

InDret

Prevenció i Dret de Danys

**Pablo Salvador Coderch
Juan Antonio Ruiz García**

Barcelona, abril de 2001

www.indret.com

Resum

Les regles legals sobre l'establiment de la quantia de les indemnitzacions de danys i perjudicis, així com els seus desenvolupaments jurisprudencials constitueixen un tema recurrent en aquestes pàgines: a continuació, el lector d'InDret trobarà dues ressenyes a sengles sentències de l'actual Tribunal Europeu de Justícia i del Tribunal Constitucional alemany federal sobre aquesta polèmica qüestió.

Sumari

- [Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 22 d'abril de 1997: discriminació laboral i indemnitzacions taxades \(§ 611a.1 BGB\)](#)
- [Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 8 de març de 2000 \(BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000\): diferent determinació de les quanties indemnitzables en supòsits de lesió dels drets de la personalitat i en els de causació de danys morals](#)
- [Taula de sentències citades](#)
- [Bibliografia](#)

- **Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 22 d'abril de 1997: discriminació laboral i indemnitzacions taxades (§ 611a.1 BGB)**

A la Unió Europea, la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 22.4.1997 (*Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*) va resoldre una qüestió prejudicial plantejada a l'empara de l'art. 177 del Tractat de Roma pel Tribunal Laboral d'Hamburg (*Arbeitsgericht Hamburg*) en el sentit que el § 611a BGB violava la Directiva 76/207/CEE, del Consell, de 9 de febrer de 1976, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa referència a l'accés al mercat treball, a la formació i a la promoció professionals, i a les condicions de treball (DOCE L39, de 14 de febrer de 1976).

En efecte, l'objectiu de la Directiva mencionada és l'aplicació, en els Estats membres, del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa referència a l'accés al mercat de treball, inclosa la promoció, i a la formació professional, així com a les condicions de treball (art. 1), principi que suposa l'absència de tota discriminació per raó de sexe (art. 2.1). Els Estats membres havien d'adoptar les mesures necessàries a fi i efecte que es suprimeixin les disposicions legals, reglamentàries i administratives contràries al principi d'igualtat de tracte (art. 3.2 a).

Amb aquesta finalitat, el § 611a.1 BGB, posat en qüestió en el cas ressenyat, establia que un empresari no podia discriminar per raó de sexe a un treballador en un contracte o al prendre una decisió, en particular en el marc de l'establiment d'una relació laboral, d'una promoció professional, d'unes instruccions o d'un acomiadament. Les diferències de tracte per raó de sexe s'admetien, no obstant, si el contracte o la decisió adoptada es referia a una activitat que, per raó de la seva naturalesa específica, només podia ser desenvolupada per treballadors d'un o altre sexe¹.

L'apartat 2 del § 611a afegia que, si en establir una relació laboral, un empresari violava aquesta prohibició, el candidat perjudicat podia reclamar una indemnització en metàl·lic adequada, l'import de la qual no podia excedir de tres mensualitats de salari.

En atenció al § 611b del BGB, un empresari no podia oferir un lloc de treball únicament a treballadors d'un o altre sexe, tret del supòsit admès al § 611a1.

En aquest cas, l'empresa demandada havia publicat una oferta de treball que deia:

“Busquem per a la nostra empresa de distribució una **col·laboradora** de la direcció amb experiència. Si pot entendre's amb els caòtics empleats d'una empresa orientada a la distribució, si vol preparar el cafè, obtenir poques alabances i és capaç de treballar molt, aquest és el lloc indicat. En aquesta empresa s'ha de saber fer servir l'ordenador i pensar en els altres. Si de veritat vol fer front a aquest desafiament esperem els seus documents de sol·licitud, que hauran de ser prou clars. Però després no digui que no l'hem avisat [...]”.

L'actor, després d'haver enviat una sol·licitud per correu que no mereixé cap tipus de resposta per part de la demandada, inicià davant el Tribunal Laboral d'Hamburg

¹ El legislador alemany ensopegava amb la mateixa pedra per segona vegada: després de la Sentència von Colson i Kamann, de 10.4.1984, el § 611a.1 BGB ja havia estat modificat per adaptar-lo a la Directiva. Sense èxit, com veurem.

(*Arbeitsgericht Hamburg*) una acció de responsabilitat civil i sol·licità una indemnització d'una quantia igual a tres mensualitats **i mitja** de salari.

El tribunal alemany suspengué el procediment i plantejà davant el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees quatre qüestions prejudicials. Les dues primeres deien el següent:

1a. Unes disposicions legals nacionals que sotmetin la indemnització dels danys i perjudicis derivats d'una discriminació per raó de sexe amb motiu de la contractació al requisit que l'empresari hagi incorregut en una conducta culpable, ¿infringeixen l'apartat 1 de l'article 2 i l'apartat 1 de l'article 3 de la Directiva del Consell, de 9 de febrer de 1976, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa referència a l'accés al mercat de treball, a la formació i a la promoció professionals, i a les condicions de treball (76/207/CEE)?

2a. Unes disposicions legals nacionals que, a diferència de les altres normes nacionals de Dret civil i de Dret laboral, estableixen *a priori* un límit màxim de tres mensualitats de salari a la indemnització de danys i perjudicis que podran obtenir, en cas de discriminació per raó de sexe amb motiu de la contractació, els candidats d'un o altre sexe que hagin estat discriminats en el procediment de contractació, però que no haurien obtingut la plaça vacant si la selecció s'hagués efectuat sense discriminacions, a causa de la millor qualificació del candidat contractat, ¿infringeixen l'apartat 1 de l'article 2 i l'apartat 1 de l'article 3 de la Directiva del Consell, de 9 de febrer de 1976, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones pel que fa referència a l'accés al mercat de treball, a la formació i a la promoció professionals, i a les condicions de treball (76/207/CEE)?

En la seva sentència, i en resposta a la primera qüestió, el Tribunal afirmà, amb cita de la Sentència de 8 de novembre de 1990 (Dekker, C-177/88, Rec. p. I-3941), que l'àmbit d'aplicació de la Directiva "no subordina de cap manera la responsabilitat de l'autor d'una discriminació a la prova d'una conducta culpable o a la inexistència de causes d'exoneració de la responsabilitat" sinó que "la violació de la prohibició de la discriminació ha de ser suficient per generar, per ella mateixa, la plena responsabilitat del seu autor".

Sobre la segona qüestió, el Tribunal resolgué que tot i que la Directiva no imposava als estats membres una determinada sanció, el seu art. 6 els obligava a adoptar mesures prou eficaces per assolir l'objectiu perseguit per la Directiva i fer que aquestes mesures poguessin ser invocades efectivament davant els Tribunals nacionals per les persones interessades (Sentència de 10 d'abril de 1984, von Colson i Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartat 18) i, en particular, afegí, "la Directiva implica que quan l'Estat membre decideix sancionar les violacions de la prohibició de discriminació mitjançant una indemnització, aquesta última ha de poder garantir una protecció jurisdiccional efectiva i eficaç, ha de tenir un efecte dissuasiu real respecte de l'empresari i ha de ser en tot cas adequada al perjudici sofert. Una indemnització purament simbòlica no s'ajustaria a les exigències d'una adaptació eficaç del dret intern a la Directiva (sentència von Colson i Kamann, abans citada, apartats 23 i 24). Així mateix, no pot considerar-se fonamentada la tesi del Govern alemany, segons la qual una indemnització de tres mensualitats de salari com a màxim sobrepassa els límits de la

indemnització simbòlica i imposa a l'empresari un càrrega financera considerable, sensible i dissuasiva, al mateix temps que concedeix a la persona discriminada una indemnització apreciable. En efecte, (...) quan els Estats membres opten per indemnitzar els perjudicis soferts a causa d'una discriminació prohibida per la Directiva en el marc d'un règim de responsabilitat civil de l'empresari, aquesta indemnització ha de ser adequada al perjudici sofert". En conseqüència, "La directiva s'oposa a unes disposicions legals nacionals que, a diferència de les altres normes nacionals de Dret civil i de Dret laboral, estableixen *a priori* un límit màxim de tres mensualitats de salari a la indemnització de danys i perjudicis que pot reclamar un candidat discriminat per raó de sexe amb motiu de la contractació, quan aquest candidat hauria obtingut la plaça vacant si la selecció s'hagués efectuat sense discriminacions".

Així doncs, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees deixà ben clar que es deixava a la discreció dels estats membres l'elecció de les mesures que s'havien d'adoptar per implementar la Directiva i que, entre les que podien instrumentar-se, s'inclou en les sancions i la indemnització per danys i perjudicis complementada o no amb una multa, però en tot cas, de la Directiva i de la interpretació que reiteradament realitza el Tribunal de les seves disposicions, resulta clarament que el fet que l'Estat membre recorri a mesures indemnitzatòries de responsabilitat civil en lloc de a sancions *strictu sensu* no ha d'impedir en cap cas l'efecte realment dissuasiu, és a dir, preventiu, perseguit per la Directiva. Als seus efectes, i amb igualtat d'eficàcia, sanció o pretensió indemnitzatòria són perfectament substituïbles si la seva eficàcia dissuasiva és suficient.

El legislador alemany va tornar a modificar el § 611a BGB i, als efectes que aquí interessaven, suprimí el barem de tres mensualitats i estableix ara que la indemnització a que té dret el treballador directament perjudicat per la discriminació ha de ser adequada.

- **Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 8 de març de 2000 (BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000): diferent determinació de les quanties indemnitzables en supòsits de lesió dels drets de la personalitat i en els de causació danys morals**

A Alemanya, la [Sentència del Tribunal Constitucional alemany de 8 de març de 2000 \(BverfG, 1 BvR 1127/96 vom 8.3.2000\)](#) resol sobre les funcions del dret de danys en un cas tristíssim. Bastants anys abans, al 1986, els tres fills dels demandants, així com una quarta persona, havien mort víctimes d'un accident de tràfic causat per un conductor ebri que, circulant a més de 100 Km/h, havia desatès una senyal de stop. Aquests fets van causar els danys més greus que uns pares poden arribar a sofrir ("*die schwerste physische und psychische Folgen*", es llegeix en la pulcra nota de redacció de NJW 2000, 30, p. 2187).

En el plet que seguí, els pares obtingueren del Tribunal de Primera Instància (*Landgericht*) una indemnització de 70.000 DM (el pare) i 40.000 DM (la mare). El seu recurs en sol·licitud de 150.000 DM i 120.000 DM, respectivament, fou rebutjat pel Tribunal d'Apel·lació (*Oberlandesgericht*). I el Tribunal Suprem (*Bundesgerichtshof*) no acceptà la revisió del cas. Llavors els demandants recorregueren davant el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

Els pares recurrents al·legaven que les resolucions dels tribunals alemanys violaven el principi d'igualtat garantit constitucionalment per l'art. 3.I de la Llei Fonamental alemanya (*Grundgesetz*), segons el qual tots els éssers humans són iguals davant la Llei (*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*): les indemnitzacions que els havien estat concedides per dany moral (*Schmerzensgeld, pecunia doloris*) quedaven notablement per sota d'altres que el mateix Tribunal d'Apel·lació havia condemnat a pagar per lesió del dret general a la personalitat (*Persönlichkeitsrechtsverletzungen*), particularment en casos d'informacions publicades pels mitjans de comunicació.

El terme de comparació utilitzat pels recurrents era el cas de Carolina de Mònaco. El Tribunal Suprem Federal (*Bundesgerichtshof*), en una sentència de 15 de novembre de 1994 (BGHZ 128, 1 i ss., "Carolina de Mònaco", publicació d'entrevista falsa) havia establert que la fixació de la quantia de la indemnització per lesió del dret general de la personalitat havia de tenir en compte no només els aspectes de la compensació i satisfacció de la víctima sinó també els de prevenció i, per tant, podien superar l'estimació del dany causat: en el cas, la sentència d'instància anul·lada pel Tribunal Suprem federal havia condemnat a pagar una indemnització de 30.000 DM; la segona sentència (*Oberlandesgericht Hamburg*, de 25.7.1996) concedí un import sis vegades superior, 180.000 DM.

La comparació no va convèncer els magistrats de la Sala 1a, Secció 1a del Tribunal Constitucional alemany, els qui, igual que els seus col·legues del Tribunal Suprem, veieren diferències substancials entre els casos de danys per accidents de tràfic, violacions dels drets de la personalitat pels mitjans de comunicació i el seu respectiu tractament legal i jurisprudencial. Aquestes diferències justificaven, segons la seva opinió, indemnitzacions potencialment més elevades en el segon cas. Així, en el Fonament II, 1, b de la Sentència es llegeix:

"Entre ambdues constel·lacions de casos hi ha ... diferències materialment fonamentades que justifiquen un tractament diferenciat. [A diferència de la indemnització que procedeix concedir per causació de danys morals,] "el rescabament pecuniari per **lesió dels drets de la personalitat** es fonamenta en la idea de que, en absència d'aquest últim, moltes lesions de l'honor i de la dignitat de les persones quedarien sense sanció, amb la conseqüència que la protecció jurídica de la personalitat resultaria desatesa. D'aquí deriva l'exigència de determinar el *quantum* de la indemnització per lesió de drets de la personalitat amb criteris diferents dels que determinen l'estimació del dany moral. Així, segons la doctrina del Tribunal Suprem alemany (BGH, 16.4.1996 IV ZR 308/95), l'import de la indemnització pecuniària ha de produir un autèntic efecte dissuasiu de qualsevol comercialització desconsiderada de la personalitat (*Hemmeffekt*) quan una empresa informativa lesiona dolosament drets de la personalitat amb la finalitat d'incrementar la seva tirada o circulació i obtenir majors beneficis comercials ... No obstant, no es tracta tant d'expropiar els beneficis [*Gewinnabschöpfung*², *Disgorgement*], sinó d'utilitzar l'intent provat d'obtenir guanys com a factor de mesura o determinació de l'import del rescabament. Per això, són determinants punts de vista preventius que porten, en l'estimació de la indemnització pecuniària en els casos de violació de drets de la personalitat, a un increment notable de la quantia de la indemnització".

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

"En canvi, el punt de vista anterior no es rellevant en els **danys corporals i morals causats per un accident de tràfic**. De nou hi ha raons de pes per a un tractament diferenciat d'aquests últims casos: en els accidents de tràfic, ni la violació del dret acostuma a ser dolosa, ni sol estar motivada per interessos comercials. Però llavors, si l'ànim de lucre no juga cap paper, no s'ha de tenir en compte la prevenció com a criteri per fixar el quantum del rescabament. De forma similar, en la generalitat dels casos no es d'esperar que un increment de la indemnització per danys morals motivi al causant potencial de danys a modificar la seva precaució en la conducció. Un efecte semblant es quasi inesperable, ja que la indemnització es assumida finalment –com succeí en el cas en qüestió– no pel mateix danyant sinó per l'assegurança obligatòria".

L'anterior suggereix alguns comentaris:

En els **casos de mitjans de comunicació que lesionen dolosament drets de la personalitat** per incrementar la seva circulació i beneficis, procedeix - diu el Tribunal- tenir en compte l'ànim de lucre per graduar l'import de la indemnització. La discussió sobre si és millor recórrer als beneficis obtinguts que a l'estimació del dany causat per fixar aquest import no és nova:

a) Sota un estàndard de responsabilitat per negligència, la indemnització per quantia equivalent als beneficis obtinguts pel danyant potencial portarà a aquest a evitar causar el dany si els beneficis en qüestió no són subestimats pel Jutge i únicament la tindrà rescabadora si aquells igualen o superen l'estimació dels danys realment causats. Mes si resulten subestimats, el causant potencial del dany no deixarà de causar-lo en cap cas, ja que sempre li quedarà un saldo positiu, una resta de benefici derivat del seu comportament lesiu.

b) En responsabilitat objectiva, la regla en qüestió generaria un problema addicional, atès que, per definició, sota aquest estàndard el causant d'un dany respon sempre, l'expropiació de beneficis portarà a què s'abstingui de realitzar activitats socialment més beneficioses que danyoses, una solució que no és usualment raonable (Polinsky/Shavell (1994), p. 428). No obstant, en els casos d'empreses de comunicació que difonen informacions o imatges lesives de drets de la personalitat, és probable que el Tribunal Constitucional alemany l'encerti i que els errors judicials d'apreciació del benefici obtingut precisament gràcies a la violació de què es tracti no siguin molt greus. És possible, tot i això, apuntar al fet que si els òrgans judicials l'encerten en l'apreciació dels beneficis, però aquests són inferiors a l'import del dany causat, la simple expropiació del benefici no rescabalarà suficientment a la víctima. Recíprocament, si són més elevats que el dany causat, la víctima obtindrà un benefici net potser comparable al que hauria aconseguit amb l'explotació comercial del seu violat dret de la personalitat. En tot cas, la solució jurisprudencial configura una regla de responsabilitat –una *liability rule*– clara. S'assumeix així que els costos de transacció són molt elevats i que resulta preferible una pretensió d'expropiació dels beneficis obtinguts *ex post facto* abans que una prohibició més severa i *ex ante* que condicioni la publicació de la informació a la obtenció del consentiment de l'afectat.

L'argumentació del Tribunal Constitucional alemany sobre la inconveniència de tenir en compte finalitats de prevenció en els **casos de danys personals causats en accidents de tràfic** suscita alguns dubtes:

- a) Per començar, la referència a l'ànim de lucre és irrellevant, ja que les conseqüències de l'aplicació d'una regla de dret que obliga a indemnitzar els danys causats és la mateixa en el cas que el seu destinatari potencial condueixi per raons professionals o de lleure: una regla de dret d'accidents que porta en tot cas a la seva compensació íntegra fa pagar als seus causants tots els danys que causen i els motiva a adoptar les precaucions raonables per evitar la seva producció. Des d'aquest punt de vista, no hi ha diferència entre aquests casos i els que abans comentàvem.
- b) Després, la tesi del Tribunal segons la qual, com que l'accident típic de tràfic no sol ser causat ni per empreses ni per professionals que actuen amb ànim de lucre, la idea de prevenció no juga cap paper, és senzillament contrària al vell i bon punt de vista de la ciència econòmica, segons la qual tots els agents socials –i no només els empresaris– actuen amb criteris de racionalitat econòmica: si això és així, tots ells serien sensibles a una regla de dret que els forci a pagar els costos externs de la seva activitat. A part de l'anterior, és empíricament inexacte que la circulació rodada quedi al marge d'activitats directament econòmiques o que no conegui el dol.
- c) Si tot criteri de prevenció és impertinent per fixar la indemnització en els casos d'accidents de tràfic i no hi ha cap altre tipus de resposta legal, el dret subvencionarà la causació de danys en el tràfic rodat. Dit d'una altra manera, si el missatge és que els tribunals han de desconsiderar o infra estimar els danys personals, l'efecte infra preventiu serà clar: hi haurà més accidents de circulació amb resultat de mort o de greus lesions corporals dels que tindrien lloc en un escenari dominat per una regla que ordenés compensar els danys realment causats. No es pot objectar, com sembla fer en algun moment el Tribunal Constitucional alemany, que cap efecte preventiu eficaç seria esperable en la circulació rodada de l'increment de les indemnitzacions per danys corporals perquè la indemnització per danys morals queda coberta per l'assegurança obligatòria. Aquí hi ha dues possibilitats: primera, si les primes són fixes, sorgirà un clàssic cas de risc moral, ja que l'assegurat imprudent veurà com els costos de la seva insuficient precaució es diluiran en les indiferenciades primes de l'assegurança obligatòria; i, segona, si les primes incorporen l'historial de cada conductor assegurat, aquest acabarà pagant la seva insuficient precaució.

De l'argumentació del Tribunal és possible, tot i això, recollir el seu resultat si el lector d'aquesta pàgina comparteix l'ortodòxia dominant en el paradigma neoclàssic, segons el qual, la indemnització per danys morals ha de ser reduïda o inexistente (Vid. Fernando Gómez Pomar, *Dany moral*, a InDret). S'haurà de recórrer llavors a mesures legals alternatives (multes o sancions d'altre tipus) per omplir la llacuna de protecció de la vida i integritat física que el criteri del Tribunal deixa al descobert.

- **Taula de sentències citades**

Sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees

Data	Referència	Parts
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

Sentències del Tribunal Constitucional alemany i del Tribunal Suprem alemany

Tribunal	Data	Referència
Bundesverfassungsgericht	8.3.2000	BverfG, 1 BvR 1127/96
Bundesgerichtshof	16.4.1996	IV ZR 308/95
Bundesgerichtshof	15.11.1994	VI ZR 56/94 (Hamburg) BGH, NJW 1995, 861

- **Bibliografia**

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^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid.