

InDret

***La labor del European Group on Tort Law.
La cuestión de la “Responsabilidad Objetiva”***

Bernhard A. Koch
European Centre of Tort and Insurance Law
Vienna

Working Paper n°: 129
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

Sumario

- 1. El European Group on Tort Law**
- 2. Los Principios del Derecho de Daños Europeo**
- 3. El trabajo del European Group on Tort Law**
- 4. El Proyecto sobre “Responsabilidad Objetiva”**
 - 4.1 La historia del proyecto**
 - 4.2 Valoraciones básicas**
 - 4.3 El primer borrador**
 - 4.4 El estado actual de nuestro trabajo**
- 5. Perspectivas**

1. El European Group on Tort Law

En 1993, Jaap Spier, en aquellos momentos catedrático de la Universidad de Tilburg (Holanda), reunió a un grupo de trabajo con el objetivo de analizar las cuestiones fundamentales del derecho de daños desde una perspectiva comparada. En primer lugar, se examinaron los límites a la responsabilidad. Los resultados de tales debates fueron publicados en dos volúmenes¹. Con posterioridad, se inició un ambicioso proyecto – la redacción de los “Principios del Derecho de Daños Europeo” – que debería servir como base para un futuro Derecho de Daños Europeo.

Uno de los miembros del Grupo en los primeros años, Christian von Bar, nos abandonó prematuramente para dedicarse a su propio proyecto. El resto del Grupo, actualmente conocido bajo la denominación de “European Group on Tort Law”, ha crecido considerablemente y hoy en día se compone de más de 20 miembros de la mayoría de estados de la Unión Europea², de Polonia, de la República Checa³ y de Suiza, donde una reforma general del derecho de daños, coelaborada por uno de los miembros, Pierre Widmer, está discutiéndose en estos momentos.

No debe tampoco sorprender la presencia de miembros de Estados Unidos –Dan Dobbs desde el principio y, posteriormente, el *General Reporter* del nuevo (tercero) *Restatement on Torts*, Gary Schwartz, quien, lamentablemente, falleció el pasado año. El coautor de la mencionada obra, Michael Green, se incorporó al Grupo en el ínterin. El hecho de invitar a expertos norteamericanos no implica que sus ordenamientos jurídicos se consideren modelos a imitar por

¹ J. Spier (ed.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut* (1996); J. Spier (ed.), *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective* (1998). Ambos volúmenes (así como los que le siguen, citados posteriormente) han sido publicados por Kluwer Law International (The Hague).

² Austria (B.A. Koch, H. Koziol), Bélgica (H. Cousy), Inglaterra (W.V.H. Rogers), Francia (G. Viney, S. Galand-Carval), Alemania (U. Magnus, M. Will), Grecia (K. Kerameus), Italia (F.D. Busnelli, G. Comandé), Holanda (M. Faure, Edgar du Perron, J. Spier), Portugal (J.F. Sinde Monteiro), España (M. Martín Casals), Suecia (B. Dufwa).

³ Polonia está representada por M. Nesterowicz, la República Checa por L. Tichy.

los diferentes derechos europeos. No obstante, es inevitable tener en cuenta los progresos que se han llevado a cabo en Estados Unidos. Además, la experiencia obtenida con la elaboración de los *Restatements* supone una ayuda de incalculable valor para nuestro trabajo.

A primera vista puede sorprender que el “European Group” también incluya miembros de Israel⁴ y Sudáfrica⁵, sin embargo, hay buenas razones para ello, puesto que Sudáfrica tiene un ordenamiento jurídico mixto construido sobre una base conformada por el derecho continental europeo y por el derecho inglés, lo que constituye un buen ejemplo de combinación del *Civil Law* y del *Common Law*⁶. Israel constituye un caso similar ya que también posee experiencia en la codificación del *Case Law* inglés. Asimismo, su derecho de daños también está siendo objeto de una amplia revisión en estos momentos.

