

InDret

Presentación del Seminario InDret/MPI Hamburgo 2002

Miquel Martín-Casals
European Group on Tort Law
y
Universitat de Girona

Working Paper nº: 126
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

En este número especial, InDret ofrece a sus lectores los trabajos que se presentaron en el “Seminario sobre desarrollos actuales del derecho europeo de daños”, en el *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo el pasado 7 de junio de 2002. El Seminario estuvo organizado por los profesores Dr. Reinhard Zimmermann, director del MPI de Hamburgo, y Dr. Pablo Salvador, director ejecutivo de InDret y catedrático de derecho civil en la Universitat Pompeu Fabra, y contó con la presencia y la participación de excelentes juristas europeos. No querría dejar pasar la oportunidad de agradecer al Prof. Zimmermann y al Instituto Max-Planck de Hamburgo en nombre de InDret su hospitalidad durante el encuentro y éste, en nombre de varias generaciones de juristas españoles, por la recepción abierta y generosa de sus instalaciones y equipamientos, así como por compartir con nosotros sus preocupaciones e intereses jurídicos durante décadas.

En un reciente informe, uno de los primeros juristas europeos, el Prof. Dr. Ewoud Hondius, ha resaltado la importancia de los esfuerzos que han desarrollado diferentes grupos de juristas durante los últimos años para la armonización o aproximación del derecho privado en Europa y, aunque el derecho de daños no sea una prioridad en la agenda europea como sí lo es el derecho de contratos, los esfuerzos en este ámbito han sido destacables (Hondius, 2002). Diversos grupos y proyectos, como el *Study Group* (von Bar, 2000a; Roca Trías, 2003), el *European Group on Tort Law* (Koch, en este número de *InDret*; Martín Casals, 2003) y el *Trento Project* (Bussani/Mattei 2000; Cámara Lapuente 2003) se han implicado activamente en el desarrollo del derecho de daños europeo y ya están disponibles muchas publicaciones así como varias versiones preliminares y esbozos de unos *Principios*. Algunos de los miembros de estos grupos también tomaron parte en el Seminario MPI / *InDret* y contribuyeron a un vivo debate.

El Director Ejecutivo de *InDret*, el Dr. Pablo Salvador, presentó un trabajo titulado *Respondeat Superior* en el que se analizan los fundamentos jurídicos y económicos subyacentes a la responsabilidad en estos casos. El trabajo había sido escrito conjuntamente con Carlos Ignacio Gómez Ligüerre, profesor ayudante de la Universitat Internacional de Catalunya y Juan Antonio Ruíz García, profesor ayudante de la Universitat Pompeu Fabra, con la cooperación de Antoni Rubí Puig y José Piñeiro Salguero, ambos becarios de investigación en esta última universidad.

En la primera parte del trabajo, los autores muestran cómo las reglas que hacen responder a alguien por los actos de un tercero, vinculadas históricamente con las relaciones entre amo y criado y, en el *Civil Law*, también con las relaciones de dependencia familiar, se hallan en la actualidad afectadas por problemas derivados del funcionamiento y de la gestión de organizaciones mucho más complejas que las citadas, caracterizadas por la progresiva división del trabajo. La mayor solvencia y capacidad para afrontar los costes de transacción de la persona a la que se imputan los daños causados por otra justifica que se le haga responder y, en consecuencia, deba compensar a la víctima, ya sea sumándose a la responsabilidad directa del causante del daño o sustituyéndola. Al ser uno de los mayores problemas del derecho español de daños la existencia de diferentes jurisdicciones con distintas reglas substantivas, en la primera parte del trabajo se presta atención a la regulación jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, en la segunda, se analiza la responsabilidad vicaria en los códigos civil y penal, así como en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

MAGNUS

El Prof. Ulrich Magnus, catedrático de derecho civil en la Universidad de Hamburgo, trata en su trabajo la reciente reforma del derecho de daños alemán operada por la *Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (Ley Segunda de Modificación del Derecho de Daños) de 19 de junio de 2002, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002, materia ya presentada en InDret 3/2002 por el Dr. Albert Lamarca i Marqués (Working Paper núm. 96).

