

# InDret

## **Avantprojecte de Segona Llei de modificació de les disposicions sobre dret de danys a Alemanya**

**Albert Lamarca Marquès**

**Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra**

**Barcelona, Juliol de 2001**

**[www.indret.com](http://www.indret.com)**

## Sumari

- Introducció
- Responsabilitat per medicaments: pretensió d'informació o de *discovery* i presumpció de causalitat
  1. Pretensió d'informació
  2. Presumpció de causalitat
- La generalització del rescabament dels danys morals
- IVA i indemnització de danys materials
- Modificació de l'edat mínima per la responsabilitat dels menors per accidents en el trànsit rodat i d'altres reformes en matèria automobilística
- Responsabilitat per un peritatge judicial incorrecte
- Augment dels barems indemnitzatoris i la seva conversió a Euros

- **Introducció**

De nou InDret ressenya un avantprojecte de llei alemany federal en matèria de dret privat: el de Segona Llei de modificació de les disposicions sobre dret de danys ([Entwurf Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften](#)), de 19 de febrer de 2001.

L'avantprojecte vol actualitzar el dret vigent i ajustar-lo als nous avenços i coneixements, tot prenent en consideració els interessos dels agents implicats. En els seus tretze articles, es proposa modificar les disposicions del BGB i de les lleis especials sobre dret de danys de manera sistemàtica i d'acord amb les següents directrius:

1. En primer lloc, cerca millorar la posició de la víctima de danys causats per productes farmacèutics o medicaments defectuosos, amb l'alleugeriment de la càrrega de la prova, i li concedeix una pretensió d'informació o de *discovery* enfront la indústria farmacèutica i l'Administració supervisora i estableix una presumpció de causalitat.
2. En segon lloc, generalitza la pretensió d'indemnització per danys morals, i l'estén de la responsabilitat extracontractual per culpa a la responsabilitat per risc i a la contractual. Amb tot, el rescabament del dany moral es limita als supòsits en què, a excepció de concórrer dol, siguin rellevants.
3. En tercer lloc, modifica el sistema per la compensació dels danys materials, que passaria a basar-se en un càlcul concret de la indemnització pel bé lesionat i no en una quantificació fictícia o abstracta. D'aquesta manera, s'exclou de la quantia indemnitzatòria l'Impost sobre el Valor Afegit si la cosa no és reparada *in natura*.
4. En quart lloc, s'ocupa de la responsabilitat dels menors pels accidents causats en el trànsit rodat i ferroviari. L'avantprojecte eleva l'edat mínima per la responsabilitat de set a deu anys.
5. En cinquè lloc, inclou, en les disposicions del BGB sobre dret de danys, a la llibertat sexual com a bé jurídic expressament protegit i a la responsabilitat pels danys que deriven d'un informe pericial incorrecte davant un tribunal com a supòsit específic de responsabilitat.
6. En darrer terme, actualitza i harmonitza els barems indemnitzatoris per als supòsits de responsabilitat objectiva o per ris i els converteix a Euros.

La data d'entrada en vigor prevista a l'avantprojecte és l'1 de gener de 2002 i, pel cas d'arribar-se a aprovar, les lleis que modificaria, a més del BGB, serien:

- Llei del medicament (*Arzneimittelgesetz*)
- Llei federal de muntanya (*Bundesberggesetz*)
- Llei del trànsit rodat (*Straßenverkehrsgesetz*)
- Llei de responsabilitat civil obligatòria (*Haftpflichtgesetz*)
- Llei de navegació aèria (*Luftverkehrsgesetz*)
- Llei federal de protecció de dades (*Bundesdatenschutzgesetz*)

- Llei d'enginyeria genètica (*Gentechnikgesetz*)
- Llei de responsabilitat per productes defectuosos (*Produkthaftungsgesetz*)
- Llei de responsabilitat mediambiental (*Umwelthaftungsgesetz*)
- Llei de protecció de fronteres federals (*Bundesgrenzschutzgesetz*)
- Llei federal d'ajuda social (*Bundessozialhilfegesetz*)
- Llei de compensació pels danys causats per les tropes d'ocupació (*Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden*)
- Llei de l'energia atòmica (*Atomgesetz*)
- Llei federal de previsió social (*Bundesversorgungsgesetz*)
- Llei de l'assegurança obligatòria de responsabilitat civil per la tinença de vehicles a motor (*Pflichtversicherungsgesetz*)
- Llei d'introducció al BGB (*Einführungsgesetzes zum BGB*).

