

## LOS CONTRATOS ILEGALES E INMORALES EN EL DERECHO CIVIL ALEMÁN

*M.Sc. Yuri López Casal \**

### Introducción

En contraposición con lo que sucede en los Ordenamientos jurídicos creados con base en el Código Civil francés<sup>1</sup>, en Alemania la causa no es un elemento esencial funcional del contrato en particular ni del negocio jurídico en general<sup>2</sup>. De este modo, la divergencia de la programación de intereses (es decir, del contrato) con el bloque de legalidad o con las buenas costumbres no se explica ni se regula en relación con el tema de la causa del negocio jurídico, sino que el Código Civil alemán (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch) contiene dos normas generales (los parágrafos 134 y 138), aplicables a todo tipo de negocio jurídico, las cuales sancionan con la nulidad absoluta cualquier acto o contrato que sea contrario a la ley (gesetzliches Verbot) o a las buenas costumbres (Verstoß gegen die guten Sitten).

### 2. Los contratos ilegales (gesetzliches Verbot)

La primera norma general del Derecho Civil alemán que sanciona con nulidad absoluta

los negocios jurídicos que se oponen a leyes imperativas o prohibitivas es el parágrafo 134 BGB, que dice lo siguiente:

“§ 134 Gesetzliches Verbot. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

La traducción española de esa disposición normativa foránea es la siguiente:

§ 134 Prohibición legal. Un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo, salvo que de la ley se desprenda otra cosa.

La doctrina alemana<sup>3</sup> considera que el § 134 BGB es una auténtica norma en blanco (Blankettgesetz)<sup>4</sup>, es decir, una disposición normativa que únicamente establece el efecto jurídico de la contradicción del negocio jurídico con la ley, pero la determinación de

\* Máster en Derecho Civil de la Ruprecht Karls-Universität Heidelberg (Alemania)

1 El artículo 1133 del Código Civil francés establece los tres supuestos en los cuales los contratos son absolutamente nulos por tener causa ilícita: a) Cuando son contrarios a la ley, es decir, cuando son contrarios a normas imperativas o prohibitivas; b) Cuando son contrarios al orden público y; c) Cuando contraríen las buenas costumbres.

2 El Código Civil costarricense, creado con base en el Código Civil francés, sí establece la causa como elemento esencial funcional del contrato y de las obligaciones en general, según se desprende inequívocamente del artículo 627 inciso 3) del Código civil costarricense.

3 Al respecto ver Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 492, Rdnr. 12.

4 Sobre este tema puede consultarse Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seite 256.

los requisitos necesarios para que surja tal consecuencia jurídica debe buscarse en otras fuentes normativas.

### 3. Ámbito de aplicación del § 134 BGB

Se aplica el § 134 BGB en los casos de actos o contratos que, por ejemplo, pueden constituir un delito.

Ejemplo: Dos personas físicas celebran un contrato mediante el cual una de ellas se obliga a cooperar para cometer un delito de defraudación fiscal. Tal contrato sería absolutamente nulo con base en la norma bajo estudio.

Otra constelación de supuestos a los cuales les resulta aplicable el § 134 BGB son aquéllos en los cuales, dependiendo del sentido y finalidad de la norma prohibitiva, el acto o negocio jurídico puede considerarse como contrario a ese sentido y finalidad.

Ejemplo: El § 120 párrafo primero, oración segunda de la OWiG<sup>5</sup> prohíbe la publicidad expresa de la prostitución. Por consiguiente, un eventual contrato celebrado entre un

proxeneta y el dueño o los dueños de un periódico cuyo objeto fuese la colocación, en el periódico, de un aviso en el cual, explícitamente, se brindara información para contactar y contratar prostitutas es, según el BGH (Bundesgerichtshof, Tribunal de Casación federal alemán), absolutamente nulo con base en el § 134 BGB<sup>6</sup>.

Por el contrario, no se aplica el § 134 BGB en aquellos casos en los cuales hubiese una norma de un código o de una ley especial que estableciera claramente las consecuencias jurídicas de la transgresión del negocio jurídico con tales normas.

