

**InDret**

**Prevención  
y  
Derecho de Daños**

**Pablo Salvador Coderch  
Juan Antonio Ruiz García**

**Barcelona, Abril de 2001**

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

## **Resumen**

*Las reglas legales sobre la fijación de la cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios, así como sus desarrollos jurisprudenciales constituyen un tema recurrente en estas páginas: a continuación, el lector de InDret encontrará dos reseñas a sendas sentencias del actual Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal Constitucional alemán federal sobre esta polémica cuestión.*

## **Sumario**

- [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1997: discriminación laboral e indemnizaciones tasadas \(§ 611a.1 BGB\)](#)
- [Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de marzo de 2000 \(BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000\): distinta determinación de las cuantías indemnizatorias en supuestos de lesión de los derechos de la personalidad y en los de causación de daños morales](#)
- [Tabla de sentencias citadas](#)
- [Bibliografía](#)

- ***Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1997: discriminación laboral e indemnizaciones tasadas (§ 611a.1 BGB)***

En la Unión Europea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22.4.1997 (*Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*) resolvió una cuestión prejudicial planteada al amparo del art. 177 del Tratado de Roma por el Tribunal Laboral de Hamburgo (*Arbeitsgericht Hamburg*) en el sentido de que el § 611a BGB violaba la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE L39, de 14 de febrero de 1976).

En efecto, el objeto de la Directiva mencionada es la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo (art. 1), principio que supone la ausencia de toda discriminación por razón del sexo (art. 2.1). Los Estados miembros habían de adoptar las medidas necesarias a fin de que se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato (art. 3.2 a).

Con esta finalidad, el § 611a.1 BGB, puesto en cuestión en el caso reseñado, establecía que un empresario no podía discriminar por razón de sexo a un trabajador en un contrato o al adoptar una decisión, en particular en el marco del establecimiento de una relación laboral, de una promoción profesional, de unas instrucciones o de un despido. Las diferencias de trato por razón de sexo se admitían, sin embargo, si el contrato o la decisión adoptada se refería a una actividad que, a causa de su naturaleza específica, sólo podía ser desempeñada por trabajadores de uno u otro sexo<sup>1</sup>.

El apartado 2 del § 611a añadía que, si al establecer una relación laboral, un empresario violaba esta prohibición, el candidato perjudicado podía reclamar una indemnización en metálico adecuada, cuyo importe no podía exceder de tres mensualidades de salario.

Con arreglo al § 611b del BGB, un empresario no podía ofrecer un empleo únicamente a trabajadores de uno u otro sexo, salvo en el supuesto admitido en el § 611a1.

En el caso, la empresa demandada había publicado una oferta de empleo que decía:

“Buscamos para nuestra empresa de distribución una **colaboradora** de la dirección con experiencia. Si puede entenderse con los caóticos empleados de una empresa orientada a la distribución, si quiere prepararles el café, obtener pocas alabanzas y es capaz de trabajar mucho, este es el lugar indicado. En esta empresa hay que saber manejar el ordenador y pensar con los demás. Si de verdad quiere hacer frente a este desafío esperamos sus documentos de

---

<sup>1</sup> El legislador alemán tropezaba con la misma piedra por segunda vez: tras la Sentencia von Colson y Kamann, de 10.4.1984, el § 611a.1 BGB ya había sido modificado para adaptarlo a la Directiva. Sin éxito, como veremos.

solicitud, que habrán de ser claros y terminantes. Pero luego no diga que no le hemos avisado [...]”.

El actor, tras haber enviado una solicitud por correo que no mereció respuesta alguna de la demandada, inició ante el Tribunal Laboral de Hamburgo (*Arbeitsgericht Hamburg*) una acción de responsabilidad civil y solicitó una indemnización de una cuantía igual a tres mensualidades y **media** de salario.

El tribunal alemán suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuatro cuestiones prejudiciales. Las dos primeras decían lo siguiente:

1ª. Unas disposiciones legales nacionales que someten la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación al requisito de que el empresario haya incurrido en una conducta culpable, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE)?

2ª. Unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que podrán obtener, en caso de discriminación por razón de sexo con motivo de la contratación, los candidatos de uno u otro sexo que hayan sido discriminados en el procedimiento de contratación, pero que no habrían obtenido la plaza vacante si la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la mejor cualificación del candidato contratado, ¿infringen el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (76/207/CEE)?

En su sentencia, y en respuesta a la primera cuestión, el Tribunal afirmó, con cita de la Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941), que el ámbito de aplicación de la Directiva “no subordina en modo alguno la responsabilidad del autor de una discriminación a la prueba de una conducta culpable o a la inexistencia de causas de exención de la responsabilidad” sino que “la violación de la prohibición de la discriminación debe bastar para generar, por si sola, la entera responsabilidad de su autor”.

Sobre la segunda cuestión, el Tribunal resolvió que aunque la Directiva no imponía a los estados miembros una determinada sanción, su art. 6 les obligaba a adoptar medidas suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva y hacer que estas medidas pudieran ser invocadas efectivamente ante los Tribunales nacionales por las personas interesadas (Sentencia de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 18) y, en particular, añadió, “la Directiva implica que cuando el Estado miembro decide sancionar las violaciones de la prohibición de discriminación por medio de una indemnización, esta última debe poder garantizar

una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, debe tener un efecto disuasorio real respecto del empresario y debe ser en todo caso adecuada al perjuicio sufrido. Una indemnización puramente simbólica no se ajustaría a las exigencias de una adaptación eficaz del derecho interno a la Directiva (sentencia von Colson y Kamann, antes citada, apartados 23 y 24). Asimismo, no puede considerarse fundada la tesis del Gobierno alemán, según la cual una indemnización de tres mensualidades de salario como máximo rebasa los límites de la indemnización simbólica e impone al empresario un gravamen financiero considerable, sensible y disuasorio, al tiempo que otorga a la persona discriminada una indemnización apreciable. En efecto, (...) cuando los Estados miembros optan por indemnizar los perjuicios sufridos a causa de una discriminación prohibida por la Directiva en el marco de un régimen de responsabilidad civil del empresario, dicha indemnización debe ser adecuada al perjuicio sufrido". Por consiguiente, "La directiva se opone a unas disposiciones legales nacionales que, a diferencia de las demás normas nacionales de Derecho civil y de Derecho laboral, establecen *a priori* un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización de daños y perjuicios que puede reclamar un candidato discriminado por razón de sexo con motivo de la contratación, cuando dicho candidato habría obtenido la plaza vacante si la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones".

Así pues, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dejó bien claro que se dejaba a la discreción de los estados miembros la elección de las medidas que había que adoptar en implementación de la Directiva y que, entre las que podían instrumentarse, se incluían las sanciones y la indemnización por daños y perjuicios complementada o no con una multa, pero en todo caso de la Directiva y de la interpretación que reiteradamente realiza el Tribunal de sus disposiciones, resulta con claridad que el hecho de que el estado miembro recurra a medidas indemnizatorias de responsabilidad civil en lugar de a sanciones *strictu sensu* no ha de impedir en ningún caso el efecto realmente disuasorio, es decir, preventivo, perseguido por la Directiva. A sus efectos, y a igualdad de eficacia, sanción o pretensión indemnizatoria son perfectamente sustituibles si su eficacia disuasoria es suficiente.

El legislador alemán volvió a modificar el § 611a BGB y, a los efectos que aquí interesan, suprimió el baremo de tres mensualidades y establece ahora que la indemnización a que tiene derecho el trabajador directamente perjudicado por la discriminación debe ser adecuada.

- ***Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de marzo de 2000 (BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000): distinta determinación de las cuantías indemnizatorias en supuestos de lesión de los derechos de la personalidad y en los de causación de daños morales***

En Alemania, la [Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de marzo de 2000 \(BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000\)](#) resuelve sobre las funciones del derecho de daños en un caso tristísimo. Bastantes años antes, en 1986, los tres hijos de los demandantes, así como una cuarta persona, habían muerto víctimas de un accidente de tráfico causado por un conductor ebrio que, circulando a más de 100 Km/h., había desatendido una señal de stop. Estos hechos causaron los más graves daños que unos padres pueden llegar a sufrir ("*die schwerste physische und psychische Folgen*", se lee en la pulcra nota de redacción de NJW 2000, 30, p. 2187).

En el pleito que siguió, los padres obtuvieron del Tribunal de Primera Instancia (*Landgericht*) una indemnización de 70.000 DM (el padre) y 40.000 DM (la madre). Su recurso en solicitud de 150.000 DM y 120.000 DM, respectivamente, fue rechazado por el Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht*). Y el Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) no aceptó la revisión del caso. Entonces los demandantes recurrieron ante el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

Los padres recurrentes alegaban que las resoluciones de los tribunales alemanes violaban el principio de igualdad garantizado constitucionalmente por el art. 3.I de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*), según el cual todos los seres humanos son iguales ante la Ley (*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*): las indemnizaciones que les habían sido concedidas por daño moral (*Schmerzensgeld, pecunia doloris*) quedaban notablemente por debajo de otras que el mismo Tribunal de Apelación había condenado a pagar por lesión del derecho general a la personalidad (*Persönlichkeitsrechtsverletzungen*), particularmente en casos de informaciones publicadas por los medios de comunicación.

El término de comparación utilizado por los recurrentes era el caso de Carolina de Múnaco. El Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), en una sentencia de 15 de noviembre de 1994 (BGHZ 128, 1 y ss., "Carolina de Múnaco", publicación de entrevista falsa) había establecido que la fijación de la cuantía de la indemnización por lesión del derecho general de la personalidad debía tener en cuenta no sólo los aspectos de la compensación y satisfacción de la víctima sino también los de prevención y, por lo tanto, podían superar la estimación del daño causado: en el caso, la sentencia de instancia anulada por el Tribunal Supremo federal había condenado a pagar una indemnización de 30.000 DM; la segunda sentencia (*Oberlandesgericht Hamburg*, de 25.7.1996) concedió un importe seis veces superior, 180.000 DM.

La comparación no convenció a los magistrados de la Sala 1ª, Sección 1ª del Tribunal Constitucional alemán, quienes, al igual que sus colegas del Tribunal Supremo, vieron diferencias sustanciales entre los casos de daños por accidentes de tráfico, violaciones de los derechos de la personalidad por los medios de comunicación y su respectivo tratamiento legal y jurisprudencial. Estas diferencias justificaban, en su opinión, indemnizaciones potencialmente más elevadas en el segundo caso. Así, en el Fundamento II, 1, b de la Sentencia se lee:

“Entre ambas constelaciones de casos hay ... diferencias materialmente fundadas que justifican un tratamiento distinto. [A diferencia de la indemnización que procede conceder por causación de daños morales,] “el resarcimiento pecuniario por **lesión de los derechos de la personalidad** se fundamenta en la idea de que, en ausencia de este último, muchas lesiones del honor y de la dignidad de las personas quedarían sin sanción, con la consecuencia de que la protección jurídica de la personalidad resultaría desatendida. De ahí deriva la exigencia de determinar el montante de la indemnización por lesión de derechos de la personalidad con criterios distintos a los que determinan la estimación del daño moral. Así, según la doctrina del Tribunal Supremo alemán (BGH, 16.4.1996 IV ZR 308/95), el importe de la indemnización pecuniaria debe producir un auténtico efecto disuasorio de cualquier comercialización desconsiderada de la personalidad (*Hemmeffekt*) cuando una empresa informativa lesiona dolosamente derechos de la

personalidad con el fin de incrementar su tirada o circulación y obtener mayores beneficios comerciales ... Sin embargo, no se trata tanto de expropiar los beneficios [*Gewinnabschöpfung*<sup>2</sup>, *Disgorgement*], como de utilizar el intento probado de obtener ganancias como factor de medición o determinación del importe del resarcimiento. Por ello, son determinantes puntos de vista preventivos que llevan, en la estimación de la indemnización pecuniaria en los casos de violación de derechos de la personalidad, a un incremento notable de la cuantía de la indemnización".