La ressenya d'InDret no és casual: el [Ministeri federal alemany de justícia](#) publica a la seva pàgina web totes les seves iniciatives legislatives per tal que els agents jurídics i socials s'hi puguin pronunciar de cara a la seva millora i ajust a la realitat. Amb això fa bona la idea que amb més transparència i participació hi ha més democràcia. El [Ministeri de ciència i tecnologia espanyol](#) ha procedit així amb l'[avantprojecte de llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic](#), però aquest no deixa de ser un cas aïllat i manca una pràctica generalitzada en aquest sentit, tant a nivell estatal com autonòmic.

En el número anterior, InDret informava d'un avantprojecte de llei per a la reforma del dret d'obligacions del BGB. El passat 9 de maig, el Gabinet federal alemany (*Bundeskabinett*) va aprovar el projecte de llei de modernització del dret d'obligacions (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*), que ja ha iniciat la seva tramitació parlamentària. En el fonamental, el projecte de llei reproduïx l'avantprojecte ministerial anterior, però hi incorpora el resultat del debat sorgit, en la comunitat jurídica alemanya, durant els sis mesos passats entre la seva publicació electrònica fins a l'adopció com a projecte de llei.

Tot seguit destaquem alguns dels aspectes més rellevants de la proposta de reforma, que es justifiquen amb detall en l'exposició de vuitanta pàgines que acompanya a l'avantprojecte ([Begründung](#)).

- ***Responsabilitat per medicaments: pretensió d'informació o de discovery i presumpció de causalitat***

L'epidèmia de la SIDA i la contaminació per l'ús d'hemoderivats han obert un debat a Alemanya sobre els aspectes que es podrien millorar en la responsabilitat civil sanitària. Fruit del mateix són les propostes de reforma en matèria de prova, que es concreten en una pretensió d'informació o de *discovery* i una presumpció de causalitat a favor de la víctima.

### ***1. Pretensió d'informació***

La prova completa de la relació de causalitat entre la conducta del suposat causant i el dany, que correspon a la víctima, és mol difícil i costosa en supòsits tècnicament complexes, com ara el de la responsabilitat sanitària. Per aquest motiu, el projecte de reforma vol concedir al perjudicat una pretensió d'informació o de *discovery* (*Auskunftsanspruch*) enfront l'empresa farmacèutica i l'autoritat administrativa

encarregada d'autoritzar i supervisar els medicaments, i per això es proposa modificar determinats articles de la llei del medicament (*Arzneimittelgesetz - AMG*) de 19 d'octubre de 1994.

El nou § 84.a de la AMG concediria a la víctima una pretensió per sol·licitar informació a l'empresari farmacèutic, o a les autoritats administratives, sobre els efectes coneguts i presumibles del medicament, així com els seus efectes secundaris, interaccions i d'altra informació disponible i rellevant per valorar la seva relació amb els danys. Amb tot, tant l'empresari com les autoritats administratives podrien negar-se a subministrar la informació si hi hagués una obligació legal de mantenir-la reservada o bé la reserva respongués a un interès prevalent de l'empresari, ço és, al seu secret industrial.

## **2. Presumpció de causalitat**

A aquesta pretensió s'hi afegeix una presumpció de causalitat entre l'ús del medicament i els danys. En la mesura en què, de les circumstàncies del cas, com ara la dosificació, la durada del tractament o l'estat de salut de la víctima, el medicament fos idoni per causar el dany, es presumeix legalment que així ha estat. Es produeix una inversió de la càrrega de la prova, perquè aquesta presumpció no és *iuris et de iure*.

Amb tot, pot plantejar-se si l'empresari farmacèutic en tindrà prou amb provar que el medicament no era idoni per causar els danys, i que no hi havia la relació de causalitat necessària, o bé que haurà d'aportar també la prova de la causa concreta del dany. El futur § 84.3 AMG permetria l'exoneració de l'empresari, ço és, destruir la presumpció legal, amb la prova que no hi ha relació de causalitat entre l'administració del medicament i el dany, però l'explicació governamental del projecte es refereix a la prova exacta de la causa del dany. En tot cas, el perjudicat ha d'haver sofert un dany rellevant i aportar indicis de la seva relació amb el medicament. L'èxit de la seva pretensió, que es val de la presumpció de causalitat, ha d'estar basada en els esdeveniments.