Finalmente, debe tenerse presente que no toda norma que imponga una determinada obligación legal o contractual a una o a ambas partes del contrato o del negocio jurídico constituye una norma imperativa o prohibitiva en el sentido del § 134 BGB.

Ejemplo: En el contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil alemán, el § 568 párrafo segundo establece que si el arrendante quiere denunciar el contrato<sup>7</sup>, entonces debe indicarle al arrendatario en

5 La llamada Ley de Contravenciones e Infracciones administrativas (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) es una ley especial alemana que, en términos generales, contiene sanciones administrativas para evitar la comisión de ciertas conductas sociales que, aunque no revisten una dañosidad tan importante como un delito, sí se considera que deben prevenirse y eliminarse. Las sanciones que incorpora esa ley consisten, generalmente, en el pago de multas. Más información al respecto puede encontrarse en Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seite 999 ff.

6 BGH NJW 1992, 2559.

7 La denuncia o desistimiento unilateral del contrato es “una manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual una de las partes de la relación contractual informa a la otra su intención de poner fin al contrato válido y eficaz que, hasta el momento de la exteriorización del desistimiento unilateral, ha desplegado los efectos jurídicos correspondientes

*continúa en la sgt. pág.*

qué forma y dentro de cuál plazo puede ejercer su oposición a la denuncia del contrato de arrendamiento. Si el arrendante incumple este deber, esa omisión no acarrea la nulidad absoluta de la denuncia del contrato de conformidad con el § 134 BGB.

### 4. Otros casos de contratos ilegales

Entre otros, puede citarse los siguientes:

1) En el campo del tratamiento médico si, por ejemplo, un médico solamente está autorizado para trabajar en un hospital y celebra un contrato con una colega, quien es médico particular, en virtud del cual el médico del hospital asume el consultorio de la médica particular, la jurisprudencia alemana<sup>8</sup> ha dicho que son inválidos, por transgredir el § 134 BGB, no sólo los contratos de servicios profesionales celebrados por el médico del hospital con los pacientes del consultorio médico particular, sino también el convenio para la asunción del consultorio particular celebrado por ambos galenos.

*viene de la pág. anterior*

a la programación de intereses de los contratantes. En el Derecho Civil alemán se le denomina “Kündigung” y se le considera como un derecho potestativo (Gestaltungsrecht) mediante el cual se pone fin a un contrato de ejecución sucesiva (Dauerschuldverhältnis). De acuerdo con la doctrina alemana, la finalidad de la denuncia del contrato consiste en evitar que las partes contractuales permanezcan ligadas durante un lapso indefinido y que, por lo tanto, ambas tengan la posibilidad de desvincularse del contrato válido y eficaz celebrado por ellas”. Más información sobre la denuncia del contrato está en Guerrero Díaz, Arturo y López Casal, Yuri. La finalización voluntaria de la relación contractual. En: Revista Iustitia No. 263-264, noviembre-diciembre 2008.

8 OLG Dusseldorf NJW 1988, 2308.

9 OLG München NJW 1984, 1826. Para obtener más información sobre el concepto y alcances de la Heilpraktikergesetz pueden consultarse los vocablos “Heilkunde” y “Heilpraktiker” en Creifelds, Carl et al. Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002, Seiten 672-673.

10 Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 12, bajo la dirección electrónica www.indret.com

2) El contrato para el tratamiento médico (Behandlungsvertrag) celebrado con una licenciada en Psicología, la cual no cuenta con la autorización para dar tratamiento médico en los términos en que lo exige, en Alemania, el § 1 de la llamada Heilpraktikergesetz<sup>9</sup>

3) También los casos en los que se configure el fraude a la ley (Gesetzesumgehung) pueden perfectamente subsumirse en la previsión normativa del § 134 BGB.

### 5. Efectos jurídicos de los contratos ilegales

Como se ha mencionado ya, la consecuencia general que se establece en el § 134 BGB para los contratos ilegales es la nulidad (Nichtigkeit). No obstante, este efecto jurídico solamente se aplica en caso de que no se derive otra cosa de la norma infringida. Por ello es muy importante la interpretación teleológica de la norma prohibitiva de acuerdo, precisamente, con su sentido y su finalidad (Sinn und Zweck der Vorschrift)<sup>10</sup>. De este modo, la contravención de la norma

prohibitiva puede generar la nulidad total del contrato (totale Nichtigkeit) o su nulidad parcial (teilweise Nichtigkeit).

En relación con la nulidad parcial del contrato ilegal, debe añadirse que ésta se da cuando solamente una parte de todo el negocio jurídico es la que se contrapone con la norma prohibitiva. El Código Civil alemán contiene una norma general expresa que regula la nulidad parcial de los negocios jurídicos. Esa norma es el § 139 BGB, la cual establece lo siguiente:

“§ 139 Teilnichtigkeit. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”.

La traducción española es la siguiente:

“§ 139 Nulidad parcial. Si una parte del negocio jurídico es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula”

Directamente relacionado con el efecto jurídico anulatorio del contrato ilegal en el Derecho Civil alemán, es menester explicar qué debe suceder con las prestaciones que se hubiesen ejecutado con base en el contrato ilegal. Al respecto, la norma alemana que da solución a esta situación es el § 817 BGB (norma ubicada dentro del

título del “Enriquecimiento sin causa” (§§ 812 y siguientes BGB)). El § 817 BGB dice lo siguiente:

“§ 817 Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten. (1) War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. (2) Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solcher Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden”

La traducción española es la siguiente:

§ 817 Contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si la finalidad de una prestación se determinó de modo que el receptor mediante su aceptación ha contravenido una prohibición legal o las buenas costumbres, el receptor está obligado a la restitución. (2) La repetición queda excluida si dicha contravención es igualmente imputable a quien cumplió la prestación, salvo que la prestación consista en la asunción de una obligación; lo prestado en cumplimiento de una obligación tal no puede ser repetido.

De acuerdo con los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “Para la apreciación de la disciplina de las prestaciones deben

contemplarse dos normas diferentes e independientes colocadas en el mismo precepto. Por un lado, § 817 (1) que regula un supuesto independiente de la *condictio indebitii*, de acuerdo con el cual el *accipiens* de una prestación realizada mediante la contravención de la norma prohibitiva o de las buenas costumbres está obligado a la restitución. Por otro lado, el segundo párrafo establece una exclusión de la *condictio* que en el pasado fue considerada como una sanción de la conducta reprobable, pero que hoy en día se aprecia como un aspecto de la negación de la protección jurídica del derecho (*nemo auditur summa turpitudinem allegans*): quien se comporta de manera ilícita colocándose fuera del ordenamiento jurídico (*sic.*) no puede recibir la protección del derecho (*sic.*) ni tampoco pretender la restitución de la prestación que ha realizado. No se trata de otra regla que de la aplicación del aforismo latino *in pari turpitudine melior est causa possidentis*. Para que tenga lugar la aplicación de esta norma se exige un requisito subjetivo, que el sujeto que realiza la prestación conozca la ilegalidad o inmoralidad del acto o actúe con negligencia. Con la comisión del contrato contrario a la ley o a las buenas costumbres puede acontecer al mismo tiempo la lesión de los deberes precontractuales. En este caso el inductor del negocio ilegal o inmoral podrá ser demandado por los esfuerzos aplicados

por la otra parte para la celebración del negocio y los daños causados (*Aufwand- und Schadensersatz*)”<sup>11</sup>

También dentro de las normas que regulan el enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil alemán, se encuentran dos párrafos que completan el efecto restitutorio estatuido en el § 817 oración primera del BGB. Dichas normas son las siguientes:

§ 818 Umfang des Bereicherungsanspruchs. (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.

(2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.

(3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

(4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

<sup>11</sup> Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 12, bajo la dirección electrónica [www.indret.com](http://www.indret.com)

La traducción española es la siguiente:

§ 818. Alcance de la pretensión de enriquecimiento. (1) La obligación de restitución se extiende a las utilidades obtenidas, así como a aquello que el receptor obtiene con motivo de un derecho adquirido o con resarcimiento por la destrucción, daño o pérdida del bien adquirido.

(2) Si la restitución no es posible por la naturaleza de lo adquirido o el receptor no está en condiciones de restituirlo por otros motivos, debe resarcir el valor.

(3) La obligación de restitución o al resarcimiento del valor queda excluida en tanto el receptor ya no esté enriquecido.

(4) A partir de la producción de la litispendencia el receptor responde según las disposiciones generales.

Por su parte, el § 819 BGB prescribe:

“§ 819 Verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß. (1) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

(2) Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfang der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

La traducción española sería la siguiente:

§ 819 Responsabilidad agravada por conocimiento y contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si el receptor conoce la falta de causa jurídica en momento de la recepción o si la conociera posteriormente, queda obligado a la restitución desde el momento de la recepción o de la toma de conocimiento, como la pretensión a la restitución estuviera en situación de litispendencia en ese momento.

(2) Si el receptor contraviene una prohibición legal o las buenas costumbres con la aceptación de la prestación, queda igualmente obligado de la misma manera desde la recepción de la prestación.

#### **6. Los contratos inmorales (Verstoß gegen die guten Sitten)**

La otra norma general del Derecho Civil alemán que sanciona con la nulidad absoluta los negocios jurídicos que se opongan al Ordenamiento Jurídico es el § 138 BGB. Este párrafo dice lo siguiente:

“§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen”.

La traducción española es la siguiente:

§ 138 Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura. (1) Un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo. (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto a dicha prestación.

La primera aproximación que debe hacerse para comprender y aplicar el § 138 BGB consiste en definir qué debe entenderse por “buenas costumbres” (gute Sitten). Al respecto, la doctrina alemana ha dicho que se trata de un concepto jurídico indeterminado y

que la valoración sobre si un negocio jurídico es o no contrario a las buenas costumbres en los términos del § 138 I BGB debe hacerse caso por caso y debe también tenerse en cuenta las normas sociales y éticas que prevalecen en una determinada sociedad en un concreto momento histórico. Además de lo anterior, la jurisprudencia civil alemana ha hecho eco de importantes sentencias del Tribunal Federal constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht), de acuerdo con las cuales se ha concluido que un negocio jurídico que sea contrario a normas y valores consagrados en la Ley Fundamental de la República Federal alemana (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) es absolutamente nulo en los términos en que lo establece el § 138 BGB<sup>12</sup>. Esto es lo que en Alemania se conoce como la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a terceros (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)<sup>13</sup>. Ahora bien, como lo expresan los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “no puede irse tan lejos como para considerar cualquier colisión entre el negocio jurídico y el mandato constitucional como una vulneración de las buenas costumbres: debe realizarse un enjuiciamiento conjunto y determinar si el negocio jurídico deriva de una limitación consentida del derecho fundamental o si por el contrario supone una violación del principio constitucional”<sup>14</sup>

12 Jauernig, Othmar. BGB Kommentar, 11. Auflage, 2004, § 138 BGB, Seite 88, Rdnr 6.

13 BVerfG 81,256. Ver también Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006, Seite 418, Rdnr. 1107.

14 Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 10, bajo la dirección electrónica [www.indret.com](http://www.indret.com)

La redacción del § 138 I BGB brinda un amplio margen de aplicación jurídica a los Jueces con el fin de que éstos decidan si un determinado negocio jurídico es o no contrario a las buenas costumbres. Pese a la indeterminación característica del concepto “buenas costumbres”, es importante mencionar que la jurisprudencia civil alemana ha acuñado el siguiente criterio o fórmula general para aprehender la esencia de las “buenas costumbres” en el sentido del § 138 I BGB:

**“Die guten Sitten sind das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden”**<sup>15</sup>

La traducción española es la siguiente:

**“Las buenas costumbres consisten en la decencia de toda persona que se comporta justa y equitativamente”**

**7. Grupos generales de casos en los cuales la jurisprudencia alemana ha aplicado el § 138 BGB**

**7.1. Constelaciones relacionadas con la libertad de disposición de las partes: Dentro de este primer grupo se encuentran los siguientes supuestos:**

**7.1.1. Contratos tendentes a transmitir todo o parte del patrimonio futuro o a**

**gravarlo con usufructo:** Este primer caso se encuentra expresamente regulado en el § 311 b párrafo segundo BGB, norma que dice lo siguiente:

Ein Vertrag, durch den sich eine Teile verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ist nichtig”.

La traducción española sería la siguiente:

“Un contrato mediante el cual una parte se obliga a transmitir su patrimonio futuro o una cuota de su patrimonio futuro o a gravarlo con un usufructo es nulo”

De acuerdo con la doctrina alemana, esta prohibición lo que persigue es evitar que una persona renuncie a su capacidad patrimonial (Vermögensfähigkeit) y que pierda su actividad lucrativa.<sup>16</sup>

**7.1.2. Los contratos leoninos (Knebelungsverträge):** De acuerdo con la jurisprudencia alemana, los contratos leoninos son aquéllos en los cuales el desenvolvimiento económico de una parte contractual se ve cercenado de una manera tal que pierde, total o parcialmente, su autonomía y libertad de contratación.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> RGZ 48,114,124; BGHZ 69, 297.

<sup>16</sup> Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 501, Rdnr. 33.

<sup>17</sup> BGH NJW 1993, 1587, 1588.

**7.1.3. Contratos o relaciones jurídicas a largo plazo (Langfristbindungen):** En Alemania se ha considerado que la libertad de decidir ser parte de un contrato también puede verse perjudicada cuando la parte contractual permanece vinculada en forma excesivamente amplia al negocio jurídico pactado<sup>18</sup>. La causa por la cual relaciones jurídicas extensas podrían convertirse en nulas por contravenir la norma del § 138 BGB yace en que, dependiendo del clausulado contractual, sobre todo si se ha pactado alguna cláusula de exclusividad, podría afectarse el derecho de negociar con otros oferentes del producto o servicio y así satisfacer, de manera diferente o en condiciones más beneficiosas, los deseos y preferencias de los consumidores.

**7.2. Casos en los cuales se presenta una desproporción entre la prestación y la contraprestación del negocio jurídico (Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung des Rechtsgeschäfts)**

Los casos que se subsumen dentro de este grupo deben analizarse con base en lo dispuesto en el § 138 párrafo segundo BGB de la siguiente manera:

1. La desproporción entre prestación y contraprestación debe ser evidente

(auffällig). Tal atributo surge, según la doctrina alemana, cuando la retribución o precio pactado duplica, al menos, aquél que usualmente predomina en el mercado.<sup>19</sup>

2. Con respecto a la parte perjudicada, es decir, aquélla que sufre el abuso cometido por la contraparte del negocio jurídico, el Derecho Civil alemán distingue cuatro situaciones:

2.1. Situación de necesidad (Zwangslage): En el contexto de los contratos ilegales por ser contrarios a las buenas costumbres, la “situación de necesidad” no sólo consiste en que una persona pueda ver peligrar su situación económica actual, sino que también puede configurarse cuando el perjudicado esté amenazado por severas desventajas económicas.

2.2. Inexperiencia (Unerfahrenheit): Se equipara a la ausencia del conocimiento de la vida y de la práctica o dinámica de los negocios. Factores como la joven edad de una de las partes del negocio o bien el hecho de ser extranjero pueden subsumirse dentro de la “inexperiencia” a la que hace alusión el § 138 párrafo segundo BGB.

2.3. Falta de juicio o de capacidad de discernimiento (Mangel an Urteilsvermögen):

<sup>18</sup> Ejemplo de esta constelación de casos es el llamado “Bierlieferungsvertrag”, relacionado con un contrato de suministro de cerveza entre los fabricantes de cerveza (Brauereien) y los restaurantes (Gaststätte). El Tribunal Federal de Casación alemán (BGH) ha considerado, en un caso como el del “Bierlieferungsvertrag”, que la duración razonable de un contrato de suministro similar a ese puede oscilar entre 15 ó 20 años. Al respecto ver BGH NJW 1992, 2145; BGH NJW 1970, 2243; BGH JuS 1995, 1132.

<sup>19</sup> Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 501, Rdnr. 33.

Significa que la parte negocial o contractual perjudicada no está en la situación de reconocer ni de sopesar correctamente las ventajas y desventajas del negocio jurídico propuesto. Puede darse debido a la poca formación educativa o propiamente a la baja inteligencia o bien cuando el negocio propuesto se dirigía a un verdadero experto del objeto contractual o negocial<sup>20</sup>

2.4. Presencia de un vicio importante de la voluntad (erhebliche Willensschwäche): Se presenta cuando la parte perjudicada no se encuentra en la posición de actuar racionalmente ante el negocio que se le propone. Ejemplos típicos de esta situación son las personas adictas al licor o a las drogas.

Con respecto a la parte contractual que se aprovecha de la situación de necesidad, inexperiencia, la falta de juicio o de un vicio importante de la voluntad, es menester indicar que ese abuso o explotación es, lógicamente, un comportamiento doloso, pues implica que conocía la presencia de alguno de esos cuatro supuestos y, consecuentemente, se aprovechó de alguno de ellos en perjuicio de su contraparte contractual.

## 8. Ejemplos concretos de negocios inmorales

8.1. Contrato de cuota litis (Erfolgshonorar): El contrato de cuota litis es prohibido en Alemania. Antes de 1994, la jurisprudencia alemana le daba esa sanción legal con base en el § 138 BGB<sup>21</sup>. La razón de esa sanción yacía en la creencia de que este tipo de contratos pone en peligro la independencia del abogado y su función como servidor de la justicia. Con posterioridad a 1994, el contrato de cuota litis está expresamente prohibido en Alemania con base en el § 49b del Reglamento Federal de ejercicio de la abogacía (Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)), el cual remite directamente al § 134 BGB.

8.2. Contrato de alquiler de vientre materno (Leihmuttervertrag)<sup>22</sup>: El contrato de madre de alquiler o de alquiler de vientre materno es absolutamente nulo, con base en el § 138 BGB, porque en Alemania se considera contrario a las buenas costumbres ya que, en el fondo, implica la comercialización de la reproducción humana y atenta contra la dignidad de la “madre de alquiler” y la del niño(a) que nace como consecuencia de ese contrato y del procedimiento médico que se aplica en esos casos.

8.3. Contratos de crédito usurarios (wucherische Kreditverträge): Relacionado con el tema de la desproporción entre la prestación y la contraprestación emerge la situación de usura en los contratos a crédito o de crédito. En términos generales, los contratos de crédito usurarios se caracterizan en Alemania por el hecho de que el interés pactado en el contrato sobrepasa en cerca del cien por ciento la tasa de interés efectivo relativo predominante en el mercado y en términos absolutos el doce por ciento<sup>23</sup>. Esto último rige, sobre todo, en el negocio de crédito a plazo (Ratenkredit), en el crédito en cuenta corriente (Kontokorrentkredit) y en los préstamos de dinero.

8.4. La situación especial del contrato de fianza (Bürgschaft): La jurisprudencia alemana se ha dado cuenta de que en el contrato de fianza es posible que se den situaciones de desproporción o de usura que repercuten directamente en la situación económica del fiador. Es bastante frecuente que los fiadores sean familiares o personas muy cercanas al deudor, de modo que ello suele traducirse en ausencia de criterios para valorar la existencia o inexistencia de equilibrio entre la prestación y la contraprestación que tiene el deudor frente a su acreedor.

En relación con este tema, el jurista alemán Wolfgang Däubler habla de una „strukturelle Unterlegenheit“<sup>24</sup> (inferioridad estructural) y manifiesta que, en el contrato de fianza, dicha inferioridad estructural se presenta si el fiador fue una persona sin experiencia en los negocios o si se encontraba en una situación que lo colocaba en una posición moralmente comprometida en caso de que se hubiera negado a constituirse en fiador. Ante estas situaciones y variantes que pueden darse con los fiadores, es que la jurisprudencia alemana, desde mil novecientos ochenta y siete, ha determinado que el contrato de fianza puede ser absolutamente nulo por ser contrario a las buenas costumbres<sup>25</sup>

## 9. Efectos jurídicos de los negocios inmorales

De acuerdo con los autores Infante Ruiz y Oliva Blázquez, “A diferencia de la reacción del ordenamiento frente a los negocios ilegales, los cuales pueden alcanzar el grado de eficacia previsto legalmente o que resulte del sentido y finalidad de la norma de prohibición, en el caso de los negocios inmorales la consecuencia prevista por el § 138 BGB es siempre la nulidad. Esta consecuencia vale tanto para el supuesto

<sup>20</sup> OLG Stuttgart FamRZ 1983, 499.

<sup>21</sup> Al respecto ver las siguientes sentencias: RGZ 115, 141, 142; BGHZ 133, 90, 93; BGHZ NJW 1996, 2499,2500.

<sup>22</sup> OLG Hamm NJW 1986, 781.

<sup>23</sup> Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 510, Rdnr. 55.

<sup>24</sup> Däubler, Wolfgang. BGB Kompakt. 2. Auflage, 2003, Seite 513, Rdnr. 61 a.

<sup>25</sup> Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, página 11, bajo la dirección electrónica www.indret.com

general de inmoralidad (párrafo primero) como para el supuesto especial de los negocios usurarios (párrafo segundo). En principio, sólo es nula la parte inmoral del negocio jurídico siempre que sea posible aislarla, pero en caso de duda debe decretarse la nulidad de todo el negocio jurídico según ordena el § 139. Considerado un negocio jurídico de modo unitario, si resulta la inmoralidad de la totalidad de su carácter, la nulidad será total. En el caso de los negocios usurarios, la nulidad del negocio por su calificación como usurario de acuerdo con el § 138 párrafo segundo conlleva la nulidad de la prestación de la víctima de la usura, pero la prestación a realizar o realizada por el usurero es válida (nulidad parcial), como por ejemplo, en el caso del mutuo, se mantiene la validez de la cantidad prestada.<sup>26</sup>

En cuanto a la restitución de las prestaciones efectuadas con base en el contrato inmoral, son aplicables los parágrafos 817, 818 y 819 BGB, en los mismos términos en que fueron transcritos y explicados en el acápite de los efectos jurídicos del contrato ilegal.<sup>27</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, 2006.

Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 17. Auflage, 2002  
Däubler, Wolfgang, BGB kompakt, 2. Auflage, 2003.

Guerrero Díaz, Arturo y López Casal, Yuri. La finalización voluntaria de la relación contractual. En: Revista Ivstitia No. 263-264, noviembre-diciembre 2008.

Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2009, bajo la dirección electrónica [www.indret.com](http://www.indret.com)

Jauernig, Othmar, BGB Kommentar, 11. Auflage, 2004.

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002.

Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 3. Auflage, 2004.

<sup>26</sup> Infante Ruiz, Francisco y Oliva Blázquez, Francisco. Loc. cit., página 12.

<sup>27</sup> Con respecto a la aplicación de las normas del enriquecimiento sin causa que establece el Código Civil alemán en los casos de los contratos ilegales o inmorales ver Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. neu bearbeitete Auflage, 2002, Seite 250 ff. y Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 3. Auflage, 2004, Seite 35 ff.