En cuanto a los daños indemnizables, la principal novedad es el abandono de la postura restrictiva del derecho alemán en materia de compensación de los daños no pecuniarios o inmateriales. De conformidad con el antiguo § 253 BGB, tales pérdidas sólo podían compensarse cuando una ley así lo estableciera y, en la práctica, el resarcimiento quedaba reducido a la responsabilidad por culpa que causara daños corporales (cf. el viejo § 847 BGB). Al derogar el § 847 BGB y establecer en el modificado § 253 BGB que deben indemnizarse los daños no patrimoniales en caso de daños corporales, daños a la libertad y a la libertad sexual, con independencia del hecho de si la responsabilidad es por culpa u objetiva, o de si tiene naturaleza contractual, la reforma ha aproximado el derecho alemán de daños a la tendencia mayoritaria en Europa (véase Rogers 2001, 250 et seq.).

En general, la reforma muestra claramente su carácter fragmentario para el sistema de derecho de daños, pues se centra en ámbitos diversos y, hasta cierto punto, inconexos. En el ámbito de la responsabilidad objetiva eleva los baremos o cantidades máximas establecidas en un gran número de regímenes, y por tanto, rechaza alinear el régimen de responsabilidad objetiva alemán con la tendencia general europea que utiliza los baremos de forma más dispersa (Koch/Koziol 2002, 428 et seq.). Por el contrario, en relación con la mejora de la protección de las víctimas en el ámbito de los accidentes de tráfico, se mantiene la tendencia iniciada hace años en Francia y Bélgica, pero se limita a la protección de los menores de 7 a 10 años de edad. Además, amplía la responsabilidad de los poseedores de vehículos a motor; excluye la compensación del llamado “daño ficticio” en los casos de daños a la propiedad, al establecer que el impuesto sobre el valor añadido del coste de reparación no podrá resarcirse si la víctima no ha incurrido en tal coste; y modifica el anticuado § 825 BGB convirtiéndolo en una regla general de protección tanto de mujeres como de hombres en contra de ataques contra su libertad sexual. La reforma también afecta a otras dos materias específicas: la modificación de la Ley del Medicamento (*Arzneimittelgesetz* [AMG]) que, al establecer una presunción de causalidad y un nuevo derecho de información a favor de la víctima, comporta una ampliación del ámbito de responsabilidad por medicamento; y la compensación del daño puramente económico causado por la actividad de jueces y magistrados.

Como señala el Prof. Magnus, no se trata de una reforma general sino que tiene una naturaleza limitada. Aunque mejora el derecho alemán de daños tradicional y lo aproxima más a los derechos de sus vecinos europeos, muchos puntos no se han tratado y se han pospuesto para una ulterior reforma.

NILS JANSEN

En el trabajo *Structures of a European Tort Law —Historical Development and Modern Dogmatic*, el prof. Dr. Nils Jansen, desde el 1 de octubre de 2002 catedrático de derecho civil, derecho romano, historia privada y jurisprudencia en la Universidad de Augsburgo (Alemania), presenta de forma abreviada algunas de las tesis fundamentales que ha desarrollado de forma detallada en su *Habilitationsschrift* (Jansen, 2003). El joven y eminente catedrático (Hanover 1967) de la escuela de Reinhardt Zimmermann apoya el abandono del sistema dual (responsabilidad por culpa versus responsabilidad objetiva) en el desarrollo futuro del derecho europeo de daños argumentando que diferenciar ambos sistemas de responsabilidad es erróneo, puesto que en ambos casos el problema se reduce a la imputación del daño a intereses jurídicamente protegidos para hacer responder personalmente al causante del mismo.

El autor explica porqué esta diferenciación entre lo que llama *Deliktsrecht* (en el sentido estricto de responsabilidad por culpa) y *fehlverhaltensunabhängigen Haftungen* (responsabilidades independientes de la conducta del causante, expresión utilizada también por von Bar [von Bar II, 2000, p. 336 et seq.] para referirse a lo que entre los juristas se denomina comúnmente como responsabilidad objetiva) no ofrece criterios útiles para la organización práctica del derecho de daños. También subraya que, en contraste con la explicación tradicional de la academia jurídica alemana, los fundamentos de esta dicotomía no pueden encontrarse en la distinción aristotélica entre *iustitia commutativa* y *iustitia distributiva*, ya que el derecho de daños siempre requiere una combinación de ambas. En un vertiginoso viaje desde el antiguo derecho romano hasta los últimos desarrollos del siglo veinte, pasando por los glosadores, el Usus Modernus, la escolástica española tardía y los juristas naturales, el Prof. Jansen concluye que las dificultades derivadas del sistema dual de derecho de daños residen en el hecho de que dos conceptos jurídicos, *iniuria* (antijuridicidad) y *culpa* (negligencia) —acuñados originariamente en el derecho romano de daños— han devenido disfuncionales por los muchos y variados cambios que han sufrido a lo largo de los siglos.

Para superar los problemas generados por el sistema dual de derecho de daños y para llevar a cabo una distribución justa de riesgos, cuestión que no puede solucionar la división entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, el autor sugiere la introducción de un *bewegliches system* como el propuesto por Wilburg (Wilburg, 2000) a partir de la idea básica de que el derecho de daños no se basa en un deber de no lesionar ciertos intereses ajenos protegidos sino en la carga que el causante debe soportar cuando el interés ajeno se lesiona. *Prima facie*, la lesión imputable de los intereses ajenos protegidos ofrecería un fundamento para compensar el daño resultante. Sin embargo, la decisión sobre si el causante debe hacerse cargo del daño causado dependería de la confrontación de principios habitualmente contrapuestos. Resulta así decisiva la construcción de un “sistema flexible” con principios como los de negligencia, riesgo, asegurador a menor coste, protección especial de menores, prevención adecuada, así como otros expresados por el autor.

BERNHARD A. KOCH

El Prof. Dr. Bernhard A. Koch (Feldkirch 1966), professor asociado de la Universidad de Innsbruck, es uno de los miembros más jóvenes y prominentes del “[European Group on Tort Law](#)” y uno de los más devotos a las tareas de armonización desarrolladas por el [European Centre of Tort and Insurance Law](#) y por la nueva [Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences](#) establecida en 2002. En su trabajo, presenta una visión de las tareas desarrolladas por el “European Group on Tort Law” a razón de su experiencia como coordinador (junto con el Prof. Dr. Helmut Koziol) del volumen 6 de la serie “Principles of Tort Law”, dedicado a la responsabilidad objetiva (Koch/Koziol 2002), y de su participación en el Comité de Elaboración del Proyecto del Grupo.

El autor da cuenta de que no existe un límite claro entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, sino un *continuum* y, puesto que en la actualidad las divergencias entre las diferentes jurisdicciones es todavía amplia, argumenta que es improbable afrontar con éxito el desafío de encontrar “Principios” aceptados en todas las jurisdicciones. A partir de la cláusula general establecida por el draft suizo, que se utilizó como modelo en el primer draft del *European Group*, muestra cómo el Grupo trabaja en un draft que pueda ayudar a conseguir un consenso más amplio.

SWANN

El Dr. Stephen Swann es miembro del [Study Group on a European Civil Code](#) y está también implicado en su [Working Team on Extra-contractual Obligations](#) que se encarga en la actualidad de preparar unos “Principles of European Tort Law”. Sin embargo, su trabajo sobre “Conceptual Foundations of the Law of Delict as Proposed by the Study Group on a European Civil Code” no es ejemplo de un apoyo incondicional a las tareas del grupo sino, como él mismo señala, la obra de un *insider* crítico. Es bien conocido que los Principios del *Study Group* han sido elaborados, por así decirlo, desde el punto de vista de la víctima y que algunos de sus fundamentos son: 1) La noción de “daño relevante”: la regla básica se refiere a “[Una] persona que sufre un daño jurídicamente relevante” y el Capítulo Dos proporciona una noción general del concepto de “daño relevante” junto con reglas detalladas sobre “tipos particulares de daño jurídicamente relevante”; 2) La noción de responsabilidad o atribución (*accountability*, imputación subjetiva) y sus fundamentos: intención, negligencia y “responsabilidad sin intención ni negligencia”; 3) Una regla muy general sobre causalidad (véase von Bar 2001).

En relación con la noción de “daño relevante”, el autor considera que la crítica de que el concepto constituya una lista de daños específicos no está justificada, ya que las circunstancias concretas de estos casos específicos no son suficientes por sí solas para dar lugar a responsabilidad. Sin embargo, en relación con la noción de atribución, el autor señala que, en el proyecto del *Study Group*, se invoca en un sentido amplio, y se utiliza a veces como fundamento de la atribución y en otras como la combinación de estos fundamentos con el requisito de la causalidad. Finalmente, en relación con la regla general de causalidad, el autor considera que la crítica también está

justificada, pues tal regla no ofrece ninguna definición de causalidad y se reduce a ofrecer una lista de factores que, desde un punto de vista de política jurídica son relevantes para determinar si un concreto demandado debe finalmente considerarse responsable por los daños causados.

PINTOS

El Dr. Jesús Pintos Ager, profesor titular interino de derecho procesal en la Universidad Carlos III de Madrid, analiza en su trabajo *Damage schedules and tort litigation in Spain* el sistema español de tarificación imperativa o baremación de las indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de tráfico. Ésta ha sido una de las reformas más innovadoras y cruciales en el campo del derecho de daños en España y ya dio lugar a un acalorado debate en los tribunales y entre los operadores jurídicos antes de su introducción en 1995.

En el trabajo, el Dr. Pintos analiza esta reforma centrándose especialmente en cómo los baremos de indemnizaciones por los daños personales afectan a la litigación extracontractual. En un intento por identificar los incentivos, costes y efectos finales esperables de esta institución legal de forma objetiva, enfoca la materia mediante modelos de litigación bien desarrollados en el análisis económico del derecho. En primer lugar, el autor se refiere brevemente a los cambios introducidos en 1995 en el ordenamiento español para aquellos lectores no familiarizados con el tema y después, utilizando el marco analítico básico de resolución de conflictos, enfoca la cuestión de forma objetiva, al sistematizar y presentar los efectos múltiples que se han detectado separadamente.

El análisis desarrollado en su trabajo señala que uno de los efectos más beneficiosos de los baremos en la litigación, como es la reducción inmediata en los índices de litigiosidad, no ha tenido lugar tan claramente y en el grado en que el legislador y los partidarios del baremo habían esperado, y sugiere que la ambigüedad del modelo alienta una reconsideración de su deseabilidad social y urge prestar más atención a sus efectos secundarios.

GÓMEZ / RUIZ

Fernando Gómez y Juan Antonio Ruiz, respectivamente catedrático y profesor ayudante de derecho civil en la Universitat Pompeu Fabra, presentaron un trabajo sobre uno de los temas más candentes del debate académico en el campo del derecho europeo de daños (véanse Bussani/Palmer, 2003 y van Boom / Koziol/ Witting, 2003). El título original del trabajo — *The Plural –and Misleading- Notion of Economic loss in Tort: A Law and Economics Perspective*— ya da cuenta de la crítica en contra de una noción unitaria y omnicomprensiva de daño puramente económico y de su introducción ciega y acrítica en el discurso jurídico de la Europa continental. Además, también muestra como el trabajo marca distancias con la doctrina clásica (Posner, 2002) y que en su enfoque interdisciplinar, a pesar de que los autores no desmerecen las herramientas

doctrinales tradicionales y el uso del derecho comparado –principalmente mediante notas al pie abreviadas—centran el análisis desde el punto de vista del *law and economics*.

