacción de los créditos que puedan hacerse más gravosos, defensa del deudor contra las acciones de los acreedores y ejercicio de las acciones del deudor sujetas a plazo preclusivo. Vid. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 113 y 119 y ss.; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 502 y 503; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 25 y ss.; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.*; D'AMATI, *Curator bonorum: una rilettura*, BIDR 94-95 (1991-1992), p. 443 y ss.; PEREZ ALVAREZ, *La bonorum venditio en Derecho Romano*, actualmente en prensa.

con la venta de las cosas que pueden deteriorarse o perderse (*res tempore periturae* (2))

Sin embargo, el significado de este texto ha sido muy discutido por la doctrina. La discusión se ha centrado fundamentalmente en dos problemas: en primer lugar, la determinación del órgano concursal al que se refería originariamente el texto: Un sector doctrinal (3) opina que el término *curator* está interpolado en lugar de *magister bonorum*, mientras que entre los autores que mantienen que este término es genuíno, unos (4) afirman que el texto se refería al *curator*

2) Cuando era necesario realizar este tipo de venta parcial las fuentes son unívocas: es imprescindible el nombramiento de un *curator bonorum*. Vid. D.26.7.48 (*HERMOG. l.I epitom.*) ; D.26.10.7.2 (*ULP. l.I de omn. trib.*); D.28.5.23.2 (*POMP. l.I ad Sab.*); D.42.4.8 (*ULP. l.LX ad ed.*).

3) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 4ª edic., t.I, París, 1886, p. 1320, n.1; FERRINI, *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio*, Opere, v.III, Milano, p. 217 [=BIDR 7 (1894), p. 85-118]; APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, París, Masson, 1895, p. 162, n. 1; ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 D. De curatore bonis dando [42.7]*, Scritti V. ARANGIO-RUIZ, v. I, Camerino, Jovene, 1974, p. 1 y ss. [Studi giuridici in onore di Carlo FADDA, v. I, Napoli, 1906, p. 309 y ss.; D'ORS, A., *Agere cum deductione. Un nuevo intento sobre el fragmento jurisprudencial P.Mich. 456 (+ P.Yale inv. 1158)*, SDHI 59 (1993), p. 175 y ss.

4) UBBELOHDE, *Ueber das Verhältniss der "bonorum venditio" zum "ordo iudiciorum"*, Festschrift für WETZELL, Marburg, 1890, p. 20, n. 3; PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, 3ª edic., Padova, Cedam, 1935 (Reedic. Lanciano, 1893), p. 311 y ss.; ID., *Contributo critico alla dottrina delle azioni negotiorum gestorum*, BIDR 9 (1896-1897), p. 70 y ss.; ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, A.G. 72 (1904) 1, p. 495 y ss.; PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, v. I, Heidelberg, 1913, p. 17, n. 2; BOSSOWSKI, *Ancora sulla negotiorum gestio*, tr. E. VOLTERRA e G. LONGO, BIDR 37 (1929), p. 199.

bonorum en relación con la venta urgente de las cosas que puedan deteriorarse o perderse, y otros (5) estiman que se refería al *curator bonis distrahendis*. En segundo lugar, se discute si las decisiones recogidas por nuestro texto, en relación con la *negotiorum gestio* (6), son acordes con el Derecho clásico o si, por el contrario, ha sido fuertemente interpolado por los compiladores justinianos.

En cuanto a la primera de las cuestiones: A qué figura se refería el texto de PAULO, descartamos que pueda aludir al *magister bonorum*, por varios motivos que podemos resumir en los siguientes:

En primer lugar sería necesario pensar -como sostienen los autores partidarios de la sustitución triboniana (7)- que el precio obtenido con la *bonorum venditio* consistía en una cantidad de

5) DEGENKOLB, *Beiträge zum Zivilprozess*, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1905 (Reimpr. 1969), p. 178 y ss.; RAMADIER, *Les effets de la missio in bona rei servandae causae*, París, 1911, p. 151 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, v. III, Napoli, Jovene, 1940, p. 68 y ss.; TRIANTAFIL, *Du rôle du curator et du magister dans la bonorum venditio*, *Revue de droit de l'Université de Jassy*, 1 (1916), p. 117 y ss.

6) La expresión *negotiorum gestio* es utilizada por los intérpretes pues generalmente el lenguaje jurídico romano rehusa utilizar el sustantivo abstracto. Las fuentes hablan de *negotia gerere, facere, suscipere*. Vid. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, Studi in onore di B. BIONDI, v. I, Milano, 1965, p. 97 y ss.; NICOSIA, EDD, *s.v. Gestione d'affari altrui*, Giuffrè, p. 628.

7) ACCARIAS, *Précis... cit.*, I, p. 1320; APPLETON, *Histoire de la compensation... cit.*, p. 162, n. 1; DONATUTI, NDI, *s.v. Bonorum venditio... cit.*; D'ORS, X., *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Pamplona, 1974, p. 92, n. 40; D'ORS, A., *Agere cum deductione... cit.*, p. 177.

dinero que el comprador entregaba al *magister bonorum* y éste era el encargado de repartirlo posteriormente entre los acreedores a nombre de los que había realizado la venta. Sin embargo esta postura está en contradicción con lo establecido por TEOFILO 3.12.pr. que afirma que todas las acciones posibles contra el *fraudator* ⁽⁸⁾ eran otorgadas *utiliter contra* el *bonorum emptor* ⁽⁹⁾, corroborado por GAYO 3.81 ⁽¹⁰⁾ que informa que las acciones Rutiliana y Serviana se daban tanto a favor del adjudicatario como a favor de los acreedores del concursado contra el *emptor* en su condición de sucesor del ejecutado, y por GAYO 4.65 ⁽¹¹⁾, relativo a la *deductio*, que descansa en el

8) Las fuentes llaman *fraudator* al deudor que realiza algún acto en perjuicio de sus acreedores o simplemente al que tolera la *venditio* (o la *distractio bonorum* de su patrimonio. Vid. D.12.2.9.5. (ULP. l.XXII aded.); D.16.3.8. (PAP. l.IX quaest.); D.40.9.16.2.(PAUL. l.III ad leg. Ael. Sent.); D.42.7.4. (PAPIR. IUST. l.I de constitut.); D.42.8.6.9 (ULP. l.LXVI ad ed.); D.42.8.10.9, 12, 20 y 24 (ULP. l.LXXIII ad ed.); D.42.8.14 (ULP. l.VI disput.); D.42.8.24.pr., 1, 4 y 7 (SCAEV. l. sing. quaest. publice tractatorum).

9) Algunos autores niegan validez al texto de TEOFILO aduciendo que escribe un un momento en que la *bonorum venditio* no estaba vigente. Vid. ACCARIAS, "Précis... cit.", t.I, p. 1320 ; DONATUTI, NDI, s.v. *Bonorum venditio... cit.*; D'ORS, X., *El interdicto fraudatorio... cit.*, p. 92. Expresamente se manifiestan en este sentido: APPLETON, *Histoire de la compensation... cit.*, p. 162, n.1, D'ORS, A., *Agere cum deductione... cit.*, p. 178.