Con el objetivo de crear una base institucional sólida para el diseño de los “Principios”, se fundó en Viena el “European Centre of Tort and Insurance Law” (ECTIL) a principios de 1999. El ECTIL desarrolla igualmente proyectos de investigación en el campo del derecho de daños y del derecho de seguros.⁷

2. Los Principios del Derecho de Daños Europeo

Ciertamente, no hay una fórmula única para combinar y estructurar los principios del derecho de daños. Todos los sistemas jurídicos europeos siguen, al menos parcialmente, diferentes tendencias y, en efecto, ofrecen una diversidad de posibles ingredientes.

Básicamente, existen dos posiciones extremas en el modo de diseñar una normativa. Por una parte, se puede tipificar expresamente cada uno de los problemas (si bien esto debe hacerse partiendo de una base de principios teóricos comunes). Por otra, elaborar una lista de cláusulas generales (más corta, ciertamente), que permitiría al juez disponer en la práctica de un amplio margen. Ninguna de estas dos posiciones puede emplearse en exclusiva.

Todos los sistemas jurídicos se sitúan en algún punto intermedio entre ambos polos, aunque varios de ellos están significativamente más próximos al de específicas y detalladas. Obviamente, el derecho alemán es uno de ellos: no cuenta con una regla general de responsabilidad objetiva y no permite el uso de la analogía con las disposiciones específicas existentes. Sin embargo, en la práctica el derecho alemán ha buscado vías de escape de tales restricciones legales –piénsese en la creciente protección de los derechos de la personalidad o en la historia de la responsabilidad por producto antes de la transposición de la Directiva de la UE.

⁴ I. Gilead.

⁵ J. Neethling.

⁶ Vid. R. Zimmermann, *Das südafrikanische Privatrecht im Schnittpunkt zwischen Common law und Civil law*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 1995, 111.

El nuevo Código Civil de Holanda contiene sin duda más cláusulas generales⁸, al igual que el actual proyecto de reforma⁹ del derecho de daños suizo¹⁰. Ambos textos emplean argumentos tales como buena fe, conducta honesta, equidad, sentido común o circunstancias concretas del caso, de forma más frecuente que la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos. Al aplicar conceptos con un significado tan amplio, se tiende a tener en cuenta la experiencia previa, que obviamente ha de haberse adquirido previamente, por lo que, como mínimo en esta fase inicial, sería deseable incluir los valores subyacentes a tales conceptos en los propios textos legales.

Cuando una jurisdicción realiza una nueva codificación, suele hacerlo sobre una tradición consolidada —aun cuando se pretenda alterar—, lo que refleja como mínimo sus valores fundamentales. Esta práctica común para la resolución de casos prácticos faltará en una futura compilación europea¹¹. De este modo, si los valores básicos no son perceptibles, las nuevas normas comunes inevitablemente se disgregarían en la práctica real de multitud de tribunales supremos que actualmente operan basándose en valores diferentes¹². Así, fracasaría la finalidad esencial de la armonización o, de otro modo, únicamente podría alcanzarse siguiendo el largo y, con frecuencia, impredecible camino de dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por tanto, una compilación de normas con la pretensión de armonizar el derecho de daños europeo no es suficiente que incluya cláusulas generales amplias para todas las cuestiones clave que necesariamente requerirían una clarificación posterior. Por otra parte, el nuevo conjunto de normas no debe ser tampoco demasiado rígido, por lo que los “Principios” no deben entrar en el detalle, sino que deben trazar sólo el marco de un sistema amplio y compacto de responsabilidad extracontractual. Así pues, como primer objetivo, los “Principios” deben representar el marco para el desarrollo posterior en las leyes nacionales, así como en la propia legislación europea, para evitar en el futuro una elaboración de normativas sectoriales. Obviamente, nosotros evaluamos los “Principios” por su capacidad para fundamentar una futura codificación europea.

Debe resaltarse que no pretendemos realizar un borrador que sea tan original e innovador que se separe de los derechos de daños vigentes en Europa, tanto en contenido como en estructura. Después de todo, nuestros esfuerzos se encaminan a que los “Principios” tengan la máxima aceptación posible, por lo que es muy importante tener en cuenta los fundamentos comunes de todos los sistemas jurídicos que tan brillantemente ha señalado Zimmermann¹³. Después de

⁷ Puede encontrarse más información acerca del trabajo de ECTIL en la web <http://www.ectil.org>.

