

InDret

Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania

Albert Lamarca Marquès

**Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra**

Barcelona, Julio de 2001

www.indret.com

Sumario

- Introducción
- Responsabilidad por medicamentos: pretensión de información o de *discovery* y presunción de causalidad
 1. Pretensión de información
 2. Presunción de causalidad
- La generalización del resarcimiento de los daños morales
- IVA e indemnización de daños materiales
- Modificación de la edad mínima para la responsabilidad de los menores por accidentes en el tráfico rodado y otras reformas en materia automovilística
- Responsabilidad por un peritaje judicial incorrecto
- Aumento de los baremos indemnizatorios y su conversión a Euros

- **Introducción**

De nuevo InDret reseña un anteproyecto de ley alemán federal en materia de derecho privado: el de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños ([Entwurf Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften](#)), de 19 de febrero de 2001.

El anteproyecto persigue actualizar el derecho vigente y ajustarlo a los nuevos desarrollos y conocimientos, con la toma en consideración de los intereses de los agentes implicados. En sus trece artículos, se propone modificar las disposiciones del BGB y de las leyes especiales sobre derecho de daños de manera sistemática y de acuerdo con las siguientes directrices:

1. En primer lugar, busca mejorar la posición de la víctima de daños causados por productos farmacéuticos o medicamentos defectuosos, con el aligeramiento de la carga de la prueba, y le concede una pretensión de información o de *discovery* frente a la industria farmacéutica y la Administración supervisora y establece una presunción de causalidad.
2. En segundo lugar, generaliza la pretensión de indemnización por daños morales, y la extiende de la responsabilidad extracontractual por culpa a la responsabilidad por riesgo y a la contractual. Con todo, el resarcimiento del daño moral se limita a aquellos supuestos en que, a excepción de concurrir dolo, sean relevantes.
3. En tercer lugar, modifica el sistema para la compensación de los daños materiales, que pasaría a basarse en un cálculo concreto de la indemnización por el bien lesionado y no en una cuantificación ficticia o abstracta. De este modo, se excluye de la cuantía indemnizatoria el Impuesto sobre el Valor Añadido si la cosa no va a ser reparada *in natura*.
4. En cuarto lugar, se ocupa de la responsabilidad de los menores por los accidentes causados en el tráfico rodado y ferroviario. El anteproyecto eleva la edad mínima para la responsabilidad de siete a diez años.
5. En quinto lugar, incluye, en las disposiciones del BGB sobre derecho de daños, a la libertad sexual como bien jurídico expresamente protegido y a la responsabilidad por los daños que derivan de un informe pericial incorrecto ante un tribunal como supuesto específico de responsabilidad.
6. Por último, actualiza y armoniza los baremos indemnizatorios en los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo y los convierte a Euros.

La fecha de entrada en vigor prevista en el anteproyecto es el 1 de enero de 2002 y, para el caso de llegarse a aprobar, las leyes que modificaría, además del BGB, serían:

- Ley del medicamento (*Arzneimittelgesetz*)
- Ley federal de montaña (*Bundesberggesetz*)
- Ley del tráfico rodado (*Straßenverkehrsgesetz*)
- Ley de responsabilidad civil obligatoria (*Haftpflichtgesetz*)

- Ley de navegación aérea (*Luftverkehrsgesetz*)
- Ley federal de protección de datos (*Bundesdatenschutzgesetz*)
- Ley de ingeniería genética (*Gentechnikgesetz*)
- Ley de responsabilidad por productos defectuosos (*Produkthaftungsgesetz*)
- Ley de responsabilidad medioambiental (*Umwelthaftungsgesetz*)
- Ley de protección de fronteras federales (*Bundesgrenzschutzgesetz*)
- Ley federal de ayuda social (*Bundessozialhilfegesetz*)
- Ley de compensación por los daños causados por las tropas de ocupación (*Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden*)
- Ley de la energía atómica (*Atomgesetz*)
- Ley federal de previsión social (*Bundesversorgungsgesetz*)
- Ley del seguro obligatorio de responsabilidad civil por la tenencia de vehículos a motor (*Pflichtversicherungsgesetz*)
- Ley de introducción al BGB (*Einführungsgesetzes zum BGB*).

