

## Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal Alemana: año 1980

Por el profesor Dr. Hans-Leo Weyers y la Ayudante  
Gisela Kuhn-Päbst, Frankfurt

(Traducción al castellano de Juan Alvarez-Sala Walther, Notario de Felanitx)

### I

Los principales eventos legislativos del año 1980 afectan al Derecho de Familia, a la equiparación jurídica del hombre y la mujer, al Derecho de Sociedades y al amparo judicial y extrajudicial de las personas dotadas de escasos recursos económicos («Minderbemittelte»).

1. a) El 1 de enero de 1980 entró en vigor la ley sobre la nueva regulación del derecho de cuidado de los padres —sobre los hijos—, de 18 de julio de 1979 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1979, I, 1601). A través de esta ley, surgida en medio de acentuadas discrepancias ideológicas, el legislador se ha propuesto tener en cuenta nuevas tendencias sociales en la educación de los hijos. Expresivo de esta mutación o transformación es, en primer lugar, el cambio de terminología: el término, de secular tradición, «poder de los padres» («elterliche Gewalt»), derivado de la latina «patria potestas», deja de ser utilizado. En su lugar aparece la nueva expresión «cuidado de los padres» («elterliche Sorge»). Con ello se pretende acentuar que no se trata ya de una relación dominical o de poder («Herrschaftsverhältnis») —entre padres e hijos—, sino de una relación de cuidado o asistencia («Fürsorgeverhältnis»). En algunos preceptos (§§ 1626 a. 1627, 1631 II del BGB), que, sin embargo, tienen relevancia solamente indirecta, se rechaza el estilo autoritario en la educación de los hijos, al tiempo que se proclama la obligación de los padres de renunciar al empleo de medidas educativas o disciplinarias oprobiosas o degradantes y de atender, en cambio, en orden a la crianza y educación del hijo, a sus crecientes necesidades y su creciente capacidad de actuar por sí mismo. Incluso en el terreno concerniente a la formación del hijo y la elección de una profesión para el mismo, la ley establece expresamente la obligación de los padres de prestar consideración a los

intereses (y el talento) del propio hijo. En este punto, en último término, cabe incluso que decida el Tribunal de Tutelas («Vormundschaftsgericht»), de acuerdo al § 1631 a) del BGB. Las disposiciones citadas tienen trascendencia más que nada sobre la forma y duración del deber de los padres de proveer al sostenimiento de su hijo.

Desde el punto de vista técnico, frente a la situación anterior, se han producido las siguientes variaciones: el nuevo § 1628 del BGB no es sino, en el plano legislativo, consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1959, que declaraba la nulidad, como inconstitucional, del antiguo § 1628 del BGB, que atribuía un valor prevalente a la determinación del padre en las decisiones concernientes a la crianza o educación del hijo. Los padres deben —ahora— decidir por mutuo acuerdo las cuestiones referentes a la crianza o educación del hijo; a falta de acuerdo entre los padres deberá el Tribunal de Tutelas conferir la plena facultad de decisión sobre el asunto singular de que se trate a uno de los padres, pero sin que pueda —por tanto— adoptar el Tribunal una decisión propia sobre el caso. De otro lado, sin embargo, el nuevo § 1666, que ha supuesto desde luego la innovación más discutida de la ley, amplía el poder del Tribunal de Tutelas: en caso de que la situación o el interés del hijo («Wohl des Kindes») se viera amenazado por cualquier motivo, el Tribunal de Tutelas podrá adoptar las medidas pertinentes (incluso en contra de la voluntad de los padres), aun cuando tal amenaza —al bienestar o el interés del hijo— no se deba a culpa de los padres, pudiendo llegar incluso, en casos extremos, a separar al hijo de los padres. Bajo la legislación anterior, una medida de este tipo sólo era admisible en caso de comportamiento culpable de los padres. Se ha fortalecido también la situación de las personas que tienen al niño bajo su cuidado («Pflegeeltern» o «padres afectivos»), cuando el niño ha vivido con ellos durante largo tiempo. Hasta ahora, los padres por naturaleza podían, en tanto no hubiesen sido privados del poder paterno por medio de un procedimiento complicado, reclamar en cualquier tiempo, en principio, que les fuera devuelto el niño, frente a quienes lo tenían bajo su cuidado (caso que se planteaba eventualmente con las madres solteras). A partir de ahora, cumplidos determinados presupuestos, el Tribunal de Tutelas puede ordenar que el niño permanezca junto a sus cuidadores (§ 1632 IV del BGB). Se ha fortalecido también la posición del hijo mayor de catorce años, cuando, tras el divorcio de sus padres, se decide sobre el cuidado de su persona: normalmente el Tribunal de Familia («Familiengericht»), en caso de divorcio, deberá seguir la propuesta concorde de los padres (§ 1671 III del BGB). Pero en caso de que el niño, que debe ser oído en el proceso (§ 50 b de la ley sobre jurisdicción voluntaria), formule alguna propuesta distinta, entonces el Tribunal es plenamente libre en su decisión.

b) El 21 de agosto de 1980 entra en vigor la ley sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en el puesto de trabajo, etc., de 13 de agosto de 1980 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1980, I, 1308). La República Federal sigue con ello el ejemplo de otros países europeos, sobre todo de Gran Bretaña.

El nuevo § 611 a) del BGB establece, de forma detallada, la prohibición de cualquier discriminación lesiva para las mujeres (teóricamente también para los hombres) en el mundo laboral. Complementariamente, el § 612 III del BGB expresamente prohíbe la desigual remuneración del mismo trabajo. Cuando un empleador afirme que la diferencia de trato entre hombres y mujeres radica en las distintas características objetivas de su respectiva actividad, pesará sobre él la carga de la prueba (§ 612 I 3 del BGB). La pretensión jurídica de igualdad de trato, según las circunstancias del caso, podrá hacerse efectiva por medio de una acción de cumplimiento específico («Klage auf Erfüllung») o de indemnización de daños («Schadenersatz»).

2. En el campo del Derecho de Sociedades merece especial mención la ley sobre modificación de la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada («Gesellschaft mit beschränkter Haftung»). Promulgada el 13 de mayo de 1980 («Boletín Oficial del Estado» o «Bundesgesetzblatt», 1980, I, 836), entra en vigor el 1 de enero de 1981. En esencia no supone más que alguna corrección y adición a la ley de 1892 sobre sociedades de responsabilidad limitada, cuyos principios básicos se mantienen. Otras leyes nuevas habrán de seguir —previsiblemente, a ésta—, v. gr., a raíz de la Directriz sobre balances de la Comunidad Económica Europea. La nueva ley comporta, básicamente, un fortalecimiento de la posición de los acreedores, además de algunas modificaciones técnicas. En primer lugar, en el § 5, apartado primero, de la Ley, el capital social mínimo se fija en 50.000 marcos, en vez de la cifra que se había mantenido hasta ahora, de 20.000 marcos, siendo así que en el futuro será menos probable una infracapitalización.

Presupuesto necesario para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada es el efectivo cumplimiento de las aportaciones. En este sentido, las prestaciones en especie o aportaciones no dinerarias («Sachleistungen») deberán quedar definitivamente a disposición de los administradores —de la sociedad—, de acuerdo al § 7, apartado tercero, de la Ley, y en lo que concierne a las aportaciones dinerarias («Barleistungen»), deberán haber sido desembolsadas mínimamente en una cuarta parte. Aportaciones dinerarias —desembolsadas— y no dinerarias habrán de sumar, mínimamente, 25.000 marcos, de acuerdo al § 7, apartado segundo, núms. 1 y 2 de la Ley. En caso de datos falsos o incompletos, responderán los fundadores, conforme al § 9 a) de la Ley, frente a la sociedad con indemnización de daños.

En aras de la protección del capital social, no podrá concederse ningún crédito a los representantes de una sociedad de responsabilidad limitada, en perjuicio o disminuyendo el capital social. El crédito concedido, no obstante esta prohibición, queda sujeto a ser inmediatamente restituido, conforme al § 43 a) de la Ley. En principio, el préstamo de un socio puede sustituir al propio capital. No obstante, a fin de proteger a los acreedores de la sociedad frente a una subcapitalización o infracapitalización de la misma, la pretensión de cobro del socio no podrá hacerse efectiva en caso de quiebra o suspensión de pagos de la