En la tradición del *Common Law* y –hasta cierto punto– también en el derecho alemán (los llamados *reine Vermögensschäden*), el daño puramente económico se define por contraposición a los daños físicos, esto es, a los daños que implican un daño personal, la muerte o un daño a la propiedad. El daño puramente económico, como apuntan los autores del trabajo, “no [es] un daño definible como el impacto económico directo de la lesión en la persona de la víctima o en su propiedad o como las consecuencias económicas que sufre la misma”. Este daño tiene lugar con independencia de la muerte o del daño corporal o a la propiedad de la *víctima*. Debemos remarcar esta referencia a la víctima, pues, en ciertos casos, el daño puramente económico de ésta estará relacionado con un daño físico a una tercera persona o a su propiedad con la que el demandante tiene una cierta relación (la llamada *relational pure economic loss*), siendo irrelevante el carácter puramente económico de las pérdidas del demandante. Además, como resulta de la definición mencionada anteriormente, el daño puramente económico debe diferenciarse de la llamada *consequential economic loss*, esto es, de la pérdida económica vinculada con un daño personal (por ejemplo, pérdida de salarios) o daños a la propiedad (por ejemplo, pérdida de valor del objeto reparado). Estas clases de pérdidas económicas no presentan los mismos problemas que los generados por los daños puramente económicos.

Es ampliamente conocido que, mientras algunos sistemas jurídicos parten como regla general de las llamadas “bright line” o “exclusionary rule”, que impiden el resarcimiento de los daños puramente económicos, otros ignoran este concepto jurídico y tratan los problemas derivados de su compensación con los instrumentos jurídicos a su disposición, tales como el ámbito de imputación o el propio concepto de daño. Sin embargo, incluso en aquellos sistemas en los que el daño puramente económico es un fundamento habitual, su carácter fragmentario da lugar a una gran variedad de soluciones dispares, que no pueden tratarse con las mismas reglas e instrumentos, por lo que la “exclusionary rule” —si en algún momento lo fue— no es ni una regla general ni sirve como un criterio claro de delimitación.

Debido a esta heterogeneidad los autores sostienen que la categoría es confusa, ya como categoría normativa ya como un término útil para englobar a grupos de casos relacionados, y se decantan por un enfoque pluralista. En esta perspectiva, se utilizan diversos principios económicos — tales como la subrogación, la confrontación de las pérdidas sociales con las privadas en las ventas dejadas de obtener, la responsabilidad extracontractual como substitutivo de la responsabilidad contractual y la llamada responsabilidad de los *gatekeepers*— para organizar e iluminar algunos de los problemas implicados.

Lo que los autores llaman “principio de subrogación”, que aboga por la indemnización de ciertas pérdidas económicas, es conocido comúnmente entre los juristas ajenos al *law and economics* como “transferred loss”, y es una subcategoría de las “relational loss”. Hace referencia a aquellas situaciones en las que un tercero sufre un daño, que normalmente habría sufrido la víctima a consecuencia de la relación especial que existe entre ambos. Incluye el daño puramente económico como son los salarios que el empresario debe continuar pagando a su empleado a

pesar de su incapacidad temporal; o en el caso de los contratos de arrendamiento o de flete, el arrendatario o fletador deben continuar pagando el precio contractual del objeto mientras se repara y sin posibilidad de utilizarlo, etc.

Otros principios analizados son los que limitan la compensación a aquellas pérdidas privadas que no quedan desplazadas por las ganancias de otro (el núcleo tradicional del argumento de Bishop [Bishop 1982]) y lo que los autores llaman “sustitutivo de la responsabilidad contractual” y responsabilidad de los *gatekeepers*, en referencia a los casos de responsabilidad por la prestación de servicios o de información negligentes. En el primer caso, argumentan que la división coste privado – coste social no ofrece una regla útil para la práctica de los tribunales. En el segundo, sostienen que la solución a los problemas requiere considerar el carácter distintivo en cada caso, por lo que una noción amplia de “pure economic loss” resulta inútil.