Amb aquests canvis no s'ampliaria l'àmbit del dany rescabable, ni es fixarien unes altes quanties indemnitzatòries, però, com bé diu el projecte, es milloraria clarament la posició de les víctimes en la responsabilitat per medicament i s'aconseguiria, en allò possible, situar en un pla d'igualtat processal al perjudicat enfront l'empresa farmacèutica. Es recuperaria, així, la tan bescantada, per imprecisa, teoria de l'esfera de risc (*Risikosphäre*) com a criteri d'imputació de responsabilitat.

- **La generalització del rescabament dels danys morals**

El § 253 del BGB disposa que la indemnització d'un dany immaterial o no patrimonial (*nicht Vermögensschaden*) només és procedent en els casos en què expressament ho estableixi la llei. Així passa per a la responsabilitat civil extracontractual per negligència, però en queden al marge la responsabilitat contractual i la responsabilitat objectiva o per risc, tal com es desprèn del vigent § 847 BGB. L'avantprojecte de reforma es proposa afegir un segon paràgraf al § 253 BGB en què es prevegi el rescabament del dany moral per les lesions corporals, a la salut, la llibertat o la llibertat sexual. Per aquests casos es donaria una indemnització equitativa (*billige Entschädigung*) perquè els paràmetres per quantificar-la no deriven directament dels béns lesionats. L'avantprojecte estableix també que el dany moral no ha de ser

irrellevant i, a excepció dels dolosos, cal valorar-ne la naturalesa i durada per evitar els plets bagatel·la, perquè *de minimis non curat praetor*.

Amb aquesta mesura s'avança decididament en el camí per reduir les diferències que hi pugui haver entre les pretensions derivades de l'ordre contractual i l'extracontractual, ja que el rescabament del dany moral n'és una. A partir d'ara ja no caldrà invertir esforços en fonamentar la naturalesa extracontractual de la pretensió o bé l'existència d'un concurs de les normes que la fonamenten per aconseguir el rescabament del dany moral, com habitualment succeeix en casos de responsabilitat mèdica. La projectada unificació, en tres anys, del termini de prescripció d'ambdues pretensions també hi contribueix.

- ***IVA i indemnització de danys materials***

El sistema del BGB en matèria d'indemnització per danys es basa en tres principis:

1. Reparació *in natura*
2. Prohibició d'enriquiment de la víctima.
3. Elecció del mitjà més eficient per rescabalar el dany.

Tot i això, i en la pràctica, aquest sistema indemnitzatori s'acostuma a concretar en una compensació monetària no vinculada directament a la finalitat de reparació de la cosa danyada. D'aquesta manera, el dany causat a una cosa concreta es converteix en un dany al patrimoni de la víctima pel valor corresponent de la cosa. Així, i per la precisió pròpia de la cultura alemanya, es prenen mesures per ajustar les partides que integren el rescabament del dany. Si el principi de reparació *in natura* es basa en la reparació de la cosa pel causant del dany o bé la seva substitució per una quantitat de diners, tot suposant que la víctima la farà servir en reparar la cosa, aquesta concepció falla quan els diners no es destinen a la reparació concreta del bé i s'integren directament al seu patrimoni. El que pertoca, doncs, en aquests casos, és indemnitzar el seu valor patrimonial i no el cost efectiu de reparació, que pot variar a l'alça per incloure l'Impost sobre el Valor Afegit (*Umsatzsteuer*).

Al projecte de nou apartat del § 249 BGB es disposa que els impostos exigibles per la reparació de la cosa només seran compensables si els diners de la indemnització es fan servir amb aquesta finalitat. En un altre cas, no formaran part de la quantia indemnitzatòria, que passaria ara a fixar-se per un sistema de càlcul concret i no fictici.

- ***Modificació de l'edat mínima per la responsabilitat dels menors per accidents en el trànsit rodat i d'altres reformes en matèria automobilística***

L'avantprojecte es proposa alterar la regla general en matèria de responsabilitat dels menors, establerta al § 828 BGB, que els exonera de responsabilitat fins els set anys d'edat. Així, en matèria de danys per accidents en la circulació automobilística i ferroviària, s'elevaria aquesta edat fins els deu anys, sempre que no hi hagi intervingut dol. Aquesta regla, amb tot, no es podria utilitzar en benefici del menor en els supòsits en què hi hagués un concurs de culpes en la causació del dany. La proposta de modificació es fonamenta en la psicologia evolutiva, la qual ensenya que els menors de

deu anys, per raons físiques i psíquiques no estan en situació de reconèixer els particulars perills que comporta la circulació de vehicles a motor.

En relació amb la responsabilitat per accidents automobilístics, també es reformen diversos aspectes de la llei del trànsit rodat (*Straßenverkehrsgesetz*) per ajustar-la als principis del sistema. Aquests estableixen una responsabilitat independent de qualsevol judici de culpa o negligència del propietari del vehicle, i la seva presumpció per al conductor, atesa la perillositat potencial dels vehicles a motor com a causants de danys, el que afegit a l'obligació d'assegurar aquests danys, amb la introducció d'una acció directa enfront l'asseguradora, dona una bona cobertura als interessos de la víctima.

D'acord amb aquests principis, s'introdueix una modificació clarament dogmàtica, però comprensible des de la manera de procedir alemanya. La causa d'exoneració que s'admet per aquest tipus de responsabilitat i que deriva "d'un esdeveniment inevitable" (*unabwendbares Ereignis*) es substitueix pel de "força major" (*höhere Gewalt*). L'avantprojecte afirma que amb això s'aconsegueix una ampliació de la responsabilitat del propietari del vehicle. Tot i que la qüestió sembla ser més teòrica que pràctica cal elogiar l'afany alemany per mantenir un rigor tècnic a les lleis.

- ***Responsabilitat per un peritatge judicial incorrecte***

L'avantprojecte introdueix també una responsabilitat específica pels perits que emeten un dictamen o informe al llarg d'un procés judicial, mitjançant un nou § 839a del BGB. En la mesura en què no hi ha una responsabilitat contractual ni tampoc una responsabilitat administrativa del perit, l'avantprojecte considera que la responsabilitat actual basada en el sistema general és insuficient per les parts processals. D'aquesta manera, i amb el nou § 839a BGB, s'introdueix un nou supòsit específic de responsabilitat per danys, que regula la del perit enfront les parts per un dictamen incorrecte, al marge que hagi prestat o no jurament.

La responsabilitat s'estableix per un peritatge incorrecte, d'acord amb criteris d'imputació subjectiva basats en el dol i la culpa greu. L'exclusió de la culpa lleu tutela, segons l'avantprojecte, la llibertat del perit per realitzar un informe imparcial i evita la negativa pressió o amenaça constant d'una acció de responsabilitat. Com a requisit ulterior, i en termes d'imputació objectiva, s'exigeix que el peritatge incorrecte hagi estat determinant de la causació del dany, és a dir, que la sentència judicial s'hi hagi basat.

- ***Augment dels barems indemnitzatoris i la seva conversió a Euros***

Una de les finalitats de l'avantprojecte de llei de reforma rau en actualitzar els barems o quanties màximes d'indemnització per danys i adaptar-les a la nova unitat monetària, l'Euro.

Així, i al llarg del seu articulat, s'aprofiten les disposicions de modificació de les regles substantives de responsabilitat per convertir els DM a Euros i per actualitzar les quanties màximes d'indemnització. A més, això es fa també de manera detallada a l'art. 9. L'existència de barems o quanties màximes indemnitzatòries s'explica en aquells

casos en què la responsabilitat és objectiva, per la realització d'una activitat de risc, a diferència de la responsabilitat basada en la culpa que no accepta més límit que la reparació integral del dany.

L'actualització d'aquestes quanties s'ha de produir d'acord amb el ritme general de l'economia i dels canvis conjunturals que afecten sectors concrets. Aquesta actualització, però, no s'ha donat per al dret alemany durant els darrers vint anys. Aprofita ara el legislador per portar-la a terme i harmonitza també les diferències que hi ha entre els barems, en la mesura en què no es basen en el bé jurídic lesionat sinó en el tipus d'activitat de risc que ha causat el dany. El mateix s'aplica a les indemnitzacions fixades en rendes o prestacions periòdiques.