10) En relación con este texto, Alvaro D'ORS señala que, a pesar de que parece admitir la acción de los acreedores contra el adjudicatario de los bienes, esto únicamente se debe a que el jurista trataba conjuntamente del *bonorum emptor* y del *bonorum possessor* y contra este último sí se otorgarían acciones ficticias a favor de los acreedores del difunto. *Agere cum deductione... cit.*, p. 178.

11) Alvaro D'ORS afirma que "aunque Gai. 4.65 diga que el *bonorum emptor* debe sufrir la *deductio* de las deudas del insolvente, -al que él llama *defraudator (defraudatoris nomine)*, aunque no siempre se le puede llamar así-, las deudas deducibles en la Rutiliana (o la Serviana) son las personales del *emptor* demandante". Vid. "Agere cum deductione... cit.", p. 179.

supuesto de que sea el comprador quien responda de las deudas del concursado de acuerdo con el principio de adquisición *per universitatem*.

Cuanto antecede nos lleva a admitir, con la doctrina mayoritaria⁽¹²⁾, que el *bonorum emptor* no paga precio alguno al *magister bonorum* por su adquisición, sino que es el propio *emptor* quien debe pagar los créditos en la medida en la que se comprometió⁽¹³⁾.

12) Vid. entre otros, COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1918, p. 97-98; KELLER, "De la procédure civile et des actions chez les Romains", Tr. Charles CAPMAS, París, Thorin, 1870, p. 410-411; ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio. Contributo allo studio del concorso nel diritto romano*, A. G., 72 1(1904), p. 485; ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, Per el XIV centenario delle codificazione giustiniana, Milano, Bocca, 1938, p. 95 y ss. [=Enciclopedia giuridica italiana, s.v. *Bonorum venditio*, v.II/1, Milano, 1911, p. 1263 y ss.]; CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, SDHI 4 (1938), p. 429 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ª edic., París, 1918; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, tr. S. SENTIS MELENDO y M. AYERRA SENDIN, Buenos Aires, Edics. jcas Europa-América, 1954, p. 293-294; DONATUTI, NDI s.v. *Bonorum venditio*, v. II, Torino, 1938; BETTI, NNDI, s.v. *Processo civile romano*, t. XIII, Torino, 1968; KNIEP, *Zum römischen Konkursverfahren*, Mélanges P.F GIRARD, t. I, París, 1912 (reimpr. 1979), p. 623 y ss.; ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio non est inchoandum ab exsecutione*, JUS 19 (1968) 2, p. 109; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª edic., Torino, 1991, p. 367; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Palermo, Palumbo, 1984, 134 y 135.

13) A parte los textos citados, se menciona a favor de esta tesis que en las fuentes no hay huella de una *actio venditi* a favor del *magister bonorum* frente al adjudicatario para hacer efectivo el precio de venta y tampoco se hace referencia a la permanencia del magister en su oficio después de realizada la venta y la adjudicación del patrimonio. Cfr. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, v.II, p. 116, n.3; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 368.

- En segundo lugar, el *magister bonorum* era elegido por mayoría en el seno de la asamblea de acreedores, previa autorización del magistrado a través de decreto ⁽¹⁴⁾, actuando como mandatario de aquéllos que han participado en alguna de las reuniones preparatorias de la venta ⁽¹⁵⁾.

14) Lo que deriva del testimonio concorde de GAYO, CICERÓN y TEOFILO. GAYO, 3.79: *Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant*. CICERÓN, ad Att., 1.1.3: ... *Una agebant coeteri creditores, in quibus erat. Lucullus et P. Scipio et is quam putabant fere, si bona venirent*. TEOFILO, III.12.pr.: *parelyous“n dç §ke“nvn t“n mer“n, §g“neto deut“ra pros“leusaw Íp' aÈt“n afitoÈntvn, Àste aÈto>w §jous“an e%onai ßna §j aÈt“n probållesyai tÚn Úfe“lonta diapvl sai tØn oÈs“an. ÈÈpeidØ gâr dusxerçw n pântaw suni“nai katâ taÈtÚn kay' •kâsthn m“ran, §xeirotØnoun §j aÈt“n ßna ~stiw §l“geto mágistros ka< loipÚn aÈtÚw sunef nei to>w boulom“noiw égorâsai.*

Actualmente la doctrina de forma unánime opina que, a diferencia de lo que ocurría con el *curator bonorum*, el *magister* era elegido por mayoría en el seno de la asamblea de acreedores. En este sentido, baste citar a los siguientes autores: COSTA, *Profilo storico... cit.*, p. 96; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 487; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 80; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 110; GIRARD, *Manuale... cit.*, p. 1065 ; ARANGIO-RUIZ, *Sul fr.5 D. De curatore... cit.*, p. 4; *id.*, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a edic., Napoli, Jovene, 1968, p. 145 ; ALVAREZSUAREZ, *Curso de derecho romano*, I, Madrid, Rev. de D. Priv., 1955, p. 480; SCIALOJA, *Procedura... cit.*, p. 293; ANDOLINA, *I presupposti... cit.*, (1968), p. 105, n. 87; KASER, *Derecho romano privado*, Tr. José SANTACRUZ TEIJEIRO, 5^a edic., Madrid, Reus, 1968, p. 380; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 367 ; GIFFARD, *Études de droit romain*, París, Cujas, 1972, p. 103.

15) *Vid.* ACCARIAS, *Précis... cit.*, II, p.1320, n. 2; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 494; ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5, D.47.2 De curatore... cit.*, p. 4; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 115; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 115; D'ORS, A., *Agere cum deductione... cit.*, p. 179, n. 12.

Por tanto, no parece posible que el *magister bonorum* quisiese o pudiese representar a acreedores distintos de aquéllos inscritos en la *lex venditionis*, en otro caso la venta del patrimonio se convertiría en un negocio aleatorio que nadie estaría dispuesto a asumir⁽¹⁶⁾. En este sentido, sabemos que las condiciones de venta, confeccionadas por el *magister*, debían recoger un registro detallado de las deudas del concursado, así como del valor de los *bona* del insolvente y de los propios créditos de éste⁽¹⁷⁾, puesto que los licitadores no ofrecerían pagar una *portio* de las deudas del concursado sin tener certeza de a cuánto ascendía el pasivo.

Por tanto, la *lex venditionis* limitaba la pasividad asumida por el comprador en el sentido de que éste únicamente debía

16) Si admitiésemos que también los acreedores no inscritos en el bando de venta pudiesen hacer valer sus créditos, surgirían varios problemas de difícil solución de los que no hay huella en las fuentes, tales como: ¿Cuál sería el orden con el que los acreedores no recogidos en las condiciones de venta harían valer sus créditos? ¿Hemos de pensar que concurren con los acreedores más diligentes que han hecho valer sus créditos en tiempo y forma? o, por el contrario ¿debían hacer efectivos sus créditos después de que los recogidos en la *lex venditionis* hubiesen cobrado sus créditos?. ¿Qué ocurriría cuando el activo del patrimonio vendido no alcanzase para pagar la cuota fijada de las deudas de todos los acreedores, inscritos o no en la *lex venditionis*? ¿Tendría el *bonorum emptor* que responder con su propio patrimonio?; y si así fuera ¿dónde está la base textual en la que se recoge esta pretendida confusión patrimonial”?

17) Vid. ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 112; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 86-87; ANDOLINA, *I presupposti... cit.* (1968), p. 120; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 367; D'ORS, A., *Agere cum deductione... cit.*, p. 178.

responder, dentro de la cuota por él ofrecida, de los créditos recogidos en las condiciones de venta (18).

En nuestra opinión, la *lex venditionis* no es idónea para asegurar los créditos en sentido positivo, puesto que *el bonorum emptor* podía defenderse frente a las acciones Rutiliana (o Serviana) con todas las excepciones que competían al deudor insolvente (19), sin embargo aseguran el pasivo en sentido negativo a partir de la aprobación de las condiciones de venta por parte del magistrado (20).

18) En este sentido *vid.* BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 682; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 495; ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio*, *Scritti giuridici*, v. III, Pavia, 1922, p. 2 [= Filangeri, 36 (1911), p. 165; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961 (Reimpr. 1978), p. 239; VOCI, EDD, *s.v. Esecuzione forzata* (Diritto romano), v. XV, Varese, Giuffrè, 1966, p. 427.

Contrariamente, otros autores opinan que todos los acreedores, inscritos o no en *lex venditionis*, podían hacer valer sus créditos en el límite del porcentaje ofrecido por el comprador, objetando que la simple insinuación de créditos no debía producir su reconocimiento. *Vid.* SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 93-94; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, París, 1954 (Reimp. 5ª edic., París, 1970), p. 206 ; LONGO, G.E., NNDI, *s.v. Esecuzione forzata* (Diritto romano), t. VI, Torino, 1968.

19) *Vid.* D.16.2.14 (IAVOL. I.XV ex Cassio). Cfr. ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 114; SOLAZZI, "*Il concorso... cit.*", p. 146.

20) Para LENEL [*Das Edictum... cit.*, p. 429, n. 8] la necesidad de aprobación de las condiciones de venta por parte del magistrado se recoge en un texto de PAULO D.27.10.15.1. (*l.III sentent.*) donde se establece que el pródigo conseguía el privilegio, que para el furioso recogía expresamente el Edicto, mediante decreto del magistrado. Decreto que el autor afirma que es el que aprobaba las condiciones de venta. Igualmente mantienen que la *lex venditionis* debía ser aprobada por el pretor: KELLER, *De la procedura... cit.*, p. 408 ; SERAFINI, *De la revoca degli atti fraudolenti*, I, Pisa, 1887, p. 64; KNIEP, *Zum römischen Konkursverfahren*, *Mélanges P.F. GIRARD*, t. I, París, 1912 (Reimpr. 1979), p. 634; TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, *Studi in onore di P. DE FRANCISCI*, v. II, Milano, 1956, p. 242-244; ALVAREZ SUAREZ *Curso... cit.*, p. 480; PUGLIESE, *Istituzioni... cit.*, p. 333 ; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Palermo, Palumbo, 1984, p. 135.

Contrariamente SOLAZZI opina que el decreto, al que hace referencia D.27.10.15.1, es el que otorgaba la acción útil contra el *curator bonorum* por el entero montante del crédito y que por tanto el texto prueba que durante la *missio in bona* los acreedores privilegiados podían dirigirse frente al curador para cobrar sus créditos de forma íntegra. *Vid.* SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 99; ID., *Il concorso... cit.*, III, p. 105 y ss.

En tercer lugar, el magister es un acreedor, que al realizar la venta del patrimonio del insolvente gestiona un negocio común, operando tanto en beneficio de los acreedores como en su propio interés, por tanto éstos podrán dirigirse contra él con la acción de mandato, pero no con la acción de gestión de negocios (21). Precisamente ULPIANO (22) afirma que a favor o en contra del acreedor, *missus in possessionem*, es inadmisibile la acción de gestión de negocios porque fue gestor de un negocio común, no de uno ajeno.

21) Sobre este tema volveremos con más detalle más adelante, *Vid. infra* p. 380 y ss. Generalmente la doctrina suele negar la acción de gestión de negocios en los casos en que el gestor no puede separar su interés del de terceros. *Vid.* HUVELIN, Daremberg-Saglio, *s.v. Negotiorum gestio*, v. IV/1, Graz, 1969, p.49; BIONDI, NNDI, *s.v. Gestione di affari altrui* (Diritto romano), t. VII, Torino, 1968, p. 811-812.

22) D.42.5.9.4. (l.72 ad ed.) ... *quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur*. Cfr. PAULO D.42.5.14.1. (l. 59 ad ed.). *Vid. infra* p. 382 y ss. y n. 71 y 72.

Otro sector doctrinal ⁽²³⁾ sostiene que el fragmento 22.10 alude al *curator bonis distrahendis*, utilizando el texto de PAULO junto con otros dos pasajes, de JULIANO (D.42.7.5.) ⁽²⁴⁾ y de NERACIO (D.27.10.9), para construir la teoría de la *distractio ex privato consilio*. Estos autores ⁽²⁵⁾ niegan que el texto pueda referirse al curator de la *bonorum venditio* porque éste, al ser nombrado por el magistrado ⁽²⁶⁾, no puede ser considerado mandatario de los acreedores.

Una primera objeción, recogida por ARANGIO-RUIZ ⁽²⁷⁾ y reconocida por algunos de estos autores ⁽²⁸⁾, es que el *curator* de la *distractio bonorum* está sometido a las normas recogidas por D.42.7.2.pr., debiendo ser investido por un acto de la autoridad pública que le suministra poderes que excenden de aquéllos de los acreedores puestos en posesión ⁽²⁹⁾.

23) DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 178 y ss.; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 151 y ss.; TRIANTAFIL, *Du rôle... cit.*, p. 117 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 68 y ss.

24) Para estos autores, la interpretación de los fragmentos de JULIANO y de PAULO es inseparable. Así lo afirma expresamente SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 87, n. 4.

25) *Vid. supra* n. 23. En el mismo sentido FERRINI, que sostiene que el texto se refería al magister bonorum, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 217 y 218.

26) ULPIANO D.42.7.2.pr.

27) ARANGIO-RUIZ, *Sul fr.5 D. De curatore... cit.*, p. 4.

28) *Vid.* DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 182 y ss; TRIANDAFIL, *Il magister... cit.*, p. 117 y ss.

29) *Vid.* NERACIO D.27.10.9: *...curatores facere senatus permisit eius bona creditoribus vendere non permisit...*

Para subsanar este inconveniente, opinan ⁽³⁰⁾, sobre la base del texto de NERACIO (D.27.10.9) (que parece otorgar a los acreedores la facultad de elegir entre la *bonorum venditio* y la *distractio bonorum*: "*potestas ipsorum est utrum velint eligendi*"), que, aparte la *distractio bonorum* de aplicación obligatoria en el caso de que el deudor pertenezca al orden senatorial (*clarae personae*) en donde el curator era nombrado por el magistrado, obrando en virtud de la delegación del poder público, los acreedores tendrían derecho a elegir entre el procedimiento de la *bonorum venditio* o de la *distractio bonorum*, en cuyo caso el *curator bonis distrahendis* sería elegido por los acreedores actuando como mandatario de éstos ⁽³¹⁾.

Ahora bien, admitiendo que los acreedores puedan elegir directamente al curador, surge un segundo inconveniente: nadie puede delegar un poder que no tiene, y la doctrina ⁽³²⁾ se pregunta si los acreedores tienen el derecho de *distrahere bona debitoris*. DEGENKOLB ⁽³³⁾ responde afirmativamente invocando un principio de derecho bizantino según el cual los acreedores

30) Vid. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 144 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 69 y ss.

31) Vid. en este sentido DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 191 y ss, seguido por RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 153.

32) DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 169; 171 y ss y 187; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 153 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 80 y ss.

FERRINI niega que el curador pueda *distrahere bona* en la época de TREBACIO y OFILIO, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 217, n. 1.

33) DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 191 y 192.

podían vender los bienes del deudor sin autorización del magistrado ⁽³⁴⁾.

Sin embargo, a juzgar por las palabras de ULPIANO parece necesaria la autorización de la venta:

D.42.1.6.2. (*ULP. l. 66 ad ed.*):- *Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur.*

En este sentido, RAMADIER ⁽³⁵⁾ sostiene la necesidad de la derogación expresa del principio recogido por ULPIANO, lo que -según este autor- se habría producido a través del propio Senadoconsulto que introduce la aplicación del procedimiento nuevo ⁽³⁶⁾. En el mismo sentido, SOLAZZI ⁽³⁷⁾ estima que es

34) Sin embargo este principio de aplicación en las provincias orientales no prueba su aplicación en Derecho clásico. Cfr. RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 153, n. 1.

35) RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 153 y ss.

36) Para RAMADIER ambos casos, tanto la *distractio ex senatus consulto* como la *distractio bonorum ex privato consilio* estaban previstos en el mismo senado consulto *Les effets... cit.*, p. 144, n.2. Igualmente, SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, II, p. 207 y ss y 209] sostiene la existencia de un único Senadoconsulto que regulaba únicamente la *distractio* relativo a las *clarae personae*, afirmando que la *distractio* por elección de los acreedores no estaba regulada por el Senadoconsulto sino que vendría siendo aplicado en la práctica desde mucho tiempo atrás como una supervivencia de la autodefensa privada.

Otros autores opinan que la *distractio bonorum* habría sido introducida por varios senadoconsultos. *Vid.* en este último sentido: GIRARD, *Manuel... cit.*, p. 1114; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 125.

37) SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 83 y ss.

indispensable un decreto del magistrado autorizando la *missio in bona* con la facultad de vender.

En tercer lugar, parte de la doctrina ⁽³⁸⁾ sostiene que el primer caso de *distractio bonorum* fue regulado por un Senadoconsulto, del que desconocemos la fecha, a favor de las *clarae personae* y de ahí se iría extendiendo progresivamente en detrimento de la *bonorum venditio* hasta excluir completamente esta última institución. Sin embargo, si entendemos que el fragmento de PAULO se refería al caso de la *distractio ex privato consilio*, y concretamente a la actividad del *curator*, mandatario de los acreedores que lo eligen, hemos de pensar que este expediente es de fecha anterior a TREBACIO, OFILIO y LABEÓN y que por tanto apareció, o bien simultáneamente con el supuesto de *distractio* a favor de las *clarae personae* ⁽³⁹⁾ o incluso, que aquélla es anterior a ésta ⁽⁴⁰⁾, y entonces, podemos plantearnos legítimamente la siguiente cuestión: cómo una institución, que presenta evidentes ventajas sobre la *bonorum venditio* ⁽⁴¹⁾, y

38) Vid. ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 125.

39) Opinión mantenida por RAMADIER, que opina que el Senadoconsulto recogió ambos casos de *distractio bonorum*, fijando su fecha al principio del reinado de AUGUSTO, dado que según este autor TREBACIO, OFILIO y LABEÓN hablaban de la *distractio ex privato consilio: Les effets... cit.*, p. 142 y ss. En contra de esta opinión, SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, II, p. 220 y 221] afirma que no es posible conocer la fecha del senado consulto.

40) SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, III, pp. 97 y ss.] afirma que la *distractio ex privato consilio* se vendría aplicando en la práctica como una supervivencia de la venganza privada.

41) La *bonorum venditio* produce graves consecuencias personales y económicas para el deudor concursado. Vid. CICÉRON, *pro Quinct.*, 15.50.

Además la doctrina moderna ha señalado el carácter especulativo de este procedimiento, pues en las compras de patrimonios concursados solía especularse con enorme lucro, ya que la *bonorum venditio* es compatible con la existencia de bienes, aunque éstos no fueran inmediatamente liquidables. Cfr. COSTA, *Profilo storico... cit.*, p. 99; ROTONDI, *Una nuova ipotesi... cit.*, p. 6; *id.*, *Bonorum venditio... cit.*, p. 125; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 120; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1968, p. 120.

cuya aplicación puede ser elegida voluntariamente por los acreedores, al menos desde la época republicana (fecha de la elaboración doctrinal por parte de TREBACIO), no encontró un rápido reflejo en el Edicto del Pretor ⁽⁴²⁾.

En cualquier caso no encontramos ningún indicio en el texto que pueda hacernos pensar que se refería a la *distractio bonorum* en lugar de la *bonorum venditio*, más bien al contrario, el pasaje recoge expresamente la expresión *curator bonorum* ⁽⁴³⁾.

En nuestra opinión la locución *curator bonorum* es genuína y el fragmento regula las relaciones entre el curador, órgano eventual de la *bonorum venditio* ⁽⁴⁴⁾, y los acreedores a los que representa ⁽⁴⁵⁾, en relación con la venta parcial de las *res tempore periturae* ⁽⁴⁶⁾.

42) Cfr. SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 96 y ss.

43) Precisamente UBBELOHDE [*Über das Verhältniss... cit.*, p. 20, n. 3] refiere el término *bonorum*, recogido en D.17.1.22.10, a curador y no a *venditio*. En este mismo sentido vid. PACCIONI, *Sulla gestione... cit.*, p. 311.

44) *Vid supra*. p. 2, n. 1.

45) Ciertos autores opinan que, una vez nombrado por el magistrado, las funciones del curador entran dentro del campo de la simple representación: *Vid.* UBBELOHDE, *Über das Verhältniss... cit.*, p. 20, n. 5-7; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 495.

46) *Vid. supra* p. 2, n. 2. Algunos autores afirman que el *magister bonorum* también podía realizar la venta de las cosas deteriorables. *Vid.* LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 429; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 82 y ss. No pretendemos negar esta función al *magister bonorum*, pero estimamos con SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, III, p. 79, n. 4.], que este tipo de ventas se presentaría muy excepcionalmente en el corto espacio de tiempo entre el nombramiento del magister y la confección de la *lex venditionis*. Por lo que PAULO no debió sentir la necesidad de regular de forma detallada esta situación.

Cuando el *curator bonorum*, que como sabemos es nombrado por el magistrado *ex consensu maioris partis creditorum* (47),

47) Esta es la opinión mantenida por la doctrina mayoritaria sobre la base de ULP. D.42.7.2.pr. Vid. ACCARIAS, *Précis... cit.*, I, p. 1316, n. 1; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 499; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 114 y 117; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 108; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 36; PEROZZI, *Istituzioni... cit.*, p. 53; VOICI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata... cit.* p. 426.

Sin embargo, otros autores opinan que el curador podía ser elegido directamente por los acreedores sin intervención del magistrado. En este sentido, ARANGIO-RUIZ *Sul fr. 5... cit.*, p. 13 y ss., basándose en un texto de ULPIANO (D.42.5.8.4), afirma que el *curator bonorum* podía ser elegido directamente por los acreedores y sólo en el caso de que no se pusieran de acuerdo sobre la persona a elegir, sería necesaria la intervención del magistrado para su nombramiento. Sin embargo opinamos, con otros autores, que el texto se refería a un acreedor encargado de *vendere* o *locare fructus praediorum*. Vid. en este sentido: RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 117, n. 1; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 503 y ss; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 43 y ss.

Otros autores estiman que el magistrado se limitaba a ratificar en su cargo a la persona previamente elegida por los acreedores. Vid. TAMBOUR, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français*, v. I, París, A. Lacour, 1855-1856, p. 185; COURTOIS, *De la bonorum venditio en droit romain et de la liquidation judiciaire en droit français*, Angers, Lachese, 1894, p. 201 y ss. Pero esta interpretación halla débil apoyo en las fuentes, puesto que se basa en un texto de POMPONIO (D.28.5.23.2-3) donde se señala la necesidad de nombrar un *procurator* para vender las cosas que urgieran o para la satisfacción de una deuda pública que apremia y si bien el término *procurator* apunta a una legitimación de éste por parte de los *missi*, el vocablo se cree producto del error de un copista, puesto que otros textos que recogen la necesidad de realizar la venta parcial de bienes que puedan deteriorarse o perderse afirman que es necesario el nombramiento de un *curator* (HERM. D. 26.7.48; ULP. D.26.10.7.2.), por lo que *procuratores* ha sido corregido en *curatores* y *procuratorem* en *curatorem*. Vid. ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 501; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 119, n. 1 y 2; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, II, p. 8 y 9.

realiza la venta de los bienes que urgieran ejecuta un negocio que objetivamente pertenece a todos los acreedores (48), puesto que solicitada la *missio in bona* por un solo acreedor, beneficia a todos los demás; el propio PAULO (49) lo expresa diciendo: *non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem* y el Edicto utiliza términos generales, hablando en plural de los que entran en posesión -detentación- de los bienes: *qui ex edicto meo in possessionem venerint* (50).

Por tanto, a diferencia de lo que ocurría con el *magister bonorum* que únicamente representa a los acreedores que han participado en las reuniones preliminares de venta, actuando como mandatario de éstos (51), el *curator bonorum*, al ser

48) Vid. PACCIONI, *Della gestione... cit.*, p. 311; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 74.

49) Vid. PAULO D.42.5.12.pr. Cfr. CICERÓN, *pro Quinct.*, 23.73; ULP. D.36.4.5.2, PAUL. D.42.5.13 y en general, podemos añadir todos los textos que emplean expresiones como *creditores possident* o *mittuntur in possessionem*.

50) Vid. LENEL *Das edictum... cit.*, p. 423. Cfr. CICERÓN, *pro Quinct.*, 27.84; ULP. D.42.4.5.2.

51) Vid. *supra* p. 7 y n. 15.

nombrado por el magistrado, se constituye en órgano de la masa activa⁽⁵²⁾ y sus relaciones con los acreedores entran dentro del campo de la representación ⁽⁵³⁾.

En este sentido, nuestro texto afirma que si el curador de los bienes no entregó el precio de venta a los acreedores, podrá ser demandado con la acción de mandato por los acreedores presentes, y con la acción de gestión de negocios por los ausentes:

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo

52) En nuestra opinión, tiene razón ARMUZZI cuando afirma que el curador de los bienes actúa unas veces como representante de los acreedores y otras como representante del deudor insolvente, vgr.: cuando es necesario el ejercicio de alguna de las acciones pertenecientes al concursado [*Il magister... cit.*, p. 494].

Sólo si reconocemos esta función del curador como representante procesal del deudor, podemos explicar el hecho de que ULPIANO se ocupara de esta figura en D.3.3.55 (1.65 *ad edictum*). Precisamente, en relación con este texto, algunos autores afirman que la posición del curador es semejante a la del cognitor in rem suam. Vid. LENEL, *Das Edictum... cit.*, p. 435; ROTONDI, *Bonorum venditio... cit.*, p. 435; GERICH, *Kognitor und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen, 1963, p. 18 y ss.

Cualquier persona, también el deudor insolvente que después de la *missio in bona* continúa conservando la propiedad y la posesión de sus bienes (El propio Edicto le denomina *dominus*: ULP. D.42.5.8.pr.; CICERÓN, *pro Quinct.*, 27.84; LENEL *Das Edictum... cit.*, p. 423, n.7.) tiene derecho a nombrar un *procurator in rem suam* para el ejercicio de sus acciones, sin embargo, es preferible la intervención del curador puesto que éste no tiene que prestar ni la *cautio de rato* ni la *cautio iudicatum solvi*. Vid. ULPIANO D.42.7.2.1.

53) Vid. UBBELOHDE, *Über das Verhältniss... cit.*, p. 20; ARMUZZI, *Il magister... cit.*, p. 495.

responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse.

La principal objeción de los autores ⁽⁵⁴⁾ contrarios a esta postura es que el *curator bonorum*, al ser nombrado por el magistrado, no puede ser considerado mandatario de los acreedores.

Incluso los autores que opinan que el texto se refería al curador de los bienes, como PARTSCH ⁽⁵⁵⁾, seguido por KRELLER ⁽⁵⁶⁾, puntualizan que el jurista clásico no afirma que a los acreedores presentes les competiese siempre y en todo caso la acción de mandato frente al curador, porque supone que el encargo debe ser conferido específicamente y, por tanto, sólo admite que pueda existir mandato cuando el curador acepta realizar la venta por encargo de algunos acreedores ⁽⁵⁷⁾.

54) Vid. DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 178 y ss.; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 217-218; RAMADIER, *Les effets... cit.*, p. 151 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 68 y ss.

55) PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, p. 17, n. 3.

56) KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, ZSS 59 (1939), p. 409, n. 5.

57) En este sentido, SOLAZZI [*Il concorso... cit.*, III, p. 74] sostiene que el *curator bonorum* no puede ser considerado mandatario de los acreedores porque es nombrado por el magistrado, pero -sigue diciendo el autor- no puede negarse la existencia del mandato si el curador acepta vender por encargo de aquéllos sin intervención de la autoridad.

En nuestra opinión, cuando el *curator bonorum* realiza espontáneamente la venta parcial de los bienes del insolvente está ejecutando un negocio que objetivamente corresponde a todos los acreedores *in solidum* (puesto que pedida la *missio in bona* por un sólo acreedor beneficia a todos los demás ⁽⁵⁸⁾) y por tanto, está obligado frente a los acreedores presentes, que habiendo participado en la reunión donde se promueve el nombramiento del curador conocen su actividad y no se oponen a ella ⁽⁵⁹⁾, a través de la acción de mandato; mientras que los ausentes contarán con la acción de gestión de negocios.

En cuanto a las demás decisiones recogidas en el fragmento 22.10 son, en general, conformes con la doctrina clásica de la gestión de negocios ⁽⁶⁰⁾.

PAULO nos dice que si el curador hubiese realizado la venta siguiendo el encargo de los acreedores presentes, no tendrán los ausentes la acción de gestión de negocios contra él :

58) *Vid. supra* p. 17. Los acreedores podrán participar en el procedimiento de la *bonorum venditio* en cualquier momento hasta la aprobación de las condiciones de venta por el magistrado. Todos los acreedores que hayan rehusado participar en la *bonorum venditio* conservan sus créditos íntegros y sólo podrán hacerlos valer en una segunda venta.

59) Cuando una persona gestiona negocios que pertenecen a otra, y ésta conociendo su actividad no se opone a ella, estamos ante un mandato tácito, lo que deriva de D.17.1.6.2. (*ULP. l.XXXI ad ed.*)- *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.*

60) Cfr. PACCIONI, *Della gestione... cit.*, p. 311; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 68.

*...atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit,
negotiorum gestorum actio absentibus non est...*

Para que se verifique la hipótesis indicada por el texto: "*si praesentium mandatus exsecutus id egit*", estimamos, con SOLAZZI ⁽⁶¹⁾, que es necesario que el curador ignore la existencia de los acreedores ausentes, faltando entonces el requisito por el que podría ejercitarse la acción de gestión de negocios: la intención o *animus aliena negotia gerendi* ⁽⁶²⁾. En caso contrario, sería indiferente que el curador realizase o no el negocio por mandato de los presentes, bastando con el hecho objetivo de que el negocio efectivamente gestionado pertenezca a todos los acreedores.

Por consiguiente, en nuestra opinión, el texto de PAULO es uno de los múltiples textos ⁽⁶³⁾ que recogen explícitamente, para

61) SOLAZZI, *Il concorso...* cit., III, p. 75.

62) En este sentido, RICCOBONO afirma que el *animus* presupone el conocimiento de que el negocio es ajeno, *Dal diritto romano...* cit., p. 73, n. 3.

63) *Vid.* los textos recogidos en la nota siguiente. *Vid.* en relación con la crítica detallada de estos textos, los estudios de PACCIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo el diritto romano, civile e commerciale*, 3ª edic., Padova, Cedam, 1935, (Reedic. Lanciano, 1893; FERRINI, *Appunti sulla dottrina romana della negotiorum gestio*, Opera di C. FERRINI, v. III, Milano, p. 205 y ss [=BIDR, 7 (1894), p. 85 y ss.]; PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio*, v. I, Heidelberg, 1913; RICCOBONO, *Dal diritto classico al diritto moderno. A proposito di D.10.3.14 (PAUL. l.III ad Plaut.)*, Scritti di diritto romano, v. II, Palermo, 1964 [= Annali del Sem. giur. della R. Univ. di Palermo, v. III y IV, Palermo, 1917]; BOSSOWSKI, *Ancora sulla negotiorum gestio*, Tr. E. VOLTERRA y G. LONGO, BIDR, 37, 1929, p. 129 y ss.

el Derecho clásico, la necesidad del requisito del *animus aliena negotia gerendi* para el ejercicio de las acciones *negotiorum gestorum directa* y *contraria* (64). Baste ahora recordar una

64) La contradicción en los textos, algunos de los cuales piden en el gestor el *animus aliena negotia gerendi* [D.11.7.14.11 (*ULP. l.XXV ad ed.*); D.10.3.14.1 (*PAUL. l.III ad Plaut.*); D.10.3.29.pr. (*PAUL. l. II quaest.*); D.3.5.6.4 (*IUL. l.III dig.*); D.3.5.19.2 (*PAUL. l.II ad Nerat.*); D.17.1.22.10 (*PAUL. l.XXXII ad ed.*)] mientras que otros prescinden de dicho requisito [(D.3.5.49 (*AFRICAN. l.VIII quaest.*); D.3.5.5.5(6.4) (*IUL. l.III dig.*)] ha provocado que la doctrina haya formulado múltiples teorías sobre la gestión de negocios, entre ellas: la *teoría subjetiva* que afirma que en Derecho clásico era necesario el *animus aliena negotia gerendi* en el gestor; la *teoría objetiva* que estima que el requisito del *animus* fue subrayado en Derecho justiniano y la *ecléctica* defendida por PACCIONI y que opina que para el ejercicio de la acción de gestión de negocios directa basta con el hecho objetivo de que resulte gestionado un negocio ajeno, mientras que para el ejercicio de la acción contraria es necesario el *animus* y el *utiliter coemptum*: *Della gestione... cit.*, p. 97 y ss.; 209 y ss y 309 y ss.; *id.*, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 70. Igualmente, SEILER [*Der Tatbestand der negotiorum gestio... cit.*, p. 22 y ss y 37] logra situarse en una posición intermedia, estableciendo que para que la gestión de un negocio ajeno pueda considerarse bajo el prisma de la *negotiorum gestio*, basta con que el gestor lo reconozca de hecho como ajeno, el requisito subjetivo deviene necesario cuando es dudosa la identificación del *dominus negotii*

Estas tesis, tanto la objetiva como la subjetiva, hallan sólidos puntos de apoyo en la Compilación justiniana, sin embargo cada una de ellas representa una fase histórica distinta del instituto y precisamente, la teoría subjetiva sería la clásica y la teoría objetiva la justiniana.

La doctrina italiana es partidaria de la teoría subjetiva, *vid.* RICCOBONO, *Dal diritto romano classico... cit.*, p. 73 y ss.; SCADUTO, NDI, *s.v. Gestione d'affari altrui... cit.* p. 237; SOLAZZI, *Sulla gestione per conto d'altri... cit.*, p. 530; BIONDI, NNDI, *s.v. Gestione di affari altrui... cit.* p. 811; HUVELIN, Darembert-Saglio, *s.v. Gestione di affari altrui... cit.*, p. 49; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 85 y ss y sobre todo p. 114 y ss.

Contrariamente, la doctrina alemana es partidaria de la tesis objetiva. *Vid.* entre estos autores: PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, p. 37 y ss.; PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, ZSS, 32 (1911), p. 269; RABEL, *Negotiorum gestio und animus... cit.* p. 281 y ss.; KASER, *Das römische Privatrecht... cit.* p. 489 y ss.; ERHARDT, *Zum objektiven Tatbestande der negotiorum gestio*, D.3.5.5 II, *Romanistische Studien*, Freiburg, 1935, p. 1 y ss ; SEILER, *Der Tatbestand der Negotiorum gestio im römischen Recht*, *Forschungen zum römischen Recht*, 25, Köhl-Graz, 1968, p. 35 y ss. Igualmente es partidario de esta postura D'ORS, A., *Agere cum deductione... cit.*, p. 179, n. 12.

cuestión de orden lógico, apuntada ya por RICCOBONO (65), y que apoya nuestra tesis:

Numerosos pasajes del Digesto (66) afirman que el error sobre la persona del *dominus negotii* no vicia la relación de gestión y, por tanto, no impide la acción de gestión de negocios contraria. Este tema no se discute por la doctrina. En este sentido, podemos citar un texto de ULPIANO, que se considera genuíno, en el que el jurista indica que, si bien la intención de gestionar un negocio ajeno es necesaria, no lo es la certeza sobre la persona a favor de la que se realiza la gestión:

D.3.5.44(45).2 (ULP. l.IV opin.)- *Titius pecuniam creditoribus hereditariis solvit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse. quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen filiorum defuncti, qui sui heredes patri sublato testamento erant, gessisset: quia aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit.*

65) RICCOBONO, *Dal diritto romano classico... cit.*, p. 84.

66) D.3.5.5.1 (ULP. l.X ad ed.); D.3.5.18(19).5 (PAUL. l.II ad Nerat.); D.10.3.14.1 (PAUL. l.III ad Plaut.); D.10.3.29.pr. (PAUL. l.II quaest.); D.26.2.19.2. (ULP. l.XXXV ad ed.); 27.5.1.6 (ULP. l.XXXVI ad ed.).

Ahora bien, si consideramos que el *animus* o intención de gestionar un negocio ajeno no es necesario debemos concluir que las indicaciones de los juristas clásicos, afirmando que el error en la persona es irrelevante, son superfluas.

A continuación, el texto de PAULO recoge el caso de que el curador realice la venta de los bienes siguiendo el mandato de los acreedores presentes. En relación con esta hipótesis distingue dos supuestos diferentes: que los acreedores presentes, al dar el mandato al curador, conozcan la existencia de los ausentes o que la desconozcan:

[...nisi forte adversus eos qui mandaverunt curator, tanquam si negotia absentium gesserint]:quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

En el primer supuesto, el texto señala que los acreedores presentes estarán obligados frente a los ausentes con la acción de gestión de negocios. Sin embargo, en nuestra opinión, la interpolación señalada más arriba nos parece muy probable ⁽⁶⁷⁾:

Cuando se produce la gestión de un negocio por mandato de un tercero, la jurisprudencia clásica excluye el ejercicio de la

⁶⁷⁾ Vid. *Index Interpol. ad leg.* Cfr. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, BIDR 28 (1916), p. 253, n. 1.; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 217; SOLAZZI, *Sulla gestione... cit.*, p. 530, n. 12.

acción de gestión de negocios frente al mandatario ⁽⁶⁸⁾, para evitar que éste deba responder frente al mandante y frente al *dominus negotii*. En estos casos se considera gestor del negocio a quien dio el mandato de administrar y no al que lo recibió, porque éste no tiene tanto la intención de gestionar un negocio ajeno (*animus aliena negotia gerendi*) cuanto que su voluntad se dirige al cumplimiento de las obligaciones consecuencia del contrato de mandato. En este sentido, JAVOLENO y ULPIANO excluyen toda relación jurídica entre el mandatario y el *dominus negotii*, señalando que aquél únicamente responde frente al mandante:

D.3.5.27(28)(IAV. l.VIII ex Cass.)- *Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est...*

D.17.1.21. (ULP l.XLVII ad Sab.)- *Cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spopondit. sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebo mandati actionem etiam adversus te...*

68) Vid. PACCIONI, *Della gestione... cit.*, p. 312 y 313; SOLAZZI, *Sulla gestione... cit.*, p. 527 y ss; SEILER, *Der Tatbestand... cit.*, p. 119 y ss.

Correlativamente, PAULO y PAPINIANO afirman que el mandante está obligado inmediatamente frente al *dominus negotii* a través de la acción de gestión de negocios directa ⁽⁶⁹⁾ :

D.3.5.20(21).3 (PAUL. l.IX ad ed.)- *Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes.*

D.17.1.53 (PAP. l.IX quaest.)- *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.*

Sin embargo, es este caso los acreedores ausentes no tendrán la acción de gestión de negocios frente a los presentes porque

69) Algunos autores afirman que esta regla no es absoluta y que por razones de equidad se otorgaría una acción útil frente al mandatario para el caso del mandato *mea et aliena gratia*. Cfr. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, p. 47; SEILER, *Der Tatbestand... cit.*, p. 119 y ss. En el mismo sentido, SOLAZZI afirma que se concedería una *actio utilis negotiorum gestorum* frente al mandatario, pero subordinada a que éste conciese la relación del negocio con el *dominus negotii*: *Sulla gestione... cit.*, p. 530.

éstos, al conferir el mandato de venta al curador, actúan en su propio beneficio ⁽⁷⁰⁾ y en este sentido, afirman ULPIANO ⁽⁷¹⁾ y PAULO ⁽⁷²⁾ que el acreedor, *missus in possessionem*, demanda y es demandado por medio de una *actio in factum* expresamente recogida en el Edicto, siendo inadmisibile el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum* porque se considera que el acreedor fue gestor de un negocio común, no de uno ajeno.

Por lo tanto, entendemos interpolado el inciso [*nisi forte adversus eos qui mandaverunt curator, tanquam si negotia absentium gesserint*] pues está en abierta contradicción con los dos textos mencionados que niegan el ejercicio de la acción de gestión de negocios entre coacreedores.

El propio ULPIANO, en el texto anteriormente citado, compara el caso del acreedor (*missus in possessionem*) con el del

70) La doctrina niega que los acreedores ausentes puedan dirigirse con la acción de gestión de negocios frente a los presentes, porque éstos al dar el mandato de venta gestionan en su propio interés, Vid. PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, p. 40 y ss.; PACCIONI, *Della gestione... cit.*, p. 311; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 219 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 72; *id.*, *Sulla gestione... cit.*, p. 536; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 207.

71) D.42.5.9.4 (ULP. *l.LXII ad ed.*).- *Generaliter etiam dicendum est, quidquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse: nam negotiorum gestorum agere non magis potest quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur.*

72) D.42.5.14.1. (PAUL. *l.LIX ad ed.*).- *Datur in creditorem actio, qui in possessionem missus est, de eo quod ex bonis debitoris ad eum pervenit: si nondum sit aliquid consecutus, actiones suas praestabit. datur autem in factum actio adversus eum, et omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore.*

condómino que reparó el edificio común, y en este sentido, algunos autores (73) afirman que cuando los acreedores encargan la venta de los bienes del insolvente proveen en su propio interés (74), y en relación con los ausentes operan como el condómino (o coheredero) que no pudiendo obrar separadamente, administra la cosa común.

Generalmente, la jurisprudencia clásica (75) no admite la legitimidad de la *actio negotiorum gestorum* en los casos en los que el copropietario (o coheredero) hubiese actuado en interés común, obligado por la necesidad de actuar en su propio beneficio inseparable del de los demás condóminos (o coherederos), en cuyo caso demanda o es demandado por medio de la *actio communi dividundo* (o la *actio familiae erciscundae*) (76). La acción de gestión de negocios únicamente

73) Cfr PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, p. 40 y ss., seguido por SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 72 y ss.

74) El acreedor, *missus in possessionem*, opera siempre y en primer lugar en su propio interés *Vid.* D.42.5.9.6. (*ULP. l. LXII ad ed.*)- ... *suum potius negotium creditor gerat...*

75) *Vid.* para los copropietarios: D.3.5.39(40) (*PAUL. l.X ad Sab.*); D.10.3.6.2 y 7 (*ULP. l.XIX ad ed.*); D.10.3.29. (*PAUL. l.II quaest.*) Y para los coherederos: D. 10.2.25.15 y 16 (*PAUL. l.XXIII ad ed.*); D.18.1.78.2. (*LABEO l.IV post. a lav. epit.*); D.10.2.18.6 y 7. (*ULP. l.XIX ad ed.*); D.10.2.49(50) (*ULP. l.II disput.*).

76) La doctrina mayoritaria niega el ejercicio de la acción de gestión de negocios cuando el gestor no puede separar su interés del de terceros. *Vid.* PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio... cit.*, I, p. 40 y ss; RICCOBONO, *Dal diritto classico... cit.*, p. 41 y ss.; SOLAZZI, *Sulla gestione... cit.*, p. 530; ID., *Il concorso... cit.*, III, p. 72; BIONDI, NNDI, *s.v. Gestione di affari altrui... cit.*, p. 811 y ss.; HUVELIN, Daremberg-Saglio, *s.v. Negotiorum gestio... cit.*, p. 49. Para estos autores, los textos [D.3.5.30(31).7 (*PAP. l.II respons.*); D.10.3.19.2.(*PAUL. l.VI ad Sab.*); C.2.18.(19).3 y C.3.36.18.1.)] que acuerdan la acción de gestión de negocios contraria a favor del copropietario que, no pudiendo gestionar en interés exclusivo gestionó un negocio común, están interpolados.

era posible entre condóminos cuando el copropietario (o coheredero) hubiese realizado libremente la gestión en interés del ausente, es decir, a través de un acto espontáneo de voluntad (77).

Por consiguiente, cuando uno (el curador) gestiona un negocio ajeno (de los ausentes) por mandato de un tercero (los acreedores presentes), la acción de gestión de negocios no puede dirigirse ni contra el mandatario (curador), ni contra los acreedores presentes porque éstos gestionaron en su propio interés.

Para este caso, en el que falta el *animus* o intención de gestionar para otro, el fragmento 22.10 recoge in fine una *actio in*

77) Para PACCIONI no hay contradicción en las fuentes, sino que de ellas deriva un concurso electivo entre la *actio communi dividundo* (o la *actio familiaeerciscundae*) y la acción de gestión de negocios, afirmando que el ejercicio de esta acción era posible entre condóminos siempre que en el gestor se diese el *animus* y el requisito de la *utiliter coemptum*. Vid. PACCIONI *Della gestione... cit.*, p. 285-286.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria suele negar toda concurrencia entre la acción de gestión de negocios y las acciones divisorias. Vid. RICCOBONO, *Dal diritto classico... cit.*, p. 45; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 219; SEILER *Der Tatbestand... cit.*, p. 297 y ss.

Otros autores sostienen que la acción de gestión de negocios se aplicaba cuando no existiera una acción específica aplicable al caso, como la acción de mandato o las acciones divisorias. Cfr. FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 219 y ss.; SEILER, *Der Tatbestand... cit.*, p. 279 y ss.

factum de origen clásico (78), ejercitable frente a los acreedores presentes.

En el último supuesto recogido por el texto de PAULO, no sólo falta el *animus aliena negotia gerendi*, sino también el requisito del *negotium alienum*, puesto que el negocio gestionado interesa simultáneamente a los acreedores presentes y a los ausentes. Cuando falta alguno de los requisitos de la gestión de negocios es necesario el auxilio del pretor el cual interviene concediendo en favor de los ausentes una *actio in factum* para eliminar el lucro obtenido por unos acreedores en detrimento de otros (79).

78) Entre los autores que defienden la clasicidad de esta acción. Vid. PACCIONI, *Sulla negotiorum... cit.*, p. 313; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 219; RICCOBONO, *Dal diritto classico... cit.*, p. 410; SOLAZZI, *Il concorso... cit.*, III, p. 75.

Contrariamente, algunos autores opinan que esta *actio in factum* fue introducida por Justiniano. DEGENKOLB, *Beiträge... cit.*, p. 183; PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio...*, I, p. 40 y ss. Para Alvaro D'ORS esta acción está interpolada para el caso de que los acreedores presentes ignorasen la existencia de los ausentes, dado que Justiniano requiere el *animus aliena negotia gerendi*, *Agere cum deductione... cit.*, p. 179, n. 12.

Por su parte, KRELLER estima que PAULO acordaba una *actio honoraria negotiorum gestorum* y por tanto, reintegra el texto de la siguiente manera: *formula in factum concepta absentibus danda est, Das Edikt de negotiis gestis... cit.*, p. 411.

79) PACCIONI [*Della gestione... cit.*, p. 309 y ss.; ID., *Contributo critico... cit.*, p. 68 y ss] sostiene que el requisito del *animus* sólo era necesario para el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum contraria*, bastando para la legitimidad de la acción de gestión de negocios directa con que el negocio fuese objetivamente ajeno. Por tanto, explica que en cuando los presentes mandan la venta de los bienes del deudor operan en su propio beneficio, faltando el requisito del *animus*, pero también el requisito de que el negocio sea objetivamente ajeno. *Contributo critico... cit.*, p. 73.

En contra de esta opinión otros autores opinan que es necesario el estudio conjunto de la acción directa y la contraria Vid. RICCOBONO, *Dal diritto moderno... cit.*, p. 75, n. 6; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 216 y ss. Estos autores afirman que la parte final del texto de PAULO demuestra que el *animus aliena negotiagerendi* era necesario también para el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum directa*. Vid. RICCOBONO, *Dal diritto classico... cit.*, p. 410; FERRINI, *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 217.

En nuestra opinión, esta *actio in factum* recogida por D.17.1.22.10, es precisamente aquella acción general prometida por el pretor, y recogida por ULPIANO⁽⁸⁰⁾ y por el propio PAULO⁽⁸¹⁾, para regular las relaciones recíprocas de los *missi in possessionem* y los demás acreedores cuando resulta gestionado un negocio común^(82.)

80) Vid. D.42.5.9. pr y 4 (*ULP. l.LXII ad ed.*).

81) Vid. D.42.5.14.1 (*PAUL. l.LIX ad ed.*).

82) En este sentido, FERRINI afirma que la *actio in factum* es aquella concedida por el pretor para regular las relaciones entre coacreedores cuando resultaba gestionado un negocio común (recogida por ULPIANO en D.42.5.9.4) como ocurría ya para el caso de los copropietarios en el que se ejercitaba la *actio communi dividundo*; en estos casos la acción de gestión de negocios es excluida porque existe una acción específica concedida para el caso concreto: *Appunti sulla dottrina... cit.*, p. 220 y 221.

En sentido semejante, SOLAZZI opina que esta *actio in factum* es aquella prometida en D.42.5.9.pr. frente a los acreedores que se hallaran en posesión de los bienes del deudor y, congruentemente con su tesis de que el texto se refería a la *distractio ex privato consilio*, opina que esta acción se dirigía contra los acreedores presentes, tanto para obtener la *portio* como para pedir la indemnización por los daños producidos a los ausentes por cuanto el sistema elegido no era el fijado por el pretor (*Il concorso... cit.*, III, p. 75).