

## Supuestos de enriquecimiento injustificado en las *Dissensiones dominorum*: en torno a la admisión de la *actio negotiorum gestorum utilis* «*ex aequitate*»

Juan Carlos Prado Rodríguez\*

Recibido: 01/02/2022 / Aceptado: 21/03/2022

**Resumen.** La presente investigación aborda el tema del enriquecimiento injustificado desde la óptica de los glosadores medievales. Así pues, previas consideraciones sobre el alcance que tuvo para tal contexto histórico jurídico el principio de la *aequitas* intrínseca en aquella *regulae iuris* inherente a la prohibición de enriquecerse con daño ajeno y referida por Pomponio en D. 50,17,206, se analizarán las posturas tomadas por los glosadores sobre tres supuestos de enriquecimiento injustificado identificados en aquellas colecciones con las cuestiones más controvertidas provenientes del Derecho romano y conocidas como *Dissensiones dominorum*. En particular, se resaltarán la visión del glosador Martinus Gosiae sobre tales supuestos, la cual se decantó por apoyarse en el restablecimiento de la *aequitas* patrimonial a través de la admisión de una *actio negotiorum gestorum utilis*, y ello sobre la base de la interpretación de las fuentes jurídicas romanas concernientes a las problemáticas jurídicas tomadas en consideración.

**Palabras clave:** Enriquecimiento injustificado, *Dissensiones dominorum*, *Aequitas*

### [en] Unjustified enrichment cases in the *Dissensiones dominorum*: on the admission of the *actio negotiorum gestorum utilis* «*ex aequitate*»

**Abstract.** This research addresses the issue of unjustified enrichment from the point of view of medieval glossators. Thus, prior considerations will be made on the scope of the *aequitas* principle inherent in that *regulae iuris* which prohibited enriching oneself at the expense of others and was referred to by Pomponius in D. 50,17,206. Positions taken by the glossators on three cases of unjustified enrichment identified in those collections with the most controversial issues coming from Roman Law and known as *Dissensiones dominorum* will be also analyzed. In particular, we will highlight the vision on such assumptions of the glossator Martinus Gosiae, which opted for relying on the reestablishment of the patrimonial *aequitas* through the admission of an *actio negotiorum gestorum utilis*, and this on the basis of the interpretation of the Roman legal sources concerning the legal problems taken into consideration.

**Keywords:** Unjust Enrichment, *Dissensiones dominorum*, *Aequitas*

### [fr] Hypothèses d'enrichissement injustifié dans les *Dissensiones dominorum* : à propos de l'admission de l'*actio negotiorum gestorum utilis* « *ex aequitate* »

**Résumé.** Cette recherche aborde la question de l'enrichissement injustifié du point de vue des commentateurs médiévaux. Ainsi, après avoir considéré la portée que le principe d'équité intrinsèque

\* Profesor de Derecho romano y civil.  
Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito.  
[jprado@usfq.edu.ec](mailto:jprado@usfq.edu.ec)

avait pour un tel contexte historique juridique, on analyse cette *regulae iuris* inhérente à l'interdiction de s'enrichir du dommage d'autrui qui a été évoquée par Pomponius dans D. 50,17,206. Les positions prises seront analysés par les commentateurs sur trois hypothèses d'enrichissement injustifié identifiées dans ces collections avec les questions les plus controversées du droit romain et connues sous le nom de *Dissensiones dominorum*. On soulignera en particulier le point de vue du gloseur Martinus Gosiae sur de telles hypothèses, qui a opté pour le rétablissement de l'équité patrimoniale par l'admission d'une *actio negotiorum manager utilis*, et ce sur la base de l'interprétation du droit romain et ses sources, concernant les problèmes juridiques pris en considération.

**Mots clé :** Enrichissement injustifié, *Dissensiones dominorum*, *Aequitas*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La *aequitas* como fundamento de la prohibición de enriquecerse con daño ajeno: aproximación a la visión de los glosadores. 3. Supuestos de enriquecimiento injustificado en las *Dissensiones dominorum*. 3.1. En torno a la *dissensio*: «*An is qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat?*». 3.2. En torno a la *dissensio*: «*An is, qui in alieno solo ex sua materia aedificat, actionem ad sumtus repetendos habeat?*». 3.3. En torno a la *dissensio*: «*Quibus actionibus uti possit dominus, cuius rem alius suo nomine vendidit?*». 4. Sobre la admisión de la *actio negotiorum gestorum utilis* «*ex aequitate*». 5. Conclusiones.

**Cómo citar:** Prado Rodríguez, J. C. (2022). Supuestos de enriquecimiento injustificado en las *Dissensiones dominorum*: en torno a la admisión de la *actio negotiorum gestorum utilis* «*ex aequitate*», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 29, 11-44.

## 1. Introducción

Como es sabido, el renacimiento del estudio y la enseñanza del Derecho romano en Europa occidental<sup>1</sup> se caracterizó por la labor académica de Irnerius<sup>2</sup> en el naciente *Studium Generale* de Bolonia<sup>3</sup>, al poner las bases del primer centro de estudios jurí-

<sup>1</sup> Precisamente, sería el Digesto de Justiniano que servirá para el renacimiento del Derecho Romano en Bolonia, ya que afirma F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*, I, *Per la storia del pensiero giuridico moderno* 6, Milano, 1980 (Trad. *Privatrechtsgeschichte* por U. Santarelli §§1-19), p. 56: «Negli ultimi decenni dell'XI secolo nacque - probabilmente a Bologna - quella recensione critica del Digesto che - sotto il nome di *Littera Bononiensis* o *Vulgata* - era destinata ad essere universalmente accolta come base testuale d'insegnamento del *ius commune* europeo». Mientras que, para la época justiniana la enseñanza del Derecho en las escuelas de Berito y de Constantinopla estaba reglada por un plan de estudios que cubría toda la compilación; a este respecto relata A. Agudo Ruiz, *La enseñanza del Derecho en Roma*, Universidad de la Rioja. Servicio de Publicaciones, 1999, p. 14: «El nuevo plan de estudios que Justiniano diseña y establece en la Constitución *Omnem* tiene una duración de cinco años y un preciso material de estudio, que naturalmente es su reciente Compilación. [...] Instituciones, Digesto, Código».

<sup>2</sup> Sobre Irnerius véase, entre otros, E. Besta, *L'opera di Irnerio*, Torino, 1896; E. Spagnesi, *Wernerius bononiensis iudex*, Firenze, 1970; F. Cuenca Boy, s.v. "Irnerius (Irnerius; Wernerius; Guarnerius) (ca. 1055 - ca. 1130)", R. Domingo (ed.), *Juristas universales*. Tomo I. *Juristas antiguos* (Madrid / Barcelona, 2004), pp. 309 - 314; E. Cortese, s.v. "Irnerio (XI sec. - 1219 ...)", I. Birocchi - E. Cortese - A. Mattone - M. N. Miletta (*a cura di*), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX Secolo)*. Vol. I (Bologna, 2013), pp. 1109 - 113; Id., *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso medioevo*, Roma, 1995, pp. 57 ss.; P. Stein, *Il diritto romano nella storia europea*, Milano, 2001, pp. 59 ss.; P. Koschaker, *Europa y el Derecho Romano* (Versión completa del alemán por J. Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1955, pp. 117 ss.; G. Fornasini, *Lo studio bolognese*, Firenze, 1886, p. 33.

<sup>3</sup> Fundado en el año de 1088, fecha convencional. En efecto, observa S. Riccobono, «Roma madre delle leggi», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 57-58 (1953), 8 s., que el renacimiento del Derecho romano se manifestó en Bolonia en el siglo XI, existiendo huellas de su actividad académica en aquellos años. En efecto, según F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto (sec. V-XV)*, Milano, 1948, p. 278, en un dictamen (*placito*) de la ciudad de Marturi en Toscana, del año 1076, habría intervenido un tal Pepo *legis doctor*,

dicos en aquella ciudad<sup>4</sup>, llamada en consecuencia *Alma mater legum*<sup>5</sup>. Esto se fundamenta en el comentario del glosador Odofredus (siglo XIII)<sup>6</sup> a la definición de *ius civile* en D. 1,1,6<sup>7</sup>, y en el que relata que a partir de la *traslatio* de los libros *legales* desde Roma a Ravena y luego hacia Bolonia<sup>8</sup>, Irnerius, quien fuere maestro en artes liberales<sup>9</sup>, comenzó a estudiar y a enseñar los textos del Derecho romano, siendo tal su habilidad que obtuvo el nominativo de *lucerna iuris*<sup>10</sup>. Esto sin olvidar que poco

---

y en el que aparece una citación del Digesto. De su parte, observa F. Wieacker, *Storia del diritto privato* cit., p. 66, que el *studium civile* nacido en Bolonia era una *universitas scholarum* que tuvo el privilegio en favor de sus estudiantes a través de la *Costitutio Habita* del año 1158, que, entre otras prerrogativas, daba protección para su libre movilidad; sobre el tema véase W. Ullman, «The medieval interpretation of Frederick I's Authentic «Habita», *L'Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di P. Koschaker* vol. I (Milano, 1954), pp. 99-136.

<sup>4</sup> Según F. Wieacker, *Storia del diritto privato* cit., p. 58, la razón del surgimiento en Bolonia de este centro de estudios radicaría en el incremento del tráfico comercial que requirió de una nueva élite de expertos en temas judiciales, tales como abogados y notarios. Sin embargo, sobre las críticas al monopolio del *Studium* boloñés en la creación de la *scientia iuris* para la época, véase E. Cortese, «Alle origini della scuola di Bologna», *Rivista internazionale di diritto comune*, IV, 1993, pp. 7-49; G. Rossi, «Retorica e diritto nelle opere dei Glossatori civilisti: i proemi allegorici», *Historia et ius. Revista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 13, 2018, p. 1.

<sup>5</sup> Cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., p. 6. Sobre las distintas denominaciones que esta institución universitaria ha tenido en el milenio de su existencia, véase F. Betancourt Serna, «Inocencio III (1198-1216) y la Universitas Studiorum [1203→1917/1983/1990]», *Vergentis. Revista de investigación de la Cátedra internacional Inocencio*, III 2, 2016, pp. 131-173.

<sup>6</sup> Sobre Odofredus véase E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit. p. 28, nota 57; G. Fornasini, *Lo studio bolognese* cit., pp. 63 s.; H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I Die Glossatoren*, München, 1997, pp. 323 ss.

<sup>7</sup> «Signori, dominus Yr. qui fuit apud nos lucerna iuris: id est primus qui docuit in civitate ista in artibus: nam primo cepit studium esse in civitate ista in artibus et cum studium esset destructum Rome libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravenne et de Ravenna ad civitatem istam; quidam dominus Pepo cepit autoritate sua legere in legibus tamen quicquid fuerit de scientia sua nullus nominis fuit. Sed dominus Yr. dum doceret in artibus in civitate ista cum fuerunt deportati libri legales cepit per se studere in libris nostris, et studendo cepit docere in legibus: et ipse fuit maximus nominis et fuit primus illuminator scientiae nostrae; et quia primus fuit qui fecit glossas in libris nostris vocamus eum lucernam iuris», así el texto en L. Bussi, «Intorno alla storia delle Università medievali», *Dirittoestoria*, Maggio N. 1 (2002), s.p.; F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 277; G. Rossi, «Retorica e diritto nelle opere dei Glossatori civilisti cit., p. 3.

<sup>8</sup> Observa L. Bussi, «Intorno alla storia delle Università medievali» cit., s.p., el hecho que los libros legales hayan llegado de Ravena adquiere interés desde el momento que la *Pisana* es comúnmente atribuida a una oficina de escritores de Ravena, en gran expansión desde el siglo VII. A tal respecto, según F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., pp. 290 s., sería el Digesto que marcaría la llamada *renovatio libri legum*, al haberse descubierto los primeros 24 libros (*Digestum vetus*) y luego los últimos 12 libros, del XXXIX al L (*Digestum novum*); por último, los intermedios del título III, del XXIV al XXXVIII y designados como *Digestum infortiatum*, que la tradición asigna a Irnerius el haber exclamado en su descubrimiento «*ius nostrum infortiatum est*».

<sup>9</sup> En efecto, desde el siglo XI se fueron desarrollando en Europa las escuelas de artes liberales, destinadas a ser las primeras facultades universitarias, entre las que estaba aquella de Derecho. Como recuerda E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., pp. 6 s., las artes liberales se repartían en dos grupos, uno de ellos era el *trivium* que comprendía las artes que concernían el método de la correcta expresión del pensamiento plasmado en el discurso, así la gramática, la dialéctica y la retórica. La enseñanza de la gramática consistía en la lectura de los clásicos latinos de los que se traía no solamente las reglas del lenguaje, sino también el gusto por la elegancia estilística de la escritura. La dialéctica, de su parte, ofrecía los elementos esenciales de la lógica aristotélica; mientras que la retórica era el arte de persuadir, cercana a los oradores, abogados y juristas, cuya fuerza se encontraba en los textos de Cicerón, sobre todo en el *De oratore* y en la *Rhetorica ad Herennium*. En este sentido observa L. Bussi, «Intorno alla storia delle Università medievali» cit., n. 36, que en las escuelas de artes liberales del alto medioevo la enseñanza de la retórica comprendía también aquella del Derecho. Por tanto, el *trivium* contribuyó a que los glosadores dominen los conceptos gramaticales y, junto con la dialéctica y la retórica, fueron instrumentos inherentes a las destrezas para el buen manejo de las leyes, cfr. F. Wieacker, *A history of private law in Europe, With particular reference to Germany*, Oxford, 2003, p. 36.

<sup>10</sup> Cfr. F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 277.

antes un tal Pepo habría comenzado a explicar Derecho romano<sup>11</sup> con gran habilidad<sup>12</sup>, siendo a causa de su desaparición que la condesa Mathildae de Cannosa habría incentivado a Irnerius al estudio de aquel Derecho<sup>13</sup>, de lo que resultaría su autorización y legitimización oficial a impartirlo en Bolonia<sup>14</sup>.

Ahora bien, el Derecho que se enseñaba y aplicaba en aquel entonces comenzó a identificarse con la locución *utrumque ius*, categoría académica que designaba a los dos Derechos, el civil romano y el canónico<sup>15</sup>, y reflejados en los *Corpus iuris civilis* y *canonici*, respectivamente, dando lugar a su vez al *ius commune*<sup>16</sup>. Así pues, a partir de Irnerius irían surgiendo las siguientes generaciones de los glosadores italianos, *in primis* con sus discípulos, los llamados cuatro doctores: Bulgarus, Martinus, Ugo y Iacobus<sup>17</sup>. En tal contexto, la producción académica de los glosadores se manifestó a través de diferentes géneros jurídico-literarios, los cuales giraban en torno a los referidos *corpora iuris*<sup>18</sup>, y entre los que destacaban las obras exegeticas (*glosas*<sup>19</sup> y *appa-*

<sup>11</sup> En efecto, según F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 278, Pepo habría tenido gran fama en aquel entonces, al punto de ser definido en un *libelli* del año 1090 como *claro Bononiensium lumine*. Y esto, a pesar de la noticia de otros grandes juristas por aquella época, como un tal *Albertus legis doctor* del año 1067, y de *Iginulfo* de 1076, véase J. M. Sainz-Ezquerria Foces, “Tradición romanística y decisión justa”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 68, 1998, pp. 401 s. Y, a pesar de las críticas a Pepo por Odofredus, al afirmar «[...] nullius nominis fuit».

<sup>12</sup> Manifiesta J. M. Sainz-Ezquerria Foces, “Tradición romanística y decisión justa”, cit., p. 402: «[...] no era en absoluto tan insignificante y desconocido como se podría pensar a raíz del relato de Odofredus y la exposición de Savigny, sino que recientemente se nos ha relevado como un jurisperito muy hábil, famoso y altamente considerado en la segunda mitad del siglo XI». Sobre su notoriedad académica véase F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 278.

<sup>13</sup> En efecto, en una crónica atribuida a Burcardo Urspergense (inicios del s. XII) se narra que por petición de ella, Irnerius se dedicó exclusivamente al Derecho: «[...] *Eisdem quoque temporibus dominus Wernerius libros legum, qui dudum neglecti fuerant nec quisquam in eis studuerat, ad petitionem Mathildae comitissae renovavit et secundum quod olim a divae recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant, paucis forte verbis alicubi interpositis, eos distinxit* [...]», así el texto en L. Bussi, “Intorno alla storia delle Università medievali”, cit., s.p. Véase también J. M. Sainz-Ezquerria Foces, “Tradición romanística y decisión justa”, cit., p. 402.

<sup>14</sup> Cfr. F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 280.

<sup>15</sup> Sobre las fuentes de esta rama del Derecho, véase F. Betancourt Serna, “Fuentes del Ius Canonicum Particulare español e indiano”, *Glossae. European Journal of Legal History*, 10, 2013, pp. 95-107.

<sup>16</sup> *Ius commune* como Derecho *per excellentiam*, cfr. F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970, p. 34. En este sentido considera E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., p. 229: «*utrumque ius*, che fa dei due diritti canonico e civile un sistema appunto unitario: il sistema del diritto comune medievale». En este mismo orden afirma A. Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, Civitas-Thomson Reuters, 2014, p. 357: «Lo que se produce a finales del siglo XI en Bolonia es el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea [...]». La unión de ambos derechos (*utrumque ius*) es lo que se denomina derecho común (*ius commune*).

<sup>17</sup> Quienes, al parecer, obtendrían sus respectivos apelativos de Irnerius: «*Bulgarus os aurerum, Martinus copia legum, Mens legum est Ugo, Iacobus id quod ego*», cfr. F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 281. A tal respecto, afirma S. Schipani (*a cura di*), *Premessa. Iustiniani augusti digesta seu pandectae. Testo e traduzione*. I. 1-4, Milano, 2005, p. XVI: «L'insegnamento irneriano fu proseguito dai quattro dottori, Bulgaro, «bocca di aeree sentenze», Martino, «della grande conoscenza delle leggi», Ugo, «che coglie lo spirito delle leggi», e Giacomo, che da Irnerio fu indicato como proprio successore». Ellos fueron convocados en el año 1153 a la Dieta de Roncaglia por el emperador Federico I Barbarroja al objeto de ser consultados sobre el Derecho aplicable en tal contexto territorial, y decantándose por la ley romana, véase P. Vinogradoff, *Roman law in medieval europe*, Oxford, 1961, pp. 61 s.; S. Riccobono, “Roma madre delle leggi”, cit., pp. 8 s.

<sup>18</sup> Véase al respecto V. Piano Mortari, s.v. “Glossatori”, *Enciclopedia del Diritto*, 29, Milano, 1970, pp. 626 ss.

<sup>19</sup> Según A. Fernández de Buján, *Derecho público romano* cit., p. 360: «El método de Irnerio y sus discípulos consistía en realizar aclaraciones o explicaciones de los textos contenidos en el Digesto, de ahí la denominación de glosadores, o bien al margen o bien entre las líneas del propio párrafo: glosas marginales o interlineales».

ratus<sup>20</sup>), las dogmáticas (*summae*<sup>21</sup> y *brocarda*<sup>22</sup>), las *distinctiones*<sup>23</sup> y las *quaestiones*, que eran disputas sobre casos controvertidos reales o ficticios<sup>24</sup>, y en las que el maestro planteaba las razones que fundamentaban cada una de sus posturas, para luego expresar una solución al caso específico (*solutio*)<sup>25</sup> sobre la base de las fuentes jurídicas romanas inherentes a la cuestión<sup>26</sup>.

Y sería en tal contexto que aparecen aquellas colecciones con las controversias jurídicas que se presentaron entre glosadores (*ius controversum*)<sup>27</sup>, comúnmente conocidas como *Dissensiones dominorum*<sup>28</sup>. En efecto, entre las primeras generaciones

---

Asimismo, explica F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 292: «*Glossae* furono detti [...] i chiarimenti che i giuristi cominciarono ad apporre al testo (*litera*), leggendolo agli scolari».

<sup>20</sup> Que era un desarrollo teórico más profundo de la glosa marginal, véase F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 293.

<sup>21</sup> Según F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 296: «*Summa*» non vuol dire compendio [...] vuole significare «trattazione sistematica e completa», dove tutte le possibili nozioni sopra l'argomento trattato confluiscono e trovano il loro posto».

<sup>22</sup> Que nacen de las definiciones y *regulae iuris*, para luego confluír en colecciones llamadas *generalia* o *brocarda*, a través de los cuales se evidenciaba el dominio conceptual en la época sobre el *Corpus iuris civilis*, véase F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., pp. 295 s.

<sup>23</sup> Que, según A. Errera, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano, 2003, p. 31 «[...] consentiva all'interprete di patroneggiare facilmente la rica e caotica caterva di prescrizioni normative offerte dalla compilazione giustiniana ricorrendo alla composizione della materia giuridica in una articolata, rigorosa e schematica sequenza». Véase también F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* cit., p. 74.

<sup>24</sup> Véase F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I (trad. it. E. Bollati), vol. II, Torino, 1854-1857 (rest. anst. Roma 1972), p. 357.

<sup>25</sup> Según A. Errera, *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo* cit., p. 77: «La soluzione della *quaestio* consisteva quindi nella più corretta utilizzazione di un meccanismo inferenziale che, a partire dalle diverse correlazioni proposte da *opponens* e *respondens* tra i passi delle fonti, indicasse la necessità logica (o, al opposto, l'assoluta irrazionalità) dell'estensione della norma invocata al precipuo caso giudiziario da cui era nata la disputa». Véase en tal sentido Pili Medicinensis, «*Quaestiones Sabbatinae*», *Corpus Glossatorum iuris civilis*, IV, ed. Romae, 1560 (rest. Torino, 1967). Ante ello F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, II, Parte III, Firenze, 1844, pp. 331 s., relata el *iter* del enseñamiento llevado a cabo por el profesor, y en el que se puede apreciar el manejo de los distintos géneros mencionados: «[...] Il professore cominciava dal sunto del titolo intero (*summa*); pasando di poi alle varie leggi, leggeva il testo adottato da esso, indicava la specie della legge, risolveva le antinomie apparenti, sviluppava le regole generali del diritto (*brocarda*), e parlava dipoi dei processi reali o fittizi dei quali essa legge poteva dare la decisione (*quaestiones*, o se il tempo non lo permetteva, rimetteva questo esame alle *repetitiones*)». Véase también F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 297.

<sup>26</sup> En efecto, afirma G. Rossi, «Retorica e diritto nelle opere dei Glossatori civilisti cit., p. 5: «L'insegnamento degli Antichi era stato ripreso dai Medievali e, in tale ottica, le opere dei giuristi non fanno eccezione: decisiva in tale senso appare proprio la formazione retorico-letteraria di cui i primi *doctores legum* erano imbevuti [...]».

<sup>27</sup> Según M. Brutti, «Gaio e lo *ius controversum*», *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, LV, 2012, p. 79: «Parliamo di diritto controverso quando all'interno di un ordinamento in relazione ad un problema, si contrappongono diversi punti di vista». Y precisa P. Cantarone, «*Ius controversum* e controversia giurisprudenziali nel II secolo A.C.», *Filia. Scritti per G. Franciosi* (coord. F. M. D'Ippolito) 1, 2007, p. 409: «*Ius controversum* è il *caput* equivoco della legge, dell'editto, del *senatusconsulto* da interpretare o della disposizione giuridicamente rilevante assunta da un privato, che crea discussione, non l'opinione dei giuristi».

<sup>28</sup> Según F. Calasso, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 297: «[...] erano appunti sulle più celebri questioni giuridiche, intorno alle quali avevano espresso opinioni opposte e inconciliabili alcuni maestri». De las más antiguas colecciones existen tres manuscritos, uno de Nicolò Rodio en cuatro ediciones (1530, 1531, 1537 y 1821) del título *De dissensionibus dominorum*; otro del Colegio español de Bolonia (n. 73) en 6 folios del título *Incipiunt diversitatis dominorum in iure*; y, un tercer manuscrito llamado parisino (n. 4534) en dos folios sin titulación. Por otra parte, están las colecciones modernas, cuyo autor fue Ugolinius durante los primeros 25 años del siglo XIII, conociéndose los manuscritos: Paris (n. 4609); Bamberg (D. II, 21); Stuttgart (*iur.in-fol.*, n. 118);

de glosadores se formaron dos escuelas (*sectae*) con un razonamiento jurídico contrapuesto entre ellas: una interpretaba de forma estricta el Derecho (*ius strictum*), y la otra planteaba una interpretación más flexible y apegada a la *aequitas*<sup>29</sup>. Estas escuelas fueron llamadas, respectivamente, de los *Bulgaristae* y de los *Gosiani*, en virtud del antagonismo entre sus fundadores, Bulgarus<sup>30</sup> y Martinus Gosia<sup>31</sup>, y sus seguidores<sup>32</sup>, donde aquella de Bulgarus habría tenido mayor relevancia, tanto por el número de sus seguidores, como por su autoridad<sup>33</sup>.

Pues bien, estas controversias se ordenaron en colecciones divididas en antiguas y modernas, algunas de las cuales nos han llegado a través de la edición de Hänel de 1834<sup>34</sup>, y en las que encontramos algunos supuestos de enriquecimiento injustificado que, al determinar una cierta complejidad para el contexto del Derecho romano, llamaron la atención de los glosadores sobre admitir o menos el derecho de regreso para quien sufrió un detrimento patrimonial en consecuencia del enriquecimiento verificado en la otra parte. Así, algunos maestros negaban tal derecho con base en el *rigor legis*, mientras que otros estaban de acuerdo en admitir una *actio utilis ex aequitate*, y dirigida a contrastar el enriquecimiento injustamente obtenido por una de

---

Cambridge (*Caius-College*, n. 33); Roma (biblioteca *Chigi*, E. VII, 218). Además, en el catálogo de los prestadores de libros se cita una titulada *Diversitates dominorum*, considerada como la colección de Ugolinus. En el catálogo de *Cervottò havvi* existe una obra titulada *Diversitates dominorum sunt M. Egidii*. Asimismo, se encontró en 1790, en el archivo de un instituto femenino de Mainz, un manuscrito del siglo XV del título *Diversitates inter dominos de variis materias iuris*. Y, está la obra de G. Hänel, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Lipsiae, 1834, la cual se sirvió de una cantidad de manuscritos, cfr. F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., pp. 361 ss.; V. Rivalta, *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna, 1895, pp. 2 ss.

<sup>29</sup> Afirma E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale* cit., p. 77: «Bulgaro sarebbe stato il difensore dell'interpretazione letterale e rigorosa della legge scritta, Martino invece, e la sua scuola 'gosiana', sarebbero stati più elastici, e avrebbero occasionalmente preferito le maglie larghe dell'equità a quelle strette del dettato legislativo». Ahora bien, según afirma V. Piano Mortari, s.v. "Glossatori" cit., p. 626: «Riappare l'importanza avuta nel Medioevo dal concetto di equità. *Ius commune* era pure il diritto canonico, una creazione interamente medievale formatasi alla luce della *aequitas* cristiana. Ora l'equità era il criterio imprescindibile in qual tempo per la valutazione intrinseca di tutto il diritto positivo. Il suo spirito doveva permeare anche le regole e i principi del *Corpus iuris* e trasformarne eventualmente il significato originario». Véase también V. Piano Mortari, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli, 1979, pp. 62 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997, pp. 170 ss.

<sup>30</sup> Sobre Bulgarus véase F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., pp. 50 ss.; H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* cit., pp. 162 ss.; H. Kantorowicz, *Studies in the glossators of the roman law*, Cambridge, 1938, pp. 68 ss.

<sup>31</sup> Según F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., pp. 74 ss., Martinus habría nacido en Bolonia: «*Martinus Gosianus, patria Bono*». Falleció en el año de 1166, y habría sido sepultado en la Iglesia de San Procolo en Bolonia, de frente a Bulgarus. Véase E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II cit., pp. 76 ss.; V. P. Mortari, *Aspetti del pensiero giuridico medievale* cit., pp. 62 s.; H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter* cit., pp. 170 ss.; H. Kantorowicz, *Studies in the glossators of the roman law* cit., pp. 86 ss.

<sup>32</sup> Que tal vez nacieron de la analogía con las escuelas de los Sabinianos y Proculyanos, al punto de ser paragonado Martinus a Labeón y Bulgarus a Capitón, véase G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898 (rest. Roma, 1979); G. L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981. Sobre el nominativo original de estas dos escuelas, véase C. A. Cannata, "Lo splendido autunno delle due scuole", *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Schmidlin* (Bâle et Francofort sur le Maine, 1998), p. 434.

<sup>33</sup> Entre ellos estaban Ioannes Bassianus, Azonis y Acursius, véase F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 75. Sobre Ioannes Bassianus véase T. Wallinga, «La Lectura Institutionum de Johannes Bassianus», *Glossae. European Journal of Legal History*, 13 (2016), pp. 655-669.

<sup>34</sup> Véase F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., pp. 360 ss.

las partes de la relación obligatoria, para de esta forma restablecer la *aequitas* patrimonial quebrantada<sup>35</sup>. Esta sería la visión y postura de Martinus<sup>36</sup>, llamado *copia legum* a causa de su amplio conocimiento del Derecho<sup>37</sup>, y esto a pesar de las críticas de sus contemporáneos en su contra<sup>38</sup>.

Por tanto, a través de la presente investigación se analizarán tres supuestos de enriquecimiento injustificado que se encuentran en las diferentes colecciones que forman las *Dissensiones dominorum*, recabándose diferentes posturas sobre la admisión o menos del derecho de regreso para quien desembolsó una cantidad pecuniaria que le competía a otro, y donde una parte de los glosadores se decantó por no dar relevancia a la prohibición de enriquecerse de forma injustificada<sup>39</sup>; mientras que otros decidieron aplicar algún instrumento procesal al objeto de acatar la referida prohibición<sup>40</sup>. En consecuencia, con base en las fuentes jurídicas romanas inherentes a las respectivas argumentaciones doctrinarias, se plantearán dos diferentes posturas para la época: la de excluir el derecho de regreso con base al *ius strictum* y, *ex adverso*, la de admitir una *actio utilis (negotiorum gestorum)* fundamentada en la *aequitas*<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Que es el objetivo de la regla que prohíbe enriquecerse a daño ajeno, véase B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problema attuali*, Cedam, 2009, p. 214.

<sup>36</sup> En efecto, de Martinus se exalta su declinación hacia la equidad de las leyes, en contraposición al rigor del derecho civil; en este sentido Hostiensis lo define «[...] *spiritualis homo fuit, et secundum tempus quod tunc currebat semper divinae legi adhaerebat contra rigorem iuris civilis [...] haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis, martiniana*», así citado en F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76 (h). A este respecto manifiesta E. M. Meijers, «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs», *Études d'Historie du droit*, IV (Leyden, 1966), p. 143: «L'équité qui apparaît ainsi sous formes est ainsi définie par Martinus dans son *Exordium Institutionum: aequitas est rerum id est obligationum convenientiae quae in partibus causis, id est negotiis, paria iura desiderat*. Si l'équité se reflète dans la volonté de l'homme on la nomme justice: *si talis aequitas in voluntate hominis est perpetuo iusticia dicitur*».

<sup>37</sup> Además, según J. M. Sainz-Ezquerro Foces, «Tradición romanística y decisión justa», cit., p. 410: «[...] Martino fue, de los cuatro Doctores, el que gozó de una especial predilección por parte del Emperador Federico I, simpatía imperial que el jurista supo conservar con habilidad».

<sup>38</sup> Como las de Ioannes Bassianus, discípulo de Bulgarus; Azonis, alumno de Bassianus y luego también Odofredus, véase E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale* cit., pp. 78 s.

<sup>39</sup> Manifiesta J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law», *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (ed. E.J.H. Schrage) (Berlin, 1995), pp. 65 s.: «[...] such as Bulgarus de Bulgarinis (d. 1166), Johannes Bassianus (d. 1197), Azo Porcius (ca. 1150-1220) and Accursius (ca. 1182-1263) [...]. This does not imply the deny a general obligation to make restitution in case of unjust enrichment: they simply refuse to deduce in from the Roman text».

<sup>40</sup> Afirma J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law» cit., p. 66: «[...] such as Martinus Gosia (ca. 1120-1160) and others, are willing to apply the general prohibition of enrichment much more generously and grant actions [...]».

<sup>41</sup> En efecto, según G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Firenze, 2003, p. 14: «[...] la circostanza che in molti casi l'azione fosse concessa non come volgare, di stretto diritto, ma como utile, nel linguaggio dei glossatori *de aequitate*, corrisponde alla difficoltà di ammettere una gestione di affari in senso stretto in assenza della volontà del gestore». Asimismo, manifiesta E. M. Meijers, «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs», cit., p. 149: «Parmi les applications que, selon Martinus et son école, le juge peut faire de l'idée de l'équité (*aequitas rudis*) je signale les suivantes: I. En premier lieu le juge, se basant sur l'équité, peut compléter la loi et attribuer des actions utiles inconnues à la loi écrite. Ainsi Martinus, en élargissant l'équité, donne une *actio utilis*; a. en tout les cas où une personne a stipulé pour autrui; b. si quelqu'un a géré l'affaire d'autrui malgré la défense expresse de celui-ci et que le gérant a fait des frais utiles; c. si un possesseur de bonne foi a fait une construction sur le terrain d'autrui».

## 2. La *aequitas* como fundamento de la prohibición de enriquecerse con daño ajeno: aproximación a la visión de los glosadores

Antes de enfrentar los supuestos de enriquecimiento injustificado recabados de las colecciones que conforman las *Dissensiones dominorum*, resulta necesario considerar aquella *regulae iuris* inherente a la prohibición de enriquecerse de forma injustificada y referida por Pomponio en D. 50,17,206 (9 *ex variis lect.*)<sup>42</sup>: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*<sup>43</sup>. En particular, determinar el alcance que tuvo para los glosadores el fundamento y esencia de la referida *regulae* y que radica en el mantenimiento de la *aequitas* patrimonial<sup>44</sup>, para lo que se requería de un instrumento procesal dirigido a restablecer el equilibrio quebrantado<sup>45</sup>. A este respecto, y a pesar de que la injerencia de un tercero dirigida a incrementar el patrimonio ajeno iría en contra de la protección de la esfera privada<sup>46</sup>, es cierto que de la *gestio* surge también un enriquecimiento para el *dominus negotii* que, al no verificarse su respectiva contraprestación se consideraría injustificado al quebrantar la *aequitas* que es fundamento de toda relación patrimonial<sup>47</sup>.

Sobre la referida *regulae* observa Cannata<sup>48</sup> que el sujeto enriquecido se encuentra obligado (*in re*) a restituir la parte que se incorporó en su patrimonio y que constituye económicamente su enriquecimiento<sup>49</sup>; mientras que, el sujeto que tendrá el derecho a esta prestación será aquel que sufrió el correspondiente empobrecimiento en su patri-

<sup>42</sup> Según B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 212: «Il giurista afferma che è un principio di diritto naturale (*iure naturae aequum*) che nessuno consegua un arricchimento (*locupletiore fiat*), ingiustificato secondo il diritto (*iniuria*), e che produca un correlativo impoverimento altrui (*cum alterius detrimento*)». Sobre el origen conceptual del texto, véase C. Arnò, *Ars aequi et boni*, Torino, 1940, pp. 6 s.

<sup>43</sup> También referida por el mismo Pomponio en D. 12,6,14 (21 *ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore*. Con respecto a la diferencia con la *regulae iuris*, véase J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law» cit., p. 64.

<sup>44</sup> Afirma B. Biondi, «La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana», *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, 3 (1950), p. 146, que para el contexto justinianeo, «La *aequitas* è intesa non solo in ordine allo *status* delle persone, ma anche come equilibrio patrimoniale. Non si vieta che ciascuno faccia i propri interessi, ma si esclude ogni arricchimento ingiustificato, o che si possa esercitare un diritto a detrimento di altri [...]».

<sup>45</sup> En efecto, solo a partir de la premisa que la injerencia en utilidad ajena conlleva la necesidad de restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado a través de un instrumento procesal para tal respecto instaurado, se podrá entender de qué manera los supuestos analizados constituyen un enriquecimiento injustificado para una de las partes de la relación patrimonial, con el consiguiente detrimento para la otra. Y, con base en ello, se constata la existencia de una regla general que prohíbe enriquecerse de forma injustificada, la cual, si bien se basa en normas positivas para la época romana, se fundamenta también en reglas provenientes del derecho natural o *ratio naturalis*, cfr. J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law», cit., p. 62.

<sup>46</sup> Según Pomponio en D. 50,17,36 (17 *ad Sab.*): *Culpa est inmiscere se re ad se non pertinente*.

<sup>47</sup> Y que a su vez conlleva el principio de dar a cada uno lo que le corresponde; uno de los *tria iuris praecepta* indicados por Ulpiano en D. 1.10.1 (1 *reg.*): «[...] *suum cuique tribuere*». Véase C. Arnò, *Ars aequi et boni* cit., p. 9; B. Biondi, «La concezione cristiana del diritto naturale», cit., p. 142.

<sup>48</sup> C. A. Cannata, «Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano», *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*. Padova – Verona – Padova, 25,26,27 settembre 2003 (a cura di L. Vacca) (Torino, 2005), pp. 20 s.

<sup>49</sup> Esta obligación surge una vez que la transferencia de la propiedad de la cuantía se haya efectivizado con la incorporación económica en el patrimonio del enriquecido; y la razón de la obligación de restituir se fundamenta en que lo recibido tenía un sustento indebido o era inexistente el derecho que lo amparaba. Ante lo cual afirma C. A. Cannata, «Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore» cit., p. 22: «Il denaro indebitamente entrato nel patrimonio dell'*accipiens* va restituito solo perché ingiusto che l'*accipiens* se lo tenga».



monio<sup>50</sup>. Esta obligación de restituir resulta intrínseca en el fragmento de Pomponio<sup>51</sup>, y se enlaza con el término *iniuria*<sup>52</sup>, que aquí se entendería como aquello obtenido sin justificación de los valores inherentes a cada ordenamiento jurídico<sup>53</sup>; de lo que surge la necesidad de proceder con un específico instrumento procesal para recuperar la cuantía que constituyó el enriquecimiento obtenido por el *accipiens* y así restablecer el equilibrio quebrantado en consecuencia del incremento patrimonial injustificado<sup>54</sup>.

Ahora bien, a la base de la *regulae iuris* de Pomponio está la *aequitas*, la cual ha tenido varias acepciones a lo largo de la historia occidental<sup>55</sup>; en efecto, una remota referencia está en Platón, quien la concibe como equilibrio, moderación, humanidad o capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo<sup>56</sup>. En tal contexto, Aristóteles concebía la *epieikeia* como lo naturalmente justo, por tanto, era superior a lo justo legal<sup>57</sup>; y, al relacionarla con la justicia, consideraba que lo equitativo es lo justo, pero no según la *lex* desde el momento que lo equitativo es corrección de lo legal, ya

<sup>50</sup> A tal respecto, la identificación del enriquecido está en la locución *feri locupletiorum*, y el empobrecido en la frase *cum alterius detrimento*, cfr. A. Cannata, «*Cum alterius detrimento et iniuria feri locupletiorum* cit., p. 24. A este respecto afirma P. Frezza, «*Ius gentium*», *Melanges De Visscher*, 1 (1949), p. 300 s., sobre el fundamento del principio «*nemo ex aliena iactura locupletari debet*» [...] sono i bizantini, e non i classici, a collegare immediatamente col *bonum et aequum* (che è quanto dire, considerare come un principio di giustizia naturale) il divieto dell'arricchimento con danno altrui». Y, con respecto a ello se enlazan también las acciones *in bonum et aequum* en las que la *condemnatio* imponía al *iudex privatus* de condenar según su criterio equitativo, véase P. Voci, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938, pp. 99 ss.