"En cambio, el punto de vista anterior no es relevante en los **daños corporales y morales causados por un accidente de tráfico**. De nuevo hay razones de peso para un tratamiento diferenciado de estos últimos casos: en los accidentes de tráfico, ni la violación del derecho suele ser dolosa, ni suele estar motivada por intereses comerciales. Pero entonces, si el ánimo de lucro no juega ningún papel, no hay que tener en cuenta la prevención como criterio para fijar el montante del resarcimiento. De forma similar, en la generalidad de los casos no es de esperar que un incremento de la indemnización por daños morales incentive al causante potencial de daños a modificar su precaución en la conducción. Un efecto semejante es apenas esperable, pues la indemnización es asumida finalmente –como sucedió en el caso en cuestión– no por el dañador mismo sino por el seguro obligatorio".

Lo anterior sugiere algunos comentarios:

En los **casos de medios de comunicación que lesionan dolosamente derechos de la personalidad** para incrementar su circulación y beneficios, procede –dice el Tribunal– tener en cuenta el ánimo de lucro para graduar el importe de la indemnización. La discusión sobre si es mejor recurrir a los beneficios obtenidos que a la estimación del daño causado para fijar aquel importe no es nueva:

a) Bajo un estándar de responsabilidad por negligencia, la indemnización por cuantía equivalente a los beneficios obtenidos por el dañador potencial llevará a aquél a evitar causar el daño si los beneficios en cuestión no son subestimados por el Juez y únicamente la tendrá resarcitoria si aquéllos igualan o superan la estimación de los daños realmente causados. Mas si resultan subestimados, el causante potencial del daño no dejará de causarlo en ningún caso, pues siempre le quedará un saldo positivo, un resto de beneficio derivado de su comportamiento lesivo.

b) En responsabilidad objetiva, la regla en cuestión generaría un problema adicional, pues como, por definición, bajo este estándar el causante de un daño responde siempre, la expropiación de beneficios llevará a que se abstenga de realizar actividades socialmente más beneficiosas que dañinas, una solución que no es usualmente razonable (Polinsky/Shavell (1994), p. 428). Sin embargo, en los casos de empresas de comunicación que difunden informaciones o imágenes lesivas de derechos de la personalidad, es probable que el Tribunal Constitucional alemán esté en lo cierto y que los errores judiciales de apreciación del beneficio obtenido precisamente gracias a la violación de que se

---

<sup>2</sup> Vid., recientemente, KÖNDGEN, Johannes. *Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten tuns. Eine juristisch-ökonomische Skizze*. *RabelsZ* Bd. 64 (2000) S. 661-695.

trata no sean muy graves. Cabe, con todo, apuntar al hecho de que si los órganos judiciales aciertan en la apreciación de los beneficios, pero éstos son inferiores al importe del daño causado, la simple expropiación del beneficio no resarcirá suficientemente a la víctima. Recíprocamente, si son más elevados que el daño causado, la víctima obtendrá un beneficio neto acaso comparable al que habría conseguido con la explotación comercial de su violado derecho de la personalidad. En todo caso, la solución jurisprudencial configura una regla de responsabilidad –una *liability rule*– clara. Se asume así que los costes de transacción son muy elevados y que resulta preferible una pretensión de expropiación de los beneficios obtenidos *ex post facto* antes que una prohibición más severa y *ex ante* que condicione la publicabilidad de la información a la obtención del consentimiento del afectado.

La argumentación del Tribunal Constitucional alemán sobre la inconveniencia de tener en cuenta finalidades de prevención en los **casos de daños personales causados en accidentes de tráfico** suscita algunas dudas:

- a) Para empezar, la referencia al ánimo de lucro es irrelevante, pues las consecuencias de la aplicación de una regla de derecho que obliga a indemnizar los daños causados es la misma en el caso de que su destinatario potencial conduzca por razones profesionales o de ocio: una regla de derecho de accidentes que lleve en todo caso a su compensación íntegra hace pagar a sus causantes todos los daños que causan y le incentiva a adoptar las precauciones razonables para evitar su producción. Desde este punto de vista, no hay diferencia entre estos casos y los que antes comentábamos.
- b) Luego, la tesis del Tribunal según la cual, como el accidente típico de tráfico no suele ser causado ni por empresas ni por profesionales que actúan con ánimo de lucro, la idea de prevención no juega papel alguno, es sencillamente contraria al viejo y buen punto de vista de la ciencia económica, según la cual todos los agentes sociales –y no sólo los empresarios– actúan con criterios de racionalidad económica: si esto es así, todos ellos serán sensibles a una regla de derecho que les fuerce a pagar los costes externos de su actividad. Aparte de lo anterior, es empíricamente inexacto que la circulación rodada quede al margen de actividades directamente económicas o que no conozca el dolo.
- c) Si todo criterio de prevención es impertinente para fijar la indemnización en los casos de accidentes de tráfico y no hay ningún otro tipo de respuesta legal, el derecho subvencionará la causación de daños en el tráfico rodado. Dicho de otro modo, si el mensaje es que los tribunales deben desconsiderar o infraestimar los daños personales, el efecto infrapreventivo será claro: habrá más accidentes de circulación con resultado de muerte o de graves lesiones corporales de los que tendrían lugar en un escenario dominado por una regla que ordenara compensar los daños realmente causados. No cabe objetar, como parece hacer en algún momento el Tribunal Constitucional alemán, que ningún efecto preventivo eficaz sería esperable en la circulación rodada del incremento de las indemnizaciones por daños corporales porque la indemnización por daños morales queda cubierta por el seguro obligatorio. Aquí caben dos posibilidades: primera, si las primas son fijas, surgirá un clásico caso de riesgo moral, pues el asegurado imprudente que verá cómo los costes de su insuficiente precaución se diluirán en las indiferenciadas primas del



seguro obligatorio; y, segunda, si las primas incorporan el historial de cada conductor asegurado, éste acabará pagando su insuficiente precaución.

De la argumentación del Tribunal cabe, con todo, recoger su resultado si el lector de esta página comparte la ortodoxia dominante en el paradigma neoclásico, según el cual, la indemnización por daños morales debe ser reducida o inexistente (Vid. Fernando Gómez Pomar, *Daño moral*, en InDret). Deberá entonces recurrirse a medidas legales alternativas (multas o sanciones de otro tipo) para llenar la laguna de protección de la vida e integridad física que el criterio del Tribunal deja al descubierto.

- **Tabla de sentencias citadas**

***Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas***

Fecha	Referencia	Partes
22.4.1997	C-180/95, Rec. 1997, p. I-2195	Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG
8.11.1990	C-177/88, Rec. 1990, p. I-3941	Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen
10.4.1984	Rec.1984, p.1891	Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen

***Sentencias del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Supremo alemán***

Tribunal	Fecha	Referencia
<i>Bundesverfassungsgericht</i>	8.3.2000	BverfG, 1 BvR 1127/96
<i>Bundesgerichtshof</i>	16.4.1996	IV ZR 308/95
<i>Bundesgerichtshof</i>	15.11.1994	VI ZR 56/94 (Hamburg) BGH, NJW 1995, 861

- **Bibliografía**

Johannes KÖNDGEN (2000). *Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten tuns. Eine juristisch-ökonomische Skizze*. RabelsZ Bd. 64 (2000) S. 661-695.

Mitchell POLINSKY, Steven SHAVELL (1994), *Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?*. 10 Journal of Law, Economics and organization.

Pablo SALVADOR CODERCH, M<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid.