

Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español) (1*)

ANA CAÑIZARES LASO
Profesora Titular de Derecho Civil

REGULACIÓN SISTEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN EL DERECHO ALEMÁN

Se produce la gestión de negocios ajenos, llamada en el derecho alemán —*Geschäftsführung ohne Auftrag*— (a partir de ahora *gestión* [2]), cuya traducción literal sería —gestión de negocios sin mandato—, cuando alguien cuida un negocio para otro, sin que exista un contrato o cualquier otra razón jurídica justificada.

El cuidado de un negocio ajeno en su posible regulación legal, se ha movido en todos los ordenamientos jurídicos entre dos grandes direcciones: de un lado hacia la protección de la posible ayuda benéfica

(1*) Este trabajo fue realizado en la Universidad *Johann Wolfgang Goethe* de Frankfurt, con la ayuda que presta el Ministerio de Educación y Ciencia a través de las becas para formación del personal investigador del cuerpo de titulares en el extranjero. Agradezco al Profesor HANS-LEO WEYERS su ayuda sin la cual no habría podido realizar este trabajo. Asimismo a Markus Bauer, Dr. Detlef Koch y Frank-Michael Hess su paciente asistencia, tanto en el idioma, como en la utilización de los magníficos depósitos bibliográficos de su Universidad.

(2) Entiéndase el término *gestión* a lo largo del presente trabajo como gestión de negocios ajenos sin mandato. Normalmente los autores alemanes para simplificar «*Geschäftsführung ohne Auftrag*» utilizan el término «*GoA*».

que un sujeto determinado pueda, en un momento oportuno, prestar a otro y de otro lado la resistencia a admitir que se pueda invadir el círculo jurídico ajeno sin razones fuertemente justificadas (3). Frente al Derecho angloamericano que es esencialmente moderado o mejor dicho esencialmente cauto en la concesión de una pretensión jurídica a la ayuda altruista, el Derecho alemán, sin embargo, se caracteriza por la fuerte protección jurídica del gestor en la justificada y beneficiosa gestión, (como veremos indemnización de daños y transmisión del riesgo).

En el §677 BGB se recogen los presupuestos, o al menos parte de ellos, del nacimiento de lo que parece ser una obligación legal. En la dicotomía, si la obligación no surge del contrato es evidente que surge directamente de la ley, si en ella se prevé. En los § 677 y ss. BGB se regula la posible ejecución en el cuidado del negocio, los principios aplicables y las pretensiones que nacen para ambas partes en la relación.

Es común en la doctrina alemana la clasificación de la gestión fundamentalmente en tres tipos básicos, con terminología a veces distinta, si bien se hará después alguna matización, pues entre ellos existe algún subtipo más. En primer lugar se diferencia entre —*Berechtigte und unberechtigte GoA*— que nosotros denominaremos —Gestión justificada e injustificada— y la llamada —*unechte GoA*— para nosotros —falsa gestión—. En este momento haremos de forma muy general un recorrido por la sistemática de los preceptos que regulan la gestión en el BGB para una idea inicial de conjunto, pues realmente la única manera posible de llegar a entender esta institución es analizar los grupos de casos que se producen y de hecho se resuelven por los tribunales alemanes. Siendo además el principal problema lo que los alemanes llaman «*Fremdgeschäftsführungswille*», es decir, la voluntad de gestionar un negocio ajeno. El negocio objetivamente ajeno y la voluntad de gestionarlo como ajeno son los principales factores en el análisis del supuesto de hecho de la gestión y lo que ha conducido a bastantes complicaciones como veremos más adelante.

— Gestión justificada: La ley diferencia entre gestión justificada e injustificada, pero no lo hace en el §677 BGB (4). Esta diferencia se pone de manifiesto cuando se comparan los §§ 683 y 684 (5). Estare-

(3) Vid. SJSTOLJAR, *Negotiorum gestio*, International Enciclop. of Comparative Law, vol. 10, cap. 17.; DAWSON, *Negotiorum gestio: The Altruistic Intermeddler*, Harvard Law Review, vol. 74, n.º 5, marzo 1961, pp. 817 y ss.

(4) §677.— Quien cuida un negocio para otro sin mandato o sin estar autorizado frente a él de cualquier otra forma, debe gestionar el negocio de acuerdo con interés y la voluntad real o presunta del *dominus*.

(5) §683.— Si la aceptación de la gestión responde al interés y a la real o presunta voluntad del *dominus*, el gestor puede pedir, como un mandatario, la indemnización de sus gastos. En los casos del §679 corresponde esta pretensión al gestor, aunque la aceptación de la gestión esté en oposición a la voluntad del *dominus*.

§684.— Si no se dan los presupuestos del §683, el *dominus* está obligado a entregar al gestor todo lo que obtenga por la gestión, según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injustificado. Si el *dominus* ratifica la gestión, corresponde al gestor la pretensión del §683.

mos ante el supuesto de hecho de gestión justificada cuando se produce la aceptación del cuidado del negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus*, siendo dudosa la relación que existe entre interés y voluntad y al mismo tiempo la que existe entre la real y la probable voluntad. Sin que por el momento se puedan hacer mayores aclaraciones y partiendo de la base de que se haya producido el supuesto de hecho señalado, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que se producen? Surgen pretensiones para ambas partes en la relación: a favor del *dominus* y a favor del gestor.

El *dominus* puede reclamar del gestor la entrega de lo obtenido (&681 S.2, 667) (6). Además puede reclamar la indemnización de los daños si el gestor en la consecución del negocio, de alguna manera, ha contrariado la real o probable voluntad del *dominus* (&677, 680 [7]). La real y probable voluntad así como el interés tienen una doble consideración pues es lo que determina que nos hallemos ante el caso de gestión justificada (&683) (8). Y determina, además, en la realización de la gestión justificada, los deberes del gestor, que deberá indemnizar los daños y perjuicios en el caso de que se produzca alguna lesión. La relación entre voluntad e interés debe darse tanto en la realización como en la aceptación de la gestión (9).

El gestor tiene frente al *dominus* una pretensión de indemnización de los gastos que hayan sido necesarios en virtud de los § &683,670 BGB (para la gestión en caso de necesidad rige el &680 BGB). Esta indemnización de los gastos plantea dos cuestiones distintas. La doctrina duda aquí, si gastos son sólo los intencionadamente producidos en el patrimonio sacrificado y en sentido contrario se entenderían los daños como perjuicios involuntariamente producidos, por consiguiente los daños no se asimilarían a los gastos. Sin embargo se puede aceptar que

(6) &681.— El gestor debe notificar al *dominus*, en cuanto sea posible, la asunción de la gestión y esperar la decisión de éste si con ello no va unido un riesgo. Por lo demás, se aplican oportunamente a las obligaciones del gestor de negocios las disposiciones existentes para el mandatario en los & 666 a 668.

(7) &680.— Si la gestión de negocios se propone la evitación de un riesgo inminente que amenaza al *dominus*, el gestor sólo responderá por dolo y culpa grave.

(8) En el caso de negocio neutral, como veremos en páginas siguientes, la aceptación de la gestión, de acuerdo con la probable o real voluntad y en interés del *dominus* hace que estemos en presencia de justificada gestión o bien no demostrada dicha voluntad reenvía a la injustificada gestión, y por tanto bien al derecho de daños, bien al derecho de enriquecimiento.

(9) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *Bürgerliches ob. cit.*, pp. 236; ESSER-WEYERS *ob. cit.*, &46 II 4b. MEDICUS, señala especialmente que en la realización de la gestión al contrario que en la aceptación va por delante el interés de la voluntad del *dominus*. Sin embargo la diferencia no se pone de manifiesto en la formulación entre los &677 y 683, mucho más se demuestra sin embargo en el &681 en que es decisiva también para la realización la voluntad del *dominus*, *vid.* también PALANDT-THOMAS &677.

de la misma manera que el gestor puede reclamar los gastos en virtud de los § &683 y 670 BGB, también puede fundamentar la reclamación de estos daños como «gastos» (10). Según la opinión dominante éste es el riesgo típico que la actividad asumida lleva consigo, considerándose esta delimitación menor que la válida general adecuación en el Derecho de daños. Frente a ello señala MEDICUS (11) que es dudosa la argumentación para la inclusión de los daños dentro de la indemnización de gastos en ambas posturas. La opinión dominante argumenta que el gestor por la natural gestión acepta los daños involuntarios. Pero frente a esto puede decirse que también el gestor espera salir libre de daños, también él necesita no conocer la peligrosidad. Frente a este problema, hoy el deber del *dominus* de indemnizar los daños se entiende, por algunos autores, como una independiente responsabilidad por riesgo (12).

También se duda si la indemnización de los gastos abarca una especial remuneración del gestor por la capacidad de trabajo empleada en la gestión. La opinión mayoritaria entiende que en comparación con el & 1835 II BGB sólo podría responderse afirmativamente en el caso de que sea el oficio o profesión del gestor (13).

— Gestión injustificada: También en el supuesto de gestión injustificada, alguien gestiona un negocio para otro, como tal negocio ajeno y con la voluntad de gestionar para el *dominus*. La diferencia que existe respecto de la gestión justificada es que la aceptación del negocio no se corresponde con la real o probable voluntad o el interés del *dominus* (&683 BGB). Sin entrar en el supuesto del &679 BGB, el caso de gestión injustificada supone que el *dominus* puede ratificar la gestión del negocio de tal manera que con esta aceptación se atraen las consecuencias de la gestión justificada. Puede el *dominus* ratificar la gestión injustificada, de acuerdo con el &684 II BGB. Dicho precepto reenvía al &683 BGB, entendiéndose por tanto el reenvío también al & 670 BGB. Se sobreentiende que se permite al *dominus* por lo menos lo mismo que en la gestión justificada, por tanto las mismas pretensiones que anteriormente hemos señalado.

(10) Téngase en cuenta que en nuestro Derecho de acuerdo con el art. 1.883 CC se indemnizarán los perjuicios causados. De acuerdo con el citado artículo, no habiendo ratificación expresa, si el dueño aprovecha las ventajas de la gestión será responsable de las obligaciones contraídas en su interés e indemnizará al gestor de un lado los gastos necesarios y útiles y de otro los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo. Y de acuerdo con el par. II del citado precepto el gestor tendrá la misma obligación cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto aunque de ella no resultase provecho alguno.

(11) *Bürgerliches Recht. cit.*, p. 237.

(12) *Vid. MEDICUS: Bürgerliches cit.*, p. 237; LARENZ; Schuld, II, p. 448 ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 409; GENIUS AcP 173, p. 481 y ss. HONSELL, *Die Risikohaftung des Geschäftsherrn. Festgabe von Lübtow*, 1980 p. 485.

(13) En este sentido *vid. BGHZ 65, 384/390*, sin embargo WEYERS, *ob. cit.*, p. 408, señala que una analógica aplicación del &1835 en contra de la opinión de la Jurisprudencia sería inoportuna. *Vid. la crítica de MEDICUS, Bürgerliches cit.*, p. 238.

Sin la aprobación de la gestión el *dominus* puede reclamar del gestor con base en el derecho de gestión sólo la indemnización de los daños (&678 BGB [14]), además de la posible acción recogida en los && 812 ss. y 823 BGB. Esta pretensión es particularmente rígida, dice MEDICUS (15), pues la falta de la ratificación por parte del *dominus* hace totalmente responsable al gestor, demostrándose aquí claramente una particular protección del *dominus* frente a una no deseada intromisión (16).

Por la ratificación de la gestión se coloca también al gestor en la misma posición que en la gestión justificada (& 684.2 BGB). Sin la ratificación por parte del *dominus*, el gestor no tiene ninguna pretensión de indemnización de los daños. Únicamente el &684.1 BGB reenvía hacia una pretensión de enriquecimiento, en particular la llamada «*Aufwendungskondition*» (17).

— Falsa gestión: La ausencia de la voluntad de gestionar un negocio ajeno excluye la gestión. En contra del negocio objetivamente ajeno se hallan los dos supuestos de hecho recogidos en el &687 BGB. En su par. I se regula el erróneo cuidado de un negocio ajeno como propio. No tienen entonces aplicación las disposiciones que regulan la gestión de negocios sin mandato. Unánimemente se entiende que podrá existir en este caso la pretensión del &812 BGB y para el error culpable la regulación del Derecho de daños.

El & 687 II BGB regula la posible usurpación del negocio. De acuerdo con este precepto si alguien trata un negocio ajeno como suyo propio, aunque sepa que no está facultado para ello, el *dominus* puede hacer valer las pretensiones que se derivan de los párrafos 677, 678, 681 y 682. Si el *dominus* hace valer esta pretensión el &687 II reenvía al &684.1, es decir, el *dominus* está obligado a entregar al gestor todo lo que obtenga por la gestión según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto. Por tanto doble reenvío: primero del &687 II al & 684.1 y de ahí a la normativa del enriquecimiento injusto. Concurren aquí frecuentemente, como veremos al analizar los

(14) &678.— Si la aceptación de la gestión de negocios está en oposición con la real o presunta voluntad del *dominus* y el gestor debía saberlo, dicho gestor está obligado a indemnizar al *dominus* por el daño causado con la gestión, aunque no le sea imputable ninguna otra culpa.

(15) *Bürgerliches cit.*, p. 239.

(16) *Vid.* en este sentido BGH NJW 1972, 475 FF.

(17) *Vid.* Díez-PICAZO, DE LA CÁMARA, Dos estudios sobre el enriquecimiento injustificado, Madrid, 1988, p. 128. Díez-PICAZO denomina este tipo de *condictio* «*condictio* por inversión o por desembolso». Citando a KOPPENSTEINER señala este autor que este tipo de *condictio* se produce en todos los casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajo o de servicios.

grupos de casos producidos, pretensiones distintas, bien el derecho de daños, bien la llamada «*Eingriffskondiktion*», para nosotros «*condictio*» por intromisión (18). Este §687 II beneficia al *dominus* en un doble sentido. Por una parte y de acuerdo con el §678, el *dominus* puede reclamar del gestor la indemnización de todos los daños producidos incluidos los producidos por caso fortuito. Por otra parte el *dominus* puede reclamar del gestor todo lo obtenido y además lo dejado de obtener. Esto supone una agravación frente a la posible indemnización de los daños de acuerdo con la regulación del derecho de daños que sólo comprende lo dejado de obtener en algunos casos. Y además también supone una agravación frente al deber de restitución de lo obtenido de acuerdo con la regulación del enriquecimiento injusto puesto que en el §816 I.1 el deber de restitución sólo alcanza al valor de lo obtenido (19).

Si el *dominus* ejercita la pretensión de acuerdo con el §687 II.1, se obliga de acuerdo con el §687 II.2 en su reenvío al §684.1. Señala MEDICUS (20) que esta remisión es desafortunada y parece conducir hacia un carrusel jurídico. Realmente este reenvío no se entiende. En virtud del §684.1 el *dominus* debe entregar al gestor lo obtenido a través de la gestión y al mismo tiempo pero en sentido contrario el *dominus* en virtud de los §§687 II.1, 681.2 y 667 puede reclamar al gestor lo obtenido por la gestión. Señala el autor citado que el §687 II.2 sólo puede entenderse de la siguiente manera: Si el *dominus* reclama del gestor lo obtenido por la gestión, debe por el contrario restituir al gestor los gastos conforme a las reglas del enriquecimiento. De esta manera el gestor tiene lo que podría llamarse una «contrapretensión» una «*condictio*» para reclamar los gastos «*Aufwendungskondiktion*».

Con esta visión muy general de las reglas de la gestión de negocios sin mandato parecería, a primera vista, que el genuino supuesto de gestión raramente se presentará en la práctica. Cuando se estudia la gestión de negocios ajenos en el derecho alemán desde la óptica de nuestro Derecho uno se sorprende de la multitud de sentencias que existen en los tribunales alemanes fundamentadas en las reglas de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Como hemos visto, el genuino supuesto de gestión supondría en principio la gestión de un «negocio ajeno» asumido de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus negotii*. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica insertos en los §§ 677, 681, 666 y 683. Si el gestor conduce el negocio en relación con el interés y en consideración a la real o probable voluntad del *dominus* está obligado a la comunicación de su actuación, a la ren-

(18) *Condictio* que puede surgir cuando existe un enriquecimiento producido como consecuencia de una invasión indebida, aunque no sea culposa, de bienes ajenos.

(19) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *ob. cit.*, p. 230; ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 412-413; HAUSS, *ob. cit.*, p. 2011 y ss.

(20) *Bürgerliches cit.* p. 231, *vid.* también ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 412.

dición de cuentas y a la entrega de lo obtenido (&677, 681, 666 BGB). Siendo así el *dominus* de acuerdo con el &683 BGB debe indemnizar los gastos. Parece ser que lo que determina la intervención de las reglas de la gestión es la conducción de un negocio ajeno de acuerdo con ese interés y real o probable voluntad del *dominus*. Como analizaremos inmediatamente el supuesto de hecho de gestión no es claro sino todo lo contrario. Y precisamente parece ser que la existencia de esa voluntad de conducir un negocio para otro y en las condiciones señaladas es lo que excluye la aplicación de las reglas del enriquecimiento y conduce a la aplicación de las reglas de la gestión. Por consiguiente la gestión de un negocio para otro, en las condiciones vistas, actúa como causa en la relación entre los sujetos que intervengan en el caso concreto. Actuando como causa excluye las normas sobre el enriquecimiento. Tengamos en cuenta, como veremos a lo largo de este trabajo, que en un mismo supuesto en la práctica pueden concurrir distintas pretensiones, y la reclamación podrá fundamentarse en distintas reglas. Ante un mismo caso, como veremos, pueden concurrir las siguientes normas: responsabilidad por daños, enriquecimiento injustificado, gestión de negocios ajenos sin mandato. Realmente veremos como las reglas de la gestión se utilizan en Alemania, desde hace muchos años para fundamentar las demandas en las reclamaciones de indemnización de los gastos (daños). Debe tenerse en cuenta la diferencia, hablando en términos de resultado, que puede existir en un mismo supuesto en la aplicación de las reglas del enriquecimiento o la aplicación de las reglas de la gestión, es decir, hasta donde alcanza la restitución. La aplicación de las reglas del enriquecimiento conduce a la restitución precisamente del enriquecimiento y no más. La gestión va más allá, supone la indemnización de los gastos. En aquellos casos en los que lo que se pretende es precisamente la indemnización se acude a las reglas de la gestión. Esta y no otra es la razón de la existencia de múltiples sentencias basadas en la aplicación de los && 677 y ss. BGB. Por consiguiente, el problema ante el que nos encontramos se centra ante los diferentes mecanismos que en un determinado Ordenamiento existen para la restitución.

En nuestro caso, el análisis de la gestión, es naturalmente esencial conocer los presupuestos que deben producirse para el nacimiento del supuesto de hecho de la gestión y saber de esta manera cuando resultan aplicables sus reglas.

SUPUESTO DE HECHO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

El &677 BGB dispone que «quien cuida un —negocio para otro— sin mandato o sin estar de otra forma justificado frente

a él (21), ha de conducir el negocio como requiera el interés del *dominus* en consideración a su voluntad real o probable». Para que se produzca la aplicación de las reglas de la gestión parece desprenderse del &677 que es suficiente que alguien sin mandato o sin otra razón cuide un negocio ajeno. «Negocio ajeno» sería así un presupuesto objetivo del supuesto de hecho de la gestión y en este sentido no existiría en dicho supuesto de hecho ningún elemento subjetivo. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que el &677 BGB señala simplemente «quien cuida un negocio para otro». Este precepto se viene relacionando con el &687 BGB que cierra la posibilidad de aplicación de las reglas de la gestión cuando alguien cuida un negocio ajeno creyendo que es suyo propio. Comparando ambos preceptos parece que no es suficiente la existencia del negocio objetivamente ajeno para que proceda la aplicación de las reglas de la gestión sino que además debe existir la voluntad del gestor de cuidar un negocio para otro «*Fremdgeschäftsführungswille*». Siendo esto así, en el seno del supuesto de hecho existiría el elemento subjetivo de la voluntad del gestor de cuidar un negocio para otro.

Según la opinión mayoritaria la voluntad de la actuación para otro debe reunir dos presupuestos. De un lado el gestor debe conocer el carácter ajeno del negocio pues si actúa para otro creyendo que el negocio es propio el &687 I excluye la aplicación de las reglas de la gestión. De otro, debe querer conducir el negocio como ajeno, de no ser así se aplica el &687 II. Debemos aclarar que el &677 BGB no exige el conocimiento por parte del gestor de la persona concreta del *dominus* y el &686 BGB regula el error acerca de la persona del *dominus*, señalando que en ese caso el verdadero *dominus* es quien adquiere derechos y se obliga por la gestión.

El problema para la caracterización del supuesto de hecho de gestión se plantea en torno a la voluntad del gestor de conducir un negocio ajeno. El problema deriva de los términos del &677.1 BGB. El tipo básico de la gestión justificada está indiscutiblemente determinado en este & 677.1 BGB. La gestión justificada se produce si alguien «cuida un negocio para otro sin mandato u....». La fórmula «para otro» («*für einen anderen*») señala GURSKY (22) a partir de una lectura ingenua se puede referir sólo a la dirección de la voluntad del que actúa, comunmente llamada «voluntad de gestionar un negocio ajeno». Esta característica de la «voluntad de gestionar un negocio ajeno» es el elemento decisivo del supuesto de hecho en el &677.1 BGB. La voluntad de gestionar un negocio ajeno fundamenta la aplicación de los &677 y ss. BGB y queda al mismo tiempo —a salvo la modificación a través del &686 BGB— en firme la persona del *dominus*. La opinión mayoritaria

(21) *Oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.*

(22) *Ob. cit.*, p. 15.

hace una corrección del §677.1 BGB que atenúa el concepto de «voluntad de gestionar un negocio ajeno». Se lee en el §677.1 BGB en general «quien cuida un negocio ajeno para el *dominus*». A través de esta interpretación rectificadora se introduce la característica suplementaria de la ajeneidad del cuidado del negocio en el supuesto de hecho del §677.1 BGB.

Así, doctrina y jurisprudencia diferencian entre el «negocio objetivamente ajeno», «negocio objetivamente también-ajeno» y «negocio subjetivamente ajeno». Estaremos ante un negocio objetivamente ajeno cuando, sin consideración a la voluntad de los directamente interesados en la cuestión, el negocio puede reconocerse como un asunto del *dominus*. Un negocio puede ser objetivamente neutral, si no se dan los anteriores presupuestos, y en este caso decide la reconocible voluntad del gestor que desea conducir un negocio para otro y en este sentido es un negocio subjetivamente ajeno. Tomando pues en consideración la voluntad del gestor, según la opinión mayoritaria se distingue entre el «negocio objetivamente ajeno» en el que por la propia naturaleza de lo ajeno se independiza de la voluntad del gestor y el «negocio subjetivamente ajeno» en el que se ha obtenido su carácter de neutral y de ajeno a través de la dirección de la voluntad del gestor.

SCHWARK (23) propone dos ejemplos. Típico caso de negocio subjetivamente ajeno sería el siguiente: G que nunca ha coleccionado monedas antiguas, compra para su amigo H, apasionado coleccionista, unas valiosas monedas antiguas en un pequeño negocio de París. G reclama de H el precio de las monedas con base en los § 683, 670 BGB. Supuesto de negocio objetivamente ajeno sería el siguiente: H debe a D 1000 DM. H se encuentra en una situación económica provisionalmente difícil. Cuando D reclama a H el importe de la deuda G un amigo de H, le ayuda y paga a D los 1000 DM (24).

La distinción práctica de ambas alternativas se encuentra en el alcance de la carga de la prueba. Si existe un «negocio objetivamente ajeno» se estará ante una cuestión de derecho que no necesita prueba puesto que tendremos el primer presupuesto del supuesto de hecho. Fuera de esto, en el momento de calificar el negocio como ajeno interviene según la opinión mayoritaria la presunción a favor de la existencia de voluntad para conducir un negocio ajeno (25). Y en este sentido actúan los tribunales alemanes, en el caso de que el negocio sea neu-

(22) *Ob. cit.*, p. 15.

(23) *Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag*, JuS 1984, pp. 321 y ss.

(24) En este supuesto y de momento no se deben hacer comparaciones directas con nuestro ordenamiento *vid.* pp. 759 y ss. del presente trabajo sobre el pago de tercero.

(25) SOERGEL/MÜHL §677 Rz 3; STAUDINGER/NIPPERDEY §677; Munch.-Komm./Seiler §677; Jauernig/Volkommer §677; Helm VersR 1968, p. 209; Hagen NJW 1966, pp. 1893 y ss. (pp. 1896).

tral, presumiendo la existencia de la voluntad de conducir el negocio ajeno. Sin embargo en el caso de que exista un negocio que pueda ser objetivamente neutral, no existe esta presunción y entonces deberá resolverse reconociendo la voluntad del gestor. Señala SCHWARK (26) que en el instituto de la gestión de negocios cualquier negocio puede calificarse como neutral. En todo caso no se fundamenta la presunción de una voluntad en la gestión en el sentido de una prueba *prima facie*. Efectivamente, señala el mismo autor las presunciones se dejan apoyar sólo en los principios cuando ante un alto grado de probabilidad se conoce la existencia de un determinado hecho producido. La Jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión (27) que el gestor en estos casos está obligado a probar su voluntad de gestionar un negocio ajeno, primeramente a través de la exteriorización de la voluntad que deje reconocer en el negocio su carácter ajeno. El gestor deberá probar por esta razón las circunstancias que aseguren al tribunal la actuación para el tercero.

En el primer ejemplo que hemos visto, de negocio subjetivamente ajeno, se da el caso que a G no le interesan en ningún sentido las monedas antiguas y por ello se entiende que ha querido realizar el negocio para su amigo. G podrá pedir la indemnización de sus gastos si ha gestionado el negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad de H.

En el segundo ejemplo, negocio objetivamente ajeno, la extinción de la deuda ajena exteriormente pertenece al círculo de deberes del deudor. Aquí se señala que la experiencia de la vida nos dice que si la actuación en el negocio objetivamente ajeno con muy alta probabilidad es para otro, a ese círculo jurídico pertenece. Por ello se justifica la presunción de la existencia de la voluntad de gestionar un negocio ajeno, que el *dominus* sólo podrá desvirtuar a través de la prueba en contrario. Señala también el citado autor que en estos supuestos es importante que en el Tribunal de instancia fracase la pretensión de gestión si falta la voluntad de gestionar el negocio ajeno. No debe permitirse la extensión de la presunción sino en el caso de que la situación de los intereses en juego sea inequívoca.

Lo visto hasta ahora se correspondería también con el llamado negocio «también-ajeno» («*auch-fremde*»). En este negocio existe la gestión de un interés propio del gestor, es decir, gestión en su círculo de intereses o en el cumplimiento de deberes propios y al mismo tiempo existe la gestión de intereses para un tercero. Por tanto el gestor al mismo tiempo gestiona intereses propios y ajenos.

Según la opinión de un sector bastante amplio de la doctrina para este negocio objetivamente «también-ajeno» debe presumirse que el

(26) *Ob. cit.*, p. 324.

(27) BGH 40, 28.

gestor atiende no solamente sus asuntos sino que también ha querido tratar los intereses del tercero. Por consiguiente se presume la voluntad de gestionar un negocio también ajeno (28). Sin embargo parte de la doctrina pone en duda lo ajeno del negocio (29).

A la vista de lo anterior según un sector mayoritario de la doctrina, si se parte de la base de que es necesaria la existencia de un negocio ajeno y además que el gestor lo gestione como ajeno, la voluntad de gestionar un negocio ajeno sería elemento decisivo en el supuesto de hecho de la gestión. Ello evidentemente supone excesivas dificultades porque sencillamente dejar la decisión de la aplicación de las reglas de la gestión con base en un criterio puramente subjetivo como es la voluntad interior del gestor es cuando menos difícil de averiguar. Sin embargo el centro del problema es precisamente que la característica del supuesto de hecho de gestión sea la voluntad del gestor de actuar para el *dominus* y que el legislador haya optado por un criterio subjetivo. Como dice WEYERS (30) el texto del §677 podría también entenderse en el siguiente sentido: que una gestión de negocios sin mandato sólo depende de ello, si alguien proporciona a otro el resultado de una actividad. Sería así irrelevante de quién son los asuntos que se cuidan. Abstractamente formulado: la característica decisiva del supuesto de hecho de la gestión sería sólo la subjetiva dirección de la voluntad del gestor, no la objetiva naturaleza del negocio. Sin embargo el texto más bien se lee entendiendo «quien cuida un negocio para éste otro». Necesariamente así no sólo es necesario que exista un negocio ajeno sino que además el gestor también lo trate como ajeno. Los materiales legislativos presentan muchas dudas, pero en todo caso es seguro que la voluntad del gestor pertenece al supuesto de hecho de gestión. Continúa diciendo el mismo autor que el concepto del carácter objetivamente ajeno del negocio queda apenas definido y es difícilmente imaginable cómo en el supuesto de un inevitable negocio propio puede existir una voluntad de conducirlo como ajeno. El origen de toda la dificultad, como decíamos, es precisamente la inclusión de la voluntad de conducir el negocio en el supuesto de hecho, pero sin duda el legislador lo ha querido así.

Así las cosas, si alguien cuida un negocio objetivamente ajeno (también-ajeno) sin mandato o sin razón especial que justifique la actuación, solamente podrá frustrarse la aplicación de los §§677-686 BGB cuando falte la voluntad de conducir un negocio ajeno, y para ello no obstante se habla de una efectiva presunción.

(28) BGHZ 40, 28 (31); 63, 167 (169); 65, 354 (357); 70, 389 (396); BayOblG MDR 1986, 920; Soergel/Mühl §677; Jauernig/Vollkommer §677; Palandt/Thomas §677.

(29) SCHUBERT, AcP 178 (1978) p. 439; Erman-Hauss, BGB, §677; Seiler en Munch. Komm.; Medicus, *ob. cit.*, p. 230 y ss. *vid.* grupos de casos p. 747 y ss. del presente trabajo.

(30) *Ob. cit.*, p. 394.

Como veremos en su momento el esquema de las decisiones de los tribunales es el siguiente: primero el Juez «reconoce» el negocio como ajeno y luego en la gran mayoría de los casos se procede a la aplicación de los §677 y ss. BGB de manera que el gestor tiene la pretensión de indemnización de los gastos.

Es fundamental, por tanto, para reconocer el negocio como ajeno, definir el concepto del carácter ajeno del negocio o por lo menos intentar precisarlo al máximo. No obstante se han dado multitud de definiciones de lo que puede ser el negocio objetivamente ajeno. Se ha dicho que es la actuación objetiva del gestor en la esfera jurídica ajena o en la esfera de intereses ajenos (31); que se reflejará en la pertinente competencia del *dominus* en los resultados positivos o negativos de la actividad del gestor (32); como «asuntos de otros» (33); como «pertenencia a un círculo jurídico ajeno» o «círculo de intereses ajenos»; como «negocios que el ordenamiento entiende como de competencia ajena al gestor», o en «su apariencia exterior». En el fondo todo el problema radica en que el importante concepto de «negocio objetivamente ajeno» permanece sin claridad. Si existiese una efectiva precisión del carácter ajeno del negocio quizás se resolverían en gran medida los problemas que presenta la gestión en los supuestos de los «negocios también-ajenos».

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hoy en día y desde hace ya tiempo existe un criterio común en nuestra doctrina y jurisprudencia que tiende al abandono de la categoría de los cuasi-contratos. Se señala en general la falta de consistencia lógica y dogmática de esta figura, que no tiene otra explicación que la de su carácter histórico. GAYO [3, 88] dice *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Al mismo Gayo le parece insuficiente esta bipartición puesto que incluye entre las obligaciones la *indebiti solutio* y sin embargo no afirma que aquí fuente de la obligación sea un contrato. De modo que existían hipótesis que no se encuadraban dentro de la categoría de los contratos y sin embargo hacían surgir una obligación. Dichas hipótesis había que recogerlas y asignarlas un puesto en la clasificación. Para ello había dos caminos: o bien ampliar la categoría de los contratos o bien añadir a las dos categorías orgánicas que ya existían un grupo heterogéneo de todas las hipótesis de la obligación. En

(31) *Vid.* MunchKomm/Seiler §677; Jauernig/Vollkommer §677; Esser, SchuldR. II (1971) §98 IV 1 a; de forma parecida Helm VersR 1968, 209, entre otros.

(32) *Vid.* Wollschlager, *ob. cit.*, p. 319.

(33) *Vid.* Larenz Lehrbuch des Schulrechts, II/1, §57 I a, 13 Aufl.

D. 44, 7, 1 pr., que contiene un fragmento del segundo libro de *Aureorum libri* atribuido a Gayo, se afirma que las obligaciones nacen o de un contrato o de un delito o por derecho propio (*aut proprio quodam iure*) según las varias especies de causas (*ex variis causarum figuris*). Asentado pues el concepto más restringido de *contractus*, más allá del contrato y del delito existían *variae causarum figurae*. Finalmente tiene lugar una ulterior diferenciación según polarización hacia contrato o hacia delito y así en las Instituciones de Justiniano 3, 13, 2 se mencionan como fuentes de las obligaciones bien el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito. De los cuasi contratos mencionados por Justiniano (3, 27), es sabido que sólo quedan dos, la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. Por otra parte lo que Gayo denominó *ex variis causarum figuris*, en la idea de que la obligación puede nacer también de otras figuras de causas, en las Instituciones de Justiniano los bizantinos las convirtieron en obligaciones *quasi «ex contractus»* y *quasi «ex delicto»*. Como dice DÍEZ-PICAZO no se pretendió en ese momento una categoría lógica o dogmática, sino simplemente establecer un paralelismo: hay obligaciones que se parecen a las contractuales y otras que se asimilan a la extracontractuales o delictuales, siendo en el Derecho bizantino posterior cuando se introdujo una importante modificación en la llamada paráfrasis de Teófilo, en virtud de la cual las expresiones del texto original de la Instituta fueron sustituidas por las de *«ex quasi contracto»* y *«ex quasi delicto»*, cristalizando unas categorías, que hasta ese momento no tenían más que un puro sentido de aproximación (34). El abandono de la categoría del cuasi contrato fue iniciado por el Código civil alemán seguido posteriormente por otros ordenamientos. Como vimos, dicho cuerpo legal sitúa la gestión de negocios sin mandato como subsección del contrato de mandato, y por otra parte el pago de lo indebido como un capítulo del enriquecimiento injustificado.

Si se plantea el problema desde el punto de vista del nacimiento de las obligaciones, nosotros partimos de la base de que realmente no hay más que dos grandes criterios para dividir la fuentes: o bien la voluntad humana manifestada a través de negocios idóneos de creación de obligaciones o bien determinados supuestos de hecho independientes de la voluntad que la ley recoge y que de ella deriva el nacimiento de una obligación. Aunque es de todos sabido que el dualismo contrato-ley ha sido criticado fundamentalmente porque la división se sitúa en planos distintos, ya que en el fondo la obligación contractual tiene también su fuente normativa de reconocimiento en la ley, también es cierto que la ley puede dar entrada o no a la autonomía de la voluntad. Esencial será saber cuáles son los supuestos de hecho a los que la ley liga el naci-

(34) Vid. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid 1992, p. 150.

miento de una obligación. Deberán ser tipificados, pero desde luego lo que es claro es que los supuestos que nos quedan de los históricos cuasi contratos son la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido.

Algunos autores han propugnado (35) la tesis de la posible sustitución de la noción de cuasi contrato por una regulación del enriquecimiento sin causa. Desde luego siguiendo a DÍEZ-PICAZO, como veremos posteriormente, «la posible regulación del enriquecimiento injustificado permitiría adentrar en ella los casos de —*indebiti conductio*—, pero no dejaría sitio para una regulación cabal de la gestión de negocios». Lo que es claro en este tema es que estamos ante dos supuestos de hecho distintos con diferentes consecuencias jurídicas. Se puede sostener que el supuesto de gestión de negocios sin mandato, al igual que se sostiene para el Derecho alemán, tiene la categoría de causa en el sentido de razón que excluye el enriquecimiento injustificado al ser justificación de dicho enriquecimiento. Lo vimos en el estudio del Derecho alemán, en el fondo lo interesante es hacer una distribución de normas en el sentido de que o bien unas puedan excluir las otras, o bien puedan ejercitarse alternativamente, para conducir hacia los distintos supuestos de aplicación. Señala DÍEZ-PICAZO en su estudio del enriquecimiento (36) que «la imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción». Lo sostiene DÍEZ-PICAZO para la pretensión de enriquecimiento «Tanto el razonamiento, como los intentos de configurar la pretensión de enriquecimiento y de señalar sus límites, necesita una dosis de concreción». Lo mismo ocurre en la gestión de negocios ajenos. El tema ha sido estudiado quizá demasiado desde el punto de vista de la abstracción, su categoría como cuasi contrato, la naturaleza jurídica del cuasi contrato etc., etc... Sin embargo es muy curioso que en todo el siglo XX no lleguen a treinta sentencias del Tribunal Supremo los casos en los que se ha hecho referencia a esta figura, si bien no decidiendo en la mayoría de ellos con base en el derecho de gestión. No se debe pretender que esta figura obtenga una extensión como la tiene en el derecho alemán, pero quizá si es cierto que en determinados supuestos pueden ser aplicables las normas de gestión sin mandato, que nuestro Código civil recoge, y probablemente estas normas excluyen otras que sin embargo han sido mucho más utilizadas. Quizá el problema haya sido precisamente ese mantenerse en la abstracción. Como señala el citado autor «No se trata aquí de la concreción a que da lugar el casuismo, sino de un terreno in-

(35) CASTÁN, prólogo a la obra de R. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid 1935, *vid.* también ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979.

(36) *Ob. cit.*, p. 97.

termedio entre casuística y abstracción que pueda calificarse como tipología o de formación de tipos. Sólo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa», evidentemente en nuestro caso la gestión de negocios sin mandato.

En el estudio sobre el enriquecimiento sin causa de DÍEZ-PICAZO, del que debe partir cualquier persona que pretenda adentrarse en este tema, señala su autor que la relación de la doctrina del enriquecimiento injusto y de la doctrina de los cuasicontratos puede buscarse por vías diferentes. Ante todo, se puede querer decir que la idea del enriquecimiento injusto es el fundamento de las obligaciones que los cuasi-contratos hacen nacer, y añade DÍEZ-PICAZO «ésta es una idea que por sí sola no me resulta difícil de admitir». Si se otorga una acción al gestor contra el *dominus negotii* es porque, de otra manera, el *dominus negotii* se enriquece injustamente al no resarcir al gestor. Sin embargo señala el citado autor que es más fácil encontrar el fundamento del llamado cuasi-contrato de pago de lo indebido en el enriquecimiento sin causa, porque si no hubiera obligación de restituir lo que se recibió en pago sin deuda, el enriquecimiento es manifiesto. No obstante existen puntos oscuros. Si la obligación del *dominus negotii* frente al gestor está justificada por el enriquecimiento injusto, ¿por qué no se da acción cuando ha faltado el llamado *animus alieni negotii gerendi*?, ¿por qué no se da la acción en los casos de gestión expresamente prohibida o contraria a la voluntad del *dominus*?

CASTÁN sostuvo que una regulación bien hecha de la figura del enriquecimiento sin causa nos ahorraría la figura de los cuasi-contratos. Los cuasi-contratos quedarían englobados, subsumidos en el enriquecimiento sin causa. Señala DÍEZ-PICAZO que esto puede ser verdad, respecto del pago de lo indebido pero que no lo es tanto en materia de gestión de negocios (37).

Efectivamente esto es así, en principio si se le otorga una acción al gestor contra el *dominus negotii* es porque de alguna manera el *dominus* se enriquece injustamente al no resarcir al gestor. Pero este tipo de argumentación, así expresada en general, no es sólo válida para la gestión sino para cualquier supuesto que en definitiva enfrente a dos sujetos por cuestiones de aumentos o disminuciones en el patrimonio. Siempre puede existir en la gestión de negocios un enriquecimiento o un no empobrecimiento para el *dominus*, ese aumento patrimonial o su no disminución, sin embargo, es en razón de la gestión de otro sin mandato y *contemplatio dominii*. Los presupuestos del enriquecimiento en concreto en el momento de hacer grupos de casos pueden ser distintos

(37) A parte, como dice el citado autor, «no será impertinente señalar que la sustitución del Derecho de Cuasi-contratos del Código Civil por un Derecho de Enriquecimiento de construcción doctrinal es una tan profunda modificación del Derecho legal, que sólo por ley puede hacerse», *ob. cit.*, p. 55.

de los de la gestión de negocios. Por una parte en nuestro Derecho se ha intentado una ampliación de las reglas del enriquecimiento quizá por comodidad y bien visto por aquellos partidarios de un Derecho judicial, en vez de recurrir a las normas que en realidad corresponden a los supuestos planteados. Además no se puede olvidar que estamos hablando de los llamados cuasi-contratos, que como dice el citado autor, constituyen una categoría que tal como llega hasta nosotros presenta unos marcados caracteres de excepcionalidad.

No debe olvidarse, como dijimos anteriormente, que la gestión de negocios ajenos supone la ingerencia en la esfera de otro. El Ordenamiento admite esa ingerencia en determinados casos, pero con cierta dosis de excepcionalidad. Veremos al formular los grupos de casos, que hay que partir de una serie de cuestiones previas. En nuestro Derecho existen grupos de normas a las que se debe acudir necesariamente antes que a otras. Por ejemplo si estamos ante un problema contractual tendremos la regulación de los contratos, si es un problema por ejemplo de régimen económico matrimonial tendremos sus propias normas, etc. etc. etc...

Existen, sin embargo algunas instituciones en nuestro Derecho, no fundamentadas en la autonomía de la voluntad que pueden concurrir en algunas hipótesis y que necesariamente deben delimitarse o relacionarse como son la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa y el derecho de daños.

La gestión de negocios sin mandato y el enriquecimiento sin causa, son dos instituciones a las que la doctrina ha dedicado sus esfuerzos en cuanto a su delimitación. PASQUAU LIANO (38) en su detallado estudio de la gestión identifica la gestión oficiosa frente al enriquecimiento sin causa por la tipicidad y medida restitutoria de la primera. ALVAREZ-CAPEROCHIPI (39), que ha estudiado profundamente el enriquecimiento sin causa, critica a PASQUAU señalando que no se puede afirmar *a priori* la tipicidad y autonomía dogmática de una institución, dice el autor citado «una institución nunca se puede explicar desde sí misma, sino que siempre debe explicarse desde un principio fuera de sí: la autonomía dogmática está bien como modo de resaltar la crisis de la dogmática contractual y cuasicontractual, pero no como mecanismo de explicitación de la funcionalidad de la gestión oficiosa». Señala el mismo autor que «La gestión oficiosa lejos de tener autonomía dogmática se inserta en el marco de una nueva conciencia social del Derecho patrimonial. Se trata de los mismos problemas que plantea la conceptualización, limitación y desarrollo de la teoría del enriquecimiento sin causa; el problema es el de darles unidad en el contexto de la crisis de lo antiguo y el alumbramiento de lo nuevo». Estas afirmaciones producen de entrada la sensación de que los autores

(38) *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1986.

(39) *El enriquecimiento sin causa*, Granada 1989, pp. 30-31.

citados no están hablando de cosas distintas. Es clara la afirmación de que la gestión se inserta en una nueva conciencia del Derecho patrimonial, pero dicha afirmación no es sólo predicable de la gestión, sino que es de la gestión, es del derecho de enriquecimiento y es también del derecho de daños. La realidad es que el tradicional Derecho patrimonial está cambiando. DÍEZ-PICAZO (40), citando a BIRKS, señala «El Derecho de contratos, si acaso con un capítulo adicional para una extrañas obligaciones no contractuales, ha sido suficiente en una época en que el mundo económico se concebía como un tejido de contratos y las relaciones eran estrictamente interindividuales. El principio de la relatividad de la eficacia del contrato (*res inter alios acta*) brillaba en todo su esplendor. En un mundo más complejo, con un sin número de relaciones que influyen inevitablemente las unas en las otras, ese sistema deja de funcionar, porque a veces algo indica que limitar la posibilidad de constituir en sujeto pasivo de una demanda a aquél con quien se contrató, es insuficiente e injusto y hay que permitir una prosecución por la cadena cerrada por las atribuciones patrimoniales». La realidad actual sin ninguna duda es así. Y creo que de ella parten los autores primeramente citados. Otro problema es si existe la posibilidad en nuestro Ordenamiento de realizar una construcción con carácter unitario en este caso y de momento entre el derecho de gestión y el derecho de enriquecimiento. PASQUAU, afirma la autonomía dogmática del derecho de gestión, ALVAREZ-CAPEROCHIPI de alguna manera la niega.

El primero, basándose en su tipicidad y medida restitutoria. Desde luego mecanismos restitutorios son tanto una como otra. En cuanto a su tipicidad, si entendemos por tipicidad lo regulado y expresamente previsto en la ley, la gestión es una regulación tipificada. En cambio no existe tipicidad del enriquecimiento en cuanto tal, en principio sólo podemos hablar de tipicidad del pago de lo indebido. No obstante, siguiendo al prof. DÍEZ-PICAZO (41), en su interpretación del art. 1.895 CC, puede hablarse de una *condictio* de prestación más allá de la *condictio indebiti*, que ampliaría dicha tipicidad. Puede pensarse que su tipicidad no da relevancia por sí sola a la gestión de negocios ajenos. Las consecuencias de la gestión se producirán cuando se presente precisamente el supuesto de hecho de la gestión, al igual que el derecho de enriquecimiento se presentará cuando proceda. El problema es saber si estos grupos de normas se excluyen unas a las otras o si bien, en los casos en que en principio pudieran presentarse ambas, existe una posible alternatividad entre ellas de manera que el actor pueda ejercitar cualquiera de ellas.

Para aquéllos que partan de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, ante supuestos concurrentes entrarían primero las nor-

(40) *Dos estudios cit.*, p. 70.

(41) *Dos estudios, cit.*, p. 114 y ss.

mas de gestión. Para nosotros, esto no es así, siguiendo a ALVAREZ-CAPEROCHIPI (42) la acción de enriquecimiento no es subsidiaria. Lo que ocurre es que estamos hablando de cosas distintas que aparecen en planos diferentes.

Una primera cuestión es si las normas de gestión se aplicarán antes de acudir a la vía del enriquecimiento sin causa en supuestos aparentemente concurrentes. Una segunda, es si ello se debe a que el enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria.

Argumenta ALVAREZ-CAPEROCHIPI que al no haber sido comprendido lo que constituye la naturaleza de la acción de enriquecimiento (su carácter restitutorio de valor frente a las atribuciones patrimoniales impropias [43]), el requisito de la subsidiariedad se hace necesario para evitar la desproporcionada amplitud de la acción. Sigue diciendo este autor que la subsidiariedad para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance. Bajo nuestro punto de vista este es el problema fundamental «la ausencia de causa». Y el mismo autor citando a GORE, señala que es difícil justificar su fundamento ante la observación de COLIN y CAPITANT de que el hecho de que una persona pueda ejercitar varias acciones a su elección, no es extraño ni anormal en el Derecho civil.

Si seguimos los estudios de la doctrina alemana y la construcción realizada del enriquecimiento injustificado, el problema a resolver es que se entiende por «GRUND» en el enriquecimiento injustificado (44). Y para nosotros no tanto cuál sea la ausencia de causa, que en nuestro ordenamiento pueda conducirnos a la acción de enriquecimiento sin causa que es algo mucho más amplio que excedería el objeto de nuestro trabajo, sino si precisamente la gestión de negocios puede actuar como causa en el sentido de exclusión de la vía del enriquecimiento. Configurada la gestión de negocios ajenos como obligación legal excluye la acción de enriquecimiento, aunque en realidad es que la

(42) *Ob. cit.*, p. 108 y ss. Véase en p. 111 las consecuencias que conlleva la no subsidiariedad de la acción y la magnífica argumentación del autor citado.

(43) *Ob. cit.*, p. 108, señala este autor que la subsidiariedad, para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance. Y en nota 62 argumenta: «Si la acción se configura únicamente con requisito de la ausencia de causa, la acción requiere tal amplitud, que se hace necesario el delimitarla de alguna forma. Así por ejemplo, la acción reivindicatoria persigue la restitución de un bien retenido sin causa por otro patrimonio. Sucede, a mi juicio, que debe distinguirse entre retención sin causa y adquisición sin causa; frente a la adquisición sin causa (en nuestro Derecho dado su sistema causal sólo son posibles las impropias), sólo puede actuar una acción recuperadora del valor pues el bien en sí mismo ya se ha perdido; frente a las retenciones sin causa, por el contrario, actúa una acción recuperadora de la cosa misma, y sólo de manera inexacta puede decirse que haya un enriquecimiento».

(44) *Vid. Díez-PICAZO, Dos estudios, cit.*, pp. 64 y ss. sobre la idea de causa.

acción de enriquecimiento no llega a nacer. Como puede observarse nos encontramos en planos distintos. No es una cuestión de subsidiariedad o no de la acción de enriquecimiento sino de aplicación de las normas de la gestión cuando ante determinado supuesto de hecho la ley determina una consecuencia jurídica. Producido el supuesto de gestión, la gestión, como obligación legal, es causa del desplazamiento patrimonial producido de tal manera que no nos encontraremos ante el supuesto de enriquecimiento injustificado precisamente por existir razón en dicho desplazamiento.

No nos apartamos mucho en este planteamiento con lo argumentado por el propio ALVAREZ-CAPEROCHIPI (45) cuando dice «A nuestro parecer, la expresión —sin causa— significa ausencia de un título válido de atribución, es decir, ausencia de un negocio jurídico o de una ley que atribuya a una persona la titularidad de un bien o el disfrute de una ventaja».

Por todo ello, aquí hay dos cuestiones distintas. Partiendo tanto en los supuestos de gestión, como de enriquecimiento de sus características como mecanismos restitutorios, debe plantearse la cuestión de la subsidiariedad o no de este tipo de acciones, en el sentido que decían COLIN y CAPITANT, no hay razón para que una persona no pueda ejercitar varias acciones a su elección, ello no es extraño ni anormal en el Derecho civil». La cuestión no es si pueden ejercitarse conjuntamente enriquecimiento y daños, que parece que sí, o gestión y daños. La cuestión es si la gestión, como obligación legal, supone que la acción de enriquecimiento no nazca, por tanto solamente para este tipo de acciones entre sí, pero no con otras.

Nosotros pretendemos llegar a saber en que supuestos se pueden aplicar las normas de la gestión de negocios existentes en nuestro Derecho. En algunos casos, en los tribunales alemanes se han solucionado problemas con base en el derecho de gestión cuando en realidad correspondían las reglas del enriquecimiento. Nuestros tribunales, como veremos, han practicado lo contrario. Creemos que es completamente necesario, dentro de la dificultad que ello supone, diferenciar ambas nociones (46). Para ello siguiendo a DIEZ-PICAZO, partimos de la formación de tipos realizada por este autor en materia de enriquecimiento injustificado y a ella nos remitimos (47). Pero siguiendo una

(45) *Ob. cit.*, p. 100.

(46) En POTHIER la noción de enriquecimiento injusto se liga con la gestión de negocios. Perdida la razón de ser de las condiciones sólo subsisten las hipótesis de enriquecimiento que había sancionado la llamada acción de *in rem verso utilis*. En esta acción muchos veían un caso de representación indirecta y la aproximaban a la gestión de negocios. POTHIER recoge esa idea y analiza la acción como una acción de gestión de negocios anormal. DIEZ-PICAZO, *Dos estudios... cit.*, p. 90.

(47) *Ob. cit.*, pp. 100 y ss.

idea que apuntamos inicialmente, pueden plantearse a veces supuestos en los que podríamos estar en presencia bien de un supuesto de gestión, bien de enriquecimiento. Lo que nos interesa ahora subrayar no es tanto la distinción, por otra parte ya señalada entre ambos institutos, sino precisamente su colisión con otros supuestos. Por ello no está de más recordar las siguientes ideas. Entendiendo por *condictio* la acción dirigida a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado, en principio se pueden señalar de forma general dos tipos de *condictiones*: —la *condictio* por prestación (que se correspondería con una de las dos posibilidades que encierra el §812 BGB (48) *durch Leistung*=por prestación)— y —la *condictio* por intromisión, que se correspondería con la genérica posibilidad— (*sonstiges Weise*=de otro modo) denominada a veces como de no prestación). Por último y de alguna manera derivada de la anterior, al existir algunos supuestos en los que no resulta clara la adscripción a una u otra categoría, se ha llegado a la construcción de la llamada *Aufwendungskondiction*. Esta *condictio* se produce en todos aquellos casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza una prestación de trabajo o de servicios.

La cuestión fundamental en esta materia, como dijimos anteriormente, es el deslinde o bien la alternatividad entre los distintos supuestos pero sabiendo que de existir el supuesto de hecho de gestión no nacerá la acción de enriquecimiento. Por tanto los supuestos presentados pueden ser similares.

SUPUESTO DE HECHO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código civil recoge la figura de la *negotiorum gestio* en su art. 1.888, de acuerdo con el que «El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a constinuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se hallase en estado de poder hacerlo por sí».

A partir de este precepto debe analizarse el supuesto de hecho de la gestión, cuáles son los presupuestos necesarios que deben conducir a la aplicación de las reglas de la gestión de negocios. Decimos que a partir de este precepto porque no todos los elementos del supuesto de hecho

(48) §812.1 «Quien obtiene algo sin causa jurídica por prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a restituirle. Esta nobligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico».

de la gestión, están precisamente en este art. 1.888 o mejor no exclusivamente, sino que hay que conectarlo con otros preceptos de la sección que se inicia con el citado artículo (49).

Si bien deben determinarse los elementos del supuesto de hecho, debe entenderse la gestión de negocios ajenos en sus justos términos. Es una institución que como vimos anteriormente se excluye en ordenamientos como el anglosajón y se admite en otros como el nuestro. Esta admisión no puede entenderse en ningún caso generalizada, aplicable a cualquier supuesto. Admitida en nuestro Derecho incluye en sus caracteres una nota de excepcionalidad. No debe olvidarse en ningún caso que la gestión de negocios ajenos en principio representa esencialmente una intromisión en los asuntos de otro sin su llamada. El Código permite dicha intromisión en determinadas ocasiones, esto es, cuando específicamente estemos en presencia del determinado supuesto de hecho de la gestión sin mandato. Por ello en ningún caso debe estimarse la gestión de negocios sin mandato con generalidad sino precisamente con cierta dosis de excepcionalidad.

A partir del art. 1.888 CC puede decirse que estamos en presencia de actos de gestión o administración. La gestión hay que entenderla en su sentido amplio como manejo, administración, disposición o posesión (50). La gestión puede consistir en actos jurídicos o materiales. En el primer caso por ejemplo podemos estar ante un supuesto de gestión en el caso del pago de una deuda de otro. En el segundo en el caso típico del que retira a un automovilista de su coche en llamas podrá ser gestor de negocios del automovilista y de su aseguradora.

Lo ajeno del negocio gestionado resulta del tenor literal del precepto «negocios de otro». Aquí debe hallarse el elemento objetivo del supuesto de hecho de la gestión, el negocio es objetivamente ajeno

(49) Debemos aclarar que no pretendemos entrar en el análisis de cada concepto en el intento de contribuir al estudio profundo de cada uno de ellos. No es la finalidad de nuestro estudio que solamente fue iniciado con el intento de seguir el método de grupos de casos para saber en qué momento pueden aplicarse las normas de la gestión en vez de otras o al mismo tiempo que otras. Por ello partimos de nuestra doctrina que se ha preocupado precisamente de matizar estos conceptos en toda su profundidad. *Vid.* entre otros: DÍEZ-PICAZO, *Comentario del Código civil*, art. 1.888 y ss. Ministerio de Justicia, Madrid 1991; NÚÑEZ LAGOS, *Comentarios al Código civil*, de Scaevola, T. XXX, vol. I, y «La ratificación» en RDN 1956, pp. 64 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, T. 12; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3, pp. 629 y ss.; LACRUZ BERDEJO, «La gestión de negocios sin mandato», RDP 1975-I, pp. 245 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, «La gestión de negocios ajenos (aportación a una teoría general)», RDP 1957-I, pp. 619 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1986; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, «El aprovechamiento de las ventajas de la gestión», GC 1989; LASARTE, *Comentario del Código Civil*, art. 1.893 y ss. Ministerio de Justicia, Madrid 1991; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», en *Estudios homenaje al Prof. Lacruz*, T. I, Barcelona 1992.; CUADRADO IGLESIAS, «Aproximación histórica a la gestión oficiosa de negocios ajenos», *Estudios homenaje al Prof. Lacruz*, T. II, Barcelona 1993.