<sup>51</sup> En efecto, para B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 214: «Se è vero che nella regola in esame non si fa menzione dell'obbligazione restitutoria, tuttavia implicitamente se ne ricava con certezza la necessità di ripristinare un equilibrio che è stato violato».

<sup>52</sup> Sobre el significado original del referido término, explica B. Albanese, «Una congettura sul significato di «iniuria» in XII tab. 8.4», en *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 31 (1980), p. 21: «[...] *iniuria* ebbe nel linguaggio romano, tra gli altri significati [...] comportamento doloso e ingiusto, ai danni d'un soggetto libero, implicante o lesione fisica, o violazione morale della personalità della vittima».

<sup>53</sup> Cfr. B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 213.

<sup>54</sup> Cfr. A. Cannata, «*Cum alterius detrimento et iniuria feri locupletiorum* cit., p. 24.

<sup>55</sup> No obstante, para J. Uscatescu Barrón, «Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual», *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos*, 5 (1993), p. 76: «El término *aequitas* es un sustantivo abstracto derivado del adjetivo *aequus*, *aequa*, *aequum*, cuyo significado principal es "llano", "equilibrado"». Sobre la etimología de *aequus-aequitas* véase D. Mantovani, «*L'aequitas* romana: una nozione in cerca di equilibrio», «*Quante equità?*». *Incontro di studio n. 70, Milano 28 febbraio 2013 (a cura di D. Mantovani-S. Veca)* (Milano, 2017), pp. 20 ss. De su parte, asevera B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., pp. 212 s.: «*L'aequitas* [...] da un lato costituiva lo strumento integrativo, e a volte correttivo del diritto civile, inteso come binomio *ius civile/ius honorarium*, nel suo impiego all'interno del metodo interpretativo casistico, mediante il quale i giuristi cercavano di individuare la soluzione "giusta", senza alterare la coerenza dell'insieme delle soluzioni giurisprudenziali; dall'altro lato rappresentava l'insieme dei valori di giustizia distributiva, del *bonum et aequum* [...]. Véase también L. Vacca, «Considerazioni sull'«*aequitas*» come elemento del metodo della giurisprudenza romana», *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche* (Padova, 2006), pp. 1 ss.: Id, «*L'aequitas* nell'«*interpretatio prudentium* dai giuristi «*qui fundaverunt ius civile*» a Labeone», *Metodo casistico* cit., pp. 257 ss.

<sup>56</sup> Véase F. D'Agostino, «*Epieikeia*». *Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973, p. 19, quien, en nota 32, citando la versión de G. Sillitti afirma: «Equità: disposizione a cedere i propri diritti e i propri interessi; misura nelle relazioni; giusto atteggiamento dell'anima razionale per ciò che concerne il bene e il male». Véase también L. Solidoro Maruotii, «*Aequitas e ius scriptum*. Profili storici», *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1 (2012), p. 229.

<sup>57</sup> Aristotle, *Nicomachean Ethics*, V, X, *With an english translation by H. Rackham*, London, 1962, pp. 313 s.: «We have next to speak of Equity and the equitable, and of their relation to Justice and to what is just respectively. For upon examination it appears that Justice and Equity are neither absolutely identical nor generically different [...]». Véase C. Álvarez Alonso, «Interpretación y equidad: de la *aequitas* medieval a la *epikeia* altomoderna»,

que su naturaleza es integrar la *lex* allá donde esta es insuficiente por su alcance genérico<sup>58</sup>. Por tanto, lo equitativo era lo justo que va más allá de la *lex*, pues no se sometía a su letra sino al espíritu del legislador<sup>59</sup>.

Para Cicerón la *aequitas* es lo que permite interpretar la ley de manera equilibrada en vez de corregir su rigor<sup>60</sup>. En tal contexto, distingue la *aequitas naturalis* que se coloca fuera del *ius*, de la *institutio aequitatis*<sup>61</sup>; por lo que, para el orador romano el *ius civile* es *aequitas*, pero fuera de la *aequitas constituta* continua a subsistir la *aequitas naturalis*<sup>62</sup>. En este sentido Cicerón considera que la *aequitas* debe estar dentro del *ius*<sup>63</sup>, por lo que también la *lex* es *fons aequitatis* y en sede procesal el *iudicium* del *iudex* debe actuar conforme a la *aequitas*<sup>64</sup>. En simetría con ello, para el derecho justinianeo el *ius naturale* es aquel que *semper bonum et aequum est*<sup>65</sup>, y mantiene una relación intrínseca con la teología inherente a la religión adscrita al imperio<sup>66</sup>, postura esta que será retomada por la glosa medieval<sup>67</sup>, ya que es conocido como los medievales acogieron el patrimonio cultural de la antigüedad clásica a través de un esfuerzo interpretativo de los textos griegos y romanos<sup>68</sup>.

---

*La interpretación del negocio jurídico en la historia* (coord. R. Aranda Rodríguez), Lucio Anneo Séneca. Instituto de Estudios Clásicos sobre la Sociedad y la Política (2017), pp. 90 s.

<sup>58</sup> Cfr. J. Uscatescu Barrón, “Acerca de un concepto romano: *aequitas*”, cit., p. 80.

<sup>59</sup> En este sentido, consideraba preferible un arbitraje que recurrir al tribunal, pues el árbitro se basa en la equidad, mientras que el juez en la ley, cfr. L. Solidoro Maruotii, “*Aequitas e ius scriptum*”, cit., pp. 229 s.

<sup>60</sup> Afirma C. Álvarez Alonso, “Interpretación y equidad”, cit., p. 92: «Para los juristas romanos, el recurso a la equidad era el modo de conseguir suavizar el rigor de la ley siempre, naturalmente, que se conservara intacta la voluntad del *conditor legis*».

<sup>61</sup> Esta distinción está en Topica 23.90: *Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colliguntur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tuitionem sui et ulciscendi ius. Instituto autem aequitas triperita est; una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustae firmata. Atque etiam aequitas triperita dicitur esse; una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur*, así el texto en M. Tullii Ciceronis, *Opera quae supersunt Omnia ex recensione IO. Cesp. Orellii*, Volumen Primum, Londinii-Amstelodami, 1845, p. 472. Véase L. Solidoro Maruotii, “*Aequitas e ius scriptum*”, cit., p. 240.

<sup>62</sup> Sobre el tema véase M. Talamanca, «L’*aequitas naturalis*» e Celso in Ulp. 26 ‘ad Ed.’ D. 12,4,3,7», en *BIDR*, XXXV-XXXVI (1993-1994), pp. 1-81.

<sup>63</sup> *Ex aequo et bono ius constat quod ad ueritatem et utilitatem communem uidetur pertinere [...]*, *De ratione dicendi ad C. Herennium, Rhétorique à Herennius, Texte établi et traduit para G. Achard*, Paris, 1989, 2.20, p. 51. Así también en Topica 2.9: [...] *Ius civile est aequitas constituta iis; qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est: utilis ergo est iuris civilis scientia*, cfr. M. Tullii Ciceronis, *Opera quae supersunt Omnia* cit., p. 456.

<sup>64</sup> Así pues, el *ius civile* era el *ius de la civitas* e incluía, a lado de la *aequitas*, los edictos de los magistrados, la *autoritas prudentium*, los senadoconsultos, cfr. L. Solidoro Maruotii, “*Aequitas e ius scriptum*” cit., pp. 241 s.

<sup>65</sup> Con base en lo referido por Paulo en D. 1,1,11 (14 *ad. Sab.*). *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod Semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale [...]*.

<sup>66</sup> Así en IJ. 1,2,11: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentiae constituta semper firma atque immutabilia permanent*. Precisando que el concepto de derecho natural no es invención de Justiniano, sino que surge por la jurisprudencia clásica, en particular, Cicerón afirma que la *naturae ratio* se considera como *lex divina et humana*; evidentemente la alusión a la divinidad de la época es la pagana, véase B. Biondi, “La concezione cristiana del diritto naturale” cit., pp. 131 ss.

<sup>67</sup> Ante ello manifiesta B. Biondi, “La concezione cristiana del diritto naturale”, cit., p. 135: «La equivalenza di natura a *Deus* ripetutamente si afferma nella glossa *ad Inst.* 1,21, dove il diritto naturale si considera come *primaevum* e si riporta al principio di Graziano: *sed secundum canones ius naturale es quod in lege Mosaica vel in Evangelio continetur, ut in principio decretorum*».

<sup>68</sup> Afirma F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* cit., p. 61: «La medesima autorità ebbe – per tutto il pensiero giuridico medievale – il *Corpus Juris* giustiniano, in conseguenza dell’origine sacra dell’Impero».

Así pues, para los glosadores la *aequitas* constituía fuente de justicia natural<sup>69</sup>, ya que por voluntad divina era intrínseca en las relaciones humanas; en tal sentido, estaba dirigida a mitigar el rigor del Derecho con base en la *ratio naturalis*<sup>70</sup>. A este respecto, distinguieron entre *aequitas rudis* y *aequitas constituta*; esta última identificada con el *ius scriptum*, y aquella *rudis* con la equidad natural intrínseca en las cosas, es decir, su lado más puro y rudimentario<sup>71</sup>. Esto se enlaza con la concepción de la equidad como lo que corresponde en el negocio jurídico a su *causa naturalis*<sup>72</sup>: por ejemplo, en la compraventa, la equidad ahí intrínseca sería la bilateralidad de las prestaciones<sup>73</sup>, es decir, que el cumplimiento de las obligaciones del *venditor* y las del *emptor* determinan el equilibrio patrimonial<sup>74</sup>.

Sin embargo, al plantear la transición de la *aequitas rudis* a la *aequitas constituta* los glosadores acogieron también la distinción ciceroniana entre *aequitas naturalis* y *aequitas civilis*, esta última intrínseca en el *ius* positivo, lo que en una sociedad sin Estado y ordenamiento jurídico unitario como era en aquel entonces concedía am-

<sup>69</sup> Sobre la relación entre *aequitas* y justicia en la glosa, véase E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II cit., p. 100, nota 82. Y, la relación con el derecho de la época, véase E. M. Meijers, “Le conflit entre l’équité et la loi chez les premiers glossateurs”, cit., pp. 142 ss.

<sup>70</sup> Cfr. F. Carpintero, “En torno al método de los juristas medievales”, *AHDE*, 52 (1982), pp. 636 s. Con respecto a los fundamentos del derecho natural en la glosa, afirma F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* cit., p. 64: «[...] esso affondava le proprie radici nel più vasto terreno del diritto naturale dell’Alto Medioevo, nel quale erano confluiti – come componente essenziali – elementi e topoi aristotelici stoici ciceroniani e patristici: e questo processo fu favorito dal fatto che anche il *Corpus Juris* -del cantico suo – aveva assorbito elementi del diritto naturale stoico».

<sup>71</sup> Por tanto, consistía tanto en las consideraciones que se podían hacer para mitigar el rigor de la norma, como la libertad del juez para crear el Derecho de acuerdo con lo que *in corde suo liceat invenire*, sin atenerse a lo que *in lege reperitur*, cfr. F. Carpintero, «En torno al método de los juristas medievales cit.», p. 637. Sin embargo, precisa A. Padoa-Schioppa, “Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina”, *AA.VV., D.Mantovani e S. Veca (eds.), Quante equità?* (Milano, 2017), p. 65: «Bulgaro darà forma più compiuta a questa nozione definendo l’equità non ancora tradotta negli stampi del diritto scritto come “*equitas rudis*”, mentre il principe trasforma l’equità rude in equità costituita attraverso la duplice veste del rescritto o della promulgazione di un editto. [...] Diversa l’idea di Martino, l’altro grande allievo di Irnerio, per il quale l’equità “rude”, non ancora tradotta in norma di legge, è propria dell’ufficio del giudice “*in hac iudicis officium deprehenditur*”».

<sup>72</sup> Cuyas huellas están en las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, citada en E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., p. 96, nota 75. Sobre la referida obra véase G. Rossi, “Retorica e diritto nelle opere dei Glossatori civilisti”, cit., p. 7, nota 15: y, con respecto a la *aequitas* ahí mencionada, señala este autor en p. 9: «In braccio alla giustizia si trova poi l’*aequitas* dal volto benigno». Asimismo, véase H. Kantorowicz, *Studies in the glossators of the roman law* cit., pp. 181 ss.

<sup>73</sup> Esta sería la *causa naturalis* que no es creación de las leyes, sino intrínseca en los hechos, por lo que en ellos reside internamente la equidad, a la que los glosadores la llamaron *aequitas rudis*, es decir, la que se encuentra en su estado natural más rudimentario y que, según E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., pp. 98 s. «[...] la immaginano come la vena d’argento che riposa da sempre, frammista a terra, nella miniera; e come l’argento viene astratto, e ripulito, e infine trasformato in un prezioso vaso, così il legislatore enuclea l’equità grezza dal mondo informe dei fatti umani e le dà forma, la racchiude nelle limpide espressioni di una legge e, così facendo, muta l’*aequitas rudis* in *aequitas constituta*». Esta visión sería originalmente de Cicerón, en *Topica* 2.9: *Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt*, cfr. M. Tullii Ciceronis, *Opera quae supersunt Omnia* cit., p. 456.

<sup>74</sup> Con respecto a la interdependencia de las prestaciones y su sinalagma genérico, en cuanto simultánea producción de obligaciones recíprocas para las partes, véase V. Arangio Ruiz, *La compraventa in diritto romano*, II (Ristampa inalterata della seconda edizione), Napoli, 1980, pp. 218 ss.; F. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Torino, 1992, pp. 152 s. Además, afirma B. Biondi, «La concezione cristiana del diritto naturale cit.», p. 146: «[...] si ammette invece la correlazione tra le reciproche prestazioni, donde il principio del *iustum pretium* e della *iusta aestimatio*».

plios poderes a los juristas<sup>75</sup>. Y, para limitar ello, invocaron la *Constitutio* de Constantino en CJ. 1,14,1, donde se establece que solo el *Princeps* podía emanar normas y con ello traducir en justicia a la equidad, además de modificar el *ius scriptum* que no estuviere conforme a ella: *Inter aequitatem iusque inter positam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*<sup>76</sup>.

Esta posibilidad de acogerse al *ius strictum* o a la *aequitas* se reflejará en las dos tendencias opuestas que se presentaron al enfrentar las controversias jurídicas entre glosadores<sup>77</sup>: la encabezada por Bulgarus, quien mantuvo en alto la autoridad del *Princeps* y lo llevó a dar prioridad a lo establecido en el *Corpus iuris*, de modo que cuando surgían dudas entre lo dispuesto en la *lex* y la *aequitas*, era válida la interpretación del *Princeps* o la de aquel a quien éste hubiera concedido la potestad de interpretar el *ius*<sup>78</sup>. En consecuencia, el juez debía someter su criterio a la ley escrita, estándole prohibido apartarse de ella con base en consideraciones equitativas<sup>79</sup>. *Ex adverso*, Martinus fue partidario de seguir a la *aequitas* apoyado en diversos pasajes del *Corpus iuris*, como en CJ. 3,1,8, donde Constantino y Licinio establecieron que, en todas las cosas fuese más atendible la razón de justicia y de equidad, que la de estricto Derecho<sup>80</sup>. Así también, en D. 50,17,90, donde Paulo afirma que, en todos los casos, pero principalmente en los de Derecho, se ha de atender a la equidad<sup>81</sup>. Ambas fuentes reflejan la importancia de la *aequitas* en la compilación justiniana y la postura de Martinus de dar relevancia y preferencia a tal principio<sup>82</sup>, que no al rigor de la ley escrita<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> Sobre el tema véase P. Grossi, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 16.

<sup>76</sup> En tal contexto, Tomás de Aquino (s. XIII) replicará el pensamiento aristotélico al considerar que la *epieikeia* es mejor que la justicia legal, ya que es moderación al *rigor legis* y, en su *Summa Theologica* traduce la *epieikeia* con la *aequitas* y solicita renunciar a una ciencia jurídica rígida para encontrar una solución equitativa a cada caso concreto. En este sentido, surgiría la *aequitas* canónica medieval fundamentada en los principios de la filosofía cristiana, como la *charitas*, *benignitas*, *pietas* y de esta manera determinaba la *moderatio*, *temperatio* y *relaxatio* de la norma, cfr. C. Álvarez Alonso, "Interpretación y equidad", cit., p. 92; y véase L. Solidoro Maruotii, "*Aequitas e ius scriptum*", cit., p. 310. En particular, aborda el tema F. Piemonte, "*L'aequitas* come criterio di giustizia nel pensiero di San Tommaso d'Aquino", *Studium*, 112/8 (2016), pp. 411 ss.

<sup>77</sup> Esto se fundamenta desde las escuelas clásicas de los Proculianos y Sabinianos, cuando el Derecho se interpretó desde dos puntos extremos, el *rigor iuris* representado por la literalidad de la ley abstracta, y la *aequitas*, considerada como principio racional y ético, e identificado en el hecho específico (*factum*). A este respecto afirma G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani* cit., p. 122: «[...] i Proculiani decidevano attenendosi all'equità mentre i Sabiniani rimanevano attaccati allo stretto diritto». De su parte, manifiesta G. L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani* cit., p. 11: «[...] i Sabiniani sarebbero stati, nell'elaborazione del diritto, dei «conservatori», mentre i Proculiani degli «innovatori».

<sup>78</sup> El *ius publice respondendi ex auctoritate Principis*, el cual, según F. Betancourt, *Derecho romano clásico*, 4ª ed., Sevilla, 2014, p. 79: «[...] se reservó para aquellos jurisprudentes que apoyaban la nueva forma política de gobierno, quedando excluidos aquellos jurisprudentes de tradición republicana».

<sup>79</sup> Cfr. F. Carpintero, "En torno al método de los juristas medievales", cit., p. 639.

<sup>80</sup> *Impp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem*. Dat. Id. Maii Volusiano et Anniano Conss. [314]. Por tanto, para casos particulares era necesario descartar el rigor y preferir la *aequitas*, cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II cit., p. 77. Véase E. M. Meijers, "Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs", cit., pp. 146 s.

<sup>81</sup> D. 50,17,90 (15 *Quaest.*): *In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*.

<sup>82</sup> Véase E. M. Meijers, "Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs", cit., pp. 146 s.

<sup>83</sup> Esto, a pesar de que en ocasiones Martinus mantenía un cierto rigor a las leyes justinianas, inclusive con mayor énfasis que sus antagonistas; ante ello afirma E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II cit., p. 78: «[...] lo stesso Azzone, il suo detrattore principale, gli imputa con sprezzo di mantenersi talora incollato ciecamente alla lettera della legge». No obstante ello, la preferencia a la *aequitas* sobre el *ius scriptum* tuvo dos consecuencias:

Sin embargo, esta circunstancia denota cierta ambigüedad en Martinus, ya que se mantiene de todos modos anclado a la norma escrita romana para poderse fundamentar en la *aequitas*. Esta postura ambivalente le comportó críticas por la doctrina a él sucesiva; en efecto, según Savigny<sup>84</sup>, Azonis lo criticaba por la interpretación de un texto en el que Martinus parece estar demasiado al pie de la letra de la ley<sup>85</sup>, afirmando «[...] *ex sua ficta aequitate actionem*»<sup>86</sup>. Y también Odofredus afirmaba «*Dixit Martinus, de sua ficta aequitate et bursali [...]*»<sup>87</sup>, donde se entendería esta frase como una equidad que no se basa en las *leges*, sino en su opinión. No obstante, Hostiensis lo exalta como hombre de conciencia religiosa que se basaba en la equidad de las leyes divinas, en vez del rigor del *ius civile*<sup>88</sup>.

Por tanto, para Bulgarus se trató de una *ratio constituita*, es decir, la razón que se muestra reflejada en la ley escrita del *Corpus iuris*. Mientras que, para Martinus, era preciso apelar a veces a la *ratio non scripta* llamada también *rudis ratio* o *rudis aequitas*<sup>89</sup>. En este sentido, Bulgarus, partidario en observar el rígido *ius scriptum*, consideraba la *aequitas* intrínseca en el *ius*, mientras que para Martinus la *aequitas* predominaba de forma absoluta sobre el *ius* y se le reconocía al juez amplias facultades para sobrevolar las reglas escritas con base en su criterio equitativo<sup>90</sup>. Ahora bien, ante la cuestión de por qué Martinus, cuando daba alguna opinión que se apartaba de lo indicado en el *Corpus iuris*, no hacía referencia explícita a la *aequitas*, se admite que entre los pocos institutos que fueron fundamentados por la *aequitas* está la *actio utilis ex aequitate*<sup>91</sup>, donde el recurso a la analogía serviría a crear una acción o excepción no

---

ante todo, el juez que se pronunciaba *ex aequitate* podía integrar o interpretar la ley y conceder una acción en los casos no previstos por aquella. Y, apelando a la equidad, el juez podía negarse en aplicar la ley en determinados casos concretos; para ambos supuestos véase J.C. Prado Rodríguez, “El restablecimiento de la *aequitas* patrimonial como objetivo intrínseco de la *actio Publiciana*”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, 49 (2021), pp. 401-407.

<sup>84</sup> F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76.

<sup>85</sup> Para E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., p. 78, nota 43: «*Azzone, Lectura Codicis, in C. 7.51.2, de fructibus, l. Litigator, ed. Parisiis, 1577 = Torino 1966: «Martinus inharebat literae tanquam Iudaeus»*. Del mismo modo F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76, f.

<sup>86</sup> Citado en F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76, g: «*Azo, Summa Cod., tit. De rei vind.*».

<sup>87</sup> Citado en F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76, g: «*Odofredus in Dig. Vetus, Lib. 4 § 5 De his qui not (3.2)*».

<sup>88</sup> Véase F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 76, h: «*Hostiensis Comment. In Decretales, C. 9, x, De arbitris (1,45 [...])*». Ahora bien, según E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. cit., p. 95, la *aequitas* fundamentada en el Derecho natural es diferente de la concebida por Martinus, cual fuerza intrínseca de la compilación justiniana, que operaba como factor opuesto al *rigor iuris*, por lo que terminaba por corregir el rigor del *ius civile*. Por tanto, la relación entre el Derecho natural y el civil, indirectamente mencionada en D. 1,1,6, presentaba el aspecto de una dialéctica entre la *aequitas* y el rigor de la ley. (Ulp. 1 *Inst.*) *Ius civile est, quod neque in totum a natural vel gentium recedit nec per omnia ei servit [...]*.

<sup>89</sup> Esta *aequitas* fue propia a los glosadores; en efecto, las escuelas de artes liberales enseñaban que la esencia de la equidad era el principio de igualdad (*aequitas = aequalitas*). Lo cual habría sido formulado por Cicerón en Topica 4,23: *Velet aequitas, quae in paribus causis paria iura desiderat*, cfr. M. Tullii Ciceronis, *Opera quae supersunt Omnia ex recensione* cit., p. 458. Es decir, a iguales situaciones de hecho debe corresponder el mismo tratamiento del derecho.

<sup>90</sup> Afirma E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II cit., p. 78: «*Sicché il temibile contrasto tra legge ed equità impersonato dai due capi-corrente Bulgaro e Martino sfugge ai riscontri*». Véase J. Facco, “Apuntes sobre la *aequitas* en la tradición canónica medieval”, *Revista jurídica Digital UANDES*, 2/2 (2018), p. 22.

<sup>91</sup> Véase F. Carpintero, «En torno al método de los juristas medievales cit., p. 642, nota 64. A tal respecto, se observa que en origen la *actio utilis* equivalía a *fictio iuris* y tenía su fundamento en la extensión del campo de

prevista en el *ius scriptum*<sup>92</sup> y fundamentadas en la equidad, desde que esta exige un tratamiento *similibus ad similia*. Esta circunstancia resulta crucial para evidenciar el apego de Martinus a la regla que prohíbe enriquecerse con daño ajeno y enunciada en la *regulae iuris* de Pomponio, la misma que se fundamenta en la *aequitas naturalis*<sup>93</sup>.

### 3. Supuestos de enriquecimiento injustificado en las *Dissensiones dominorum*

#### 3.1. En torno a la *dissensio*: «*An is, qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat?*»

«Placentinus et Odericus, Bulgarus et Joannes Bassianus dicunt, quod, si quis post prohibitionem gessit negotium, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de impensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. si pro te et D. de negotiis gestis, l. ex duobus. Alii vero, ut Martinus ex aequitate utilem ei indulgent, ad instar illius qui animo depraedandi accessit ad aliena negotia gerenda, ut D. de negotiis gestis, l. si pupillo § 3 et 4, et ad similitudinem illius, qui post prohibitionem heredis testatorem funeravit, ut D. de religiosis et sumptibus funerum, l. at si quis, §Labeo. Sed illud potest dici speciali favore funeraticiae. Similiter indulgent lex ei, qui bona fide aedificavit in alieno solo, cui Iacobus dicit tantum per retentionem consuli, ut D. de conditione indebiti, si in area, et D. de soli exceptione, Paulus. Sed dominus Azo distinguit, qualiter prohibuit: an irato animo, an etiam plana voluntate, ut in primo casu agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, cum calore iracundiae sit prohibitus, arg. D. de reg. iur. l. Quidquid (in) calore. «Sin autem plana voluntate prohibuit, non agit gestor»<sup>94</sup>.

---

aplicación de una acción más antigua, civil u honoraria que fuese, a un supuesto nuevo, como a la modificación de los presupuestos objetivos de la acción, cfr. Keller-Wach, *Der römische Zivilprozess und die Aktionem in summarischer Darstellung*, 6ª ed. 1883 (rist. Aelen 1966), pp. 468 ss.

<sup>92</sup> Sobre el tema del recurso a la analogía en D. 1,3,12, manifiesta F. Gallo, «Alle origini dell'analogia», *Diritto e processo nell'esperienza romana (Atti del seminario torinese, 4-5 dicembre 1991. In memoria di G. Provera)* (Napoli, 1994), pp. 64 s.: «[...] quando il loro senso risulta palese per una determinata fattispecie, colui che presiede alla giurisdizione (il pretore) deve inoltrarsi nei casi simili (estendere cioè a questi la previsione della legge o del senatusconsulto) e così dicere *ius* («indicare-concedere») il mezzo processuale idoneo al caso concreto). In un sistema basato sulla tipicità dei mezzi processuali l'analogia non può che operare [...] sugli stessi, sulla loro estensione, mediante il criterio della similitudine, ai casi da essi non previsti».

<sup>93</sup> Afirma P. Frezza, «*Ius gentium*» cit., p. 301: «[...] Pomponio poteva bene aver enunciato, nel testo in esame, il legame fra la *naturalis aequitas* e la norma del divieto di arricchirsi con danno altrui».

<sup>94</sup> Así el texto en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., Hugolinus §33, p. 275. Otra versión alternativa es: «*An is, qui prohibente domino negotia gessit, actionem negotiorum gestorum utilem pro expensis habeat? Aldericus et Plac. (Placentinus) et Ot. (Otto Papiensis) dicunt, quod, si post domini prohibitionem quis negotium gessit, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de impensis, ut C. de Negotiis gestis (2, 19.) l. ult. et D. Mandati (17, 1, l.) Si pro te (40.) et D. Communi dividundo (10, 3, l.) In hoc iudicium (14, med. S. 1.). Alii vero ex aequitate utilem indulgent ad instar illius, qui animo depraedandi accessit ad alienum negotium gerendum, ut D. eod. tit. (3, 5.) l. Si pupilli (6, 3. et 4.)», así en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., Cod. Chis. §159, p. 241. Mientras que, en V. Scialoja, «Di una nuova collezione delle dissensiones dominorum con l'edizione della collezione stessa», *IVS. Studi giuridici 2, Diritto romano* (1934), p. 385: *Placentinus et Otto dicunt, quod, si post prohibitionem quis negotium gesserit et utiliter, nec directam, nec utilem habet actionem de impensis; ut C. de negotiis gestis l. ult. [C. 2,19,24] et D. man. Si pro te [D. 17,1,40]. Alii vero ex aequitate utilem ei indulgent, ad instar illius, qui animo depraedandi accessit ad aliena negotia gerenda: ut D. de negotiis gestis. Si pupill. [D. 3,5,5,5]. Similiter indulget lex ei, qui bona fide aedificavit in solo alieno; cui Iacobus dicit, tantum per retentionem consuli; ut D. de conditione in. Si in area [D. 12,6,33] et D. de doli ex. Paulus [D. 44,4,14]. Sobre la referida *dissensio* véase V. Scialoja, «Della negotiorum gestio prohibente domino ed in specie dell'azione di**

Pues bien, como antecedente de la *dissensio* tenemos a CJ. 2,18(19),24<sup>95</sup>, donde Justiniano se pronunció<sup>96</sup> sobre una disputa<sup>97</sup> concerniente al derecho de regreso en favor de quien gestionó un negocio ajeno en contra de la prohibición del *dominus negotii*, y en la que el emperador negó toda acción, en conformidad con la opinión de Juliano<sup>98</sup>.

regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore», *Foro Italiano* XIV, fasc. XVI, Città di Castello, 1889 [*La Legge. Monitore giudiziario ed amministrativo*, 1889, II, pp. 532-540], p. 11; V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 109 ss.; R. Cavallaro, (a cura di) *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica*, Pubblicazioni dell'I.S.U. Università Cattolica. Milano, 2001, p. 16. Sobre el tema me he ocupado brevemente en J. C. Prado Rodríguez, "La cuestión *prohibente domino* en la corriente romanista del *ius commune* y su recepción en el contexto doctrinal europeo pre codificador: connotaciones de una problemática jurídica", *Revista General de Derecho Romano*, 14 (2010), pp. 3 ss.

<sup>95</sup> 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 decedentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iulianus sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus trasmiserit, non concedens ei res eum 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. Decemb. Constantinop. Lampadio et Oreste Conss. [530.]. Sobre el texto, la literatura jurídica es amplísima, entre otros, J. Strauchi, *Dissertatio juridica ad L. Ult. de Negotiis Gestis*, Iena, 1676; U. Marbach-E. Silberrad, *De negotiis prohibente domino gestis. Ad ult. C. de negotiis gestis*, Strasbourg, 1711; L. J. R. A. Rischmann, *Theses ex leg. 24. Cod. de Negotiis gestis*, Strasbourg, 1776; V. Scialoja, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit.; V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 111 ss.; C. Marina, *Negotiorum gestio prohibente domino (Tesi di Laurea inédita)*, Bologna, 1911; G. L. Falchi, "Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di *leges e iura*", *Studia et Documenta Historia et Iuris*, 59 (1993), p. 49; F. Schwarz, "Die Konträrkelegen", *ZSS*, 7 (1954), pp. 180; F. Schultz, "Nachklassische questionen in den justinianischen reformgesetzen des *Codex Iustinianus*", *ZSS*, 50 (1930), pp. 238 s.; R. Cavallaro, (a cura di) *La gestione d'affari altrui* cit.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1 cit., pp. 558 ss.; K. Luig, "Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel *Usus modernus*", *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. 56 ss.; J. C. Prado Rodríguez, "Reconstrucción de una disputa jurisprudencial sobre el derecho de regreso consiguiente a la *gestio prohibente domino* en el derecho romano", *Revista General de Derecho Romano* 12 (2009), pp. 1 ss.; Id., "La cuestión *prohibente domino* en la corriente romanista del *ius commune*", cit., 1 ss.

<sup>96</sup> En una de sus *quinquaginta decisiones* del año 530 d.C., con las que intervinieron para resolver cuestiones que para los clásicos habían quedado sin resolverse, cfr. A. Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 195, nota. 139. Sobre las *quinquaginta decisiones* véase J. Strauchi-C. T. Wisenero, *Commentariorum ad Quinquaginta Decisionis Iustiniani*, Iena, 1658; S. Di Marzo, *Le Quinquaginta decisiones di Giustiniano*, Palermo, 1899; E. Volterra, *Di una sconosciuta operata del 1600 sulle Quinquaginta decisiones di Giustiniano*, Roma, 1930; G. L. Falchi, "Osservazioni sulle *L Decisiones* di Giustiniano", *Studi Biscardi*, V (1984), pp. 121 ss.; J. Paricio, "Sulle *Quinquaginta decisiones*", *Labeo*, 46 (2000), pp. 503 ss.; C. Russo Ruggeri, *Studi sulle quinquaginta decisiones*, Milano 1999.

<sup>97</sup> Al parecer, de una época anterior a la justiniana, y esto por la frase *apud magnos auctores dubitabatur*; a este respecto afirma G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1 cit., p. 569: «È stato anche ipotizzato che la controversia ricordata in C. 2,18(19),24 possa essere ricondotta alla disputa tra Sabiniani e Proculeriani circa l'eccesso di mandato [...]»; sobre este tema véase J. C. Prado Rodríguez, "Una nueva perspectiva en la determinación del derecho de regreso para el mandatario que excede el mandato en el derecho romano", *Revista general de Derecho Romano*, 13 (2009), pp. 1 - 22.

<sup>98</sup> Cfr. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 559; K. Luig, "Il divieto d'arricchimento", cit., p. 56. La postura de Juliano está en lo referido por Ulpiano en D. 3,5,7(8),3 (10 ad Ed.) *Iulianus libro tertio tractat: si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an adversus eum qui non prohibuit*

Sin embargo, al determinar esta decisión el verificarse de un enriquecimiento injustificado para el *dominus negotii*, la cuestión resurgió en el contexto doctrinal del renacimiento jurídico boloñés<sup>99</sup>, plasmándose en la *dissensio* del título *An is, qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat?*

De esta se recaba como algunos maestros siguieron la decisión justiniana, así Placentinus, Odericus, Oto, Bulgarus y Ioannes Bassianus, al considerar que aquel que gestionó útilmente un negocio ajeno en contra de la prohibición del *dominus negotii*, no tendrá el derecho de regreso de los gastos empleados, ni con la *actio directa* ni con la *utilis*, y esto con base a lo referido por Modestino en D. 3,5,27(26) pr.<sup>100</sup>, Paulo en D. 17,1,40<sup>101</sup> y en el *responsum* de Justiniano en CJ. 2,18(19),24<sup>102</sup>.

*Ex adverso*, Martinus admite una *actio utilis ex aequitate*, «*ad instar illius, qui depraedandi animo accessit ad aliena negotia gerenda*»<sup>103</sup>; de tal manera, basándose en la *aequitas*, el glosador es favorable en conceder una *actio negotiorum gestorum utilis* en virtud de la analogía con el supuesto de quien se haya entrometido en los negocios ajenos *depraedandi causa* con base en D. 3,5,5,5(6,3)<sup>104</sup>, texto en el que Ulpiano refiere el pensamiento de Labeón sobre admitir una acción dirigida a contrastar el enriquecimiento ante la *gestio depraedandi causa*, ya que para Finazzi<sup>105</sup>, el

---

*habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit. Sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat.* Esto en simetría con lo referido por Paulo y Pomponio en D. 17,1,40.

<sup>99</sup> Sobre el tema se ha ocupado J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., pp. 70 ss.

<sup>100</sup> D. 3,5,27(26) (2, Resp.): *Ex duobus fratribus, uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, quum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas amplia aedificia aedificaverat; quumque eundem saltum cum fratre divideret, sumtus sibi, quasi re meliore ab eo facta, desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto; Herennius Modestinus respondit, ob sumtus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum, de quo quaeritur, actionem non habere.*

<sup>101</sup> D. 17,1,40 (9 ad Ed.): *Si pro te praesente et vetante fideiusserum, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.* Un extenso análisis sobre el texto está en J. C. Prado Rodríguez, “Estudio sobre la *actio utilis* referida en D. 17,1,40 (Paulo. IX ad edictum)” su alcance en el Código civil de Bello”, *Revista Ius et Praxis*, 25. 1 (2019), pp. 251- 284.

<sup>102</sup> Esta postura se enlaza con el no verificarse de los requisitos para configurar la *negotiorum gestio*, siendo la prohibición del *dominus negotii* el factor excluyente de su configuración. Sobre los presupuestos subjetivos para la concesión de la *actio negotiorum gestorum* véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 108 ss.; 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 ss.

<sup>103</sup> A este respecto firma J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 71: «Martinus Gosia is said to have granted a remedy in spite of the principal’s prohibition., viz. an *actio negotiorum gestorum utilis*». Sin embargo, observa G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 15, nota 31, que la acción concedida «*pro taxata quantitate*» puede ser solo para el tiempo anterior a la *prohibitio*.

<sup>104</sup> D. 3,5,5,5(6,3)(10 ad Ed.): *Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo escripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet). Sed nihilo minus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abset, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.* Sobre la reconstrucción del texto, véase S. Riccobono, “Tracce di diritto romano classico”, *BIDR*, 18 (1906), p. 203 ss. Mientras que, sobre el alcance en el derecho medieval de lo referido en el texto de Ulpiano, afirma J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 106: «Martinus Gosia had recourse to it in order to justify his solution for cases of enrichment caused by prohibited interference [...]».

<sup>105</sup> G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 214.



jurisconsulto presuponía que la intención de lucrarse del patrimonio ajeno, y por ende, el actuar en mala fe, se verificó en un momento en el que la gestión ya había iniciado; por tanto, se obligará el *dominus negotii* por aquello en que lo hiciera más rico a través de la *actio negotiorum gestorum*<sup>106</sup>.

Y, para darle mayor peso a su postura, Martinus observa la semejanza con el supuesto de quien, después de la prohibición del heredero, realizó los funerales ajenos, según D. 11,7,14,13<sup>107</sup>, donde Labeón considera que, a pesar de la prohibición del heredero, por razones de equidad se le debe conceder la acción funeraria al gestor de los funerales ajenos para el reembolso de los gastos funerarios, y esto por exigencias de utilidad pública<sup>108</sup>.

De igual manera, la *dissensio* menciona el caso de quien edificó en buena fe en suelo ajeno<sup>109</sup>, el cual, según Iacobus, estaría protegido a través de la *retentio*<sup>110</sup>, y esto con base en D. 12,6,33<sup>111</sup>, donde Juliano trata de la edificación en solar ajeno que

<sup>106</sup> Véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 207, nota 300.

<sup>107</sup> D. 11,7,14,13 (25 ad Ed.): *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: 'ergo pietatis gratia funerasti'. sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari, et quid si testator quidam funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihil ominis funeravi? Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura iudulget.* Sobre el texto véase F. M. Silla, "Il rimborso delle spese funerarie in caso di prohibitio heredis. Ulp. 25 ad edictum D. 11,7,14,13", *Testi e problemi del giusnaturalismo romano (a cura di D. Mantovani - A. Schiavone. Collegio di diritto romano 2005, Cedant)* (Pavia, 2007), pp. 645 ss. Y, sobre la *actio funeraria* véase J. Paricio, "Acción funeraria", *Derecho romano de obligaciones (Hom. al Prof. J. L. Murga Gener)*, Madrid, 1994, pp. 687 ss.; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, 2ª ed., Padova, 1999, p. 66, n. 83; P. De Francisci, *La legittimazione attiva dell'azione funeraria*, Milano, 1915, pp. 14 ss.; Id., "La legittimazione passiva dell'azione funeraria", *Annali Perugia*, 32 (Perugia, 1921), pp. 275 ss.; G. Donatuti, "Actio funeraria", *SDHI*, 8 (1942), pp. 48 ss.; S. Tondo, "Osservazioni intorno alla 'pro herede gestio'", *Archivio Giuridico*, 153 (1957), pp. 50 ss.; A. Cenderelli, "Gestione d'affari ereditari, ed editto 'de sumptibus funerum'. Punti di contatto ed elementi di differenziazione", *Studi Biscardi*, I (Milano, 1982), pp. 265 ss.; Id., "Gerere negotium humanitatis", "Sodalitas A. Guarino", II, Napoli, 1984, pp. 793 ss. Con respecto a la *actio funeraria* en el ámbito de la cuestión *prohibente domino* en las *Dissensiones dominorum*, véase O. Unger, *Actio funeraria. Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag*, Mohr Siebeck Tübingen, 2018, pp. 8 ss.

<sup>108</sup> Véase K. Luig, "Il divieto d'arricchimento", cit., pp. 63 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 121.

<sup>109</sup> Buena fe que se entendería como el desconocimiento de construir en suelo ajeno, creyendo erróneamente de hacerlo en su terreno; en efecto para L. Barassi, *Diritti reali e possesso* II, *Il possesso*, Milano, 1952, p. 222, la buena fe se concibe desde el punto de vista psicológico, como el error acerca de una determinada circunstancia. Véase a tal respecto M. Talamanca, "La 'bona fides' nei giuristi romani. «Leerformel» e valori dell'ordinamento", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese. IV Padova -Venezia- Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, (a cura di L. Garofalo) (Padova 2003), p. 15; A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1944, p. 214; G. Grosso, "Buona fede (premesse romanistiche)", *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto Privato. Persone obbligazioni successioni* (Torino, 2001), p. 678. Y, sobre la relación entre la *bona fides* y la referida *ignorantia*, L. Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, pp. 221 ss.

<sup>110</sup> En materia véase E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, *Profilo storico*, Milano, 1957.

<sup>111</sup> D. 12,6,33 (39 Dig.): *Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, conductio locum non habebit, qui nullum negotium inter nos contraheret; nami s, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipsu aliquid negotii gerit, quum autem aedificum in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, qui nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipat. Et ideo constat, si quis, quum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fisisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.* Pues bien, el texto refiere como Juliano consideraba presupuesto para conceder la *conductio* el *negotium contractum* llevado

fuere poseída por el dueño del terreno, excluyendo la *condictio* a causa de la inexistencia de algún negocio previo entre constructor y dueño del terreno<sup>112</sup>. Sin embargo, se admite, a modo de derecho de regreso, la *retentio*, ya que si alguno, juzgando que era heredero, hubiese reparado una casa de la herencia, no puede recobrar los gastos de ningún otro modo sino por la retención<sup>113</sup>. En tal contexto se cita también a D. 44,4,14<sup>114</sup>, donde Paulo respondió que el que en solar ajeno hubiere levantado un edificio, no puede conseguir de otro modo los gastos sino mediante la excepción de dolo malo<sup>115</sup>, ante la reivindicación del *dominus*<sup>116</sup>.

Al final de la *dissensio* aparece también la opinión de Azonis, quien admitía el regreso cuando la prohibición fuese emanada *irato animo*, es decir, a causa de la ira del *dominus*<sup>117</sup>, pero lo excluye si la prohibición se pronunció de forma

---

a cabo entre las partes y consistente en una *datio* traslativa de la propiedad; a tal respecto, si el propietario del área habría poseído esta al momento de la construcción, Juliano excluía que se pueda utilizar una tal acción a causa de la ausencia de un *negotium contractum*. Pero si el propietario del área había adquirido la posesión inmediatamente luego de la *traditio* del constructor, la falta de concesión de la *condictio* dependía de la circunstancia que el *accipiens* no había adquirido del *tradens* alguna propiedad, iniciando a tener la efectiva disponibilidad material de la cosa ya propia. Sin embargo, la frase *nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse*, no deja espacio a una *actio negotiorum gestorum*, siendo el único remedio para Juliano la *retentio*. Y, si Juliano hubiera admitido la *actio negotiorum gestorum*, esto sería en consecuencia de la falta de la *scientia* del alienante, cfr. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II/1, cit., pp. 137 ss. Sobre el texto asevera J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., pp. 68 s.: «[...] These cases concern building with one’s own material on the property of another person. The owner is considered to be enriched at the expense of the builder, because he becomes the owner of all that is attached to the ground by virtue accession». Por tanto, Martinus pone el texto a la base de su tesis, véase V. Scialoja, “Della negotiorum gestio prohibente domino”, cit., p. 11; V. Rivalta, *Dispute celebriti* cit., pp. 109 ss.; R. Cavallaro, (*a cura di*) *La gestione d’affari altrui* cit., p. 16.

<sup>112</sup> Ante ello manifiesta C. A. Cannata, “*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*”, cit., p. 42: «La soluzione del problema pratico, concludeva Giuliano con un altro esempio, non può essere trovata nella *condictio*; il costruttore su suolo altrui non ha che un mezzo: non restituire al proprietario il possesso del fondo sul quale, mentre lo possedeva, ha costruito, attendere che il proprietario glielo rivendichi, ed opporre nella *rei vindicatio*, l’*exceptio doli*, la quale gli avrebbe permesso di pretendere, in sede processuale, il rimborso delle spese sostenute per la costruzione». Le sigue en ello A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002, p. 279, al afirmar: «[...] Se Ego costruisce una casa sul terreno di Tu, il quale ne prende possesso, al primo non spetta la *condictio* per le spese e/o i materiali propri usati, perché, sostiene Giuliano, tra i due non è stato contratto alcun *negotium* [...] può ottenere il rimborso delle spese o dei materiali soltanto tramite ritenzione». De esta misma visión es J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 77 «The *condictio* is not available because the lack of *negotium* between parties».

<sup>113</sup> En tal sentido afirma G. Finazzi, “*Ricerche in tema di negotiorum gestio*”, II.1 cit., p. 160 «[...] in lul. 39 dig. D. 12,6,33, dove non è ammesso a favore del costruttore su suolo altrui alcun mezzo al di fuori della *retentio* e l’inutilizzabilità della *condictio* è giustificata sulla base dell’assenza del *negotium*, e dunque della *datio*, non costituisce necessariamente il riflesso dell’alterazione del passo di Africano».

<sup>114</sup> D. 44,4,14 (3 *Resp.*): *Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

<sup>115</sup> Sobre el tema manifiesta S. Abbet, *De l’exceptio doli à l’interdiction de l’abus de droit. Etude de droit romain et de droit suisse*, Genève-Zurich-Bâle, 2006, p. 94: «Cependant, le propriétaire du fonds ne peut le revendiquer sans offrir au constructeur de bonne foi de payer le prix des matériaux et le salaire des ouvriers; dans le cas contraire, le possesseur lui opposera l’*exceptio doli*».

<sup>116</sup> Afirma G. Finazzi, “*Ricerche in tema di negotiorum gestio*”, II/1, cit., p. 140, nota 121: «Il costruttore di un edificio su suolo altrui poteva opporre alla *reivindicatio* del proprietario l’*exceptio doli* ove questi non avesse provveduto a rifonderlo delle spese affrontate per la costruzione». Véase E. J. H. Schrage, “*Qui in fundo alieno aedificavit*”. Die *actio negotiorum gestorum utilis* als Vorstufe einer allgemeinen Bereicherungsklage”, *RIDA*, 36 (1989), pp. 401 ss.; R. Cavallaro, (*a cura di*) *La gestione d’affari altrui* cit., p. 34.

<sup>117</sup> Afirma al respecto J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 73: «Only in the question of Azo can the argument be found that the prohibition is void because nobody has so much pride tha he would

razonada (*plana voluntate*)<sup>118</sup>. Por tanto, su postura aparece ambigua, pero coherente con los efectos consiguientes al modo en el que el *dominus negotii* se manifiesta ante la intervención de un tercero en sus negocios. Esta circunstancia aparece reflejada también en la solución que propone Pillius Medicinensis<sup>119</sup> sobre un supuesto concerniente la *solutio prohibente debitoris*<sup>120</sup> en un texto que conforma una de sus *Quaestiones Sabbatinae*<sup>121</sup>, y precisamente en la *Quaestio VI* del título *An solvens pro t(e) ne damnun pateretur, possit solutum repetere et qua actione*, donde, después de un análisis sobre las argumentaciones en contra y en favor del derecho de regreso, el glosador se decantó sobre el modo en el que se manifestó la prohibición<sup>122</sup>, para, con base en ello, admitir o menos dicho derecho de regreso<sup>123</sup>.

En consecuencia, Martinus, al contrario de la mayoría de sus contemporáneos, admitía el derecho de regreso con base en la *aequitas*<sup>124</sup>, lo cual parece haber dependido, además de las fuentes que mencionan la posibilidad de una *actio utilis* (así D. 17,1,40 y CJ. 2,18(19)24), por la dificultad en poder admitir la integración del instituto de la *negotiorum gestio* en el ámbito del *strictum ius*, y esto en consecuencia de la prohibición del *dominus negotii*. En efecto, para Martinus iba en contra de la equidad no indemnizar al benéfico gestor y que el interesado se enriquezca a sus expensas<sup>125</sup>. Por tanto, la cuestión se relacionó con la prohibición de enriquecerse injustamente con consiguiente quebrantamiento de la *aequitas*, donde Martinus basó

---

damage his own property, unless he were acting in a fit of temper. [...] Or he is angry and then the prohibition is considered void because a fit of temper rescinds the contract». Véase D. 50,17,48.

<sup>118</sup> Cfr. K. Luig, «Il divieto d'arricchimento cit., p. 58; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 12, nota 22.

<sup>119</sup> Sobre este glosador véase E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II, cit., pp. 145-195.

<sup>120</sup> Véase al respecto V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 114 ss.

<sup>121</sup> Sobre esta obra véase A. Belloni, «Le Collezioni delle “*Questiones*” di Pillio da Medicina. Storia del testo e tradizione manoscritta con l'ausilio del computer», *Ius Commune* 9, *Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, 1980), pp. 12 ss.

<sup>122</sup> Véase J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 73.

<sup>123</sup> Pilli Medicinensis, *Quaestiones Sabbatinae* cit., ff. 10 ss.: «*Solutio: In hac qu(a)estione multipliciter potest distingui. Imprimis utrum Raymundus fecerit q(uod) Ysarnius necessario facere habuit, an vero q(uod) agere non habuit, ut ff. de dol. excep. l. si opera: si q(uod) non habuit, careat, ut ff. manda. l. si pro te. Vel aliter distinguas. Utrum ab initio prohibuerit, an postea, reversus non habuit ratum. In primo casu Raymundus repellatur. In secundum admittitur ut C. de negot. gest. l. ult. vel dicas multum refere an tributorum solutione an plus attulerit commodi, q(uam) incom(m)odi attulisset domus destructio, an non. Ut si plus admittatur Raymundus, si non repellatur, ut ff. de usur. l. et in contraria: dominus meus dicebat simpliciter sic: gerentem negotium alienum non debere audiri agente(m) per l. ult. C(od). de neg. gest. t. quae sententiae vera est, porro in tali articulo dicerem gestorem admitti, quia potius ex iracundia et contumacia hoc, eum prohibere debet praesumi, q(uam) ex certa scientia, ut arg. ff. de cond. instit. l. quidam, ff. de reg. iur. l. quidquid in calore: quia dilatio periculum erat allatura, ut ff. de oper. nunc. l. de pupillo §si quis rivos». Véase V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., 114 ss.; R. Cavallaro, (*a cura di*) *La gestione d'affari altrui* cit., pp. 37-44.*

<sup>124</sup> Afirma J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 71: «On the basis of equity, though, an *actio utilis* should be granted after the example of the management in one's own interest». Sin embargo, también otros glosadores no referidos en la *dissensio* habrían concedido una *actio negotiorum gestorum utilis ex aequitate* en casos de extrema gravedad, así como refiere G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 19, nota 41: «Pillio da Medicina, Pierre de Belleperche, Cino da Pistoia, Alberico de Rosate, Paolo di Castro ed Alessandro Tartagna ammettevano l'impiego dell'*actio negotiorum gestorum utilis* concessa ex aequitate malgrado la *prohibitio* in casi di notevole gravità, quali, ad esempio, il pagamento di un tributo onde evitare la demolizione dell'immobile del proibente [...]».

<sup>125</sup> Véase V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 113 s.

su opinión en D. 3,5,5,5(6,3)<sup>126</sup> y D. 11,7,14,13<sup>127</sup>, sintiéndose autorizado a pronunciarse en contra de la decisión de Justiniano<sup>128</sup>.

### 3.2. En torno a la *dissensio*: «*An is, qui in alieno solo ex sua materia aedificat, actionem ad sumtus repetendos habeat?*»

«Ubi autem quis de sua materia aedificat in alieno solo, sed mala fide, dicunt Quidam: si animo donandi, nihil repetit; si autem non donandi animo, per exceptionem sibi conservat expensas. M. (Martinus) utilem dat ei negotiorum gestorum actionem, ut D. de Doli except. (44, 4.) L. Paulus (14.) et D. de Negotiis gest. (3, 5.) L. fin. et L. Si pupilli (6.) §. Sed etsi quis (3.). Respondent: quoniam habuit animum, ut alium obligaret, quare, quum hic non habuit animum sibi obligandi, non habet actionem negotiorum gestorum, ut D. Comm. divid. (10, 3.) L. In hoc iudicium (14.). Si vero bona fide hoc faciat, tantum per exceptionem conservat expensas, ut D. de Doli except. (44, 4, L.) Paulus (14.). Respondent: si vero mala fide aedificet, omni modo videtur donasse ex pensas, id est, irrevocabiliter dedisse. R. (Rogerius), Pla. (Placentinus), Al. (Albericus), Ia. (Iacobus), B. (Bulgarus), U. (Hugo). Sed quaeritur: si non dominus me sciente domino aedificet in alieno, aut invito domino, scilicet, quia scit, ius suum ubique durare? Ib. (Ioannes Bassianus) respondet: ubi de novo inpendit in rem faciendam, ut C. de Rei vind. (3, 32.) L. 2. (Add. habet exceptionem.). Ceterum, ubi inpendit in rem iam factam, quia fulsit insulam, quae corruerat, et conservat expensas iudicis officio, ut C. de Reivind. (3, 32.) L. Domum (5.)»<sup>129</sup>.

Otra cuestión que surgió en el Derecho romano y que llamó la atención de los glosadores fue aquella inherente al reconocimiento del derecho de regreso en favor de quien construyó con materiales propios en terreno ajeno, la cual se encuentra colocada en la *dissensio* del título: *An is, qui in alieno solo ex sua materia aedificat, actionem ad sumtus repetendos habeat?* Ahora bien, es comúnmente conocida la máxima *superficies solo cedit*<sup>130</sup>, la misma que equivale a que el dueño del terreno se hace propietario del edificio construido en él con materiales ajenos<sup>131</sup>, considerado

<sup>126</sup> Según J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 72: «Among the arguments in favor of the granting of a remedy, reference is made to D. 3.5.5.5 [...]».

<sup>127</sup> Sin embargo, K. Luig, “Il divieto d’arricchimento”, cit., p. 57, observa que, a pesar de encontrarse en contra de la opinión de Martinus, también Bulgarus y Johannes Bassianus admitían como excepción a C.J. 2,18(19),24 lo referido por Ulpiano en D. 11,7,14,13.

<sup>128</sup> En consecuencia, en la *dissensio* se trató de atenuar los efectos de C.J. 2,18(19),24; así Martinus con la previsión de una *actio utilis* dirigida a contrastar el enriquecimiento injustamente verificado, mientras otros intentaron solucionar la cuestión con base al cómo se interpretaría la prohibición del *dominus negotii*, como Azonis, véase G. Pacchioni, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935, pp. 562 ss.

<sup>129</sup> Así el texto en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., p. 173 s., *Cod. Chis.* §73.

<sup>130</sup> La temática fue ampliamente regulada en las fuentes, como en Gai 2,73: *Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure natural nostro fit, quia superficies solo cedit*, así el texto en R. Domingo (Coord.), *Textos de Derecho Romano*, Aranzadi, 2002, p. 94. Véase también D. 9,2,50, D. 41,1,7,10, D. 43,17,3,7 y D. 43,18,2.

<sup>131</sup> Afirma F. De Martino, *Lezioni di storia del diritto italiano. La proprietà*, Napoli, 1946, p. 137: «Per l’accessione di mobile ad immobile, la norma classica era *superficies solo cedit*, vale a dire tutto quel che è posto sulla (o sotto) la superficie un’accessorio rispetto al suolo. Il suolo esercita una forza di attrazione su quello che si incorpora con esso. Per conseguenza, l’edificio costruito da altri sul mio suolo, anche se costruito per suo conto, diviene mio». A tal respecto véase E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I, Cedam, 1947, p. 404.

este como una cosa compuesta y que accede al propietario del terreno de manera inseparable; esto, a pesar de las críticas a la referida regla<sup>132</sup>.

Sin embargo, el problema principal versa sobre el derecho y la acción concedida al propietario de los materiales empleados para poderlos recuperar, quedando excluida la posibilidad de proceder con una *actio ad exhibendum* que le habría permitido al dueño de los materiales de separarlos y luego reivindicarlos<sup>133</sup>, y esto a causa de la prohibición de las XII tablas<sup>134</sup>, y dirigida a evitar la destrucción de los edificios en el contexto edilicio de aquella época<sup>135</sup>. Por tanto, el dueño de los materiales no podía separarlos de la construcción, a pesar de que las mismas XII tablas le concedían una *actio de tigno iuncto* con la que podía exigir el doble del valor de los materiales utilizados<sup>136</sup>, y cuyo régimen jurídico aparece de lo establecido por Justiniano en IJ. 2,1,29<sup>137</sup>.

Pues bien, la cuestión fue retomada por los glosadores, quienes manifestaron distintas posturas sobre el reconocimiento del derecho de regreso para el dueño de los materiales, al verificarse un enriquecimiento injustificado para el propietario del terreno en el que se incorporó la edificación. A este respecto, para algunos (*dicunt Quidam*) habría que distinguir entre, si se construyó en mala fe con la intención de

<sup>132</sup> En efecto, según manifiesta P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, 1952, p. 256: «Ma la proprietà su l'edificio non significa proprietà sui material che sono serviti per costruirlo; di questi resta padrone colui al quale appartenevano prima della costruzione. Pertanto si ha duplicità di dominio, dipendente dal modo di considerare la medesima cosa; le cose che la compongono, distinte dal tutto, rimangono di chi erano».

<sup>133</sup> Véase al respecto A. Watson, *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968, pp. 91 ss.: M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958.

<sup>134</sup> VI, 7: «*Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvitur*»: «La viga (ajena) incorporada a un edificio y el rodrión (ajeno) unido a la vid, no sean separados», así el texto en R. Domingo (Coord.), *Textos de Derecho Romano* cit., p. 26. Véase también D. 47,3,1 pr.

<sup>135</sup> A tal respecto afirma P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit., p. 256: «Il proprietario dei material, però, non può rivendicarli fin che la costruzione duri: il divieto risale a una disposizione delle XII tavole, per cui non si poteva *solvere* (separare) il materiale ligneo (travi o pali) usato per le case o le opere de campi. La giurisprudenza estese il divieto a tutti i material da costruzione». Véase E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I cit., p. 404.

<sup>136</sup> Cfr. M. Á. Soza Ried, «La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del Código civil chileno», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XLI (2019), pp. 371 s. Sobre la referida *actio* véase R. Monier, *Le tignum iunctum*, Paris, 1922.

<sup>137</sup> IJ. 2,1,29: *Quum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus eius esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, quae vocatur de tigno iniuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere.* Respecto a otras fuentes inherentes a la edificación en terreno ajeno con materiales propios, está lo referido por Ulpiano en D. 19,2,19,4 (32 ad Ed.): *Si inquilinus ostium, vel quaedam alia aedificio adiecerit, qua actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ex conductio actionem, ut ei tollere liceat; sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum auferit, deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.* Ahora bien, en práctica, el locatario de una cosa dispone del *ius tollendi*, es decir, que en el momento de dejar el inmueble puede quitar las mejoras realizadas. En consecuencia, el locador podía plantear una *exceptio doli* para paralizar la *reivindicatio* del propietario, pero no tenía una acción para obtener el regreso de los gastos realizados, lo que comportaba graves consecuencias en el momento que entregó el inmueble cometiendo el error de no demandar los gastos, cfr. E. J. H. Schrage, «Arricchimento senza causa nel diritto intermedio», *RIDA*, LVII (2010), p. 427.

donar los materiales incorporados (*animus donandi*)<sup>138</sup>, en cuyo caso no podrá recuperar nada; pero si lo hizo sin dicha intención, conservará los gastos realizados<sup>139</sup>; ante ello Martinus admitía una *actio negotiorum gestorum utilis* para el regreso<sup>140</sup>, y esto con base en textos como D. 44,4,14 y D. 3,5,5,5(6,3)<sup>141</sup>, con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado que se estaría dando en el patrimonio del propietario del inmueble, al haberse ahorrado los gastos de los materiales que se utilizaron en la construcción, y esto con evidente detrimento para el patrimonio del dueño de los materiales<sup>142</sup>.

*Ex adverso*, en el proseguimiento de la *dissensio* se considera que, si el dueño de los materiales construyó en mala fe en el suelo ajeno, parece haber donado de forma irrevocable, y esto según Rogerius, Placentinus, Albericus, Iacobus, Bulgarus y Hugo<sup>143</sup>. En este sentido, la *mala fides* equivalía a que el constructor tenía conocimiento de que el suelo era ajeno y, por tanto, habría tenido la intención de incorporarlos de forma gratuita en el fundo de otro, consciente de no querer obtener el reintegro del valor de los materiales<sup>144</sup>.

<sup>138</sup> En efecto, el *animus donandi* es aquel espíritu de beneficencia en su mayor grado de expresión, y se traduce en el querer gestionar en el interés del *dominus* de forma gratuita, renunciando a cualquier acción para el regreso; en este sentido, gestiona *animus donandi* quien renuncia a la *actio negotiorum gestorum contraria*, véase G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui* cit., p. 556; F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. por V. Scialoja del “System des heutigen römischen Rechts”), Torino, 1886-98, p. 162; B. BIONDI, *Il concetto di donazione*, en *Scritti Ferrini*, I (Milano, 1947), p. 102 ss.; S. BROISE, “*Animus donandi*”. *Concetto romano e i suoi riflessi nella dogmatica moderna*, Pisa, 1975, pp. 186 ss.; G. G. ARCHI, “*Animus donandi*”, *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III, Milano, 1951, pp. 145 ss.

<sup>139</sup> E, inclusive, si se utilizó materiales ajenos se admitió la separación de algunos como las tejas mediante el *ius tollendi*, véase A. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, 1ª edición, Iustel, 2008, p. 270.

<sup>140</sup> A tal respecto afirma G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1 cit, p. 13, nota 24: «Nel caso del possessore di buona fede che avesse edificato sul fondo posseduto, ad esempio, che è *negotium alienum re ipsa*, ma non *ipso gestu*, mentre Martino riteneva spettasse l'*utilis negotiorum gestorum (actio)*, Ugone (de Alberico i.e. de Porta Ravenate) negava tale azione [...]». De su parte, considera J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law cit., p. 80: «Among pre-Accursian jurists the idea emerges that building on the land of another person can be seen as some kind of *negotiorum gestio*, the managing of another's affairs without his authority. The person who builds on the land of someone else is compared to the person who conducts the affairs of someone else».

<sup>141</sup> Ambos textos fueron tomados en consideración para resaltar el enriquecimiento injustamente obtenido en la *dissensio prohibente domino*, y mantienen también aquí el objetivo de ir en contra del incremento patrimonial no justificado, cada uno a través de una específica vía para el regreso, véase *supra*. En particular, con respecto a D. 3,5,5,5(6,3) afirma J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law” cit., p. 81: «[...] a text which, as has been shown above, Martinus also used to defend his view in enrichment caused by prohibited interference. [...] After all, the *mala fide* possessor, who builds something on the property of another, is acting for his own sake, just like the gestor in the specific case of D. 3.5.5.5».

<sup>142</sup> Esta circunstancia es respaldada también en la *dissensio* con la referencia a la intención de obligarse y obtener la consiguiente *actio negotiorum gestorum* con base en lo referido por Paulo en D. 10,3,14 (3 *ad Plaut.*): [...] *At quum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est, id argo, ut alium mihi obligem; et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Iulianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio.*

<sup>143</sup> Véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1 cit, p. 13, nota 24.

<sup>144</sup> *Sensu contrario*, la buena fe se identificaría con la ignorancia de construir en el fundo ajeno, creyéndolo propio e incorporando los materiales al objeto de crear erróneamente de incrementar su suelo, véase L. Barassi, *Diritti reali e possesso* II cit., p. 222; M. Talamanca, “La ‘bona fides’ nei giuristi romani”, cit., p. 15; A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia* cit., p. 214; G. Grosso, “Buona fede”, cit., p. 678; L. Lombardi, *Dalla ‘fides’* cit., pp. 221 ss.

Por tanto, queda clara la postura de Martinus<sup>145</sup> a través de la concesión de una acción *utilis* modelada en aquella *negotiorum gestorum* y dirigida a contrastar el enriquecimiento injustificado que se estaría verificando, y así admitir el derecho de regreso por los gastos empleados con base en el razonamiento de que al realizar mejoras en el inmueble ajeno, desde el punto de vista de la *negotiorum gestio*, no solo se ha hecho en su propio interés, sino también en el interés del propietario, quien se habría enriquecido en consecuencia de aquellos actos<sup>146</sup>.

Así pues, el propietario de los materiales empleados en la construcción podrá activar una acción dirigida a la repetición de los gastos y evitar que el propietario del fundo se vea enriquecido de forma injustificada por no haber desembolsado el respectivo valor; ante ello manifiesta Schrage<sup>147</sup> «Martino è forse il primo, che ha messo al centro della regolazione il moderno concetto dell'arricchimento senza causa, contro l'opinione della maggioranza dei contemporanei [...]», y prosigue<sup>148</sup>: «Martino Gosia era da solo nella sua battaglia per l'equità Gosiana»<sup>149</sup>. En consecuencia, sobre el supuesto de la construcción con materiales propios en el terreno ajeno, Martinus se decantó por dar relevancia al mantenimiento de la *aequitas* patrimonial y no al rigor de la ley, admitiendo una *actio negotiorum gestorum utilis* para el regreso, la misma que se fundamenta en D. 3,5,5,5(6,3)<sup>150</sup> y en la general prohibición de enriquecerse de forma injustificada con daño ajeno, establecida en la *regula iuris* de Pomponio; y esto, a pesar de que su opinión fue contradicha por la mayoría de sus contemporáneos<sup>151</sup>, quienes criticaban aquella *aequitas* a la cual se apoyaba Martinus<sup>152</sup>.

### 3.3. En torno a la *dissensio*: «*Quibus actionibus uti possit dominus, cuius rem alius suo nomine vendidit?*»

«Item differunt in eod. Tit. (C. 3, 32.) supradicta L. Si ex ea pecunia (6.). Dicunt Quidam, quod si rem meam vendideris tuo nomine et ea usucapta vel consumpta sit, datur in subsidium utilis negotiorum gestorum actio mihi, et hoc etiam in D. Si certum petatur (12, 1.) L. Si eum (23.). Sed pecuniam, quam ex re mea accepisti,

<sup>145</sup> A más que en la glosa de Acursio: «*GL. Aedificaverit ad Inst. 2,1,30 [...] Sed Martinus etiam actionem dabat et est pro eo ff. de pet. haer. L. Haereditatis [...] Sed Martinus etiam dabat negotiorum gestorum actionem, ut ff. de negot. gest. L. Si pupilli § Sed et si quis [D. 3,5,6,3]*», así citado en E. J. H. Schrage, “Arricchimento senza causa nel diritto intermedio”, cit., p. 428.

<sup>146</sup> Cfr. E. J. H. Schrage, “Arricchimento senza causa nel diritto intermedio”, cit., p. 428. Por tanto, para F. De Martino, *Lezioni di storia del diritto italiano* cit., p. 139, los glosadores, siguiendo la praxis romana, concedieron al constructor de buena fe el derecho a ser resarcido.

<sup>147</sup> E. J. H. Schrage, “Arricchimento senza causa nel diritto intermedio”, cit., p. 428.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 429.

<sup>149</sup> A tal respecto, en un texto inherente a las *Distinctiones*, Martinus lleva a cabo la superación de la concesión del *ius retentionis* por la *actio negotiorum gestorum utilis*, al referir «*Alii vero ex equitate dant ei, ut Martinus, utilem negotiorum gestorum, licet non possideat, ut D. de negotiis gestis, l. ult. [...]*», así el texto citado en E. J. H. Schrage, “Arricchimento senza causa nel diritto intermedio”, cit., p. 429; Id, «*Qui in fundo alieno aedificavit*» cit., p. 415. Sobre la referencia véase E. Seckel, *Distinctiones glossatorum*, Graz, 1956, pp. 305 ss.

<sup>150</sup> Véase J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 82.

<sup>151</sup> Así Bulgarus, Johannes Bassianus, Azonis y Odofredus, véase J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 84.

<sup>152</sup> A tal respecto manifiesta J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 84: «A number of pre-Accursian glosses regard the last line of D. 12.6.33, which explicitly declares that apart from the lien there is no other way to recover the expenses as an argument against the opinion of Martinus Gosia».

avocabo, quasi in gerendo vendendo negotium meum gessisses, et si de pecunia mea fundum emisti, fundum possum a te vindicare, et hoc M. (Martinus). Sed Ot. (Otto Papiensis) negat, rationem autem diversitatis parum probe adsignat. Ego autem propter eam dem aequitatis rationem in utroque casu idem respondeo. Sed si ratum facio negotium, licet in subsidium, per talem ratihabitionem meum fit. Ita, quod ex eo negotio provenit, con sequi debeo, maxime quum idem in utili veniat, quod in directa, ut D. de Negot. gest. (3, 5.) L. Actio (47.)»<sup>153</sup>.

Como antecedente de la referida *dissensio*, sabemos que para la época clásica la relación entre titularidad del dominio y legitimación a enajenar se regía con base a lo referido en Gai, 2,62: *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit*. Según el texto, sucede a veces que el que es dueño no tiene la potestad de enajenar una cosa, y el que no lo es, sí<sup>154</sup>. En este sentido, el *dominium* y el *ius alienandi* podían considerarse independientes<sup>155</sup>, a pesar de que la coincidencia en la misma persona de ambas prerrogativas era un aspecto intrínseco e inseparable<sup>156</sup>. Por tanto, la jurisprudencia clásica llegó a admitir la validez de la *traditio* efectuada por un tercero *voluntate domini*<sup>157</sup>, la cual podía resultar de un *mandatum* con el que un tercero se obligaba a llevar a cabo la enajenación encomendada<sup>158</sup>.

Pero también se verificó la enajenación sin el previo *consensus* entre enajenante y *dominus*, cuyo supuesto conllevaba a que la ratifica de este último hacía válido el acto traslativo de enajenación<sup>159</sup>, determinando la pérdida del dominio sobre la *res*<sup>160</sup>, pero cuya relación jurídica instaurada entre el *dominus* y el enajenante se encuadraba en la categoría de la *negotiorum gestio*, con posibilidad de proceder con la *actio negotiorum gestorum* en caso de conflicto<sup>161</sup>. Este tercero *gestor* fue en un principio el liberto<sup>162</sup>, quien, con base en la *fides* instaurada entre ellos para que gestione sus

<sup>153</sup> El texto está en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., Hug. §171, p. 390. Una variante similar está también en Vet. Coll. 6; Rog. 55; Chis. 74, Hug. 167,168. Véase V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 127 ss.

<sup>154</sup> Así el texto y la traducción en R. Domingo (Coord.), *Textos de Derecho Romano* cit., p. 92.

<sup>155</sup> Sobre el tema véase J. E. Rodríguez Diez, *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*, Oisterwijk, 2016, pp. 47 ss.

<sup>156</sup> Cfr. A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, p. 14.

<sup>157</sup> Las fuentes clásicas son explícitas en reconocer eficacia traslativa al negocio de enajenación de cosas ajenas efectuados con el consentimiento del titular del derecho solo para la *traditio*, pero no para las solemnidades de la *mancipatio* y menos para la *in iure cessio*. Sin embargo, sobre un caso de *mancipatio* realizada por el liberto del *dominus* véase A. Corbino, "Forma librare ed intermediazione negoziale", "*Sodalitas. Scritti A. Guarino*" V (Napoli, 1984), pp. 2257-2271.

<sup>158</sup> Ante lo cual afirma C. Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I (edizione anastatica), Roma, 1975, p. 58: «Rappresentanza mediante mandato fu ammessa nell'acquisto e nella perdita del possesso come nell'acquisto e nell'alienazione non formale della proprietà e dei diritti reali, e pertanto si ebbe in ciò rappresentanza anche col mezzo della ratifica».

<sup>159</sup> Véase al respecto A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* cit., p. 57; C. Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano* cit., p. 62.

<sup>160</sup> Así como atestiguan numerosas fuentes, véase D. 3,5,8(9); D. 24,1,38,1; D. 36,1,38 (37) pr.; CJ. 2,18,19; CJ. 3,32,3,1; CJ. 3,36,20; CJ. 4,35,12; CJ. 4,51,4; CJ. 7,26,4.

<sup>161</sup> Cfr. A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* cit., pp. 64 s.

<sup>162</sup> De ello derivaba la obligación del predisuesto de asumir tal encargo, siendo el origen de tal obligatoriedad el *officium* que al patrón tenía vinculado a sus libertos, obligados a causa de la estima hacia el patrón y por la utilidad que de la gestión podía obtener, cfr. F. M. De Robertis, "*Invitus procurator*". *Appunti sul procuratore nel diritto classico romano*", *Scritti varii di diritto romano*, I, *Diritto Privato* (1987), p. 12.



negocios<sup>163</sup>, en calidad de *procurator omnium rerum* o *bonorum*, tenía la administración total o parcial del patrimonio del *dominus*<sup>164</sup>. Pero la necesidad de sancionar jurídicamente esta relación conllevó a la aplicación de la *actio negotiorum gestorum* por haberse iniciado la *gestio* y solo sucesivamente esta se asimiló al *mandatum*<sup>165</sup>, presentando los típicos problemas que surgían entre mandante y mandatario<sup>166</sup>. A esto se añade aquellas situaciones que determinaban la enajenación por un tercero de la *res* ajena que se encontraba en estrecha relación con el *dominus* de la *res*<sup>167</sup>.

Con estos antecedentes, la *dissensio*<sup>168</sup> plantea un punto importante de partida con la frase *si rem meam vendideris tuo nomine*, la cual determina la cuestión sobre su interpretación en el contexto de la injerencia no autorizada en los negocios ajenos<sup>169</sup>; esto, además, en relación con el reconocimiento del derecho de regreso<sup>170</sup>, en el supuesto que la cosa enajenada no pueda ser devuelta a través de la *reivindicatio*, pues se narra que la *res aliena* fue usucapida o consumida<sup>171</sup>. Ahora bien, según la *dissen-*

<sup>163</sup> Afirma P. Frezza, «*Ius gentium*» cit., p. 269: «[...] è la *fides* il fondamento della validità dei negozi; altrimenti detto, la *fides* è stato l'involucro protettivo dei negozi del traffico prima che questi raggiungessero la soglia della piena giuridicità [...]».

<sup>164</sup> Sobre todo, cuando empezó a ausentarse de Roma; ante ello afirma A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* cit., p. 38: «Anzi la stessa designazione del liberto a *procurator* dovette presentarsi come atto di *praepositio* unilaterale da parte del *dominus*, cui non occorreva seguisse l'accettazione del liberto, tenuto in quanto tale a prestare i propri servizi al patrono». Sobre el carácter unilateral del *procurator*, véase B. FRESE, «*Prokuratur und negotiorum gestio im Römische Recht*», *Melanges Cornil I* (Paris, 1926), pp. 341 ss.

<sup>165</sup> Cfr. A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, cit., p. 43.

<sup>166</sup> Como el de la revoca a enajenar antes de la entrega de la *res*, en el que la prohibición de enajenar es válida, aunque llevada a cabo después de concluirse el contrato de compraventa, pero antes de la *traditio*. Y también el de la invalidez de la enajenación por incumplir las condiciones de venta impuestas por el *dominus*, véase A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, cit., pp. 50 ss.

<sup>167</sup> En este sentido afirma A. Burdese, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, cit., pp. 20 s.: «Così il caso del *servus* e del *filiusfamilias*, la cui legittimazione ad alienare si inquadra nel più generico fenomeno della capacità di agire ad essi riconosciuta con effetti producenti nella sfera patrimoniale del *pater*». Con respecto a las limitaciones inherentes a las adquisiciones y enajenaciones de bienes de incapaces, véase F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Milano, 1914, pp. 117 ss.

<sup>168</sup> La cual empieza citando a CJ. 3,32,6, *Imp. Gordianus A. Ustronio Si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparavit, ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te transferri, iniuriosum est*.

<sup>169</sup> Según J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law cit., p. 93: «It is also beyond doubt, that the owner is capable of ratifying the alienation afterwards, when the seller acted in the owner's name». Queda, por tanto, fuera la posibilidad de entender que el tercero haya tenido la intención de lucrarse de forma ilícita con el recabado de la *res* vendida, véase al respecto F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito* cit., pp. 113 ss. Sobre el factor del *animus lucrandi* en la *gestio* ajena refiere Pomponio en D. 47,2,44,1 (19 ad Sab.): *Si rem meam quasi tuam tibi tradidero scienti meam esse, magis est furtum te facere, si lucrandi animo id feceris*; en materia véase B. Albanese, «La nozione del *furtum* da Nerazio a Marciano», *AUPA*, 25 (1956), pp. 134 ss. A tal respecto observa C. A. Cannata, «*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* cit., p. 21, la imposibilidad de usucapir la *res furtiva* y que se verificaría en el supuesto de intromisión ilícita en el patrimonio ajeno, con la consiguiente venta de la *res*. Sobre la prohibición de usucapir la *res furtivae* y *vi possessae*, véase Gai 2.45.

<sup>170</sup> Siempre y cuando se quiera considerar implícito el *animus negotia aliena gerenda* en el *venditor* y, por supuesto, la *contemplatio domini*, véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 415 ss.

<sup>171</sup> Lo que presupone, por un lado, el verificarse de los requisitos para adquirir mediante *usucapio*, y, por tanto, a todo poseedor de buena fe con posibilidades de adquirir la *res* mediante la *possessio ad usucapionem*, y cuyos plazos se recaban de la Tabla VI. 3ª de la *lex XII Tabularum*: «(Cic. Top. 4.23): [...] *usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... annus est usus*», así el texto en R. Domingo (Coord.), *Textos de Derecho Romano* cit., p. 26. Sobre la adquisición por el *usus* regulado en las XII tablas véase G. Nicosia, *Il possesso, I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-96*, Catania 1997, pp. 51-58. Y, por otra parte, que se trate de *res fungibles*.

sio algunos consideraban que si alguien vendió en su nombre una cosa que pertenecía a otro y esta fue usucapida y consumida, se le concederá al *dominus* de aquella, de forma subsidiaria, la *actio negotiorum gestorum utilis* para recuperar el valor de la *res*, y esto con base en D. 12,1,23<sup>172</sup>, donde Africano narra que si yo poseyere como legado a mí el esclavo que se te hubiera legado, y lo vendiere, dice Juliano que, muerto él, puedes reclamarme por la *condictio* el precio, cual si yo me hubiera hecho más rico con cosa tuya<sup>173</sup>. De lo referido en el texto se evidencia el recurso a la *condictio* en función de acción de enriquecimiento<sup>174</sup>, ya que se ha verificado un negocio entre las partes involucradas, y se busca restablecer el patrimonio perdido de quien se empobreció en consecuencia del negocio traslativo de enajenación<sup>175</sup>.