La reseña de InDret no es casual: el [Ministerio federal alemán de justicia](#) publica en su página web todas sus iniciativas legislativas para que los agentes jurídicos y sociales se puedan pronunciar en vistas a su mejora y ajuste a la realidad. Con ello hace buena la idea de que con más transparencia y participación hay más democracia. El [Ministerio de ciencia y tecnología español](#) ha hecho lo propio con el [anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico](#), pero éste no deja de ser un caso aislado y se echa en falta una práctica generalizada en este sentido, tanto a nivel estatal como autonómico.

En el número anterior, InDret informaba de un anteproyecto de ley para la reforma del derecho de obligaciones del BGB. El pasado 9 de mayo, el Gabinete federal alemán (*Bundeskabinett*) aprobó el proyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*), que ya ha iniciado su tramitación parlamentaria. En lo fundamental, el proyecto de ley reproduce el anteproyecto ministerial anterior, pero incorpora el resultado del debate surgido, en la comunidad jurídica alemana, durante los seis meses que han mediado entre su publicación electrónica hasta la adopción como proyecto de ley.

A continuación destacamos algunos de los aspectos más relevantes de la propuesta de reforma, que se justifican con detalle en la exposición de ochenta páginas que acompaña al anteproyecto ([Begründung](#)).

- ***Responsabilidad por medicamentos: pretensión de información o de discovery y presunción de causalidad***

La epidemia del SIDA y la contaminación por el uso de hemoderivados han abierto un debate en Alemania sobre los aspectos que se podrían mejorar en la responsabilidad civil sanitaria. Fruto del mismo son las propuestas de reforma en materia de prueba, que se concretan en una pretensión de información o de *discovery* y una presunción de causalidad a favor de la víctima.

1. Pretensión de información

La cumplida prueba de la relación de causalidad entre la conducta del supuesto causante y el daño, que incumbe a la víctima, es muy difícil y costosa en supuestos

técnicamente complejos, como sería el de la responsabilidad sanitaria. Por este motivo, el proyecto de reforma quiere conceder al perjudicado una pretensión de información o de *discovery* (*Auskunftsanspruch*) frente a la empresa farmacéutica y a la autoridad administrativa encargada de autorizar y supervisar los medicamentos, y para ello se propone modificar determinados artículos de la ley del medicamento (*Arzneimittelgesetz - AMG*) de 19 de octubre de 1994.

El nuevo § 84.a de la AMG concedería a la víctima una pretensión para solicitar información al empresario farmacéutico, o a las autoridades administrativas, sobre los efectos conocidos y presumibles del medicamento, así como sus efectos secundarios, interacciones y demás información disponible y relevante para valorar su relación con los daños. Sin embargo, tanto el empresario como las autoridades administrativas podrían negarse a suministrar la información si existiera una obligación legal de mantenerla reservada o bien la reserva respondiera a un interés prevalente del empresario, esto es, a su secreto industrial.

2. Presunción de causalidad

A esta pretensión se añade una presunción de causalidad entre el uso del medicamento y los daños. En la medida en que, de las circunstancias del caso, como ahora serían la dosificación, la duración del tratamiento o el estado de salud de la víctima, el medicamento sea idóneo para causar el daño, se presume legalmente que así ha sido. Se produce una inversión de la carga de la prueba, porque esta presunción no es *iuris et de iure*.

Sin embargo, puede aquí plantearse si al empresario farmacéutico le bastará con probar que el medicamento no era idóneo para causar los daños, y que no se da la relación de causalidad necesaria, o bien que deberá aportar también la prueba de la causa concreta del daño. El futuro § 84.3 AMG permitiría la exoneración del empresario, es decir, destruir la presunción legal, con la prueba de que no hay relación de causalidad entre la administración del medicamento y el daño, pero la explicación gubernamental del proyecto se refiere a la prueba exacta de la causa del daño. En todo caso, el perjudicado debe haber sufrido un daño relevante y aportar indicios de la relación entre éste y el medicamento. El éxito de su pretensión, que se vale de la presunción de causalidad, debe estar basada en los acontecimientos.

Con estos cambios no se ampliaría el ámbito del daño resarcible, ni se fijarían unas altas cuantías indemnizatorias, mas, como bien dice el proyecto, se mejoraría claramente la posición de las víctimas en la responsabilidad por medicamento y se conseguiría, en lo posible, situar en un plano de igualdad procesal al perjudicado frente a la empresa farmacéutica. Se recuperaría, así, la tan denostada, por imprecisa, teoría de la esfera de riesgo (*Risikosphäre*) como criterio de imputación de responsabilidad.

• La generalización del resarcimiento de los daños morales

El § 253 del BGB dispone que la indemnización de un daño inmaterial o no patrimonial (*nicht Vermögensschaden*) sólo procede en los casos en que expresamente la ley lo establezca. Así sucede para la responsabilidad civil extracontractual por negligencia, pero quedan al margen la responsabilidad contractual y la responsabilidad objetiva o por riesgo, tal como se desprende del vigente § 847 BGB. El anteproyecto de reforma se

propone añadir un segundo párrafo al § 253 BGB en que se prevea el resarcimiento del daño moral por las lesiones corporales, a la salud, la libertad o la libertad sexual. Para estos casos se daría una indemnización equitativa (*billige Entschädigung*) porque los parámetros para cuantificarla no derivan directamente de los bienes lesionados. El anteproyecto establece también que el daño moral no debe ser irrelevante y, a excepción de los dolosos, se debe valorar su naturaleza y duración para evitar los pleitos bagatela, porque *de minimis non curat praetor*.

Con esta medida se avanza decididamente en el camino para reducir las diferencias que puedan existir entre las pretensiones derivadas del orden contractual y el extracontractual, ya que el resarcimiento del daño moral es una de ellas. A partir de ahora ya no se deberían invertir esfuerzos en fundamentar la naturaleza extracontractual de la pretensión o bien la existencia de un concurso de las normas que la fundamentan para conseguir el resarcimiento del daño moral, como habitualmente sucede en casos de responsabilidad médica. La proyectada unificación, en tres años, del plazo de prescripción de ambas pretensiones contribuye también a ello.

- ***IVA e indemnización de daños materiales***

El sistema del BGB en materia de indemnización por daños se basa en tres principios:

1. Reparación *in natura*
2. Prohibición de enriquecimiento de la víctima.
3. Elección del medio más eficiente para resarcir el daño.

Sin embargo, y en la práctica, este sistema resarcitorio se acostumbra a concretar en una compensación monetaria no vinculada directamente a la finalidad de reparación de la cosa dañada. De este modo, el daño causado a una cosa concreta se convierte en un daño al patrimonio de la víctima por el valor correspondiente de la cosa. Así, y por la precisión propia de la cultura alemana, se toman medidas para ajustar las partidas que integran el resarcimiento del daño. Si el principio de reparación *in natura* se basa en la reparación de la cosa por el causante del daño o bien su sustitución por una cantidad de dinero, suponiendo que la víctima la empleará en reparar la cosa, esta concepción falla cuando el dinero no se destina a la reparación concreta del bien y se integra sin más en su patrimonio. Lo que corresponde, pues, en estos casos, es indemnizar su valor patrimonial y no el coste efectivo de reparación, que puede variar al alza por incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (*Umsatzsteuer*).

En el proyecto de nuevo apartado del § 249 BGB se dispone que los impuestos exigibles para la reparación de la cosa sólo serán compensables si el dinero de la indemnización se emplea efectivamente en ella. En otro caso, no formarán parte de la cuantía indemnizatoria, que pasaría ahora a fijarse por un sistema de cálculo concreto y no ficticio.

- ***Modificación de la edad mínima para la responsabilidad de los menores por accidentes en el tráfico rodado y otras reformas en materia automovilística***

El anteproyecto se propone alterar la regla general en materia de responsabilidad de los menores, establecida en el § 828 BGB, que los exonera de toda responsabilidad

hasta los siete años de edad. Así, en materia de daños por accidentes en la circulación automovilística y ferroviaria, se elevaría esta edad hasta los diez años, siempre que no haya intervenido dolo. Esta regla, sin embargo, no se podría utilizar en beneficio del menor en los supuestos en que se diera un concurso de culpas en la causación del daño. La propuesta de modificación se fundamenta en la psicología evolutiva, la cual enseña que los menores de diez años, por razones físicas y psíquicas no están en situación de reconocer los particulares peligros que entraña la circulación de vehículos a motor.

En relación con la responsabilidad por accidentes automovilísticos, también se reforman diversos aspectos de la ley del tráfico rodado (*Straßenverkehrsgesetz*) para ajustarla a los principios del sistema. Estos establecen una responsabilidad independiente de todo juicio de culpa o negligencia del propietario del vehículo, y una presunción de la misma para el conductor, debido a la peligrosidad potencial de los vehículos a motor como causantes de daños, lo que añadido a la obligación de asegurar estos daños, con la introducción de una acción directa frente a la aseguradora, da una buena cobertura a los intereses de la víctima.

De acuerdo con estos principios, se introduce una modificación claramente dogmática, pero comprensible desde la manera de proceder alemana. La causa de exoneración que se admite para este tipo de responsabilidad y que deriva de “un suceso inevitable” (*unabwendbares Ereignis*) se substituye por la de “fuerza mayor” (*höhere Gewalt*). El anteproyecto afirma que con ello se consigue una ampliación de la responsabilidad del propietario del vehículo. A pesar de que la cuestión tiene visos de ser más teórica que práctica debe elogiarse el afán alemán de mantener un rigor técnico en las leyes.

- ***Responsabilidad por un peritaje judicial incorrecto***

El anteproyecto introduce también una responsabilidad específica para los peritos que emiten un dictamen o informe en el curso de un proceso judicial, mediante un nuevo § 839a del BGB. En la medida en que no existe una responsabilidad contractual ni tampoco una responsabilidad administrativa del perito, el anteproyecto considera que la responsabilidad actual basada en el sistema general es insuficiente para las partes procesales. De esta manera, y con el nuevo § 839a BGB, se introduce un nuevo supuesto específico de responsabilidad por daños, que regula la del perito frente a las partes por un dictamen incorrecto, al margen de que medie o no juramento.

La responsabilidad se establece por un peritaje incorrecto, de acuerdo con criterios de imputación subjetiva basados en el dolo y la culpa grave. La exclusión de la culpa leve tutela, según el anteproyecto, la libertad del perito para realizar un informe imparcial y evita la negativa presión o amenaza constante de una acción de responsabilidad. Como requisito ulterior, y en términos de imputación objetiva, se exige que el peritaje incorrecto haya sido determinante de la causación del daño, es decir, que la sentencia judicial se haya basado en él.

- ***Aumento de los baremos indemnizatorios y su conversión a Euros***

Una de las finalidades del anteproyecto de ley de reforma está en actualizar los baremos o cuantías máximas de indemnización por daños y adaptarlas a la nueva unidad monetaria, el Euro.

Así, y a lo largo de su articulado, se aprovechan las disposiciones de modificación de las reglas sustantivas de responsabilidad para convertir los DM a Euros y para actualizar las cuantías máximas de indemnización. Además, esto se hace también de manera pormenorizada en el art. 9. La existencia de baremos o cuantías máximas indemnizatorias se explica en aquellos casos en que la responsabilidad es objetiva, por la realización de una actividad de riesgo, a diferencia de la responsabilidad basada en la culpa que no acepta más límite que la reparación integral del daño.

La actualización de estas cuantías se debe producir de acuerdo con el ritmo general de la economía y de los cambios coyunturales que afecten a sectores concretos. Esta actualización, sin embargo, ha faltado para el derecho alemán durante los últimos veinte años. Aprovecha ahora el legislador para llevarla a cabo y armoniza también las diferencias que existen entre los baremos, en la medida en que no se basan en el bien jurídico lesionado sino en el tipo de actividad de riesgo que ha causado el daño. Lo mismo se aplica a las indemnizaciones que son fijadas en rentas o prestaciones periódicas.