sociedad. La transacción o el convenio de quiebra producirá efecto a favor y en contra del derecho del socio, de acuerdo al § 32 a), apartado primero, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El § 1 permite también la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal («Ein-Mann-Gesellschaft mit beschränkter Haftung»). Las reglas sobre aportación del capital social, en este caso, son más rigurosas que en el supuesto de la sociedad pluripersonal. De acuerdo al § 7, apartado segundo, núm. 3, de la Ley —en el supuesto de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal— se exige la prestación de alguna garantía que cubra la parte no desembolsada de la aportación dineraria, una vez satisfecho el desembolso mínimo que, con carácter general, determina el § 7, apartado segundo, números 1 y 2, de la referida ley. En caso de que dentro de los tres años siguientes a la inscripción —de la sociedad— se concentraran todas las participaciones sociales en una sola mano, el socio, en el plazo de los tres meses siguientes, deberá constituir garantía que asegure el pago íntegro —del capital no desembolsado— así como su compromiso de transmitir a un tercero mínimamente una participación social: en caso contrario, se seguirán los trámites judiciales y registrales —que correspondan— para la disolución y cancelación de la sociedad.

3. Dos leyes, de 13 de junio de 1980 y de 18 de junio de 1980, entran en vigor el 1 de enero de 1981, introduciendo en la República Federal un nuevo sistema de financiación del amparo jurídico de las personas dotadas de escasos recursos económicos.

La ley sobre subsidio de costas procesales («Prozeßkostenhilfe»), materia que anteriormente se denominaba «derecho de los pobres» («Armenrecht»), se refiere a los gastos judiciales, provocados a consecuencia de un proceso. Esencialmente se han regulado de nuevo los presupuestos económicos de las personas de escasos recursos que pueden acogerse a la exención o franquicia («Gebührenfreiheit») de gastos por costas procesales y honorarios del propio abogado. Lo novedoso del sistema radica en lo siguiente: en atención a las relaciones económicas de la persona se establece por medio de una escala qué carga mensual, por razón de costas procesales, que se pagarían a plazos, podría dicha persona soportar. Hasta tal nivel, la persona en cuestión ha de pagar por sí misma las costas judiciales en plazos mensuales; lo que sobrepase a tal nivel deberá financiarse por el Estado. Las costas que representen menos del cuádruplo de la mensualidad máxima, deberá soportarlas el afectado. Las costas que representen más de 48 mensualidades, en ningún caso habrá de soportarlas.

La Ley de 18 de junio de 1980 se refiere a la asesoría jurídica extrajudicial («außergerichtliche Rechtsberatung»). El sistema de la nueva ley, fundamentalmente, viene a establecer la posibilidad de que la persona de escasos recursos, tras una comprobación o examen de su situación económica, que debe ser a este respecto algo más deficitaria que el nivel económico que se aprecia como necesario cuando lo que se pretende es el subsidio de costas procesales, pueda obtener del juzgado municipal («Amtsgericht») un certificado, con el cual podrá di-

dirigirse a cualquier abogado. El abogado estará obligado a prestarle asesoría jurídica. Con este motivo el abogado tendrá derecho a percibir unos honorarios reducidos (20 marcos) con cargo a los fondos del Estado. Si la persona en cuestión pudiera reclamar la compensación de gastos frente a algún otro, como sería, p. ej., su posterior contrincente en juicio, entonces el abogado asesor devengará honorarios según tarifa normal. En lugar de solicitar un certificado al juzgado municipal, la persona de escasos recursos podrá dirigirse directamente a un abogado, que asuma bajo su propia responsabilidad la comprobación necesaria.

## II

En cuanto a la evolución jurisprudencial en el orden civil no se han producido hechos de tanta trascendencia como en el plano legislativo. En gran parte se trata de una cuestión de perspectiva. Con todo, cabe hacer referencia a algunas resoluciones sin duda importantes. Pertenecen a los ámbitos más diversos.

1. En primer lugar, cabe destacar, desde luego, una importante concentración de sentencias en el marco del Derecho matrimonial.

Cobran especial significación sobre el trasfondo de la reforma del Derecho de Divorcio del año 1977. Su temática puede ser, por tanto, de cierto interés para los juristas españoles del año 1981. Nuestra reforma del año 1977 supuso principalmente la introducción de un derecho de divorcio en atención al hecho objetivo de la separación de los cónyuges durante determinado plazo de tiempo. Transcurridos ciertos plazos —durante los que los cónyuges hubiesen permanecido separados—, a efectos del BGB, el matrimonio se considera irrefutablemente roto, y esta ruptura es, en realidad, la base de la sentencia de divorcio.

Cuando ambos cónyuges quieren el divorcio, basta la separación durante un año; en los demás casos, la separación habrá de haber durado tres años. Pese a que los cónyuges hubiesen permanecido separados durante tres años, no podrá decretarse, sin embargo, el divorcio, cuando éste implique para el cónyuge que se opone a él una excesiva dureza (§§ 1565, 1566, 1568 I del BGB). Transcurridos cinco años aún, en este último caso, es posible el divorcio (§ 1568 II del BGB).

En la medida en que el divorcio quedaba regulado al margen de consideraciones culpabilísticas, se imponía la necesaria elaboración de una nueva normativa sobre la obligación de alimentos. Conforme al nuevo Derecho vigente, el cónyuge que no puede sostenerse por sí mismo, tiene fundamentalmente derecho a ser sostenido por su ex-consorte (§§ 1569 y siguientes del BGB). A tales efectos, su comportamiento durante el matrimonio no se toma en consideración. Se exceptúan, sin embargo, ciertos casos de iniquidad grave («grobe Unbilligkeit») (§ 1579 del BGB).—El régimen económico matrimonial se ajusta, al igual que anteriormente, a las normas de la participación en

ganancias («Zugewinnngemeinschaft»); que no debe confundirse con la comunidad de ganancias española. El sistema —del régimen de participación en ganancias— consiste básicamente en que aquel de los cónyuges que durante el matrimonio hubiese incrementado más su patrimonio, deberá satisfacer al otro la mitad del saldo positivo en caso de divorcio. Este sistema comporta problemas de especial complejidad en lo que concierne a las expectativas de derechos («Anwartschaften») sobre pensiones de la seguridad social o de cualesquiera otros seguros de supervivencia. Tales derechos corresponden —formalmente— al cónyuge trabajador, esto es, normalmente el marido. A fin de evitar que la esposa, p. ej., de edad avanzada, quede tras el divorcio sin derecho al seguro de supervivencia, se introduce la así llamada compensación de derechos sobre pensiones («Versorgungsausgleich»). Consiste esencialmente en que las expectativas de derecho sobre pensiones de edad, etc., sean divididas entre los cónyuges como si se tratase de objetos patrimoniales reales. Estas son las reglas generales. Tanto respecto a la compensación de derechos sobre pensiones como en lo que se refiere al derecho de alimentos existen otras disposiciones que consideran circunstancias especiales.

La reforma del Derecho de Divorcio del año 1977, de igual manera, «mutatis mutandis», que en España, fue muy discutida y suscitó posiciones enfrentadas. No es sorprendente, por tanto, que tras su entrada en vigor se hayan interpuesto demandas ante el Tribunal Constitucional («Bundesverfassungsgericht») con el fin de que la nueva ley fuese declarada anticonstitucional. Se ha criticado, en primer término, el principio del divorcio sin culpa, considerándolo lesivo del artículo 6 I de la Constitución, que impone al Estado el deber de protección del matrimonio y la familia. El Tribunal Constitucional ha rechazado, sin embargo, esta objeción y declara que el nuevo Derecho Matrimonial no comporta de ningún modo la introducción de un «matrimonio temporal» («Ehe auf Zeit») (Sentencia de 28 de febrero de 1980, en «Neue Juristische Wochenschrift» en adelante, NJW—, 1980, 689). Sólo se había reconocido en la nueva ley —según el Tribunal Constitucional—, que el matrimonio, aun cuando se contrae para toda la vida, en principio, puede fracasar y, en este caso, no es misión de los Tribunales realizar averiguaciones en el ámbito íntimo de los cónyuges. Por otra parte, en cambio, el Tribunal Constitucional en —su resolución de— 21 de noviembre de 1980 (NJW 1981, 108) considera que el § 1568 II no se aviene a los dictados de la Constitución. Establece —dicho precepto—, como se ha dicho, que es posible el divorcio tras cinco años de separación —de los cónyuges— incluso cuando la continuidad del matrimonio fuese conforme al interés de los hijos comunes o incluso pese a que el divorcio implicase grave dificultad o dureza («schwere Härte») para el otro cónyuge. El Tribunal Constitucional hace notar que el artículo 6 I de la Constitución protege también al matrimonio no incólume («nicht intakte Ehe»). La consideración que merece el cónyuge, que pretende la continuidad del matrimonio, prohíbe que se decrete el divorcio, sin tener en cuenta las circunstancias más inmediatas, por el mero transcurso de un rígido

plazo. Debiera al menos concederse un período transitorio, durante el cual el cónyuge tratara de adaptarse al nuevo estado. A partir de este razonamiento, el Tribunal infiere, ante todo, algunas consecuencias técnico-procesales, como la suspensión del procedimiento. Por lo demás, las consecuencias de esta resolución no parecen todavía del todo claras.

También se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la así llamada «compensación de derechos sobre pensiones» («Versorgungsausgleich») —que tiene lugar entre los cónyuges divorciados—, dado que las normas que imponen esta nivelación no reparan en cuál fuera la conducta del otro cónyuge. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 28 de febrero de 1980 (NJW 1980, 692), rechaza, sin embargo, tales consideraciones y afirma que las «cláusulas de dureza» («HärteklauseIn») (previstas en los §§ 1587 c y 1587 h del BGB) brindan al Tribunal base suficiente, v. gr., por grave incumplimiento de obligaciones, larga vida separada, etc., para denegar la compensación de derechos sobre pensiones. Con todo, el Tribunal Constitucional deja entrever sus reparos frente a algunos aspectos técnicos singulares de la nivelación de seguros y, de acuerdo a una práctica frecuentemente seguida por este Tribunal, convoca al legislador a perfeccionar esta regulación en un plazo no lejano. En qué deba consistir concretamente este perfeccionamiento, es algo que no cabe aún conocer con seguridad.

También en otros aspectos el problema de la posible trascendencia jurídica de la conducta de los cónyuges durante el matrimonio y después del mismo no parece enteramente resuelto. El Tribunal Supremo («Bundesgerichtshof»), en su Sentencia de 23 de abril de 1980 (NJW 1980, 1686), considera que, pese a la rígida norma según la cual la obligación de prestar alimentos al cónyuge no depende sino de la situación de necesidad del mismo, no obstante, el cónyuge que ha abandonado al otro para ir a vivir en compañía de una tercera persona, básicamente, no tiene, según el Derecho matrimonial, pretensión de alimentos («Unterhaltsanspruch»). La Audiencia Territorial («Oberlandesgericht») de Hamm, en su Sentencia de 22 de noviembre de 1980 (PW 1981, 60), ha desarrollado más allá esta doctrina jurisprudencial. Según esta sentencia, no subsiste tras el divorcio pretensión de alimentos, cuando el cónyuge ha abandonado durante el matrimonio al otro para ir a vivir en compañía de una tercera persona.

2. La decididamente laica y, a juicio de muchos españoles, también muy materialista orientación del Derecho civil alemán se refleja en algunos casos del Derecho de la responsabilidad jurídica civil, que guardan estrecha relación con el Derecho de familia: son los así llamados «casos de esterilización». La cuestión jurídica que se suscita fundamentalmente en estos supuestos es la de si la existencia de un niño puede suponer un daño.

La posición del Tribunal Supremo a este respecto se revela en dos Sentencias del mismo día 18 de marzo de 1980. Se trataba en ambos casos de dos mujeres casadas que, por motivos de la planificación familiar, pretendían ser esterilizadas. En el primer caso, la madre había

tenido ya seis hijos; en el segundo caso, la madre, tras el nacimiento de tres hijos, había necesitado un largo tratamiento en régimen de internado en una clínica de enfermedades nerviosas. Ambas mujeres —pese a la pretendida esterilización— obtuvieron niños y una de ellas gemelos. En el primer caso (NJW 1980, 1450) reclamaba la mujer contra el médico indemnización de daños y perjuicios por violación de contrato. El Tribunal Supremo estimó la demanda. El daño no radicaría de ningún modo en el niño en sí, pero sí en las prestaciones de alimentos que se adeudan al mismo. En el segundo caso (NJW 1980, 1452) señala el Tribunal Supremo que la provocación del embarazo y el nacimiento contra la voluntad de la afectada implican una lesión corporal, pues se trata de un atentado no autorizado a la integridad corporal, que da derecho a una compensación económica del daño («Schmerzensgeld» —«pecunia dolori»—).

3. En cierto sentido también tiene un trasfondo médico la decisión adoptada por la Audiencia Provincial («Landgericht») de Frankfurt (en 25 de febrero de 1980, NJW 1980, 1169). Se trataba de una indemnización de daños y perjuicios pretendida por una señora anciana que había ido a pasar sus vacaciones en el sudoeste de Europa a un hotel. Según su exposición de los hechos, no controvertida por la empresa de viajes demandada, se habían alojado simultáneamente en el hotel veinticinco graves deficientes mentales. Estos apenas podían hablar y padecían ataques de gritos inarticulados y accesos de rabia, en una ocasión, encontrándose la demandante encerrada con los afectados en el ascensor. También se produjeron perturbaciones tanto de noche como por la tarde o a las horas de las comidas. La demandante reclamaba frente a la empresa organizadora del viaje una reducción del precio del viaje, siendo su pretensión estimada por el Tribunal. La publicidad que se dio, dentro y fuera del país, a esta decisión judicial suscitó fuerte polémica. Frecuentemente no se repara en una peculiaridad técnica del proceso civil, como es el principio de la verdad formal («Prinzip der formellen Wahrheit») —o principio dispositivo—. En la publicidad que se dio al caso se dijo que, de hecho, los perjuicios no habían sido muy relevantes. Se criticó del Tribunal que no hubiese clarificado esta cuestión. Pero, en realidad, el Tribunal, según las reglas del proceso civil, estaba vinculado por las afirmaciones de la demandante no controvertidas por la empresa de viajes demandada, la cual, al no contestar estas afirmaciones, parece haber entablado una estrategia a plazo largo cuya finalidad todavía no es muy clara.

4. Otras cuestiones acerca del derecho de daños se abordaron también en otras sentencias del Tribunal Supremo. Las cadenas de almacenes y supermercados, desde hace tiempo, prometen a sus empleados un «premio de captura» («Fangprämien») para el caso en que éstos sorprendan a alguna persona realizando algún hurto en el establecimiento. Contra la persona que ha cometido el hurto se repercuten luego los llamados «gastos de tramitación» («Bearbeitungskosten») o «gastos de administración» («Verwaltungskosten»), así como el mismo «premio de captura». El Tribunal Supremo —sin embargo—, en su

Sentencia de 16 de noviembre de 1979 (NJW 1980, 119), considera que la compensación de los gastos de explotación no pueden reclamarse frente al «ladrón de almacén» («Ladendieb»). Pertenecen al ámbito de los gastos generales del perjudicado. Tales gastos no vendrían originados por el hurtador. Por el contrario, el «premio de captura» si queda comprendido dentro de la pretensión indemnizatoria del daño, pues se devenga a consecuencia del hurto que lo provoca. Cuando el «premio de captura» fuese, sobre todo por motivos de prevención, desproporcionadamente elevado, no deberá compensarse enteramente. Una suma global de 50 marcos sería admisible; en casos excepcionales y tratándose de mercancías especialmente valiosas, incluso más. En la Sentencia de 26 de febrero de 1980 (NJW 1980, 1918) se contempla un caso de hurto perpetrado en un archivo público. A consecuencia del hurto fue necesario realizar algunos trabajos de revisión del archivo, a fin de examinar la integridad del mismo y recomponerlo. En este caso, el Tribunal Supremo consideró los gastos consiguientes no como gastos generales de administración, sino como medidas provocadas por el delito y dirigidas a la reparación del daño.

5. Una importante evolución jurisprudencial se ha desarrollado en aras de la protección de los inversores de capital. En este campo había establecido ya el Tribunal Supremo, en el año 1978 (Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil 71, 284; 72, 382), que en el caso de publicación de un programa —de inversión— inexacto, tanto los fundadores —de la sociedad inversora—, como las personas de quienes hubiese partido la iniciativa («Initiatoren») o los administradores —de la sociedad inversora— y las personas que, junto a los administradores, ejercían especial influencia en la sociedad, asumiendo —cargos de— responsabilidad, quedaban condenados a la indemnización del daño por culpa en la celebración del contrato («culpa in contrahendo»). No tendría a este respecto trascendencia el hecho de si los inversores conocían o no a estas personas o su influencia —en la sociedad—. Tan sólo dependería —su responsabilidad en orden a la indemnización— de que hubiesen dominado de hecho la sociedad y hubiesen apelado a la confianza del público a través del programa. Esta jurisprudencia se desarrolla aún más en el año 1980. En la Sentencia de 22 de mayo de 1980 (NJW 1980, 1840) la responsabilidad alcanza incluso a los abogados y supervisores de la economía —de la empresa inversora— que, con su conformidad, hubiesen sido designados en el programa —de inversiones— en su calidad de expertos, formulando en tal concepto declaraciones en el mismo. Determinante a este respecto sería el hecho de que tales personas suscitasen especial confianza —en el público—, en consideración a su renombrada y elevada cualificación profesional o comercial, o pericia profesional. La Sentencia de 6 de noviembre de 1980 (NJW 1981, 1449) amplía el contenido de esta doctrina jurisprudencial. En esta sentencia se determina que en el programa —de inversiones— deberán hacerse constar las relaciones de carácter comercial o profesional mantenidas o

que afecten a las personas que participan en la fundación o administración de la sociedad inversora de capital.

6. La consideración de las condiciones que determinan que un contrato de préstamo sea contrario a las buenas costumbres («sittenwidrig») y, consiguientemente, nulo, como sabemos, constituye un problema que se plantea renovadamente desde hace siglos. En su Sentencia de 10 de abril de 1980 (NJW 1980, 2074), el Tribunal Supremo vuelve a revisar los criterios que conducen a aquella consideración. Procederá examinar —a este respecto—, en primer término, la relación entre la prestación de quien otorga el préstamo y la contraprestación a que se obliga el que lo recibe. Nulo será el contrato cuando se aprecie aquí una clara desproporción, siendo así que el concedente del préstamo se aprovechará conscientemente de la débil situación económica del prestatario. Aun cuando no se dé esta intencionalidad en el concedente del préstamo, bastará su desconocimiento negligente sobre la incidencia de circunstancias que pudieran contrariar a las buenas costumbres —para que el préstamo se considere contrario a ellas y, por tanto, nulo. Según la Sentencia de 17 de abril de 1980 (NJW 1980, 2076), deberán también tomarse en consideración —a efectos de enjuiciar la posible contravención de las buenas costumbres— las circunstancias de celebración del contrato, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de si el formulario contractual facilitaba suficiente información al prestatario —acerca del contenido del contrato—. En este contexto ha tenido lugar algún intento legislativo, que merece ser aludido. El «Bundesrat», representativo de los «Länder» (o Estados) de la República Federal, en su sesión de 21 de noviembre de 1980, acordó remitir al Parlamento o «Bundestag» un proyecto de ley para la modificación del § 138 del BGB. El problema de la nulidad del contrato de préstamo —de acuerdo a este propósito de reforma— se centraría en la objetiva desproporción entre la prestación y contraprestación de prestamista y prestatario, exclusivamente, sin que tuviese relevancia jurídica alguna el ánimo subjetivo («subjektive Gesinnung») del prestamista, apreciado hasta ahora por la jurisprudencia. El proyecto, sin embargo, no ha sido considerado por el «Bundestag» en el período legislativo que se concluyó en el año 1980.

7. En su Sentencia de 21 de febrero de 1980 (NJW 1980, 574), el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre un problema típicamente alemán. Existen organizaciones y personas que, a cambio de remuneración, se comprometen a prestar ayuda a quienes pretenden huir desde la República Democrática Alemana a la República Federal. (Son los así llamados «Fluchthelfer» o «ayudantes de fuga»). El Tribunal Supremo, en más de una ocasión, ha debido examinar la validez de tales contratos. Habitualmente los ha considerado válidos. La vulneración de las leyes de la República Democrática Alemana no entraña la nulidad de tales contratos —a efectos del Derecho de la República Federal—, dada la profunda divergencia de planteamiento jurídico —que separa a ambos Estados—. Tampoco cabe en estos casos hablar

de contravención de las buenas costumbres. El prófugo tan sólo hace uso de su derecho de libre circulación —expresado por el artículo 11 de la Ley Fundamental de la República Federal—. El ayudante de fuga, que asume un grave riesgo, bien puede a cambio reclamar una remuneración. Incluso el pacto que exima de restituir un anticipo, en caso de frustración de la fuga, es admisible, en tanto no pese sobre el ayudante de fuga culpa grave. Y ello porque mediante el anticipo debían cubrirse expensas.