A tal respecto, Martinus considera que se le demandará a aquel que recibió el dinero de la cosa ajena, en cuanto no le pertenecía, y si se compró un fundo con ese dinero, se le podrá reclamar la finca. En este sentido, su razonamiento estaba dirigido a restablecer el equilibrio quebrantado por el detrimento patrimonial que el *dominus* habría sufrido con la pérdida de la *res* vendida y que resultó imposible reivindicarla. Del mismo punto de vista es Hugolinus (*Ego*), quien, con base en la *aequitas*, afirma que, si hubo ratificación por el *dominus* de la *res*, sería lícito concederle de forma subsidiaria una acción, siendo indiferente que sea la *utilis* o la *directae*, ya que, según D. 3,5,47,1<sup>176</sup>, es irrelevante el nombre de la acción, en cuanto ambas tienen la misma fuerza y producen el mismo efecto. *Ex adverso*, Otto Papiensis<sup>177</sup> se muestra contrario en admitir esta afirmación, al referir el texto de la *dissensio* la frase *negat, rationem autem diversitatis parum probe adsignat*.

Pues bien, el tema ha sido tratado también desde la óptica de otra *dissensio*<sup>178</sup> intrínsecamente relacionada, e inherente a la concesión de una acción en el supuesto de la ra-

<sup>172</sup> D. 12,1,23 (2 *Quaest.*): *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

<sup>173</sup> Sobre la reconstrucción del texto véase C. A. Cannata, «*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* cit., pp. 45 s., quien manifiesta «[...] l'azione accordata è una *condictio* per la restituzione dell'arricchimento».

<sup>174</sup> Ante ello afirma B. Cortese *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 220: «Non v'è dunque un negozio diretto, un accordo fra A e B, eppure le loro sfere patrimoniali entrano in contatto, determinando uno squilibrio che non è giustificato dal punto di vista giuridico-equitativo, e che determina la necessità di presiporre uno strumento di recupero dell'arricchimento».

<sup>175</sup> Por tanto, según G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II/1 cit., p. 160 «La possibilità di impiegare la *condictio* come azione di arricchimento sembrerebbe in qualche misura avallata da D. 12,1,23 [...]».

<sup>176</sup> D. 3,5,47,1 (1 *Sent.*): *Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.* Sobre el texto véase F. Mercogliano, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, 48, Napoli, 2001, p. 52.

<sup>177</sup> Sobre el referido glosador afirma F. K Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I cit., p. 195: «La sigla delle sue glosse è costantemente *Ob*».

<sup>178</sup> Cuyo texto está en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., Chis. 74, pp. 174 s.: «*Num quivis, cuius interest, negotium alterius nomine gestum ratum habere et negotiorum gestorum actionem instituire possit? Differunt. Dicunt Quidam, quod si vendidisti rem meam tuo nomine, quod potero ratam facere venditionem istam et pretium a venditore petere, ut videtur dicere Les de Rei vindic. (C. 3, 32.) Mater (3.), et dicunt, hoc esse generale in omni negotio, quod gestum est etiam alterius nomine, ut alius, cuius interest, ratum possit habere, et dabitur negotiorum gestorum actio, quam a Lege dari dicunt, arg. C. de Iudiciis (3, 1.) L. ult. et C. de His, qui a non dom. manum. (7, 10, 1.) M. Martinus). Alii dicunt, negotium alterius nomine gestum nullatenus alium ratum facere posse, neque tali ratificatione actionem sibi comparare, et quod dicit, "ratum facit etc.", dicunt, hoc verum tantum esse in subsidium rei peremptae, praescriptae et usucaptae. Bul. (Bulgurus), AL (Albericus), Tob. (Ioannes Bassianus) y»». Sobre el texto véase V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 127 ss.*

tificación por el *dominus* de la *res* vendida<sup>179</sup>, y donde Martinus consideraba que aquel que ratificó la *gestio* ajena podrá proceder con la *actio negotiorum gestorum* para el regreso; en efecto, según Hallebeek<sup>180</sup> para Martinus la ratificación de la venta ajena era siempre posible, tanto en el caso que no se haya vendido en nombre del propietario, como si la cosa es susceptible de ser reivindicada, y así, con base en la *aequitas*, el propietario podrá proceder en contra del vendedor en busca del precio, siendo único requisito el que se haya verificado un enriquecimiento en el patrimonio de este último<sup>181</sup>. Y, cuando el objeto pereció o la propiedad se perdió por efecto de la *usucapio*, la vía subsidiaria se concretaba a través de la *actio negotiorum gestorum utilis*<sup>182</sup>. Además, se requería que el *gestor* actúe con la intención de gestionar un negocio ajeno y con la de obligarlo, es decir, tanto con el *animus negotia aliena gerendae*, como con la *contemplatio domini*<sup>183</sup>.

Ambos supuestos se relacionan también con la *dissensio*<sup>184</sup> inherente a la cuestión de si al gestionar un negocio ajeno el gestor reciba un préstamo de dinero en nombre, pero sin el encargo del interesado, el acreedor tendrá la *actio negotiorum gestorum utilis* para obtener el regreso<sup>185</sup>. Según la *ratio* de la *dissensio*, algunos maestros,

<sup>179</sup> El tema fue objeto de debate en el Derecho romano, en el sentido de considerar que la ratificación convierta la *negotiorum gestio* en mandato (*rathibitio mandatu comparatur*); ante lo cual afirma C. Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano* cit., p. 39: «La famosa controversia se la *rathibitio* converta la *negotiorum gestio* in un *mandatum* va risolta in senso negativo». Al respecto, véase D. 3,5,10(11),1. y F. Glük, *Comentario alle Pandette*, libro III, Milano, 1888, p. 204; A. Kacprzak, *La rathibitio nel diritto romano classico*, Napoli, 2002, pp. 49 ss.

<sup>180</sup> J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 94.

<sup>181</sup> Mientras que, *sensu contrario* afirma J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 94: «According to Bulgarus ratification of the alienation is impossible, when the seller acted in his own name. [...] According to other pre-Accursian glosses, though, Bulgarus approves of ratification as a subsidiary solution for the exceptional case where the owner could not vindicate the propriety and longer».

<sup>182</sup> Circunstancia que J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 95, nota 159, atribuye a Guillelmus de Cabriano. En efecto, esta regla se aplicaba solo de forma subsidiaria, es decir, cuando la cosa fue usucapida o se haya perdido y, por ende, no era susceptible de restitución con la reivindicatoria. A este respecto afirma V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., pp. 130 s.: «La sentenza di Martino, che per regola possa ratificarsi una vendita di cosa altrui fatta in nome proprio, e concedersi l'*actio negotiorum gestorum*, è confermata dalla Glossa [...]; ma Bulgaro negò la generalità di quel principio, e distinse il caso in cui la cosa d'altri, venduta da un terzo in proprio nome, esistesse ancora, da quello in cui fosse perita od usucata. Nel primo caso non ammise la possibilità della ratifica per avere il prezzo; nel secondo reputò che potesse ratificarsi l'affare e chiedere il prezzo, ma solo per eccezione, in *subsidium rei peremptae vel usucaptae*».

<sup>183</sup> Véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., pp. 109 s.; V. Rivalta, *Dispute celebri* cit., p. 131.

<sup>184</sup> Del título «*Ob mutuum pecuniam negotiorum gestori datam an actio negotiorum gestorum utilis adversus dominum negoti institui possit*»: «*Differunt. Dicunt Quidam, si quis negotia mea gerit et mutuum accepit pecuniam sine mandato meo et eius contemplatione (Sc. creditor) tradidit, quod dominum non habet obligatum, nisi quum ratum habuerit, aut pecunia in eius utilitatem versa fuerit, ut C. Quod cum eo, qui in al, pot (4, 26, L.) Ei qui servo (7.) Ib. (Ioannes Bassianus). Alii dicunt, quod tunc demum dominum habet obligatum, quum actor fuerit non solvendo, vel in subsidium est adversus dominum negotiorum gestorum actio. Alii dicunt, quod in Lege supradicta Ei, qui servo (C. 4, 26, 7.) ille, qui mutuum dederat pecuniam, eligat dominum et accipientem. Al (Albericus) (dicit), quum accepit mutuum pecuniam, aut cum mandato (Sc. accepit.) aut sine mandato. Si cum mandato, aut mandatum dirigitur ad creditorem aut ad eum, qui mutuo accepit. Si ad creditorem, tunc demum tenetur mandati actione, ut C. de Instit. act. (4, 25.) L. Si mutuum (5.); quum vero sine mandato aut creditor creditur contemplatione domini tantum, aut procuratoris tantum, aut utriusque. Si contemplatione domini tantum, ipsum solum habet obligatum negotiorum gestorum actione, ut D. de Neg. gest. (3, 5, L.) Si pupilli (6.) §. Item si procuratori (1.). [...]*, así la parte inicial del texto en G. Hänel, *Dissensiones dominorum* cit., 197 s.; *Cod. Chis.* §101. Véase V. Scialoja, «Di una nuova collezione delle *dissensiones dominorum* cit., pp. 398 s.

<sup>185</sup> La temática se enlaza con la *contemplatio domini* y la determinación de la acción en contra del tercero, sea un *procurator omnium bonorum* o *unius negotii* que recibía por cuenta del *dominus*. En efecto, se debatía sobre

entre ellos Ioannes Bassianus, consideraban que el *dominus negotii* no quedará obligado a no ser que haya ratificado la *gestio* o que el dinero le hubiere sido útil<sup>186</sup>. Sin embargo, otros (*Alii*) consideraban que el *dominus negotii* quedará obligado cuando el *gestor* no pague, y de forma subsidiaria el acreedor dispondrá de la *actio negotiorum gestorum* para ir en su contra. En tal contexto, Albericus planteaba la distinción entre recibir el préstamo con o sin mandato dado al *accipiens*: así, en caso de mandato, el acreedor dispondrá de la *actio mandati*<sup>187</sup>, pero si fue sin mandato se obligan ambos, es decir, el *dominus negotii* y el *gestor*<sup>188</sup>. Y, si se hubiere obligado solo el *dominus negotii*, lo estará con la *actio negotiorum gestorum*<sup>189</sup>.

Por tanto, aquí también se desprende la posibilidad de conceder una *actio negotiorum gestorum utilis ex aequitate* al objetivo de restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado en consecuencia de la gestión realizada; sin embargo, esta posibili-

---

cual acción conceder para ir en contra de este último, así mediante una *actio negotiorum gestorum (in ius)* o con una *actio ad exemplum institoriae actionis* o *quasi institoriae*, caracterizada por la transposición de sujetos y dirigida a determinar la pertenencia del *negotium alienum*, véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. cit., p. 428. Con respecto a esta *actio quasi institoria* véase E. Albertario, *L'«actio quasi institoria». Contributo alla storia della rappresentanza nel diritto romano*, Pavia, 1912.

<sup>186</sup> Según se establece en CJ. 4,26,7: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Crescenti Ei, qui servo alieno dat pecuniam mutuam, quamdiu superest servus, item post mortem eius intra annum, de peculio contra dominum competere actionem, vel, si in rem domini haec versa sit quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui iuris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est, heredes eius convenire potest, ut superstiti quidem servo dominum de peculio convenias, vel, si iam servus rebus humanis exemptus est vel distractus seu manumissus, nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis. I. Alioquin si cum libero, rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum, nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Dat. Non April. Byzantii, AA. Cons. [293-304]. Pues bien, para E. J. H. Schrage, “Arriichimento senza causa nel diritto intermedio”, cit., p. 422: «Questo testo ha portato ad una importantissima discussione fra i glossatori, come mostrano le *Dissensiones dominorum* [...]». De su parte, afirma G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. cit., p. 11«[...] della costituzione riguardava il contratto concluso con l'altrui rappresentante *sui iuris*, ma non è detto quale fosse l'azione prevista dalla cancelleria imperiale in caso di ratifica. Nelle glosse menzionate era prevista l'alternativa tra l'*actio negotiorum gestorum*, utilizzabile ove il *dominus* avesse ratificato, ed altre azioni quali la *condictio certi*, con o senza la precisazione *utilis*, e la *utilis de in rem verso actio* [...]».*

<sup>187</sup> Según lo referido en CJ. 4,25,5 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gaio Si mutuam pecuniam accipere a te Demetriano Domitianus mandavit, et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competetem iudicem potest convenire. Dat. IV Kal. (1) Novembr. Ipsi Caess, (2) Cons. [294-305]. A este respecto manifiesta E. Albertario, *L'«actio quasi institoria»* cit., p. 28: «La menzione dell'*actio quasi institoria* non deve ritenersi neppur genuina in due costituzioni diocleziane, dove ci è dato di nuovo trovarla. C. 4,25,5 [...]».*

<sup>188</sup> Según CJ. 4,35,7 *Imp. Giordanus A. Aureliano Si literas eius secutus, qui pecuniae auctor fuerat, ei, qui tibi literas tradidit, pecunias credidisti tam condictio adversus cum, qui a te mutuam sumsit pecuniam, quam adversus eum, cuius mandatum secutus es, mandati actio tibi competit.*

<sup>189</sup> Con base en lo referido por Ulpiano en D. 3,5,5,3(6,1) (3 *Dig. scribit*): *Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebis actionem adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Quid tamen, si a procuratore tuo stipulatus sum? Potest dici, superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundantanti hanc stipulationem interposui.* La atribución de la *actio negotiorum gestorum* al *creditor* en contra del mandante viene confirmada por Ulpiano en D. 3,5,5,3(6,1), donde la expresa exclusión de la *condictio certae pecunia* por parte de Ego en contra del *procurator* es consecuencia de la dirección de la voluntad del primero, ya que Ego, en el entregar el dinero al *procurator*, no pretendía prestarlo a él sino gestionar un negocio útil al *dominus*, lo cual no habría comportado el constituirse de un contrato de préstamo de dinero, cfr. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. cit., p. 436, quien, en p. 433, nota 222, al tratar del texto de Papiniano en D. 3,5,30(31) plantea la posibilidad de que la acción sea aquella *negotiorum gestorum utilis*.

dad se podía plantear solo de forma subsidiaria, es decir, por el hecho que la cosa vendida ya se usucapió o consumió, haciéndose imposible su reivindicación por parte del *dominus* de la misma.

#### 4. Sobre la admisión de la *actio negotiorum gestorum utilis* «*ex aequitate*»

En relación al mecanismo procesal dirigido a restablecer la *aequitas* patrimonial y de esta forma respetar la prohibición de enriquecerse con daño ajeno, es sabido que para el contexto del Derecho romano no se conocía una acción general dirigida a contrastar un enriquecimiento injustificado<sup>190</sup>; sin embargo, este inconveniente venía superado a través de diferentes medios procesales ya previstos en el ámbito de ciertos supuestos relacionados con la injustificada atribución patrimonial, y que, por tal razón, se acercaban al objetivo común de restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado a través de la obligación de restituir lo injustamente obtenido<sup>191</sup>. Así pues, ante todo estaba la *condictio*<sup>192</sup>, la cual habría constituido en origen la única acción general de enriquecimiento injustificado<sup>193</sup>, y cuya función fue la

<sup>190</sup> En efecto, según G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 113: «[...] non v'era un'azione generale d'arricchimento e che pertanto, onde sopperire a tale carenza, era necessario impiegare mezzi giuridici diversi nei limiti in cui fosse possibile divaricare l'ambito applicativo». Sobre una acción de enriquecimiento en el Derecho romano, véase G. Andreoli, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940; F. Ardigò, "Osservazioni in tema di ingiustificato arricchimento", *Rivista di Diritto Privato*, 2, 1939, pp. 143 ss.; G. Astuti, s.v. "Arricchimento" (Azione di) (Premessa storica), *ED*, 3, 1958, pp. 53 ss.; P. Schlesinger, s.v. "Arricchimento (Azione di)", *Novissimo Digesto Italiano*, 1, 1937, pp. 1009 ss.; G. Donatuti, "Le cause delle condizioni", *Studi Parmensi*, 1, 1951, pp. 33 ss.; F. Mancaloni, "La 'in rem versio' nel diritto giustiniano", *Filangieri*, 24, 1899, pp. 7 ss.; S. Riccobono, *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento nel diritto moderno*, Milano, 1917; U. Robbe, "Le legis actio per conditionem", *Studi Urbino*, 13, 1939, pp. 1 ss.; M. Rotondi, "L'azione d'arricchimento", *RDC*, 23, 1925, I, pp. 340 ss.; C. Scuto, "L'ingiustificato arricchimento", *Annali Perugia*, 8, Perugia, 1910, pp. 260 ss.; Id., "L'oggetto dell'azione di ingiustificato arricchimento", *Studi Simoncelli*, 1917, pp. 525 ss.; M. Talamanca, «In tema di azioni di arricchimento», *AG*, 146 81956), pp. 33 ss.; B. Kupisch, s. v. «Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno», *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, I, Torino, 1994, pp. 436 ss.

<sup>191</sup> A este respecto observa B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 133, que, entre las teorías sobre el nacimiento de la obligación de restituir, estaba aquella sobre la ausencia de una causa efectiva y constitutiva de la obligación inherente a la *datio rei*, es decir, radicaba en el hecho de que el *accipiens* adquiría la propiedad de una cosa ajena sin que exista una causa jurídica que legitime la retención de la misma, ya que afirma «[...] la *causa condicendi* dunque sarebbe da ricondursi alla mancata o invalida *causa retinendi*».

<sup>192</sup> En efecto, el antecedente más remoto de una acción de enriquecimiento podría situarse en la obligación de restituir lo que determinó el enriquecimiento injustificado a través de la *legis actio per conditionem*, la cual fue introducida por una *lex Silia* para los créditos de dinero (*certae pecuniae*) y luego extendida por una *lex Calpurnia* a todos los créditos de cosas determinadas, lo cual resulta según Gai 4.19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re*, así el texto en R. Domingo (Coord.), *Textos de Derecho Romano* cit., p. 200. Con respecto a la *lex Silia* véase C.A. Cannata, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, pp. 44 s. Estamos, pues, ante el antecedente de lo que posteriormente será la *condictio* y basada en la atribución no justificada de una cosa (*datio rei*), aplicada en el ámbito de la llamada *solutio indebiti* como instrumento procesal dirigido a evitar un enriquecimiento en el patrimonio del *accipiens* que no tenía el derecho de recibir en su favor. Sobre el tema véase A. Saccoccio, *Si certum petetur* cit., pp. 12 ss.; C. A. Cannata, "Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem", cit., pp. 18 s.; B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., pp. 143 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 114.

<sup>193</sup> Afirma C. A. Cannata, "Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem" cit., p. 51: «In tutto il mondo romano la sola azione generale d'arricchimento, e con un carattere generale circoscritto nel settore delle attri-

de evitar que se incumpla con la prohibición general de enriquecerse con daño ajeno<sup>194</sup>, y de esta forma restablecer la situación patrimonial previa<sup>195</sup>. En efecto, las *condiciones* fueron remedios dirigidos a sancionar aquellas circunstancias que determinaron una atribución patrimonial injustificada, y tenían como factor común un acto de incremento patrimonial en favor de un sujeto y el correspondiente detrimento para otro<sup>196</sup>. Y, si la atribución era de aquellas *obligaciones re contractae*, la restitución se fundamentaba en el negocio jurídico que determinó la transferencia<sup>197</sup>; pero si la atribución patrimonial resultaba injustificada con base en la *naturalis aequitas* o el *ius naturalis*, esta también era susceptible de remoción de forma intrínseca por ir en contra del principio que prohíbe enriquecerse *cum alterius detrimento*<sup>198</sup>, siendo esta posiblemente la razón por la que el texto de Pomponio no menciona de forma explícita la obligación de restituir lo injustamente obtenido con perjuicio ajeno.

Por otra parte, también se ha considerado a la *actio de in rem verso* como acción de enriquecimiento<sup>199</sup>, a pesar de que su impostación como tal surgió solo en el ámbito del *ius commune*<sup>200</sup> cuando se consideró la *versio in rem* idónea para solicitar el reembolso ante una atribución patrimonial no fundamentada en un negocio jurídico

---

buzioni proveniente da un negozio concluso fra le parti dell'arricchimento, era la *condictio* [...]». Y, en cuyo contexto está lo referido por Ulpiano en D. 50,16,213: *Aes alienum est quod nos aliis debemus, aes suum est quod alii nobi debent*; donde el *aes alienum* equivale a que su transferencia carece de fundamento jurídico y surge la obligación de restituir, véase B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 136.

<sup>194</sup> Sobre la *naturalis aequitas* y la prohibición de enriquecimiento injustificado, véase P. Frezza, “*Ius Gentium*”, cit., p. 301.

<sup>195</sup> Cfr. B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., pp. 138 s.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pp. 210 s.

<sup>197</sup> Como el mutuo o la *stipulatio*, véase B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 211. Sin embargo, con base a D. 12,1,32 (5 *dig.*) se ha considerado el nacimiento de la obligación de restituir lo injustamente obtenido sin necesidad de que se haya verificado un negocio jurídico previo y esto con base en la equidad [...] *Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed proprius est, ut obligari te existemen, non quai pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea quae ad te prevenit, eam mihi a te reddi bonum er aequuum est*. Sobre el alcance en la glosa del texto que admite ser equitativo el regreso, véase J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law cit., pp. 108 s.

<sup>198</sup> Véase P. Frezza, “*Ius Gentium*”, cit., p. 301.

<sup>199</sup> Que en origen se concedía en contra del *dominus* por los actos realizados por su *servus* y en el límite del enriquecimiento por éste obtenido. Ante lo cual afirma M. Talamanca, *Istituzioni del diritto romano*, Milano, 1990, 88: «Si ricorre all' *actio de in rem verso*, quando manchino altri criteri per imputare al proprietario l'obbligazione assunta dal servo. Con questa azione il *dominus* stesso risponde nei limiti in cui abbia tratto un vantaggio economico dal negozio posto in essere dallo schiavo». De su parte, observa G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 113: «L'utilizzazione della prima azione era limitata dalla necessità che il gestore avesse la qualità di *alieni iuris*». Sobre el carácter de acción de enriquecimiento véase J.C. Prado Rodríguez, “Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el artículo 1158.3 del Código civil español”, *Revista Digital - Facultad de Derecho. UNED*, 5 (2012), pp. 1-35. En general véase G. Bacile di Castiglione, *L'actio de in rem verso*, 2ª ed., Lecce, 1912.

<sup>200</sup> Con base en la interpretación dada a algunas fuentes del *Corpus iuris* para fundamentar esta impostación; en este sentido evidencia A. Cannata, “*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*”, cit., p. 51: «[...] C. 4,26,7,3 dopo un intervento del glossatore Roffredo di Benevento, fu utilizzato, insieme a quello di Celso (D. 12,1,32) che prevedeva quella che venne denominata *condictio Iuventiana*, per costruire un'azione generale di arricchimento basata unicamente sulla *versio in rem* e chiamata *actio de in rem verso* o *Versionsklage*». Además, para J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law”, cit., p. 61: «The *ius commune* derives this protection from the various [...] the *actio de in rem verso*». Mientras que, con respecto a D. 12,1,32, véase B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., pp. 219 s.

determinado<sup>201</sup>. En efecto, la expresión *versio in rem* se enlaza con una atribución patrimonial trilateral, en cuanto nace en el ámbito de la protección de los acreedores por el enriquecimiento obtenido por el *pater* o *dominus* en consecuencia de los actos realizados por el *filius* o *servus*, respectivamente, y su diferencia con la *condictio* radicaba en la falta de un negocio jurídico entre el enriquecido y el empobrecido, ya que se verificaba de forma indirecta a través de terceros; sin embargo, con esta también se procedía a restablecer la *aequitas* intrínseca en el ordenamiento jurídico<sup>202</sup>.

Ahora bien, también existió la posibilidad de servirse de la *actio negotiorum gestorum* para contrastar el enriquecimiento injustificado en el ámbito de los negocios de atribución patrimonial y proporcional a la naturaleza de la *negotiorum gestio*<sup>203</sup>. Sin embargo, para los supuestos de enriquecimiento injustificado donde no era posible admitir la acción vulgar, se consideró a la *actio utilis* modelada sobre los parámetros de aquella *negotiorum gestorum* como la acción dirigida a contrastar un enriquecimiento injustificado<sup>204</sup>, y esto, por parte de glosadores como Martinus<sup>205</sup>, y siempre con a la base el criterio de la *aequitas*<sup>206</sup>.

En relación con ello, de los supuestos de enriquecimiento injustificado antes considerados resalta la postura de Martinus hacia la concesión de una *actio - negotiorum gestorum - utilis*, al no poder admitir otra acción *strictu sensu* a causa del incremento patrimonial injustificado, consecuencia de la actividad realizada en utilidad ajena. En efecto, el glosador plantea la admisión de una *actio utilis ex aequitate*, así para la

<sup>201</sup> En este sentido, la operación de los juristas medievales de crear la *actio de in rem verso* como acción general de enriquecimiento, determinó la construcción de un nuevo sistema dirigido a sancionar el incremento patrimonial no justificado, cfr. C. A. Cannata, “*Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletior*”, cit., p. 51.

<sup>202</sup> B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, cit., p. 226, define un «ripristino dell’equilibrio».

<sup>203</sup> A tal respecto afirma B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, cit., p. 223, nota 35: «Nel caso della *negotiorum gestio*, l’*actio* serve a recuperare l’indennizzi commisurato alle spese sopportate durante la gestione, che costituiscono per il *gestor* un impoverimento e per il *dominus negotii* un arricchimento [...]».

<sup>204</sup> A este respecto manifiesta J. Hallebeek, “Developments in medieval roman law” cit., p. 67: «The *actio negotiorum gestorum* in brought up in quite a number of cases of enrichment. [...] sometimes argued that no *actio directa* can be available and as a consequence the action should be granted in the form an *actio utilis*». Véase también G. Astuti, s.v. “Arricchimento” cit., pp. 59 ss.; B. Kupisch, s.v. “Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno”, cit., pp. 436 ss.

<sup>205</sup> Véase B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato* cit., p. 223, nota 35.

<sup>206</sup> Por otra parte, a los referidos mecanismos se suelen añadir otros dirigidos a reinstaurar el estado anterior al detrimento patrimonial perjudicial para una de las partes de la relación obligacional, así con la *in integrum restitutio*, mediante la cual, según E. Ricart Martí, “Un caso de *in integrum restitutio rei publicae causa abesse* y *petitio bonorum possessionis*: D. 29,2,86 pr. Papiniano l. 6 resp.”, *RIDA*, LIV (2007), p. 409 «[...] el pretor podía considerar como no ocurridos, hechos, actos de relevancia jurídica, consecuencias jurídicas, aunque hubieran sido creadas o hubieran ocurrido en aplicación del régimen válido de acuerdo con el *ius civile*». Así también con la *actio redhibitoria*, mecanismo dirigido para denunciar los vicios ocultos de la *res* vendida, sobre la cual véase L. Garofalo, *Studi sull’azione redibitoria*, Col. Facoltà di Giurisprudenza-Univ. di Padova, 2000, p. 11; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, II, (Ristampa inalterata della prima edizione), Napoli, 1980, p. 372; L. Manna, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell’editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994, p. 217. Sobre la consideración de ambos mecanismos procesales véase J. Hallebeek, «Developments in medieval roman law cit., p. 61. Los referidos instrumentos se caracterizaban por restablecer el equilibrio perdido a través de la  *fictio* de que el negocio jamás se llevó a cabo, a pesar de que en la realidad se verificó, acarreado un perjuicio para una de las partes del negocio obligacional. Sobre el tema véase J. C. Prado Rodríguez, “Sobre la inclusión de una *actio utilis* en el entorno jurisprudencial inherente a la llamada acción pauliana: a propósito de D. 42,8,6,13 (Ulp. 66 ad ed.)”, *Revista General de Derecho Romano*, 37 (2021), pp. 1-38; Id., «El restablecimiento de la *aequitas* patrimonial como objetivo intrínseco de la *actio Publiciana*» cit., 387-408.

*gestio prohibente domino*, para la edificación con materiales ajenos y para la venta de cosa ajena. En este sentido, él se apartó, con base en el criterio de la *aequitas*, de la mayoría de sus contemporáneos<sup>207</sup>, al objeto de conceder un instrumento procesal dirigido a restablecer el equilibrio quebrantado a causa del verificarse de un enriquecimiento en el patrimonio del interesado del negocio<sup>208</sup>.

En este sentido, la atención de los juristas medievales hacia los medios procesales dirigidos a contrastar los supuestos atípicos de enriquecimiento injustificado se centró en la función de la *actio negotiorum gestorum* y de la *actio de in rem verso* en sus adaptaciones en vía útil (*actio utilis*)<sup>209</sup>, lo cual se debió a que éstas podían ser aplicadas a una multiplicidad de situaciones consideradas atípicas<sup>210</sup>. Pues bien, sabemos que la *actio utilis*<sup>211</sup> fue creada por el Pretor<sup>212</sup> al objeto de llevar a cabo la extensión analógica, por razones de equidad y utilidad práctica, de una acción preexistente, a hipótesis en las que ésta no procedía por falta de un requisito o presupuesto previamente establecido por el *ius (strictum)*<sup>213</sup>. Esta extensión tenía lugar a través de una *fictio iuris*<sup>214</sup>, comportando un alargamiento de la protección procesal a situaciones análogas amparadas por una determinada acción<sup>215</sup>, como podía ser la *actio negotio-*

<sup>207</sup> Sobre esta postura, véase K. Luig, «Il divieto d'arricchimento cit.», p. 57.

<sup>208</sup> Sobre el referido criterio, véase J.C. Prado Rodríguez, «El restablecimiento de la *aequitas* patrimonial como objetivo intrínseco de la *actio Publiciana*», cit., pp. 401-407.

<sup>209</sup> Y tenían la función de impedir un enriquecimiento injustificado, véase S. Riccobono, *La gestione d'affari altrui e l'azione d'arricchimento nel diritto moderno*, cit., p. 32.

<sup>210</sup> Cfr. B. Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, cit., p. 228, nota 45.

<sup>211</sup> El término *utilis* fue empleado por los romanos para indicar un acto idóneo a producir resultados apreciados, mientras que, *inutilis* era el negocio no idóneo a la producción de dichos resultados, cfr. A. Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit., pp. 205 ss. Por otra parte, este término aludía también a las acciones cuyo objetivo era el de salvar un requisito civil para alcanzar soluciones más equilibradas, véase E. Valiño, «*Actiones utiles*», Pamplona, 1974, p. 27. A tal respecto, define A. Berger, s.v. «*Actiones utiles*», *Encyclopedic Dictionary Transactions of the American Philosophical Society*, new Ser. Vol. 43, No. 2 (1953), p. 347: «Actions introduced through the activity of praetor and jurists by a modification of an already existing *formula* to cover legal situations and transactions for which the original formula did not suffice. [...] The original action is called *directa*. Y, en s.v. *Actiones directae*, p. 345, manifiesta: «Actions the formula of which could be extended through an appropriate modification to analogous factual circumstances, not covered by the original formula. The modified formula was an *actio utilis*, as opposed to the original *actio directa*». En sentido análogo también se pronuncia F. Schultz, *Classical roman law*, Oxford, 1954, p. 31: «*Actio utilis* is an action arising from the imitation of another action promised in the Edict. The word *utilis* means 'accommodated', i.e. adapted to a case not covered by the original action». Por su parte, afirma M. Talamanca, s.v. «Processo civile (dir. rom.)», *ED*, 36 (Milano, 1987), p. 62: «[...] *utilis* indicherebbe, rispetto ad un'azione, che si tratta di un'estensione, in via pretoria, del campo d'applicazione di un'azione editale [...]». Mientras que para C. Gioffredi, «*Dus, lex, praetor* (forme storiche e valori dommatici)», *SDHI*, 13-14 (1947-1948), p. 111: «[...] nelle *actiones utiles* il principio del *ius civile* è esteso a casi analoghi».

<sup>212</sup> Véase, por todos, R. Sotty, *Recherche sur les utiles actions La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, pp. 1 ss.; L. B. Bonjean, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains*, II, Paris, 1845, pp. 33 ss.

<sup>213</sup> En efecto, Gayo (en 4, 38) las identifica a través de la extensión por necesidad práctica o utilidad, al ser concedidas fuera de un preciso esquema de previsión del edicto del Pretor, ya que pertenecían a aquellas acciones pretorias donde la *formula* contenía una adaptación de las acciones civiles, al objeto de extender su ámbito de aplicación a situaciones análogas, véase E. Valiño, «*Actiones utiles*» cit., p. 217; G. Bertolucci, «*Actio utilis*», Modena, 1909, pp. 3-19.

<sup>214</sup> En materia véase L. Di Lella, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984; E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997.

<sup>215</sup> A tal respecto afirma B. Albanese, «Note Aquiliane», *Estratto dal vol. XXIII degli Annali del Sem. Giuridico di Palermo* (Palermo, 1953), pp. 6 s.: «La *fictio* da me ipotizzata sarebbe servita, in siffatti casi, a ricondurre



*rum gestorum contraria* con la que se procedía para actuar el derecho de regreso<sup>216</sup>. En efecto, en época posclásica, al desaparecer la distinción entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, se utilizó la *actio negotiorum gestorum* a través de su adaptación por vía *utilis* para así contrastar un enriquecimiento injustificado, y que, junto a la nueva concepción atribuida a la *actio de in rem verso*, tenía su fundamento en la *aequitas*<sup>217</sup>.

Con respecto a la experiencia jurídica medieval, observa Finazzi<sup>218</sup> como también en esta época la *actio utilis* se concedía por razones de equidad, a falta de uno o más de los presupuestos de la acción vulgar preestablecida. Y la prueba de esta admisión está en los diferentes supuestos de enriquecimiento injustificado recabados de las *Dissensiones dominorum*, donde Martinus plantea la posibilidad de admitir una *actio utilis ex aequitate*, es decir, una acción modelada en otra preexistente y que pueda utilizarse con base en el criterio equitativo de restablecer el patrimonio perdido a causa de una injusta *locupletatio* de una de las partes de la relación obligatoria.

Un factor común en dos de los supuestos analizados ha sido la referencia a D. 3,5,5,5(6,3), texto que admite una acción *in id quod ego locupletior factus sum* en favor del *gestor* de mala fe<sup>219</sup>, y de la cual Martinus recaba una acción general de enriquecimiento injustificado<sup>220</sup>, la misma que ha tenido varios nominativos por la doctrina<sup>221</sup>, hasta ser considerada en su aplicación *utilis*, es decir, modelada sobre la base de la fórmula procesal de la *actio negotiorum gestorum*<sup>222</sup>. Esto se verifica, tanto en el supuesto inherente a la *gestio prohibente domino* («*ad instar illius qui animo depraedandi adcessit ad aliena negotia gerenda, ut D. de negotiis gestis, l. si pupillo § 3*»), como en aquel sobre la edificación en suelo ajeno («*et D. de Negotiis gest. (3, 5.) L. fin. et L. Si pupilli (6.) §. Sed etsi quis (3.)*»). De esta forma se comprende el rol de la *aequitas* en Martinus, conforme a la percibida por los canonistas en su identificación con la divinidad<sup>223</sup>, y que difiere del concepto de Cicerón, cual valor intrínseco al ordenamiento jurídico; en efecto, los canonistas medievales mo-

---

un'azione strettamente analoga in una sfera civilistica tecnica, a rigore interpretativo, essa è strana». Véase A. Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit., p. 205.

<sup>216</sup> Véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, cit., p. 431.

<sup>217</sup> Cfr. G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., 25, quien en nota 68 reproduce el texto de G. B. de Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII, Venetiis, 1726, 123, COL. 2 8 n. 5-6, el cual consideraba que la *actio negotiorum gestorum utilis* le correspondía a quien «[...] pecunia in alterius negotium, vel utilitatem versa est, quamvis inter eos nullus contractus, seu quasi initus esset, nullaque contracta obligatio, quae dicitur mater actionis personalis et sine qua dari non potest actio [...] attamen de aequitate ista admittitur».

<sup>218</sup> G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. p. 11, nota 21.

<sup>219</sup> Sobre la acumulación de una *actio furti* en consecuencia de la *mala fides* del *gestor*, véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 210.

<sup>220</sup> Sobre el alcance en el derecho medieval de lo referido en el texto de Ulpiano, afirma J. Hallebeek, "Developments in medieval roman law", cit., p. 106: «Martinus Gosia had recourse to it in order to justify his solution for cases of enrichment caused by prohibited interference and enrichment resulting from building on another's property».

<sup>221</sup> Véase G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 209.

<sup>222</sup> A tal respecto afirma J. Hallebeek, "Developments in medieval roman law", cit., pp. 69 s.: «An *actio negotiorum gestorum* is granted against the principal enriched in spite of the fact that the manager had no intention at all to act for the benefit of this principal [...]». Sin embargo, para G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, cit., p. 211, resulta improbable que se trate de una *actio utilis* modelada sobre la fórmula de la *negotiorum gestorum*, ya que la limitación a la *locupletatio* no implicaba que se trate de una *actio negotiorum gestorum*, la cual requería la subsistencia de todos los requisitos de la *negotiorum gestio*.

<sup>223</sup> Con base en la frase *nihil aliud est aequitas quam Deus*, véase la cita en J. M. Sainz-Ezquerro Foces, "Tradición romanística y decisión justa", cit., p. 409.

delaron el concepto de la *aequitas* en tres sentidos: como justicia perfecta, como misericordia cristiana (lo opuesto al *rigor iuris*) y, como *epieikeia* aristotélica, con base a la cual la ley no puede ser aplicada cuando sus efectos produzcan inequidad<sup>224</sup>.

## 5. Conclusiones

Ha sido una constante en la historia jurídica occidental el presentarse de diferentes puntos de vista a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Esto se constata también entre los primeros glosadores a través de las *Dissensiones dominorum*, en las que se evidencian las opuestas posturas de los Bulgaristae y de los Gosiani sobre diferentes problemáticas jurídicas, entre las que están supuestos de enriquecimiento injustificado que generan un daño patrimonial para una de las partes de la relación obligatoria. En tal contexto, se ha evidenciado también el alcance que tuvo en los glosadores, la esencia y fundamento de la *regulae iuris* referida por Pomponio, e inherente a la prohibición de enriquecerse de forma injustificada con detrimento ajeno, y que radica en el mantenimiento del equilibrio patrimonial.

En efecto, los glosadores recibieron de la antigüedad clásica el principio de la *aequitas* desde la visión griega y romana. Esta circunstancia determinará que, en el momento de pronunciarse sobre los supuestos de enriquecimiento analizados, Martinus se decante por dar relevancia al mantenimiento de la *aequitas* y sea partidario en admitir una *actio utilis (ex aequitate)* modelada en aquella *negotiorum gestorum* al objeto de restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado, y esto sobre la base de la interpretación dada a las fuentes jurídicas romanas. A este respecto, un rol determinante para la postura de Martinus fue lo referido por Ulpiano en D. 3,5,5,5(6,3) donde se prevé la admisión de una *actio negotiorum gestorum* dirigida a contrastar el enriquecimiento que determinó el daño patrimonial ajeno.

---

<sup>224</sup> Este el razonamiento de Martinus, al punto que, en la literatura jurídica medieval, el pensamiento de la escuela gosiana es identificable con la *aequitas*, véase J. M. Sainz-Ezquerria Foces, “Tradición romanística y decisión justa”, cit., p. 409.