Josep FERRER RIBA

En *Domestic Relations*, el Dr. Josep Ferrer Riba, profesor titular en la Universitat Pompeu Fabra, combina su experiencia en el ámbito del derecho de daños con su maestría en el derecho de familia comparado para analizar el papel que el primero desarrolla, y que debe desarrollar, para compensar los daños causados entre los miembros de una familia o convivientes. A partir de los privilegios e inmunidades entre parientes en el *Civil Law* y en el *Common Law*, y centrando su atención principalmente en el sistema jurídico alemán y en las diferentes soluciones propuestas por las jurisdicciones de los Estados Unidos, analiza cómo las diferentes jurisdicciones de la Europa continental han afrontado el problema sin establecer inmunidades, ya sea cambiando el estándar objetivo de cuidado establecido legalmente por un estándar *quam in suis* (como por ejemplo, en Alemania, §§ 1359 y 1664 I BGB y § 4 LPartG) o judicialmente mediante la textura abierta de las reglas de responsabilidad extracontractual (como, por ejemplo, en Francia, Italia o España). Por el contrario, la inmunidad entre cónyuges y entre padres e hijos, que ha sido primordial en el *Common Law*, recientemente ha sido cuestionada y sustituida progresivamente por privilegios de derecho sustantivo elaborados casuísticamente. Este abandono progresivo de las inmunidades ha reducido substancialmente las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*.

El autor analiza tres posibles argumentos para la exención de responsabilidad o para su mitigación: a) el estatus familiar del causante y de la víctima, un criterio que ha sido fundamental durante décadas para determinar el alcance de las inmunidades en el *Common Law*; b) la convivencia entre causante y víctima, que al reducir la importancia del vínculo familiar entre ambos deviene un fundamento con más peso para justificar no indemnizar o reducir el alcance de responsabilidad y c) la conexión entre la conducta dañosa y el desarrollo de un rol familiar o el cumplimiento de obligaciones familiares.

Bibliografía

William Bishop, *Economic Loss in Tort*, 2 Oxford Journal of Legal Studies (1982), 1-29.

Mauro Bussani / Ugo Mattei (Eds.), *Making European Law / Essays on the "Common Core" Project*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2000.

Mauro Bussani / M. / Vernon Palmer (Eds.), *Liability for Pure Economic Loss: Frontiers of Tort Law*, CUP, Cambridge, 2003 (en prensa).

Sergio Cámara Lapuente, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.

Sergio Cámara Lapuente, *El "núcleo común del Derecho privado europeo" —Proyecto de Trento*, en Sergio Cámara Lapuente, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, 227-234.

Ewoud Hondius, *European Private Law —Survey 2000-2002*, ERPL 2002, 865-900.

Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte. Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 2003 (en prensa).

Bernhard A. Koch / Helmut Koziol (Eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002 (Principles of European Tort Law, vol. 6).

Bernhard A. Koch, *Wilburg's Flexible System in a Nutshell*, in: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2001* (Tort and Insurance Law Yearbook). Wien/New York: Springer 2002, 545-548.

Miquel Martín Casals, *El "European Group on Tort Law" y la elaboración de unos "Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil" —Grupo de Tilburg/Viena*, in Sergio Cámara Lapuente, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, 217-226.

Richard Posner, *Legal Scholarship Today*, 115 Harv. Law Rev. 1314 (2002).

W. V. Horton Rogers (Ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien-New York, Springer, 2001.

Encarna Roca Trías, *El "Study Group on a European Civil Code" —Proyecto von Bar—*, en Sergio Cámara Lapuente, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, 199-204.

Willem H. van Boom / Helmut Koziol / Christian A. Witting (Eds.), *Pure Economic Loss*, Wien /New York , Springer, 2003 (en prensa).

Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vols.I-II, Oxford, Clarendon Press, 1998-2000.

Christian von Bar, *Die Study Group on a European Civil Code*, FS für Dieter Henrich, Bielefeld, Giesecking, 2000a,1-11.

Christian von Bar, *Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code - Ein Werkstattbericht*, ZeuP 3/2001, p. 515-532.

Walter Wilburg, *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, Wien, Manz, 2000 (traducido por Herbert Hausmaniger).