⁸ Vid. H. Koziol, *Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadensersatzrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 1996, 587.

⁹ Cf. Art. 45d (daños medioambientales), 45 e (daños no patrimonial), Art. 52 *et seq.* (daños).

¹⁰ Cf. H. Koziol, *ZEuP* 1996, 587.

¹¹ R. Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, *Juristenzeitung (JZ)* 1995, 477 (491, sobre los Principios Lando).

¹² H. Koziol, *ZEuP* 1996, 594.

¹³ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990); *id.*, *JZ* 1995, 491.

todo, los ordenamientos europeos y no europeos actuales reflejan el conocimiento y la experiencia acumulada a lo largo de siglos, por lo que ignorar este hecho sería plenamente irresponsable y pecaríamos con ello de notoria sobreestimación de nuestras propias capacidades. Por ello, nos hemos basado en las normas existentes y, de forma cuidadosa, las ampliamos y desarrollamos¹⁴. Únicamente en el caso de que las normas nacionales no sean satisfactorias y no se consideren apropiadas de forma general, debe encontrarse una nueva solución.

3. El trabajo del European Group on Tort Law

En la elaboración del actual borrador de los “Principios”, el derecho de daños general se ha dividido en diversas materias cuyo examen se realiza en proyectos separados. Los estudios realizados sobre daños indemnizables¹⁵, causalidad¹⁶, ilícitud¹⁷ y responsabilidad objetiva¹⁸ están ya publicados. Los próximos volúmenes de nuestra serie “Principles of European Tort Law” (Kluwer Law International) versarán sobre la culpa, la responsabilidad por hecho ajeno y la negligencia contributiva. Los futuros proyectos incluirán materias tales como la multiplicidad de causantes y las pérdidas sufridas por terceros.

Para cada una de estas materias, se han distribuido cuestionarios cuyos contenidos ya habían sido discutidos previamente con todos los miembros. Estos cuestionarios incluyen tanto cuestiones teóricas como casos hipotéticos y, en respuesta a los mismos, los miembros e invitados del Grupo realizan informes nacionales, sobre los que se basa el líder(es) del proyecto para realizar un draft comparado. Estos informes se discuten posteriormente en reuniones plenarias que se celebran, como mínimo, anualmente. Este año, por ejemplo, tuvimos un encuentro en mayo en Pisa y el siguiente será en noviembre, cuando nos reunamos en Hamburgo. En el tiempo que media entre los encuentros hay abundante comunicación vía electrónica.

Partiendo de la base de las sugerencias y de los debates, se ha preparado la primera versión de los “Principios” (versión que ya ha sido presentada al Grupo junto con el informe comparado). Con la finalidad de confeccionar los “Principios” se ha constituido un “Drafting Comitee”, formado por miembros del Grupo, que se reúnen entre los encuentros plenarios. El principal cometido de este “Drafting Comitee” es la unificación de todos los borradores existentes y la preparación de un conjunto amplio de “Principios”, según los procedimientos previamente mencionados.

En el encuentro de este año en Pisa, por primera vez, no había ninguna cuestión concreta del derecho de daños sobre la mesa, sino que sirvió como foro de discusión del primer borrador general sobre los “Principios”. Afortunadamente, hubo consenso en una parte importante del

¹⁴ Cf. R. Zimmermann, JZ 1995, 491.

¹⁵ U. Magnus (ed.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001).

¹⁶ J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation* (2000).

¹⁷ H. Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (1998).

mismo, aunque algunos aspectos fueron reenviados al “Drafting Comitee” para nuevas enmiendas que serán discutidas en posteriores debates.