(50) *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *Comentario al Código civil*, cit., com. al art. 1.888.

cuando pertenece al círculo de asuntos o intereses de otro. No obstante el precepto no excluye la posibilidad de lo que la doctrina alemana denomina negocio también-ajeno. Es decir cabe el supuesto de que al mismo tiempo se gestione un negocio ajeno pero también propio. En primer lugar literalmente la gestión de un negocio de otro no excluye que dicho negocio siendo de otro sea al mismo tiempo propio. El Código civil no se opone a ello, sólo se opone a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio (art. 1.891). Por tanto en la *ratio* del art. 1.891 existe la posibilidad de concurrencia de intereses, si bien en ningún caso posponiendo el interés del *dominus* al propio del gestor. La concurrencia de intereses sin posposición de los del *dominus* serán claros en aquellos supuestos en los que los intereses sean coincidentes, es decir, intereses dirigidos a la consecución de un mismo resultado. Ello sucede, como veremos en los supuestos de comunidad. Es perfectamente posible en caso de intereses coincidentes gestionar al mismo tiempo un negocio propio y ajeno y en lo ajeno existirá gestión de negocios ajenos. No vemos la dificultad para admitir esto, ni en la razón del supuesto ni en la literalidad del Código que lo único que exige es encargarse voluntariamente de un asunto de otro.

El elemento objetivo del supuesto de hecho es, precisamente, que exista un negocio ajeno, que en el caso de ser también propio por razón en un mismo interés, objetivamente puede reconocerse en la parte que lo sea, como ajeno (51).

Elemento del supuesto de hecho de la gestión que el art. 1.888 CC enuncia es la gestión voluntaria. Se señala como elemento del supuesto de hecho el «*animus aliena negotia gerendi*». El *animus aliena negotia gerendi* se ha identificado durante mucho tiempo con la intención de gestionar altruistamente lo ajeno (52). El elemento subjetivo de la gestión supondría un querer cuidar los asuntos de otro. Como todas las cuestiones subjetivas, el elemento volitivo encuentra su dificultad en la prueba que supone entrar en cuestiones valorativas de la voluntad y de su funcionamiento en los distintos sujetos. Como señalan DIEZ-PICAZO y GULLON (53) ante la imposibilidad de prueba de tal requisito, o se sienta la presunción derivada de la general de buena fe en el actuar, de que el gestor posee aquel *animus*, o de que basta el que conscientemente se asuma la gestión de lo ajeno como hace el Código civil italiano de 1942 (art. 2.209).

En el elemento subjetivo existen dos dificultades. La primera de ellas es la misma existencia de ese *animus* de gestionar que encierra el

(51) Vid. J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, T. V, vol. 2, com. art. 394, pp. 81 y ss.; LACRUZ, *ob. cit.*, p. 259.

(52) Vid. PASQUAU, *ob. cit.*, la evolución doctrinal en pp. 56 y ss.

(53) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, pp. 566 y ss., Madrid 1990.

art. 1.888. No puede obviarse el hecho de que el legislador introdujese ese elemento voluntario en el texto legal, y a lo más que podrá llegar el intérprete es a la máxima objetivación dentro de lo subjetivo de este elemento. La segunda es la prueba del *animus*. En principio debe partirse en la medida de lo posible de la existencia del primer elemento del supuesto de hecho que, sin duda ninguna, es el elemento objetivo, la naturaleza objetivamente ajena del negocio. Una valoración de los supuestos concretos de gestión debe comenzar con la concreción de la naturaleza objetiva del negocio. Si el negocio es objetivamente ajeno, es decir pertenece al círculo de intereses del *dominus*, debe presumirse el ánimo de gestionar para otro y por tanto el segundo elemento, lo que incide directamente en la carga de la prueba y por tanto corresponderá al *dominus* destruir la presunción. Sólo en el caso en el que el negocio no sea objetivamente ajeno, es cuando la voluntariedad define la gestión, siendo la voluntad de gestionar para otro elemento decisivo en el supuesto de hecho. Esto implica la dificultad de la prueba del *animus* en el gestor. Dejar sencillamente la decisión de la aplicación de las reglas de gestión con base en un criterio puramente subjetivo no es en el mejor de los casos recomendable. Debe tenderse al máximo al estudio y valoración del primer elemento del supuesto de hecho, la naturaleza objetivamente ajena del negocio.

Al igual que para el derecho alemán, la naturaleza objetiva del negocio no implica que no pueda contemplarse la posibilidad que reconoce la doctrina alemana de que el negocio sea «también-ajeno». El supuesto que podría decirse está típicamente contemplado por nuestro Ordenamiento es el ejercicio de acciones por los comuneros.

Debe partirse de la unidad de estudio de dos temas que, si bien distintos, son reconducibles a los mismos esquemas: el ejercicio de acciones por parte de los comuneros y el ejercicio del derecho de crédito cuando éste es mancomunado, puesto que el crédito mancomunado no es otra cosa que un derecho de crédito en comunidad.

El problema en los créditos mancomunados se plantea en torno a la existencia de un litisconsorcio activo necesario y por tanto si el deudor cuando no es demandado por la totalidad de los acreedores puede oponer una excepción fundada en una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. DIEZ-PICAZO señala entre uno de los caminos para resolver este problema, entender que la cuestión no se encuentra resuelta en el art. 1139 y ha de acudirse al régimen supletorio de la comunidad de bienes. Parte el citado autor de la idea de que la pretensión judicial no puede considerarse a priori ni como un acto beneficioso, ni como un acto perjudicial, porque será la sentencia la que permita *a posteriori*, calificar el acto como perjudicial o como beneficioso. Según las normas de la comunidad, los actos de administración o mejor disfrute de la cosa (art. 398 CC) requieren el acuerdo de la mayoría de los participantes y los actos que presuponen alteraciones de la cosa común o disposiciones sobre ella, exigen la unanimidad —aun-

que pudiera resultar ventaja para todos— (art. 397 CC). Señala el mismo autor que inicialmente no parece que la reclamación judicial de un crédito sea una acto de administración y que por consiguiente la legitimación es colectiva del consorcio o del grupo y si uno de los acreedores inicia el proceso, el deudor puede proponer la consiguiente excepción. Además toma en cuenta el citado autor el art. 1.252.3.º en el que se recoge la extensión de la cosa juzgada y argumenta como la acción entablada por un cotitular produce efectos de cosa juzgada respecto de los restantes cotitulares, y ello con independencia de que la decisión haya sido desfavorable o perjudicial. De ahí señala que la relación jurídico procesal no se constituya bien si no concurren todos los que están unidos por los vínculos que surgen por la indivisibilidad de las pretensiones (54).

Sin embargo desde otro punto de vista podría admitirse la posibilidad de ejercicio de la acción por cualquiera de los acreedores, aplicando las reglas de la comunidad de bienes, tal y como viene entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (55), que permite la comparecencia en juicio de cualquiera de los comuneros para defender los derechos comunes. Critica Díez-PICAZO esta postura porque ello supondría volver de nuevo a la distinción entre actos beneficiosos y actos perjudiciales y la posibilidad de establecer de antemano esa calificación.

No obstante MIQUEL (56) que ha estudiado en profundidad el ejercicio de acciones por los comuneros señala respecto del art. 1.139 que si se sigue la doctrina jurisprudencial el ejercicio de la pretensión judicialmente no reportará ningún perjuicio a los demás comuneros, porque la sentencia adversa no les afecta. El problema en esta materia es precisamente el relativo a la extensión de la cosa juzgada. Señala MIQUEL (57) que «la doctrina jurisprudencial encaja

(54) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos cit.*, vol. II, pp. 184 y ss.; R. BERCOVITZ, *Comentarios al CC y Comp. For.*, Edersa, T. XV-2.º, Madrid 1983, pp. 418 y ss. GUILARTE, *Comentarios al CC y Comp. For.*, T., XV-2.º Madrid 1983, pp. 208 y ss. Señalan estos autores que precisamente ese precepto presupone que la actuación individual de un solo acreedor sea válida.

(55) El Tribunal Supremo viene manteniendo que cualquiera de los comuneros o coherederos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en beneficio de todos y la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que les perjudique la adversa o contraria (sentencias de 31 de enero de 1973, 14 de marzo de 1978, 3 de julio de 1981, 7 de febrero de 1981, 15 de junio de 1982. No es aplicable esta doctrina si hay oposición (sentencias de 8 de abril de 1965, 17 de junio de 1961 y 19 de febrero de 1964). Además los comuneros que consintieron el juicio, aunque no hubieran litigado, deben pasar por la sentencia que recaiga (sentencias de 12 de octubre de 1908, 3 de febrero de 1961 y 5 de enero de 1977). Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 81.

(56) J. M. MIQUEL GONZÁLEZ *ob. cit.*, pp. 81 y ss.

(57) *Ob. cit.*, p. 84.

perfectamente en los esquemas de la gestión de negocios ajenos. De modo que este supuesto podría ser el que explicara de un modo general la doctrina jurisprudencial, que de otra forma parece un tanto extraña, en especial en lo relativo a la eficacia de la sentencia respecto de los comuneros que no han litigado». Aclara el citado autor que con eso no entiende que se admita en el proceso una gestión de negocios ajenos representativa en general, sino que lo que entiende es que tal jurisprudencia se explica con los presupuestos y efectos de la gestión de negocios ajenos, en el sentido de que «se admitiría en el caso de los condueños la gestión de negocios ajenos aplicada al ejercicio de las acciones». Se entendería así que el condueño que ejercita la acción actúa al mismo tiempo un negocio propio y ajeno de los demás condueños, en el sentido visto en el derecho alemán del negocio «también-ajeno» (58). Por lo tanto y siguiendo a MIQUEL no es que la sentencia produzca efectos favorables al condueño, sino que tales efectos se producen a través de la ratificación de la gestión.

Argumenta además el citado autor que son cosas distintas que la cosa juzgada extienda sus efectos favorables al que no litigó de una manera automática y otra diferente que eso se produzca a consecuencia de la ratificación o aprovechamiento de ventajas propio de una gestión de negocios ajenos. Si fuese de manera automática estaríamos ante un supuesto del art. 1.893 en todo caso porque los gastos ocasionados por el proceso estarían a cargo de todos porque a todos beneficia. En este sentido aclara MIQUEL que «...el ejercicio de acciones por un solo comunero en beneficio de los demás, sin tener su representación, es un supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato. Pero puede presentarse el problema de si precisamente la ventaja es ya la sentencia favorable, o, por el contrario, la utilización de tal sentencia favorable o el aprovechamiento de las ventajas de la ejecución de la sentencia. En cambio, si la extensión de la cosa juzgada no se produce automáticamente, entonces será necesaria, en todo caso, o una declaración de voluntad o un aprovechamiento efectivo de las ventajas de la sentencia favorable» (59).

(58) *Vid.*, MONTES. «La propiedad horizontal como colectividad organizada», *A.D.C.* 1972, pp. 901 y ss. Señala este autor «Cabe el ejercicio de actos de administración por los condóminos en cuanto actos ejercitados como gestión de negocios sin mandato. figura que es admisible en la copropiedad, aunque, al propio tiempo, el condómino actuante gestione un negocio propio».

(59) Señala también MIQUEL que «resulta sumamente duro el sistema de la actuación conjunta y las únicas desventajas que presenta el que sigue la jurisprudencia son no para los comuneros, sino para el tercero demandado. Ahora bien, es posible que se exageren los inconvenientes que para el tercero tiene el sistema de la jurisprudencia. Ante todo hay que decir que una llamada en causa a los comuneros que no participan podría ser una adecuada solución, lo lamentable es que nuestro Derecho no parece haber puesto mucha atención en tal institución. Lo que sin duda cabe al tercero es ejercitar una acción declarativa contra los demás comuneros que no litigan a fin de obtener una fijación definitiva de la controversia frente a todos. Esa demanda que no sería admitida si se formulara por medio de una reconvencción, podría formularse al margen del juicio iniciado y luego pedir la acumulación de los autos. Este es quizá el mejor remedio para el tercero que no quiera verse

Creo que en estos supuestos, cabe en nuestro Derecho a semejanza del derecho alemán, la posibilidad de gestión de un negocio ajeno pero también propio. El Código civil no se opone a ello, sólo se opone a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio (art. 1.891). La concurrencia de intereses sin posposición de los del *dominus* serán claros en aquellos casos en los que los intereses sean coincidentes, es decir, intereses dirigidos a la consecución de un mismo resultado. Cabe la posibilidad de que ante intereses coincidentes, se gestione al mismo tiempo un negocio propio y ajeno y en lo ajeno existirá gestión de negocios ajenos. El elemento objetivo del supuesto de hecho es precisamente que exista un negocio ajeno, que en el caso de ser también propio con razón en un mismo interés, objetivamente pueda reconocerse, en la parte que lo sea, como ajeno.

Elemento del supuesto de hecho de la gestión de negocios para el nacimiento de la *actio negotiorum contraria* es el «*utiliter coeptum*» entendido como inicio útil de la gestión (60). Puede existir por otra parte un inicio útil de la gestión tanto si el *dominus* la conoce como si no (61).

Por último del carácter voluntario de la gestión recogido por el repetido art. 1.888 CC. resulta también un elemento negativo, la falta de toda obligación legal o voluntaria de asumir la gestión. En el mismo sentido no debe existir mandato ni tampoco ninguna otra relación jurídica que imponga el deber de actuación. Si bien ello no significa que la gestión no pueda nacer en ningún caso cuando entre gestor y *dominus* exista una relación contractual. Puede surgir, por ejemplo, en el supuesto en que se despliegue una actividad no prevista en el contrato o no integrada en él en virtud del art. 1.258 CC. Surge también la duda, en los casos en los que la relación sea nula o siendo válida encierre algún vicio que pueda conducir a su anulabilidad y así se ha planteado en los tribunales alemanes. En estos momentos no debe excluirse de antemano dicha posibilidad, aunque inmediatamente estudiaremos algún caso concreto.

expuesto a nuevas reclamaciones judiciales después de haber vencido a un solo comunero».

(60) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Comentario del CC, cit.*; PASQUAU, *ob. cit.*, p. 404 y ss.; DÍAZ DE ENTRE-SOTOS, *ob. cit.* pp. 157 y ss.

(61) En el Proyecto de 1851 se requería que no hubiera conocimiento del *dominus*, el Código sin embargo suprimió la exigencia del desconocimiento del *dominus*. Lo único que se cuestiona la doctrina es si puede existir gestión cuando la actividad del gestor ha sido expresamente prohibida por el *dominus*. En principio la prohibición, siguiendo a DÍEZ-PICAZO (*Comentario del CC, ob. cit.*, p. 1944) la prohibición excluye la aplicación de los preceptos de la sección de la gestión, que requiere el *utiliter coeptum*, y es difícilmente planteable un emprendimiento útil si se violenta la voluntad del *dominus* a menos que así esté previsto en la ley, como ocurre por ejemplo en el BGB &679 de acuerdo con que: «No se toma en consideración una voluntad del *dominus* contraria a la gestión si, sin dicha gestión, no hubiese sido cumplida a tiempo una obligación del *dominus* cuyo cumplimiento sea en interés público o una obligación legal de alimentos por parte del mismo».

Dijimos anteriormente que las reglas de la gestión de negocios han sido utilizadas de forma desbordante por la Jurisprudencia en Alemania. Realmente la única manera de estudiar este tema consiste en realizar grupos de casos, fundamentalmente con la intención de analizar de forma excluyente la aplicación de las reglas de la gestión. En la mayoría de estos supuestos, como veremos, en principio podrían haberse aplicado otro tipo de normas. No obstante la Jurisprudencia ensancha el campo de aplicación de las reglas de gestión de negocios ajenos, en supuestos en los que era bastante difícil encontrarse ante casos de este tipo de gestión. Como normas ofrecidas por nuestro Ordenamiento entendidas como mecanismos de restitución, la delimitación de la gestión de negocios ajenos debe realizarse de un lado frente a las reglas del enriquecimiento y de otro frente al derecho de daños.

GRUPOS DE CASOS (COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ALEMÁN Y EL DERECHO ESPAÑOL) SUPUESTOS DE NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

La doctrina alemana señala unánimemente que las reglas de la gestión no permiten la existencia entre gestor y *dominus* de una relación jurídica, sea eficaz o no. En principio la gestión del §677 se excluiría si entre *dominus* y gestor existe un contrato. No obstante la gestión se utiliza por la Jurisprudencia sustituyendo a las normas de la ineficacia contractual. La Jurisprudencia se mueve en torno a los preceptos de esta institución si en la gestión del negocio la razón sustentadora del negocio es nula (62). Se toma en consideración que la conclusión del contrato (ineficaz) indica la voluntad de la actuación para el otro contratante, este es, de todos, el carácter delimitador que, por otra parte, lleva el particularísimo concepto de la «voluntad de gestionar un negocio ajeno», como vimos en su momento. A partir del §677 se aplica el §683.1 en virtud del cual si la asunción de la gestión responde al interés y a la real o presunta voluntad del señor del negocio, el gestor puede exigir, como un mandatario, indemnización de sus gastos. En el momento de decidir que pretensión puede existir en los casos de ineficacia contractual (se entiende para la restitución) se señala por la doctrina, lógicamente, que debe ser prioritaria la doctrina del negocio jurídico y las normas del enriquecimiento (tengamos en cuenta la diferencia existente con nuestro Ordenamiento). La doctrina crítica de forma unánime esta jurisprudencia (63).

(62) RG 90, 211 (215); RG 94, 131 (134); BGH 37, 258 (262); BGH39, 87; BGH 50, 90.

(63) ERMAN/HAUSS. 10, §677, *ob. cit.*; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 240-241, n. 414; SCHUBERT, AcP 178, 451; ESSER/WEYERS, *ob. cit.*, p. 393; HELM, *ob. cit.*, p. 364; WOLLSCHLAGER, *ob. cit.*, p. 147, STAUDINGER/WITTMANN, §677, entre otros.

Vamos a analizar, en concreto, una de las sentencias que merecen especial atención, la decidida por el Tribunal Supremo alemán de 25 de junio de 1962 (64).

En el caso de esta sentencia, el demandante que se encontraba en especiales dificultades económicas había contratado al demandado que era un eficaz asesor de empresas y economista. Existe aquí, según el derecho alemán un contrato de gestión de un negocio bajo la prohibición del Art. 1 & 1 RBERatG (*RechtberatungsGesetz*), es decir la Ley de asesoramiento Jurídico. En principio el contrato es nulo porque el asesor no estaba colegiado conforme a dicha ley. La consecuencia es la nulidad del & 134 BGB (65). El demandante le encarga con fecha 9 de diciembre de 1957 llevar a cabo el saneamiento de sus deudas. El demandado negoció con los acreedores del demandante y consiguió una importante remisión de la deuda, y en relación con el valor patrimonial obtuvo del demandante que se aplicase la mitad para el pago de los acreedores y la otra mitad para compensar sus honorarios. El día 11 de noviembre de 1958 presenta al demandante una relación de sus honorarios que especifica en 25.153,20 DM. En la cuenta final calcula los ingresos totales en 39.995,91 DM, desembolsando 20.745,29 DM. La diferencia de 19.249,91 DM la retiene el demandado como pago de sus honorarios. El demandante cree excesiva la remuneración reclamando 10.000 DM. más los intereses. El demandado contesta solicitando hasta el total del pago de 25.000 o 26.000 DM. La primera instancia fue conforme con la demanda, en la segunda se admitió un máximo de 9.249,91 DM, y por lo demás fue rechazada la demanda. La revisión del demandado no tuvo consecuencias. Se entendió que el contrato celebrado el 9 de diciembre de 1957 fue nulo, en virtud de que era contrario a una prohibición legal, por tanto nulidad en virtud del & 134 BGB, dándose la prohibición para una de las partes en el contrato, el contrato es nulo para dicha parte contractual. Es decir lo que el BGH estima es que se produce la nulidad para una de las partes en el contrato y no para la otra. Como dice CANARIS ésta fue la primera vez que el BGH aceptó la nulidad para sólo una de las partes en virtud del & 134 BGB, siendo hoy una consecuencia práctica poco frecuente (66).

(64) BGH 37, 259; *vid.* también BGH 39, 87, de 31 enero de 1963, *vid.* últimamente la sentencia BGH de 30 de septiembre de 1993, NJW 1993, 3196. En el caso de nulidad de un contrato de obra, el contratista tiene pretensión de reembolso de los gastado en virtud del derecho de GoA, aplicándose los & 683 y 670 BGB.

(65) & 134 BGB: Un negocio jurídico celebrado en contra de una prohibición legal es nulo, si de la ley no se deduce lo contrario.

(66) El siguiente caso fue el comentado por CANARIS (NJW 1985, pp. 2403 y ss.), BGH 20-12-1984. Los hechos fueron los siguientes: El demandante edificó en 1976 un chalet unifamiliar. La mano de obra la llevaba a cabo el demandante de forma mediata con el demandado y junto con este dos auxiliares. El demandante reprochó al

El problema radica en la liquidación de las prestaciones, es decir, con base en que reglas se produce esa liquidación. Según el BGH el contrato es nulo para la parte que infringió la ley, en nuestro caso el economista demandado. Entiende el Tribunal que estamos ante un supuesto de gestión de negocios ajenos por lo que se aplicaría el &677 BGB, y dándose en el caso la aceptación por parte del demandado de conducir un negocio de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del dominus, se da el supuesto del &683 BGB, que como sabemos remite a las normas del mandato (&670 BGB). Como señala CANARIS (67), la consecuencia modelo en estos supuestos de nulidad, para una de las partes en el contrato sería la siguiente: El que contrató infringiendo la ley sólo tiene una pretensión de enriquecimiento (con el límite del & 817.2 para la consciente infracción), mientras que la otra parte tendría una pretensión contractual.

Una construcción semejante sería perfectamente posible en nuestro Derecho. Podría hablarse de nulidad relativa especial para una de las partes o como dice CARRASCO (68), de un tipo de nulidad que es divisible. Estructuralmente podría decirse que el contrato es nulo para una de las partes, aquélla que infringe una prohibición legal (ej. patri-

demandado que había llevado a cabo una débil estructura de vigas de hormigón, ya que en vez de emplear sólo hormigón había utilizado una mezcla de hormigón. Por esta razón el edificio había resultado defectuoso, cuya reparación suponía un considerable aumento de gastos. Por todo ello debía responder el demandado, puesto que se había realizado el contrato de obra tomando en consideración su conducta como contratista (el precio de la obra se estipuló en 23.000 DM). Alegó además el demandante el incumplimiento del contrato de obra pues el demandado sólo ha sido un auxiliar realizando un trabajo sólo como empleado. El demandante hizo un cálculo de 30.000 Dm junto con los intereses y pidió la verificación del deber de indemnización de los daños. El contrato se había realizado en contra de una ley que impide la contratación clandestina de trabajadores, que tiene como consecuencia la nulidad del contrato. El mismo supuesto que estamos analizando en el texto, en virtud del & 134 BGB. En este caso señaló el BGH que el demandante conocía o podía haber conocido la prohibición legal del demandado, es decir responsabilidad del demandado en virtud del &307 I.2 BGB, en virtud del cual «Quien en el momento de la conclusión de un contrato dirigido a una prestación imposible conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando, sin embargo, la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato (interés negativo). No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad». Por tanto en este caso la responsabilidad del demandado se excluye. Pero el BGH en *obiter dictum* consideró como posible la concesión de una pretensión de indemnización de los gastos en virtud de los && 683,670 BGB, si bien en el caso no la concedió, sino que la sustituyó por una vacía pretensión de enriquecimiento. Como dice CANARIS «aunque sea en *obiter dictum* es también falso, que la pretensión de indemnización de los gastos tenga prelación sobre el derecho de enriquecimiento como orden de liquidación de las prestaciones».

(67) Vid. también FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* II. Das RechtsGeschäft, 4 Aufl. & 17, 4, pp. 346 y ss. y &3=, 8, pp. 554 y ss.

(68) *Comentarios al CC y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo, T. I, vol. 1.º, art. 6.3, Madrid 1992.

monio histórico-artístico), mientras que no lo es para la otra. Es curiosa la argumentación de CARRASCO partiendo este autor de que el art. 6.3.^o no es otra cosa que una subespecie de la nulidad derivada de ilicitud causal, señala que su régimen específico es el de los arts. 1.305 y 1.306 CC. Argumentando que quizá pueda hablarse de un predicado de nulidad que es divisible, es decir, que sólo puede ser hecho valer por una de las partes. Todo ello en función del círculo de protección de la norma infringida. Señala este autor que «toda norma con contenido imperativo o prohibitivo orientada a la protección de una parte del contrato no puede derivar, en caso de infracción, en nulidad radical. Pues entonces la acción de nulidad estaría disponible en favor de la parte a quien no intentaba proteger la norma, y la parte protegida estaría entonces imposibilitada de confirmar» (69).

Creemos que esta línea se puede seguir, pero no tanto en cuanto a la posible alegación de la nulidad por una de las partes y no por la otra, sino a la validez del contrato para una de ellas y no para la otra, que es completamente distinto.

A partir de la pretendida admisión de un tipo de nulidad de estas características, el problema radica en la liquidación de las prestaciones. El sujeto que cumple en virtud de un contrato válido, efectúa una prestación contractual y la restitución de la misma procederá conforme a las normas contractuales. El que contrató infringiendo la prohibición, si cumple no estará efectuando una prestación derivada del contrato. Las reglas de liquidación de las prestaciones serán distintas para uno y para otro.

No obstante lo anterior, otra cuestión es que, como deciden los tribunales alemanes, estemos en presencia de un supuesto de gestión de negocios, solución acertadamente criticada por la doctrina del mismo país. Podremos estar en supuestos de enriquecimiento pero difícilmente ante un supuesto de gestión de negocios, tal y como quedó configurado en páginas anteriores.

Es curioso que en nuestro Tribunal Supremo, haya sido la Sala 4.^a la que ha resuelto de forma parecida, si bien como veremos inmediatamente pueda criticarse, en algunos supuestos en que el negocio celebrado se declaraba nulo decidiendo, los casos en cuestión, con base en el derecho de gestión de negocios, si bien mezclándolo con el derecho de enriquecimiento injustificado. En cualquier caso, las sentencias que citamos, deberían quizá comentarse desde el punto de vista del derecho administrativo, pues estamos en presencia de la validez o nulidad de este tipo de actos, cuestión distinta a la materia civil. Si bien y únicamente como referencia merece la pena citarlas.

(69) *Vid.* La metódica argumentación del citado autor *ob. cit.*, pp.800 y ss.; *vid* también GORDILLO, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *ADC* 1975, pp 101 y ss.

El primer caso que hemos encontrado es el que resolvió la STS de 22 de enero de 1975. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: El Alcalde de una determinada localidad encarga sin la aprobación del Pleno del Ayuntamiento, necesaria para el caso, la construcción de un matadero municipal. Se incumplieron las formalidades precisas para la validez del contrato. El matadero se construye y se entrega. Posteriormente el contratista reclama la cantidad debida a consecuencia de la construcción y el Ayuntamiento se opone alegando la nulidad del contrato por falta de legitimación del Alcalde y por incumplimiento de las formalidades necesarias para la validez del contrato.

A partir de la nulidad del contrato, el Tribunal Supremo señala en uno de sus considerandos «Que a parte o con independencia de la perspectiva contractual no puede ignorarse la existencia en el campo del Derecho Administrativo de otras fuentes de las que surgen obligaciones de tal carácter, tales como la llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante a este campo de la teoría de la *«negotiorum gestio»*, que si bien una parte de la doctrina combate en base de la *«prohibitio dominii»* la mayoría admite la posibilidad, al menos del ejercicio de una acción *«in rem verso»*, sirviéndole de soporte el enriquecimiento experimentado, en este caso, por el patrimonio del Ayuntamiento demandado y tendente a cubrir el hueco dejado por el acto nulo, y proteger subsiguientemente al gestor de buena fe que merece amparo no sólo por razones de equidad, sino también de seguridad jurídica ya que obró confiadamente, lealmente, al entender suficientes garantías dadas por el Alcalde aparentemente legitimado.....se dan los precisos para afirmar existe un cuasicontrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y el actor-reclamante, por desprenderse de los autos que el encargo de la obra fue realizado indudablemente por el Alcalde sin contar con autorización suficiente, y que una vez realizada la misma (como tal edificio) se integró en el patrimonio municipal, beneficiándose o enriqueciéndose con la misma». Señalando finalmente «que la simple utilidad es suficiente para fundamentar una acción *in rem verso* como la ejercitada» (70).

(70) Vid. también la STS de 11 de octubre de 1979 (Sala 4.^a). Los hechos fueron los siguientes: El Ayuntamiento de determinada localidad adjudica mediante subasta las obras para la construcción de una depósito-presa de abastecimiento de aguas a un particular. El proyecto es posteriormente modificado unilateralmente por el Ayuntamiento, y el contratista solicita la nulidad de las actuaciones y la liquidación de los gastos invertidos. El TS curiosamente parte primero de la validez de las actuaciones negando la nulidad absoluta. Pero decide con base en el derecho de gestión. Dice el TS en uno de sus considerandos «Que incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular, en beneficio de la Administración, no cuente con una base paccionada, por elemental que sea, tampoco estaría justificada la solución a la que llega el Tribunal a quo (nulidad absoluta) puesto que lo procedente, ante la situación fáctica irreversible, y los intereses subyacentes,

Tanto en esta sentencia como en todas las citadas puede comprobarse que se entienden la acción de gestión de negocios y el enriquecimiento injustificado como una misma acción. En estas sentencias lo que se está aplicando en realidad es directamente un principio general, que en definitiva supone, como puede observarse, una decisión conforme a la equidad (71).

En cualquier caso creo que aquí se están confundiendo cuestiones distintas. En primer lugar habría que señalar cuales son las consecuencias de la determinación de un negocio nulo, si cabe lo que nosotros hemos denominado nulidad relativa a una de las partes. En segundo lugar sabemos suficientemente que la acción de gestión de negocios ajenos y la de enriquecimiento injusto son acciones distintas, si bien en último término fundamentadas en un principio de enriquecimiento. En cualquier caso ello no puede conducir a la aplicación directa de un principio general.

Si partimos de la nulidad del negocio en principio los contratantes deberían restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, por tanto acción de restitución derivada de las normas de nulidad de los contratos.

Si admitimos la posibilidad de la nulidad relativa, significaría no que una de las partes pueda alegar la nulidad y la otra no sino que el

es configurar esta situación jurídicamente como cuasi contrato de gestión de negocios («*negotiorum gestio*»), en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasi contratista por la actividad que su actividad le haya reportado, disponiendo éste de una «*actio in rem verso*», fundada en el enriquecimiento sin causa que se produciría, de no funcionar los debidos resortes compensatorios».

Vid. también la STS de 29 de octubre de 1980. El Ayuntamiento contrata a determinada compañía por medio de contratación por concierto directo, para la realización de un piscina, sin tramitación del procedimiento de calificación de urgencia. Se realiza la obra y se entrega. La sociedad contratista reclama el pago de la cantidad por la ejecución de la obra, y el Ayuntamiento se opone alegando la nulidad del contrato por falta de los requisitos formales para su validez. El TS condena al pago al Ayuntamiento y señala que es doctrina del TS no de las cláusulas del contrato ni por tanto de las obligaciones de ellas derivadas, sino de los principios generales por cuanto entregada la obra e ingresada la misma en el patrimonio municipal, incluso usada ya, la simple invalidación abocaría a consecuencias de injusticia lesivas para la parte a quien no era imputable la causa de nulidad, por eso en tales supuestos se ha venido fundando la obligación municipal de abonar el precio de la obra al contratista en el enriquecimiento injusto o el cuasicontrato de gestión de negocios de la Administración y el ejercicio de una *actio in rem verso* determinantes de la obligación del pago en cuanto la obra ejecutada queda en su poder.

Vid. también la STS (Sala 4.^a) de 21 de abril de 1976, en la que en un supuesto semejante se acude directamente al principio del enriquecimiento injustificado.

(71) Vid. PASQUAU. *ob. cit.*, pp. 229 analiza estas sentencias, señalando respecto de la de 1979 que la aplicación está hecha en atención más a la situación fáctica concreta que a aquellos principios, lo que pone de manifiesto ese carácter de la gestión de negocios de instrumento jurídico flexible al servicio de la equidad, o si se quiere, de excusa o pretexto dogmático para decidir en equidad.

contrato celebrado es nulo para una y válido para la otra, lo que son cuestiones distintas. De admitir la nulidad relativa como la entendemos en el sentido de que el contrato sea válido para uno y para el otro no, nos podría conducir, como lo ve CANARIS para el derecho alemán, a la posibilidad de que el que infringió (el Ayuntamiento) no tendría pretensión contractual, por consiguiente sería el Ayuntamiento el que hubiera podido ejercitar o bien una acción de gestión de negocios o una acción de enriquecimiento injustificado, dependiendo del supuesto de hecho ante el que nos encontremos. Mientras que para el que contrató con el Ayuntamiento su pretensión seguiría siendo contractual por lo que no necesitaría acudir a otro tipo de normas.

No obstante todo lo anterior, debe plantearse una construcción semejante en nuestro ordenamiento. Partiendo de la posibilidad ya vista, debemos tener en cuenta que nuestro Derecho recibe la idea de causa del ordenamiento francés, los contratos celebrados sin causa o con causa ilícita o torpe son nulos (art. 1.274 CC) y la restitución de los desplazamientos patrimoniales efectuados se produce como consecuencia de la nulidad. En el derecho alemán, en su BGB, la idea de causa no aparece en la regulación del negocio jurídico ni en la teoría general del contrato, sólo en el enriquecimiento. En estos casos en los que la causa sea ilícita se podría enfocar la cuestión desde dos puntos de vista. Si partimos de que unas acciones excluyen a las otras sólo se aplicaría, bien el supuesto de gestión cuando exista, bien el derecho de enriquecimiento sólo en defecto de otras normas. Si se plantea la cuestión desde la no subsidiariedad de estas acciones respecto de otras, se podrían plantear alternativa o concurrentemente estas otras, bien con las normas de gestión, si es que existe supuesto de hecho de gestión, bien con las de enriquecimiento.

UTILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE LA GESTIÓN COMO PRETENSIÓN DE REEMBOLSO

Un segundo grupo de casos en los que se intenta la aplicación del derecho de gestión de negocios sin mandato son aquellos en los que alguien reclama la restitución de los costes por las medidas adoptadas cuando se había obligado frente a un tercero «*Vergütungsanspruch*». Se aplica el derecho de gestión al deudor en una pretensión de reembolso por prestaciones en los contratos de servicios o contratos de obra para asegurar junto a la parte en el contrato un obligado a la restitución adicional y solvente. Es famoso dentro de este grupo el llamado «caso de Glaucoma», LG Bonn 70, 321 (72). Aunque hoy en día la solución sería distinta por la reforma del § 1357 BGB relativo a la potestad

(72) LG Bonn. Fam RZ 70, 321, sentencia de 28-1-1970.

doméstica de los cónyuges (73), es interesante resaltarlo para ver de que manera se pretenden fundamentar en la gestión otros supuestos que siguen dándose en la actualidad relativos a otros temas pero con la misma fundamentación jurídica.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia citada fueron los siguientes: El marido de la demandada que padecía glaucoma fue ingresado en una clínica, produciéndose determinados costes derivados de su tratamiento curativo y del alojamiento, en total 4.477,91 DM. El esposo de la demandada efectuó un pago parcial con fecha 22-2-68 de 600 DM y otro posterior de 500 DM por los costes del tratamiento. Si bien el total restante le fue reclamado con fecha 16-7-68 sin ningún pago posterior. Se retrasó el procedimiento hasta marzo de 1969 haciéndose el mandamiento de pago y ejercitando la pretensión frente a la demandada y su esposo como deudores solidarios. El demandante alega que ante la falta de renta patrimonial del marido la demandada responde con su renta patrimonial de los costes en la medida del & 1360, 1360 a) en conexión con el & 683.2 BGB. El demandante gestiona un negocio de la demandada atendiendo los costes de la enfermedad de su marido. La demandada opuso que los && 1360 y 1360 a) sólo regulan derechos y obligaciones entre familiares y no dan ningún fundamento para la pretensión de terceros. El Tribunal señaló que el esposo no estaba en condiciones de cumplir con su obligación contractual en virtud del tratamiento médico, por consiguiente, responde su mujer en razón a su obligación de alimentos —nunca como deudora solidaria— sino desde el punto de vista jurídico de la gestión de negocios ajenos (&& 683, 679 BGB). Con la nueva versión del & 1357 BGB esta jurisprudencia ha perdido su significado porque los contratos celebrados por uno de los cónyuges con el fin del tratamiento curativo de un miembro del familia quedaría dentro del marco general de la potestad doméstica de los cónyuges, así es que nacería una responsabilidad de los esposos frente a médicos, farmacia y hospital (74).

El mismo razonamiento se ha seguido en los casos en que por ejemplo el servicio de grúa, en razón al contrato existente entre ésta y la policía, recoge un vehículo estacionado en lugar prohibido produciéndose una serie de desperfectos en dicho vehículo, utilizándose las reglas de la gestión para la limitación de la responsabilidad.

(73) Vid. STRUTZ, *Haftung bei der ärztlichen Behandlung Kranker Angehöriger*, en NJW 1972, pp. 1110 y ss. El problema fundamental es señalar quién es parte en el contrato y quién ha de pagar los honorarios de médicos y costes habituales. Señala este autor con anterioridad a la reforma de estos preceptos del BGB cuatro grupos de casos distinguiendo según que los cónyuges vivan juntos, vivan separados distinguiendo si existe o no sentencia de separación y un último supuesto cuando la esposa es aún menor de edad.

(74) HAUSS, *ob. cit.*, pp. 2017 que contrariamente al caso del matrimonio queda más cerca la GoA si un menor de edad se le dirige el necesario tratamiento médico sin que en esta ocasión participe el representante legal o el obligado a dar alimentos. No obstante no hemos encontrado ninguna sentencia que apoye esta posición.

En el caso del LG Munchen I, sentencia de 4-4-1974 (75), el demandante pidió indemnización de daños por los desperfectos ocasionados en su automóvil, que estaba estacionado en lugar prohibido, al ser remolcado por el servicio de grúa (demandado), en virtud del encargo de la policía. Se hace referencia en este supuesto a los §§ 278 y 831 BGB, es decir desde el punto de vista de la responsabilidad por sus auxiliares, no obstante se entiende que una responsabilidad de los demandados no podría fundamentarse, porque en las circunstancias del caso sólo responderían por culpa grave y en los hechos indiscutiblemente no podría aceptarse que los demandados hayan actuado con culpa grave en la elección de su personal o en la actividad del remolque. Se reconduce la limitación de la responsabilidad hacia el § 680 BGB señalándose que los demandados han actuado para el demandante como gestores de negocios ajenos en el sentido del § 677 BGB en la acción de retirada del vehículo, añadiéndose en concreto que el acto de remolque era un negocio objetivamente ajeno para los demandados, siendo también subjetivamente ajeno. Se entiende que los demandados estaban obligados de forma jurídico-pública y jurídico-privada como gestores de la policía frente al titular. Así de las circunstancias del caso y ponderando los intereses de ambas partes se pudo comprobar que los demandados no sólo han actuado en cumplimiento de los mencionados intereses sino que también han actuado para el demandante, reconduciéndose el supuesto al § 677 BGB. Se relacionan asimismo en el caso los §§ 678 y 679 BGB. Se toma en consideración en estos preceptos precisamente que la asunción de la gestión del negocio esté en oposición a la real o probable voluntad del *dominus*, no tomándose en cuenta esta voluntad contraria del *dominus* cuando sin dicha gestión no se cumpla a tiempo una obligación del *dominus* en interés público. Además la gestión del negocio entra dentro de lo regulado por el § 680 BGB, al retirar el coche de la salida de bomberos (caso de incendio por ejemplo) por lo que la gestión se propone evitar un riesgo inminente que amenaza al *dominus*, por lo que el gestor sólo responde por dolo y culpa grave. Finalmente se excluye la responsabilidad de los demandados tanto por la vía de los §§ 677, 278 BGB como por los §§ 823, 831 BGB (76).

Existen sin embargo sentencias contradictorias a las aquí expuestas. Por ejemplo en el caso LM München I, sentencia de 28-9-1977 en el que también los hechos se centraban en la recogida de un vehículo por la grúa por mandato de la policía en el que se produjeron unos daños. Aquí sin embargo el Tribunal entendió que la voluntad del demandado no se encontraba en la gestión de un negocio ajeno sino que en

(75) NJW 1976, pp. 898 y ss.

(76) Vid. también en el mismo sentido del razonamiento de esta sentencia LM München I s. 25-5-1977 en VersR 1978, pp. 1076 y ss.

primera línea estaba la finalidad de la ganancia. Señalando que lo que existe es una obligación surgida por el contrato de servicio (77).

En los casos citados se señala por la doctrina que existiendo un contrato entre policía y grúa, la prestación consiste precisamente en ese servicio de recogida de vehículos y solamente podrá la grúa exigir el reembolso por propio derecho de la policía (78).

Señala WEYERS (79) que lo principal en este tema es si el que actúa para el reembolso por la medidas adoptadas por el mismo, entiéndase el titular del hospital, el empresario de la grúa, etc., en particular puede obtener la extensión del riesgo de insolvencia a persona distinta de la otra parte contractual. Sigue diciendo este autor que en estos temas el empleo de las normas de la gestión de negocios se reconduce a un principio general que también penetra en las reglas del enriquecimiento concretamente en la —*Leistungskondiktion*—, quizá equivocadamente, porque aquél que tiene la posibilidad de elegir a la otra parte en el contrato, allí debe buscar también la seguridad frente al riesgo que sería su facultad correlativa. Invoca este autor el proverbio según el que «donde has puesto tu confianza, allí debes buscarla».

ACCIÓN DE REGRESO ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS «*Ausgleichung*».

La acción de regreso entre deudores solidarios se ordena en el BGB en su §426, de acuerdo con este precepto «Los deudores solidarios están obligados por partes iguales en su relación recíproca, en tanto no se determine otra cosa. Si no se obtiene la cuota que le corresponde a un deudor solidario, los demás deudores obligados en el regreso soporarán su falta. Siempre que un deudor solidario satisfaga al acreedor y pueda ejercitar el regreso frente a los restantes deudores, el crédito pasa a él. El tránsito no puede hacerse valer en perjuicio del acreedor».

Es claro que de acuerdo con el mencionado precepto la acción de regreso, como tal, es la adecuada en la relación interna entre deudores solidarios. No obstante y teniendo en cuenta este precepto se han planteado problemas en el derecho alemán en el caso en que o bien el acuerdo contractual de solidaridad era nulo o bien no existía en el sentido de ser una falsa solidaridad. En estos casos los tribunales alemanes han utilizado las normas de la gestión de negocios ajenos. Es decir, siendo nulo el acuerdo en virtud del cual los deudores pactaron la soli-

(77) NJW 1978, pp. 48 y ss. En sentido parecido *vid.* AG Krefeld, sentencia de 5-4-1978 en NJW 1979 pp. 722 y ss.; LG Stuttgart 7-1-1972 en VersR 1973, p. 517 y ss.

(78) *Vid.* en este sentido MEDICUS, *ob. cit.*, p. 240.

(79) *Ob. cit.*, pp. 400-401.

daridad, habiendo cumplido uno de ellos la prestación frente al acreedor y no pudiendo actuar el regreso en virtud de la solidaridad, podrá pedir el reembolso del resto de los codeudores con base en las normas de la gestión. HELM (80) aclara a este respecto que sólo pueden entrar en consideración las normas de la gestión de negocios cuando no exista ninguna otra regla de regreso en la relación interna entre los deudores.

Existe un caso, si bien antiguo muy famoso, denominado el caso de la torre de la catedral de «Fuldaer» (81). Dicha torre se incendió por culpa de unos artificieros al manipular los fuegos artificiales. El Estado reconstruye la torre en razón de la existencia de la residencia episcopal pagando los costes en virtud de su deber jurídico-público. Posteriormente reclama de los artificieros la restitución de los gastos en razón al negocio ajeno gestionado. El Tribunal decidió en este sentido.

Otro caso similar fue el de la sentencia del BGH de 2-5-1963 (82). En este caso el contratista y el arquitecto llegan a un acuerdo con el propietario que causó culposamente los daños, decidiendo también el Tribunal en razón de la gestión de negocios ajenos. Respecto del arquitecto señala el Tribunal que en la compensación de los daños el arquitecto gestiona un negocio del contratista teniendo aplicación el §683 BGB.

En todos estos casos de compensación la doctrina alemana señala como vías de aplicación, en ningún caso la gestión sino bien el derecho de daños o el enriquecimiento. En la doctrina hoy es casi una opinión generalizada, que la gestión de negocios se elimine como instrumento de regreso (83). Pero una vez más los tribunales no coinciden con la doctrina, prefieren aplicar en estos casos y en otros el derecho de gestión antes que por ejemplo el derecho de enriquecimiento.

No obstante a veces no se acude a las normas de la gestión. Por ejemplo éste fue el supuesto de la sentencia de 4-7-1963 (84). Con fecha 24-4-1959 los demandados y el titular de la empresa K firmaron un formulario de pedido y solicitud de un préstamo a la demandante, todo ello en el mismo folio. En la hoja de pedido declaraban los firmantes que los demandados habían solicitado de la firma K distintos enseres mobiliarios por un total de 6816 DM., pagando a cuenta 1216 DM., K expide recibo de la señal y realiza el envío del pedido. Con la solicitud

(80) *Ob. cit.*, p. 355.

(81) RG 82, 206.

(82) NJW 63, 1401. *Vid.* también SCHMALZL MDR 64, 362. *Vid.* también BGH 42, 227 y RAISCH JZ 65, 703.

(83) *Vid.* SELB, *Schadensbegriff und Regressmethoden* 1963, 31; NJW 63, 2056; SOERGEL-ZENNER BGB-Komm. §843; HERMANN LANGE, *Schadensersatz*, 1979; FROTZ JZ 64, 665; ESSER-WÉYERS, *ob. cit.*, p. 401; STAND-WITTMANN, §677.

(84) NJW 1963, 2067.

de préstamo se propone, a modo de recomendación, por parte de la demandante a los firmantes la cancelación del resto del préstamo para la compra, por valor de 5600 DM. La demandante abona el préstamo relacionado en la solicitud a la orden de la firma K. Esta no entregó los objetos relacionados en la hoja de pedido y tampoco lo hizo más tarde. La demandante pidió a los demandados el reembolso del préstamo más 550 DM. por los gastos del crédito así como los gastos del requerimiento, alegando que K y los demandados sólo habían simulado una compra a plazos. En realidad habían cubierto con el dinero del préstamo una reclamación negocial de la firma K frente a GmbH, que entonces era gestor de los demandados. La demandante ha obtenido frente a los demandados una orden de ejecución por 6150,60 DM. más los intereses, contra la que se ha interpuesto reclamación. El LG mantuvo la orden de ejecución y condenó a los demandados solidariamente al pago del citado importe. En la apelación pagó la firma K lo demandado más los intereses y las costas a la demandante. Esta cedió sus derechos en la orden de ejecución. En consecuencia la demandante pidió que se condenase a los demandados al pago a la firma K. El OLG rechazó la apelación de los demandados con la reserva de que la firma K había pagado. La revisión de los demandados conduce a la casación y devolución. Todo ello apoyándose en que los demandados no habían hecho solicitud de préstamo para la financiación de la compra en las mencionadas circunstancias. sino para cubrir su obligación asumida en común de ...GmbH frente a la firma K. Se critica esta decisión (85) entendiéndose que podía haberse acudido al derecho de gestión sin mandato &683 en relación con el &670 BGB como posibilidad de actuación de regreso por parte de uno de los deudores solidarios frente al resto en el sentido del &426.2 BGB, una vez que se admite generalmente la posible gestión de un negocio propio y al mismo tiempo ajeno, sin embargo el tribunal no entró en esta argumentación.

LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS DEUDORES SOLIDARIOS EN NUESTRO DERECHO

Cumplida la prestación por uno de los deudores solidarios, éste tiene la acción o derecho de regreso contra los demás codeudores, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1.145 CC, según el cual el deudor que ha hecho el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno de éstos corresponda con los intereses del anticipo. El fundamento de la acción de regreso no se halla en el hecho de que el pagó lo haya realizado en interés y en ventaja de otro u otros, pues el que paga lo hace en su propio interés, es decir el mismo se libera con el pago, la liberación de los demás es una consecuencia objetiva.

(85) NJW 1963, 2067.

Señala DIEZ-PICAZO (86) que no puede decirse que el deudor que paga, lo haga en cumplimiento de un mandato de sus codeudores, ni como representante de ellos, y que tampoco «hay gestión de asuntos ajenos sin mandato, pues no es preciso un específico *animus alieni negotii gerendum*, ni un *utiliter coeptum* para ejercitar la acción de regreso, como se requeriría si el actor fuera un gestor de negocios». No hay gestión de negocios ajenos cuando uno de los deudores solidarios realiza el pago, puesto que realizando el pago cumple con su prestación en función de la relación contractual existente. La acción de regreso la tiene el deudor en función del art. 1.145 CC. en virtud de la solidaridad existente entre los deudores. Es decir la acción de regreso nace en virtud de la solidaridad. En este sentido puede plantearse en nuestro Ordenamiento de la misma manera que en el derecho alemán, que ocurre cuando el acuerdo de solidaridad es nulo. Si no hay solidaridad, evidentemente no podemos fundamentar en ella la acción de regreso, que como tal no puede existir. Vimos que los tribunales alemanes en ocasiones reconducen la restitución por parte del resto de los codeudores por la vía de la gestión de negocios ajenos, en el sentido de que el deudor que realiza el pago gestiona un negocio propio y al mismo tiempo ajeno para el resto de los codeudores, al no poder fundamentar el pago en dicha solidaridad y por consiguiente no tener la acción prevista también en el BGB (§426), de regreso, frente al resto de los codeudores.

No obstante lo anterior si mantenemos, como señala DIEZ-PICAZO (87), que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en los principios que vedan el enriquecimiento sin causa, en el sentido de que si el deudor que ha pagado no pudiera dirigirse contra sus codeudores, estos últimos experimentarían un enriquecimiento injusto. Si bien señala el citado autor respecto de la acción de regreso que ésta no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre un carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base en aquel principio.

Nosotros en páginas anteriores hemos puesto en cuestión la subsidiariedad de este tipo de acciones. Si se parte de la no subsidiariedad de la acción quizá lo que exista es un concurso de pretensiones, que bien podría fundamentarse en derecho de gestión o enriquecimiento.

En nuestro Derecho, sabemos que el pago del tercero tiene su régimen específico en los arts. 1.158 y 1.210 CC. La doctrina mayoritaria entiende que la acción de reembolso es la general y se produce en todos aquellos casos en que el *solvens* no ha actuado al pagar en contra

(86) *Fundamentos II, ob. cit.*, p. 214.

(87) *Ibidem.*

de la voluntad del deudor (art. 1.158.1), mientras que la acción de enriquecimiento procede en los supuestos de pago hecho contra la voluntad expresada por el deudor (88).

Según esta doctrina, el pago por cuenta de otro abarcaría tanto el pago realizado con aprobación del deudor como el pago realizado ignorándolo éste (89). Por tanto se entiende que el único supuesto en que el Código excluye la acción de reembolso es el recogido en el par. II del art. 1.158, el pago efectuado contra la expresa voluntad del deudor (90).

Frente a esta doctrina mayoritaria, SERRA CALLEJO (91) entiende que el tercero que paga con aprobación del deudor posee una acción de reembolso inmune a las excepciones derivadas de las relaciones entre acreedor y deudor, mientras que el *solvens* que obra ya sea con desconocimiento o contra la expresa voluntad del obligado sólo cuenta con una acción de repetición de la utilidad obtenida por el deudor.

Desde luego la opinión de este autor no se apoya en la literalidad del Código, aunque precisamente critica que la opinión doctrinal mayoritaria parece ajustarse al tenor literal de la ley, pero no tiene en ella un apoyo indiscutible. Sin duda el art. 1.158 III CC hace una expresa referencia al supuesto en el que el *solvens* paga contra la expresa voluntad del deudor para concederle una acción de repetición en lo que le hubiera sido útil el pago, referencia indubitada a ese caso y no a otro. La literalidad del Código diferenciando este supuesto de aquéllos en los que el *solvens* paga conociéndolo o ignorándolo el deudor es manifiesta, lo que no significa que entre los dos supuestos citados no exista diferencia alguna. Aunque pudiera ser, como le parece al autor de referencia, que ello pugne con la equidad y con la filosofía que inspira en el Código la institución del pago de tercero. Argumenta que la solución

(88) No obstante algún autor (*vid.* LALAGUNA, *Nueva Enciclopedia Jurídica* Scix, T. XVIII, voz «Pago»), entiende que sólo corresponde al *solvens* que paga ignorándolo el deudor la acción de repetición de la utilidad obtenida por éste. Reduciendo la acción de reembolso sólo al supuesto en el que el deudor autorizó la intervención del *solvens*. Para el estudio del pago del tercero *vid.* por todos HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*. Barcelona 1983.

(89) DíEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, *ob. cit.*, p. 486-487.; BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XVI, vol. I, Madrid 1980, pp. 27, 30 y ss. entre otros.

(90) Por virtud de esta acción de reembolso el *solvens* puede reclamar del deudor lo que él haya pagado, el equivalente exacto. Es un crédito enteramente nuevo, no se ve reforzado por tanto de los accesorios y garantías. Se entiende generalmente que el deudor no puede ejercitar excepciones relativas al crédito satisfecho, por ej. el tiempo para la prescripción del crédito satisfecho entre el momento en que nació el derecho y el momento posterior al pago. No obstante BERCOVITZ (*ob. cit.*, p. 29 y ss.) entiende que el tercero puede reclamar todo lo que hubiese pagado correctamente, sin mediar culpa por su parte y que por tanto si pagó más de lo que debía por su culpa no podrá reclamarlo.

(91) Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero, *La Ley*, 1991-2, p. 1082 y ss. (p. 1089).

dada por la doctrina es injusta pues al amparo de ella cualquiera puede inmiscuirse en una relación obligatoria ajena y satisfacer un derecho de crédito a espaldas del deudor. Ciertamente la admisión por el Código del pago de tercero ignorándolo el deudor supone la admisión de la intervención de este tercero en la esfera ajena, precisamente la del deudor. Por otra parte como venimos señalando nuestro Ordenamiento admite la gestión de negocios ajenos por lo que se halla en la línea de los ordenamientos en los que se admite la intromisión, si bien con un inicio útil, en la esfera ajena. Por otra parte señala SERRA que una concepción tal favorece maquinaciones fraudulentas que pueden burlar los medios de defensa del deudor así como actuaciones culposas quizá de un tercero bien intencionado pero torpe. No obstante, cabe señalar que para ello existen las acciones típicas generales, que no tienen porqué estar recogidas en cada institución. Por último entiende este autor que en nuestro Código se detecta una línea de pensamiento tendente a circunscribir la acción de quien obra en la esfera jurídica de otra persona sin conocimiento de ésta a la reclamación del provecho obtenido por el sujeto afectado. Acudiendo en este sentido a los preceptos relativos a la fianza, mandato o gestión de negocios ajenos. Argumentando por último que la expresión por cuenta de otro admite dos lecturas: una primera como indicativa de una voluntad del solvens para producir efectos en la esfera jurídica ajena (sería la que sirve de apoyo a la doctrina mayoritaria) y una segunda de la voluntad del deudor en el sentido de «encargo de». Frente a todo ello cabe señalar con DIEZ-PICAZO (92), que lo que el autor citado defiende sería el régimen aplicable si el Código precisamente no contuviera preceptos especiales, que para nosotros, son casos de mandato o de fianza.

Respecto de la gestión de negocios SERRA señala como argumento para su tesis que el pago hecho por tercero no es más que un ejemplo concreto de dicha gestión. Realmente el pago hecho por tercero es una manifestación de la gestión de negocios ajenos, pero ello no conduce bajo nuestro punto de vista a que el pago hecho con ignorancia del deudor o en contra de su voluntad tenga un mismo régimen en cuanto a la acción de repetición para el *solvens* solamente en la utilidad obtenida.

Puede mantenerse que el pago hecho por tercero es un supuesto de gestión de negocios pero no olvidemos que en la gestión de negocios surgen dos acciones. Para el gestor la indemnización de gastos, *actio noegotiorum contraria*, para el dominus la *actio noegotiorum gestio directa*. Podría sostenerse que el art. 1.158 es una manifestación de la gestión de negocios ajenos. No obstante de no entenderlo así, podrían ejercitarse alternativamente la acción de reembolso, considerada como equivalente exacto de la prestación, y la *actio noegotiorum gestio* en cualquiera de sus vertientes.

(92) *Fundamentos II, ob. cit.*, p. 487.

Entendemos con DIEZ-PICAZO que no parecen existir argumentos suficientes para negar que sea pago por cuenta del deudor también el que dicho deudor ignora. Si bien se ha señalado que una concepción que otorga ampliamente al tercero que paga un derecho de reembolso, favorece maquinaciones fraudulentas entre dicho tercero y el acreedor que pueden burlar los medios de defensa del deudor. Quizá una acción de gestión que fundamenta el art. 1.158 lo evitaría. Si el que pagó inició una gestión útil y presumimos esa voluntad de gestión para otro en el sentido del negocio objetivamente ajeno del derecho alemán, deberíamos concluir que en los supuestos de nulidad del acuerdo de solidaridad, que conduciría directamente al supuesto del pago hecho por tercero, la acción que corresponde al deudor que realizó el pago frente al resto de los deudores es la típica de gestión de negocios sin mandato.

El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 1984, fundamenta su solución en la línea que aquí venimos manteniendo. Los hechos que dieron lugar a la sentencia citada fueron los siguientes: Una S.A. de carácter familiar, demanda a los cónyuges A y B, determinada cantidad que correspondía en parte a cantidades tomadas por B de la caja social para sus atenciones personales y familiares y parte a pagos hechos a terceros por la sociedad actora por cuenta de los demandados. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia, no habiendo lugar posteriormente al recurso de casación.

Alegan los recurrentes que «en cuanto a los pagos que se dicen realizados por la Sociedad recurrida a terceros por cuenta de los recurrentes, —conocidos y aprobados tácitamente— por B se operó la subrogación en los derechos del acreedor a que tales normas aluden, con las consecuencias transmisivas del crédito en su plenitud ordenadas por el art. 1.212, sin otra variación que la persona del acreedor, con la posibilidad consiguiente de venir permitido oponer al subrogado —la prescripción extintiva que contempla el art. 1.267— sin otra variación que la persona del acreedor, con la posibilidad consiguiente de venir permitido oponer al subrogado —la prescripción extintiva que contempla el art. 1.267»—. Tal argumentación es considerada por el Tribunal Supremo improsperable, en los siguientes términos: «sin desconocer que la subrogación o pago con subrogación es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1.526 y ss. CC y admitiendo asimismo que tratándose de subrogación el tercero que actúa como *solvens* pasa a ocupar la posición del acreedor originario con la posibilidad de que se le puedan oponer las excepciones eficaces contra éste, tal modificación por cambio del sujeto activo, nuevo titular del crédito con su adinícula, que es el efecto ordinario en la hipótesis de cumplimiento realizado por un tercero ajeno a la relación obligatoria con aprobación del deudor (arts. 1.159 y 1.210, núm. 2), puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de

la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso a que se refiere el parrafo segundo del art. 1.158, ello además de que según autorizada opinión de la doctrina científica la titularidad de los derechos de reembolso y a la subrogación es cumulativa con el reconocimiento de opción en favor del sujeto, y en el supuesto debatido las circunstancias de toda índole, ya resaltadas, están proclamando que los pagos hechos por la Sociedad a cuenta de los recurrentes miraban únicamente el reembolso, como derivado de la gestión de negocios ajenos, pues las relaciones tan estrechas entre la empresa y el grupo familiar evidencian que los pagos se hicieron con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito por parte de la S.A.....» (93).

LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y EL DERECHO DE DAÑOS: RESPONSABILIDAD

La especialidad de las normas de la gestión de negocios ajenos en el derecho alemán se pone de manifiesto fundamentalmente frente al derecho de enriquecimiento, por nuestra parte ya estudiado, y frente al derecho de daños.

Veremos inmediatamente supuestos resueltos por los tribunales alemanes con fundamento en el derecho de gestión de negocios ajenos, que según la doctrina científica pertenecerían posiblemente al campo del derecho de daños.

Los §§ 823 y ss. BGB contemplan el régimen de la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el § 823 I, está obligado a reparar el daño causado quien, concurriendo dolo o negligencia, haya lesionado de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno (94). Por su parte el § 823 II establece lo mismo pero con referencia al daño producido a otro violando una ley protectora. El patrimonio como tal, puede observarse, no se encuentra en el § 823 BGB. Estará tutelado, como señala ASUA GONZALEZ (95) cuando la lesión patrimonial sea una consecuencia ulterior derivada del daño a un derecho o bien jurídico protegido (daños patrimoniales secundarios). Por ello se habla de daños primariamente patrimoniales, porque el patrimonio resulta perjudicado sin la lesión a ninguno de los bienes jurídicos especificados. En cambio sí serán indemnizables los

(93) *Vid.* en el mismo sentido la S.T.S. de 16 de diciembre de 1985.

(94) Se incluyen dentro de la expresión «cualquier otro derecho ajeno» otros bienes jurídicos y derechos reales limitados, la posesión, el derecho al ejercicio de una actividad empresarial o los derechos de la personalidad.

(95) *La culpa in contrahendo*, Universidad del País Vasco 1989.

perjuicios exclusivamente «primariamente patrimoniales» si se han producido vulnerando una ley protectora (§ 23 II) o cuando exista una actuación dolosa (§ 26) pero no en los casos en los que haya intervenido negligencia.

Puede observarse que existen supuestos en los que no existe responsabilidad extracontractual derivada de los preceptos que el Código civil alemán dedica a este tipo de responsabilidad. Si el patrimonio resulta perjudicado sin lesión de ninguno de los bienes jurídicamente especificados, si no se ha vulnerado una ley protectora en cuyo caso si serían indemnizables los llamados daños primariamente patrimoniales o no ha habido actuación dolosa, no se podrá fundamentar la indemnización en los preceptos de la responsabilidad extracontractual. Existen por tanto supuestos que resultan de difícil encaje en esta sede y para los que los tribunales decididamente han optado por fundamentar sus decisiones en las normas de la gestión, entendiendo los daños como equivalentes de «gastos» para el gestor. Aunque como dice el prof. WEYERS (96) las normas de las dos figuras jurídicas pueden ser empleadas en casos aislados simultáneamente.

Respecto de nuestro Derecho debe tenerse en cuenta, como siempre, que no deben hacerse traslaciones directas de un ordenamiento a otro, pues son sistemas jurídicos distintos. El derecho de daños trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quién, por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia, causa daño a otro. Se trata de resolver el problema de la imputación del daño (97). A diferencia del derecho alemán la lesión de un derecho subjetivo no es un requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual. Siguiendo a PANTALEON (98) debe tomarse en consideración que la pretensión indemnizatoria no es un «subrogado» del derecho absoluto en su caso lesionado.

El sistema alemán de responsabilidad extracontractual es un sistema típico a diferencia del nuestro que es un sistema de «cláusula general», es decir, todo daño es indemnizable, salvo aquellos casos en los que el interés lesionado no es digno de protección, por ejemplo por ser ilícito o contrario a la moral social. Como señala el citado autor «en nuestro Derecho es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuricidad de la conducta del dañante y que dicha antijuricidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1.902 CC sería una norma secundaria) protectora del interés lesionado....Situación el centro de gravedad del supuesto de hecho del art. 1.902 CC en la conducta del responsable, y no en el daño, contradice la fun-

(96) *Ob. cit.*, p. 389-390.

(97) *Vid. Díez-PICAZO, Dos estudios... cit.*, p. 59.; DE ANGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto 1988.

(98) *Comentario del Código civil*. T. II, Ministerio de Justicia 1991, com. art. 1.902.

ción puramente resarcitoria del precepto: no se impone al dañante la obligación de indemnizar porque puede serle reprochado haber obrado antijurídicamente, y con el fin de que no vuelva a actuar así, sino porque, dado que el daño es objetivamente imputable a la conducta culpable de aquél, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez de el dañado».

Frente a las normas del enriquecimiento sostuvimos que el supuesto de hecho de la gestión excluye el enriquecimiento, mientras que entre las normas del enriquecimiento y el derecho de daños puede existir una concurrencia de normas, de manera que el actor podrá decidir en qué normas fundamenta su pretensión. La misma cuestión puede plantearse de forma similar entre las reglas de la gestión y el derecho de daños.

Al igual que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se realiza tomando en consideración la existencia de una obligación surgida de contrato para la primera, mientras que de forma diferente la responsabilidad extracontractual se origina por la violación del deber de no dañar a los demás, «*alterum non laedere*»; la distinción entre la responsabilidad derivada de la gestión de negocios ajenos sin mandato y la responsabilidad extracontractual surgiría desde el momento en que existiendo una verdadera gestión surge la obligación legal de la que deriva la responsabilidad entre *dominus* y gestor.

Todo ello no significa que no sea perfectamente posible que unos mismos hechos constituyan al mismo tiempo el supuesto normativo de ambos tipos de responsabilidad, es decir, puede pensarse que acaecido un hecho dañoso, éste pueda ser susceptible de conformar tanto el supuesto de hecho de las normas de gestión de negocios ajenos como el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual. Y no es impensable, a partir de la formulación tan amplia de cláusula general del art. 1.902 CC, que se puedan producir casos de concurrencia de normas, entre la gestión y las de responsabilidad extracontractual, al igual que se producen entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (99).

La posibilidad de concurrencia aparece claramente en los casos en que resulte infringido un deber de no causar daños fundado en dos causas diversas pero concurrentes. De un lado, en el supuesto del art. 1.893 II cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto el *dominus* deberá indemnizar los perjuicios sufridos por el gestor. De otro si una persona sufre daños en su intento de salvar la vida, la integridad o los bienes de otro de una situación de peligro cierto creada culpablemente por el posible responsable, el titular del

(99) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias» en prensa; PANTALEÓN, *Comentario del CC. cit.*, art. 1.902.

bien amenazado estará obligado a indemnizar al dañado junto al creador culpable de la situación de peligro, según lo dispuesto en el art. 20 I.2 CP y en el mencionado art. 1.893 Cc (100).

Una de las diferencias más importantes entre las normas de responsabilidad contractual y extracontractual, como es de todos sabido, es el plazo de prescripción de acciones, al igual que las primeras la prescripción de la acción de gestión es de 15 años frente a la prescripción de un año de la acción de responsabilidad extracontractual. MIQUEL (101) mantiene la tesis de una concurrencia de normas que fundamentan una única pretensión, si bien señala este autor que es difícil admitir una sola acción cuando existen dos diversos plazos de prescripción, argumentando que «En cualquier caso parece que debe elegirse en estos supuestos el plazo más breve si la finalidad de la ley que lo establece quedase frustrada de otro modo o el más largo en caso contrario. La existencia de una concurrencia plantea en toda su agudeza la necesidad de decidir la norma aplicable. En mi opinión existe un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión y se impone la necesidad de elegir en función de la finalidad de las normas» (102).

Veamos inmediatamente como se han planteado los supuestos a los que hemos hecho referencia en los tribunales alemanes, aunque no podamos realizar ningún tipo de comparación con decisiones tomadas

(100) Vid. en este sentido PANTALEÓN, *Comentario del CC, cit.*, p. 1986 incluyendo este supuesto como uno de los criterios de imputación objetiva. También PANTALEÓN, *Centenario del Código civil*, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», pp. 1561 y ss. p. 1576. Cita este autor la STS de 10 de marzo de 1983: Se estimó la pretensión indemnizatoria ejercitada en nombre de un menor de edad, que sufrió serias quemaduras al prenderse fuego sus ropas, cuando trataba de socorrer a un amigo suyo menor que él, cuyas ropas también habían comenzado a arder, arrojando a la calle un avión de aeromodelismo que se había incendiado al prenderse la mezcla de combustibles del mismo, cuando se amigo le acercó un mechero de gasolina encendido. El demandado y condenado ex art. 1.903 II CC fue el padre de este último, de nueve años de edad, que junto a su hermano de cuatro y la víctima, trataba de poner en marcha el avión de aeromodelismo, que su padre guardaba en su cobertizo, para iluminar el cual encendió el mechero.

Podríamos estar aquí en presencia de unos hechos que podrían fundamentar, al igual que en otro caso que comentaremos más adelante decidido por el BGH en Alemania, los supuestos de hecho de distintas normas, gestión de negocios y responsabilidad extracontractual.

(101) *Ob. cit.*

(102) De forma contraria PANTALEÓN, (*Comentario del CC, ob. cit.*, art. 1.902, p. 1978) señala que «no obstante su idéntica finalidad, puramente compensatoria o resarcitoria, las normas de responsabilidad contractual y las de responsabilidad extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas como lo prueba con toda claridad su diferente plazo de prescripción: comp. arts. 1.964 y 1.968.2 CC». El grupo de casos que después analiza este autor no plantea según el citado autor un supuesto de «concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión». Vid. CAVANILLAS y TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid 1992, en especial pp. 205 y ss.

por nuestro Tribunal Supremo en el que todavía no ha existido ningún caso que nos permita comparar o delimitar la gestión de negocios ajenos y el derecho de daños.

En el caso de la sentencia de 27 de noviembre de 1962 (BGH 38,270), los hechos fueron los siguientes: Por una carretera circulaban correctamente (culpa no probada) tres ciclistas de 10-11 años, a los que llamaremos *sujeto A* (no tiene importancia en el caso el número de sujetos), y un automovilista *sujeto B* que también circulaba correctamente. Dicho automovilista B se encuentra con A produciéndose una situación de peligro que B salva echándose a la cuneta y dándose de frente contra un árbol produciéndose los consiguientes daños materiales en el coche y daños corporales en su persona. El demandante B solicita de A la indemnización de daños basándose en el autosacrificio para A en las normas de la gestión de negocios ajenos.

Este caso ha sido muy tratado por la doctrina alemana (103), y también muy criticada la solución del Tribunal Supremo alemán con base en las normas de la gestión, concediendo al demandante la mitad de los gastos (daños).

El sujeto A, en su actuación no responsable (entiéndese sin culpa) origina a través de su comportamiento reglamentario una situación en la que el automovilista B puede evitar una lesión a A sólo a través de ponerse él mismo en peligro dirigiendo su coche a la cuneta. El mismo soporta unos considerables daños patrimoniales y quizá también daños corporales. Se excluye aquí la acción ilícita frente a A. Se plantea en realidad, si B por ésta razón puede pedir indemnización de los daños a A porque él con su maniobra ha realizado un negocio para A.

Señala LARENZ (104) como presupuesto en primer lugar, que la inminente lesión de A para B se presenta como un «suceso inevitable» en el sentido del & 7.2 StVG (105), que B sólo ha prestado el necesario cuidado y de ahí, en el supuesto de daños a otros, él no habría respondido. Se cuestiona también si es exigible a B ponerse en peligro a sí mismo, es decir el autosacrificio, de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos en estado de necesidad. Por consiguiente ¿es exigible para B soportar un daño en las cosas o insignificantes daños corporales si a A le amenaza un peligro para la vida o la salud? Si ello es así B cumple el deber jurídico de no lesionar a A, por lo que deberá soportar sus propios daños. Otra cuestión es si los inminentes daños e incluso los sucedidos a B se valoran menos que los que le podrían haber sucedido a A, pues entonces B habría actuado

(103) LARENZ, *Schuld... cit.*, p. 357; DEUTSCH AcP 165, 193; ERMAN/HAUSS, *ob. cit.*, p. 2014; WEYERS, *ob. cit.*, p. 402; LANGE, JZ 63, 547; HAGEN, NJW 66, 1893; BOHMER, MDR 63, 184; BELEMANN, MDR 63, 186; CANARIS, JZ 63, 655; HELM, VersR 68, 209, 318, entre otros.

(104) *Ob. cit.*, p. 357.

(105) & 7 StVG (*Strassenverkehrsgesetz*) de 19 de diciembre de 1952.

más allá de lo que en realidad estaba obligado hacer. Para A quedan sus propios daños así como los intereses. Se le concede a B una pretensión de indemnización basada en las normas del cálculo de riesgos por una actividad en interés ajeno. La maniobra de desviación de B fue en esa medida tan peligrosa que queda a salvo el interés de A. Desde el punto de vista de una responsabilidad por culpa, no existe culpa y tampoco se llegaría desde el cómputo de los riesgos. El BGH limita la indemnización tomando en consideración que para ambos fue nexo causal el lugar peligroso, asimismo que la maniobra de desviación habría sido hecha también en el propio interés de B.

Quizá la particularidad del caso se halle en que el supuesto gestor B co-causante de la situación de peligro ha evitado las consecuencias para el otro. Desde este punto de vista una pretensión en toda la indemnización de los daños se entiende injusta (106).

Frente a lo anterior también se encuentra la opinión, fundamentada en los principios de la compensación de beneficios, de que los beneficiados han compensado en lo fundamental los daños del otro, en el sentido de daños propios que el otro habría padecido sin la maniobra de desvío (107).

Es fundamental el comentario de esta sentencia realizado por CANARIS (108), basándose este autor en el estado de necesidad para la valoración de los bienes jurídicos (género e importancia de los daños esperados) (109). Señala CANARIS que la solución no tiene especial dificultad en los casos que pueden calificarse como «estado de necesidad» dentro de los principios de la responsabilidad por culpa o de la responsabilidad por riesgo.

Los usuarios de la vía pública como tales usuarios y por el simple hecho de ser usuarios, contribuyen de alguna manera a la creación del riesgo. Si el conductor con su incorrecta circulación origina el estado de necesidad, él responde por culpa. No puede pedir la indemnización de los daños sufridos por la maniobra, porque el ha cumplido con su deber jurídico y las consecuencias no debe soportarlas un tercero. Si, al contrario, ha producido el otro culpablemente el estado de necesidad y el conductor realiza la maniobra se produce una adecuación causal con los daños y responde en virtud de los § 23 y ss. BGB. Si por cualquier razón por ejemplo porque en algún caso aislado excepcionalmente no

(106) En este sentido LARENZ, *ibidem.*; DEUTSCH AcP 165, 193.

(107) *Vid.* FRANK JZ 83, 740; ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 402.

(108) Jz. 63, 655.

(109) *Vid.* para el estudio desde el punto de vista del derecho penal JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. 1, Barcelona 1981, pp. 492 y ss. *Vid.* también LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona 1990, en concreto el capítulo dedicado al estudio de las indicaciones y los requisitos del estado de necesidad y el problema de la ponderación de intereses.

exista dicha adecuación, no se aplica el § 23, se afirma la obligación de indemnizar con fundamento en el § 28.2 BGB. Si ambos tuviesen la culpa en el origen de la situación del estado de necesidad, se reduce la pretensión respectivamente en la medida del § 254 BGB.

Dificultades jurídicamente importantes surgen en los casos que no pueden calificarse de estado de necesidad. Ello puede ocurrir cuando los interesados han conducido correctamente, o si un tercero ha originado la situación de peligro (riesgo), no existiendo culpabilidad. Se plantean distintas cuestiones: —si el conductor puede pedir indemnización y en qué medida; — si para salvar al otro usuario de la vía pública acepta los propios daños; —si en el caso contrario, que hubiese atropellado al otro, el conductor tendría la obligación de indemnizar los daños producidos.

CANARIS plantea las características del estado de necesidad en los siguientes términos: Es indispensable que uno de los bienes jurídicos en peligro se lesione para que se produzca el estado de necesidad. Señala que el ordenamiento jurídico alemán conoce y considera para el estado de necesidad esencialmente tres formas distintas: «Supralegal estado de necesidad» («*Übergesetzlichen Notstand*») en el sentido de que un bien jurídico de valor inferior debe ser lesionado para salvar otro de valor superior. «Estado de necesidad para la vida y Estado de necesidad para el cuerpo» («*Lebens*» — und «*Leibesnotstand*», en el sentido del § 54 StGB) y finalmente «*Defensiv*» y «*Agresivnotstand*», en el sentido de los §§ 228 y 904 BGB (110). Se plantean así por el citado autor todas las hipótesis imaginables que se mostrarían también en el caso examinado y como el estado de necesidad actúa como valor fundamental en el ordenamiento jurídico (111).

(110) De acuerdo con el § 228 quien deteriora o destruye una cosa ajena para apartar de sí mismo o de otro un riesgo originado por dicha cosa, no actúa antijurídicamente si el deterioro o la destrucción son necesarios para el alejamiento del riesgo, y el daño no es desproporcionado con el riesgo. Si el agente ha causado con culpa el riesgo está obligado a la indemnización del daño.

De acuerdo con el § 904 el propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la intromisión de otro en la cosa, si dicha intromisión es necesaria para evitar un riesgo actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente mayor en relación con el daño causado al propietario por la intromisión. El propietario puede exigir la indemnización de los daños que se le han causado.

(111) De acuerdo con todo esto se diferencia:

a) Si peligrase con la maniobra un bien jurídico de alto valor, entonces ¿el conductor debería también poner en juego su vida mientras a los chicos sólo les amenazase una lesión corporal? En ese caso estaría justificada la mencionada lesión en el cuerpo. El ordenamiento jurídico aprueba la lesión del bien de menor valor y también desde el derecho civil, de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos. Desde luego en el caso que estudiamos se ha procedido como un atípico «supralegal estado de necesidad» cuando no ha tenido lugar una intervención en la esfera jurídica ajena, sino que la lesión ha sido originada por la misma situación de peligro.

El análisis del estado de necesidad lleva a CANARIS al planteamiento de la indemnización de los daños precisamente desde el punto de vista del estado de necesidad. Señala este autor que civilmente las consecuencias del estado de necesidad están reguladas por ahora defectuosamente en la ley. Defiende este autor la necesidad de diferenciar entre los casos de «Justificación del estado de necesidad» (112) y

b) Podríamos estar en un supuesto en el que se enfrenten bienes jurídicos del mismo valor. El conductor puede pensar en sus propios costes o en los del otro, lo que conduciría otra vez a los principios generales del estado de necesidad. En cualquier caso si los bienes jurídicos enfrentados son del mismo valor, no tiene justificación posible el elegir uno u otro en concepto de lesión o de daños, luego no está justificada la lesión de uno de los dos. Para ello existen dos alternativas distintas: o bien el conductor cree que puede evitar los daños —entonces la actuación es culpable—; o bien el conductor prevé totalmente la situación y elige la lesión del otro, entonces se cuestiona la responsabilidad por dolo. En los casos de estado de necesidad es necesario determinar si se puso el suficiente cuidado y si hubo la actuación dolosa, cuestiones que serán esenciales para la valoración de la particular situación forzosa de los actuantes. Se han dado varias respuestas. Algunos autores quieren ver en estos casos una posible aplicación analógica del § 54 StGB de forma que estaríamos en presencia de una actuación culposa y por consiguiente se excluiría la responsabilidad hacia los §§ 23 y ss. BGB. Señala CANARIS que, no obstante el concepto de culpabilidad, los caminos del Derecho civil y del Derecho penal son totalmente diferentes, por ejemplo la contradicción en los criterios objetivos de la culpa según la opinión mayoritaria en derecho civil y los subjetivos propios del derecho penal. Falta en el supuesto para la aplicación de la citada norma del derecho penal, la misma razón jurídica que lo fundamente, en particular se cuestiona si a consecuencia de una particular situación psicológica a la persona no se le sancionase por ello ¿también quedaría cerrada la responsabilidad por culpa del derecho civil? Los hechos, en el caso, son sin discusión disculpables, independientemente de si en el caso aislado realmente el conductor no podía hacer otra cosa que cometer el acto o si objetivamente no le fue exigible otro comportamiento. Por ello se niega la analogía con el § 54 StGB.

Señala también el citado autor que todavía no se ha dicho que en los casos de estado de necesidad se debería responder en virtud de los §§ 23 y ss. BGB. Se deben soportar pequeños daños en la salud si esa es la única posibilidad para la salvación de la vida del otro. Realmente un peligro para la vida propia o para el cuerpo excluye la culpa y no debe responderse en virtud de los §§ 23 y ss. BGB.

c) Otro supuesto sería si el conductor sólo ha aceptado daños en las cosas, mientras para el otro existe una amenaza en su vida o en el cuerpo. Aquí no existe justificación de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos y una lesión para el otro sería antijurídica y culpable. El ordenamiento jurídico permite los daños en las cosas o en la propiedad cuando sea el único medio de protección de un bien jurídico mayor. Todo ello se deduciría de los §§ 228 y 904 BGB. Si el propietario en semejantes casos debe soportar la intervención de un tercero, también se le puede exigir que el mismo lesione su propiedad si con ello impide un peligro. Por ello el conductor en la lesión del otro tendría una pretensión de indemnización de los daños en virtud de los §§ 23 y ss. BGB.

(112) En el BGB aparecen dos supuestos de «Justificación del estado de necesidad» en los §§ 228 y 904. Sólo se comprenden las intromisiones en los bienes, no están comprendidos los bienes personales como la libertad o la salud, respecto de los cuales se tomaría en consideración una lesión de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos. Respecto de los daños, para unos, por analogía con el

los de «Excusabilidad del estado de necesidad» (113).

El fundamento de la solución en el caso estudiado lo encuentra el Tribunal Supremo Federal en las normas de la gestión. Como sabemos, una pretensión basada en la gestión de negocios ajenos supone de entrada la gestión «para otro». A partir de ahí, se suceden las dificultades en el presente caso pues debe valorarse la gestión de un negocio «ajeno» (114). Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, no siempre es fácil delimitar la frontera entre el negocio propio y el negocio ajeno, tampoco es fácil fundamentar una acción por omisión del gestor, y por último tampoco es claro si existe una voluntad del gestor de gestionar para otro. Todo ello para poder desentrañar si se le reconoce al gestor una posible pretensión de indemnización de los daños, entendidos como gastos en su propio círculo jurídico. Si en el supuesto no existe una actuación de acuerdo con el interés y la real o probable voluntad del *dominus*, y efectivamente entendemos que ha habido un enriquecimiento para él, entendido como un ahorro de gastos podría pensarse en una acción de enriquecimiento. Si existió la mencionada actuación en interés del *dominus* se estaría en el supuesto del §683, como un mandatario el gestor podría exigir indemnización de sus gastos. La doctrina critica esta decisión del BGB con base en el derecho de gestión, sobre todo en función de que es muy difícil pensar realmente en un caso de gestión de negocios ajenos.

§904, los que actúan estarían obligados a indemnizar todos los daños, mientras que para otros sólo se les otorgaría una pretensión cuando la situación del caso aislado fuese conforme a la equidad. Debe observarse que la labor judicial en su función de concreción de los principios generales del Derecho no puede convertirse en una coartada para una pura jurisprudencia de equidad.

Debe analizarse la distinta valoración que la ley hace por ejemplo entre los §228 y 904. En el caso del §904 el deterioro de la cosa tiene su origen en una situación de peligro ajena, mientras que en el §228 el que actúa destruyendo o deteriorando la cosa ajena lo hace para apartar de sí o de otro un riesgo. Sólo en el primer caso la ley concede una pretensión absoluta de indemnización. Se entiende a partir del §904 que si el titular de los bienes (en su extensión a la salud, etc...) soporta una intromisión tiene una pretensión de indemnización frente al beneficiado. Frente a esto, otros señalan que si el lesionado ha contribuido a través de su actuación al origen del estado de necesidad, se aplicaría el §228 por lo que una pretensión de compensación se negaría ya que ambos han contribuido a la creación de la situación de peligro y ninguno debe soportar los daños. Desde un punto de vista de equidad se considera la posibilidad de la división de los daños pero no se da una firme fundamentación jurídica. En el caso analizado al no existir culpa en el origen de la situación de peligro se eliminaría también la posibilidad de indemnización desde el específico punto de vista del estado de necesidad.

(113) Se señala que el lesionado, a partir de la aplicación analógica del §904, puede pedir indemnización de los daños en razón a argumentos *a fortiori*, siempre que el fuese ajeno a la creación del estado de necesidad. Si ha contribuido al peligro con su actuación, tendría junto con el otro una pretensión de indemnización de acuerdo con el §228 BGB, si existe culpa, o bien si se dan los presupuestos del §829 BGB.

(114) Señala WEYERS, *ob. cit.*, p. 402, comentando esta sentencia, que la sucesión de accidentes y la evitación se realiza para el propio conductor, no puede hablarse de un negocio ajeno. Este caso podría conducirse por medio de la valoración de la responsabilidad civil, no en consideración a la equidad.

Las conclusiones a las que llega CANARIS, en este caso tomando en consideración la situación de estado de necesidad, son dignas de mención. En primer lugar si uno de los dos usuarios de la vía pública ha originado la situación de estado de necesidad y le es imputable de alguna manera conforme a los principios de la responsabilidad por culpa o la responsabilidad por riesgo, él responde por los daños producidos. Si elige sus propios daños para salvar a los otros, él no tiene pretensión de indemnización. En segundo lugar, si el origen de la situación de estado de necesidad no le es imputable a ninguno de los dos usuarios de la vía pública, desde el punto de vista de la razonabilidad hay que diferenciar de acuerdo con los principios de valoración de los bienes jurídicos: —Si el conductor para salvar a otros de un peligro para la vida o el cuerpo lesiona sólo bienes de poco valor, en particular bienes en las cosas, responde por esta lesión de acuerdo con los §§ 23 y ss. BGB y § 7, 18 StVG. El no tiene una pretensión de sus propios daños (115); —Si el conductor ha tomado en consideración frente a un peligro bienes de igual o mayor valor, en particular para la vida o el cuerpo, él no responde. Para sus propios daños puede pedir una adecuada indemnización en la medida en que haya actuado para la salvación de iguales o más altos bienes jurídicos ajenos. La pretensión de indemnización estará limitada a la indemnización de los propios daños originados pero sólo de que aquéllos que se han originado precisamente para impedir que se produzcan los daños de los otros, nunca más allá de este cálculo.

Otros supuestos en los que se ha extendido también el derecho de gestión por parte de la Jurisprudencia han sido los casos de restitución de costes extraprocerales en supuestos de competencia desleal, por parte de las asociaciones para la protección de la competencia desleal hacia los asociados que por cualquier motivo se ven expuestos a estas cuestiones cara a terceros. Aquí se aplica el derecho de gestión (§ 683).

Es muy significativa la sentencia del BGH de 15 de octubre de 1969 (116). La demandante es una asociación que conforme a sus estatutos tenía por objeto exclusivamente la protección de los comerciantes, de la economía y de los consumidores frente a la competencia desleal. Los demandados dirigen un comercio al por menor de material fotográfico. Con fecha de 20 de mayo anuncian en un periódico un concurso fotográfico.

Con fecha de 22 de mayo los demandantes reclaman las condiciones de participación como anticompetitivas, ofreciendo a los demandados, bajo emplazamiento, la conclusión de un acuerdo en el que éstos aceptaran su responsabilidad bajo cláusula penal, en cuanto a que su

(115) Un caso especial sería el § 29 BGB.

(116) BGH 52, 393.

participación en el concurso no perseguiría la compra de ningún artículo o mercancía o cualquier tipo de prestaciones que pudieran hacerse a título oneroso. Con fecha de 24 de mayo contestan responsabilizando a la Agencia de publicidad por el anuncio reclamado. A partir de todo ello los demandantes delegan en un abogado para que procediese a un nuevo requerimiento. Con escrito de 29 de mayo prometen los demandados intentar la rectificación el día 30 de mayo.

Los demandantes solicitan la restitución de los costes derivados del encargo realizado al mencionado abogado (117).

El Tribunal Supremo alemán entiende que pueden ser reclamados la restitución de los costes en cuanto que la asociación actúa como gestor de negocios ajenos de los demandados por la actuación anticompetitiva al evitar en un futuro costosos conflictos jurídicos, tomando por base el §683 BGB.

Esta jurisprudencia es sumamente criticada por la doctrina alemana. MEDICUS (118) señala que frente a esta jurisprudencia es necesario ser excéptico. Se aplica el §683 BGB en un peligroso reparto en la compensación de cargas fundándose en razones de equidad. En consecuencia todas estas sentencias estarían apoyando a las asociaciones con el resultado de que pueden conseguir, honorarios por doquier. Por otra parte frente a cualquier abuso está previsto en el §13 de la Ley de competencia desleal (UWG) (119), que precisamente incorpora una restricción del abuso. Señala HAUSS (120) que aquí dominan los conocidos principios del derecho de daños, conduciendo todo ello a dudosos resultados de política jurídica (121).

El §13 de la Ley de competencia desleal (UWG) prevé directamente la pretensión de cesación y la pretensión de indemnización de los daños (*Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche*). No obstante debe pensarse que se dirige, bien a la prevención del daño, bien directamente frente al daño producido. En este último supuesto se podrá

(117) *Vid.* en sentido parecido la sentencia de 2 de marzo de 1973 (NJW 1973, 901). En este supuesto reclama también el demandante la restitución de los costes en diversos conceptos y los gastos originados por el abogado. Las partes en este proceso eran competidoras en el comercio de joyería. la cuestión se origina por la publicidad engañosa y contraria a la buena fe de pulseras de oro. *Vid.* también BGFH NJW 84, 1753, en el caso se decide sin fundamentación a favor de la asociación para la represión de la competencia desleal la restitución de los costes de los letrados, cuando la asistencia de letrado sólo sirve para intereses propios.

(118) *Bürgerliches Recht, cit.*, p. 237. *Vid.* también ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 404.

(119) *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley de competencia desleal).

(120) *Ob. cit.*, p. 2018.

(121) *Vid.* también HELM, *ob. cit.*, pp. 369 y 396; PALANDT-THOMAS & 683; Münchener-Kommentar-Seiler & 677; KURBIJHN NJW 70, 604; MELLULIS WRP 81, 357; PRELINGER NJW 82, 211; SCHIBEL BB 83, 2071, entre otros.

reclamar indemnización precisamente por los daños. Sin embargo en el caso expuesto y en otros similares pensemos que el daño aún no se ha producido y lo que se reclama son los costes para la evitación del daño que parecen no estar incluidos en esa posible pretensión de cesación.

En nuestro Ordenamiento es de todos conocida la Ley de competencia desleal de 10 de enero de 1991. En su art. 18, la ley prevé las distintas acciones que pueden derivarse de la competencia desleal. En su número 2 recoge la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica (acción por tanto análoga a la antes aludida *Unterlassungsansprüche*). En su número 5 recoge la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente, por tanto posible pretensión de indemnización de daños, evidentemente cuando éstos se produzcan. Por último por lo que nos interesa, en su número 6 recoge una acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico, que además sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

En un supuesto como en el estudiado en estas líneas, o bien entendemos que ya existe un daño originado en el momento del ejercicio de la acción de cesación y entonces ya estaremos en un supuesto de derecho de daños, o bien podría haber dado lugar a un acción de enriquecimiento en su caso. No constituyendo ni uno ni otra ¿existe alguna vía para la reclamación de los gastos ocasionados por la posible acción de cesación, anteriores a su ejercicio o si no llegó a ejercitarse? creemos que no, o por lo menos la ley no la prevé. Quizá ésta y no otra sea la razón de la utilización de las normas de la gestión de negocios ajenos en Alemania y en éste como en otros ámbitos su posible desbordamiento.

Por último cabe añadir que también se han utilizado las normas de la gestión de negocios ajenos para fundamentar la restitución de los gastos originados por las visitas a parientes próximos lesionados por causa de accidente. Este fue, entre otros (122), el caso de la sentencia de 21 de diciembre de 1978 (123). La esposa del demandante fue herida por una fuerte explosión de gas. El *Land* demandado reconoció su deber de indemnizar los daños. La lesión obligó a la lesionada a pasar un largo período de tiempo en un centro de rehabilitación en dicho *Land* «Z». Por la duración del tratamiento se trasladó el demandante con la hija común de ambos y su suegra de «B» a «Z». Previamente la mujer del demandante había solicitado del *Land* demandado amables

(122) Vid. también BGH VersR 61, 272; 64, 352.

(123) NJW 1979, 598.

explicaciones sobre si pagaría la totalidad de los gastos del traslado de su familia. El *Land* demandado lo rechazó.

Con la demanda, solicita el demandante la restitución de los costes del traslado y de la estancia para sí mismo, su hija y su suegra, alegando que el hecho de la visita de los familiares cercanos era indispensable para la recuperación de su esposa lesionada, por lo que evita mayores gastos en la curación de ésta. Se entiende que el demandante gestiona en este sentido un negocio del demandado.

Los casos en los que se ha fundamentado la pretensión de restitución de gastos a través de las normas de la gestión han sido duramente criticados por la doctrina alemana. HAUSS por ejemplo señala que es correcto que las decisiones en estos supuestos se fundamenten en el derecho de daños, como en el caso en el que el padre sufre la pérdida del beneficio de su trabajo por la visita realizada a su hijo ingresado en un hospital a consecuencia de un accidente (124). Señalando además que tal pretensión fundada en las normas de la gestión está en contra de toda razón (125). Una vez más puede comprobarse el desbordamiento de las normas de la gestión de negocios ajenos en los tribunales alemanes:

(124) BGH, VersR 85, 784.

(125) *Vid.* en el mismo sentido ESSER-WEYERS, *ob. cit.*, p. 404; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 233 y ss.; LARENZ, también totalmente en contra, *Schuldrecht II*, 1, *cit.* & 75.