De esta forma, el actual estado de los “Principios” no permite su publicación, a pesar de que se ha avanzado mucho. En la actualidad, planeamos presentar en público los “Principios” en mayo del año próximo en el encuentro de Lausana. El borrador de la primera parte del comentario de los “Principios” deberá estar ya elaborado, aunque hasta este encuentro se estarán realizando discusiones sobre el mismo. Por último, la futura publicación no debe incluir únicamente el texto de los “Principios”, sino también explicaciones, casos hipotéticos, así como referencias a los derechos de daños vigentes.

4. El Proyecto sobre “Responsabilidad Objetiva”

4.1 La historia del proyecto

El trabajo del “European Group on Tort Law” puede ilustrarse a continuación con nuestro proyecto sobre responsabilidad objetiva. De forma previa, debemos clarificar que la denominación, entendida en su acepción técnica en inglés (*Strict Liability*), no abarca todo el ámbito del proyecto: se utiliza en éste en un sentido mucho más amplio, que incluye todas las formas de responsabilidad, con exclusión del sistema tradicional de responsabilidad por culpa. Con todo, decidimos utilizar este término para la publicación, ya que no hemos encontrado otro más apropiado. Se utiliza la expresión “responsabilidad objetiva” en un sentido amplio, aunque deben excluirse determinados conceptos (como aquél que incluye la responsabilidad por hecho ajeno dentro de la responsabilidad objetiva). En el borrador actual de los “Principios”, se ha intentado evitar el uso de la expresión “responsabilidad objetiva” para soslayar confusiones tales como la indicada.

El cuestionario referido a la responsabilidad objetiva¹⁹ se divide en “cuestiones generales” y “casos”. La primera parte de las cuestiones trata los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad objetiva en el contexto general del sistema de derecho de daños. El siguiente grupo de cuestiones tratan el *status quo* de todas las variedades de responsabilidad objetiva en cada una de las respectivas jurisdicciones. Ello incluye cuestiones acerca de la persona responsable y sus posibles defensas. También se tratan materias que no entran propiamente en el ámbito del derecho de daños como la interacción con otros sistemas de compensación. La parte teórica concluye con cuestiones de política jurídica acerca de la necesidad de futuras reformas así como de su viabilidad.

¹⁸ B.A. Koch/H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002).

¹⁹ M. Will, Questionnaire on Strict Liability, en: B.A. Koch/H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002) 3.

Los casos hipotéticos de la segunda parte del cuestionario se refieren a las cuestiones teóricas de la primera parte y muchos de los casos están basados en ejemplos reales (como la cuestión 8, inspirada en el caso inglés *Cambridge Water & Eastern Counties Leather*).

En respuesta a este cuestionario, se han presentado quince informes nacionales²⁰, que han servido de base para la elaboración de un informe comparado y también se han tenido en cuenta un trabajo interno de Bénédicte Winiger (Ginebra), sobre convenios internacionales, así como un análisis económico preparado por nuestro colega holandés Michael Faure.

También sumamos a nuestro proyecto los resultados del análisis económico del derecho, cuya manera de proceder es promovida, en particular, por dos miembros del Grupo. Sin embargo, consideramos el análisis económico únicamente como una forma de análisis secundaria pues todos convenimos en que las valoraciones básicas no deben ser decididas exclusivamente desde el punto de vista de la eficiencia (pese a su posible precisión).

También conviene mencionar que la materia del seguro juega un papel muy importante en el mismo.

Las cuestiones sobre responsabilidad objetiva fueron debatidas en los encuentros del Grupo en Würzburg y en Graz durante el 2000. Posteriormente, el informe comparado fue reelaborado, ya que algunos informes nacionales requerían una mínima actualización antes de enviar el documento final a Kluwer.

4.2 Valoraciones básicas

En cuanto a la responsabilidad objetiva coincidíamos mayoritariamente en que debía abandonarse un método muy común, utilizado en muchas jurisdicciones: en lugar de normas particulares y específicas dirigidas a las diferentes causas del daño debía encontrarse una regla general²¹.

A continuación, con el término “peligrosidad” nos referiremos a un estándar flexible definido por la interrelación de dos elementos: la magnitud potencial del daño y la probabilidad del mismo. También debe señalarse que no existe una única justificación para los sistemas de responsabilidad sin culpa: además de la peligrosidad, en abstracto o en concreto, existen otros factores como la posibilidad de evitar el daño (por ambas partes), las dificultades a la hora de establecer las pretensiones de ambos, la relación entre consecuencias beneficiosas y nocivas de

²⁰ Austria, Bélgica, República Checa, Inglaterra, Francia, Alemania, Grecia, Israel, Italia, Holanda, Polonia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Estados Unidos.

²¹ Vid. art 50 del anteproyecto suizo.

una actividad, entre otras²². Este amplio espectro de posibles argumentos debe ser tenido en cuenta al considerar el siguiente resumen.

Estamos convencidos de que el elemento de la peligrosidad en el sentido anteriormente mencionado no sólo juega un papel relevante en las principales áreas de la responsabilidad objetiva tradicional sino también en la responsabilidad por culpa. Éste no es el único motivo por el cual no existe una frontera clara entre ambos tipos de responsabilidad, sino que “en realidad, una es prolongación de la otra”²³: Cuanto más peligrosa es una situación, más deberes de cuidado deben adoptarse para prevenir el daño, deberes que están concebidos para evaluar el comportamiento de todos los intervinientes. Además, muchos derechos reconocen que circunstancias especialmente peligrosas pueden llevar a invertir la carga de la prueba de la culpa.

Si el grado de peligrosidad se eleva, gradualmente se reemplaza la culpa como requisito para imputar responsabilidad por otros elementos, lo que delimita el alcance de la responsabilidad objetiva a su sentido más estricto (como en Alemania). Pero incluso en estas ocasiones debe tenerse presente el grado de peligrosidad para las posibles defensas: si el grado de peligrosidad no es particularmente alto (caso de las áreas grises cercanas a la responsabilidad por culpa, como puede ser la responsabilidad por animales domésticos) el demandado puede eludir su responsabilidad probando que actuó de acuerdo con los estándares objetivos de precaución; en estos casos, las razones para imputar (o negar) responsabilidad son, por una parte, el comportamiento objetivamente injusto y, por otra, la peligrosidad de la situación, que sustituye al componente subjetivo de la culpa. Si la peligrosidad es todavía más elevada, el demandado deberá probar que actuó con mayor cuidado, es decir, que obró de acuerdo con un estándar objetivo de comportamiento más estricto. La evaluación del comportamiento del causante del daño pierde gradualmente relevancia cuanto mayor es el riesgo que la actividad entraña. Así, en casos extremadamente peligrosos, sólo es posible alegar fuerza mayor como factor de exoneración y, en algunos casos, no cabe defensa alguna.

El argumento de la fuerza mayor no excluirá necesariamente la responsabilidad, pero puede comportar su reducción, equilibrando la distribución de las pérdidas. Por ejemplo, aunque la peligrosidad de una fábrica puede ser un factor favorable para atribuir las posibles consecuencias negativas a su titular, existen ciertas influencias externas de carácter inevitable que debe asumir la víctima (como cualquier riesgo general de la vida). Si ambos factores han contribuido conjuntamente a la causación del daño, deben distribuirse las pérdidas de acuerdo con el balance de riesgos de la esfera propia de cada parte. Únicamente en el caso de que una fuente de peligro ocasione un riesgo extremadamente alto no cabrá ningún tipo de defensa, hecho que actualmente sucede en varios países en el ámbito de los daños causados por energía nuclear.

²² Vid. B.A. Koch/H. Koziol, Comparative Conclusions, en: B.A. Koch/H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002) 395 (407 *et seq.*).

²³ W.V.H. Rogers, Inglaterra, en: B.A. Koch/H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002) 101.

4.3 El primer borrador

Teniendo en cuenta estas consideraciones, Helmut Koziol y yo mismo hemos realizado un primer borrador partiendo de la base de que la diversidad existente entre los diferentes derechos europeos en el campo de la responsabilidad objetiva es tan grande que ninguno de ellos puede ser tomado como modelo para realizar una armonización con vocación de ser aceptada por todos los países.

El panorama actual se extiende desde la responsabilidad sin culpa de Francia, articulada a través de conceptos amplios entre los que se incluye una cláusula general (como en el actual anteproyecto suizo) a jurisdicciones que mantienen un listado, ya sea amplio o corto, de normas específicas, como la alemana, entre otras, y, finalmente, al derecho inglés, que difícilmente se separa del requisito de la culpa (incluso en el caso de los accidentes de tráfico).

Particularmente, en Inglaterra, cuyo sistema da un escaso margen a la responsabilidad objetiva, una definición amplia de la misma, como puede ser una cláusula general, sería inaceptable en la medida que incluiría riesgos comunes como los accidentes de tráfico. En Francia, una propuesta basada en la noción de peligrosidad (igual que en el anteproyecto suizo) conduciría a una restricción en la práctica de los tribunales. Ninguna de estas dos posiciones extremas podría servir como base adecuada para un derecho europeo común de responsabilidad objetiva: en Francia no hay razones convincentes para la gran diversidad de casos en los cuales la culpa no es requisito de imputación de responsabilidad. En Inglaterra, por su parte, el principio (comúnmente aceptado) es el de reconocer que alguien que utiliza un objeto peligroso en beneficio propio debe soportar las consecuencias negativas resultantes de su uso. En otros derechos, este principio no se prevé legalmente (lo que impide su uso como modelo para el borrador): piénsese en Alemania, donde hay una diversidad de normas específicas que prescinden de riesgos comparables (caso de lanchas o presas), hecho que comporta discrepancias insalvables. El mencionado anteproyecto suizo extrae las consecuencias del estado del derecho comparado e incluye la propuesta de una cláusula general, que hemos tomado como modelo en nuestro primer borrador. Por ello, hemos intentado aplicar el sistema flexible realizado por Walter Wilburg, sopesando las consecuencias de la responsabilidad con sus fundamentos teóricos.

Aunque el primer borrador fue aceptado inicialmente por la mayoría del Grupo, tuvo que ser revisado en profundidad, lo que se puede explicar por la diferente composición del Grupo en ambos encuentros. Sin embargo, el primer borrador podría haber resultado muy radical para muchas jurisdicciones, ya que se separaba de las líneas de razonamiento tradicionales, aunque se hubiera demostrado mientras tanto la incoherencia de estas últimas. De ahí que nuestros esfuerzos se encaminen a buscar esa coherencia. Pero teniendo en cuenta la magnitud de las modificaciones, era posible anticipar que una ruptura de este tipo no sería ampliamente aceptada en todas las jurisdicciones, lo que representa nuestro principal objetivo.

4.4 El estado actual de nuestro trabajo

Si las discusiones en el seno de nuestro Grupo no comportan un cambio de postura de última hora, el actual borrador de los “Principios” incluye una cláusula general algo más estrecha, que abarca todo el campo de la responsabilidad objetiva tal como se establece en el derecho inglés. Además, permite una legislación especial sin culpa en otras áreas y reconoce la posibilidad de una aplicación analógica. Aunque ésta puede no ser la solución ideal, como mínimo representa un paso adelante respecto a muchos de los derechos actuales.

Las restantes áreas de responsabilidad objetiva, concebida en su sentido amplio, se regulan en posteriores “Principios” que también abarcan casos de pura responsabilidad por culpa así como de responsabilidad de empresa.

5. Perspectivas

Como se ha señalado, el trabajo sobre los “Principios” aún no ha concluido. En nuestro encuentro de Pisa, todos los miembros fueron invitados a presentar más sugerencias y modificaciones para preparar nuestra próxima reunión en Hamburgo. Sin embargo, es poco probable que la estructura básica sea objeto de ulteriores modificaciones.

El próximo año en Lausana, en la presentación pública de los “Principios” invitaremos a profesionales para que contribuyan al debate, pero no únicamente a jueces y abogados sino también a expertos del sector de los seguros. En los próximos meses los “Principios” deben afinarse con vistas a este objetivo.