

## Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”

Miquel Martín Casals

Observatori de dret privat europeu i comparat  
Universitat de Girona

284

## *Sumario\**

### **1. Introducción**

**1.1. El "European Group on Tort Law"**

**1.2. El método de trabajo**

### **2. Una primera aproximación a los "Principios"**

**2.1. Estructura, contenido y terminología**

**2.2. Sistema de responsabilidad civil adoptado e intereses protegidos**

**2.3. La relación de causalidad**

**2.4. La noción objetiva de la culpa**

**2.5. La responsabilidad objetiva**

**2.6. La responsabilidad por hecho ajeno**

**2.7. La indemnización de los daños**

**a) Cuestiones generales**

**b) Daños patrimoniales**

**c) Daños no patrimoniales**

**d) La "reducción de la indemnización"**

\* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de investigación titulado *La elaboración de los "European Principles on Tort Law" (EPTL). Aportaciones desde el Derecho de daños español (II)* (SEC2002-03728) del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Programa I+D para el período 2003-2005, y en el que su autor es investigador principal.

## 1. Introducción

Los próximos días 19 y 20 de mayo de 2005 tendrá lugar en Viena la presentación oficial de los *Principles on European Tort Law* (Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil), en adelante los *Principios*), que son el resultado de algo más de diez años de trabajo del llamado *European Group on Tort Law* (en adelante, el Grupo) fundado en 1992 por Jaap Spier – a la sazón Catedrático de Derecho privado en la Universidad de Tilburg y en la actualidad Abogado General del Tribunal Supremo de los Países Bajos.<sup>1</sup>

### 1.1. El “European Group on Tort Law”

Desde su fundación, el Grupo ha estado formado por más de una treintena de juristas de diversos países. Sus miembros actuales son los profesores Francesco Busnelli y Giovanni Comandé (Pisa, Italia); Herman Cousy (Lovaina, Bélgica); Dan Dobbs (Tucson, USA); Bill W. Dufwa (Estocolmo, Suecia); Michael Faure (Maastricht, Países Bajos), Israel Gilead (Jerusalem, Israel); Michael Green (Wake Forest University, USA); Konstantinos D. Kerameus (Atenas, Grecia); Bernhard A. Koch (Innsbruck, Austria); Helmut Koziol (Viena, Austria); Ulrich Magnus (Hamburgo, Alemania); Miquel Martín-Casals (Girona, España); Olivier Moréteau (Lyon, Francia); Johann Neethling (Pretoria, Suráfrica); , W. V. Horton Rogers (Leeds, Reino Unido); Jorge Ferreira Sinde Monteiro (Coimbra, Portugal); Jaap Spier (La Haya y Maastricht, Países Bajos); Lubos Tichy (Praga, República Checa) y Pierre Widmer (Lausana, Suiza).

Si bien está formado principalmente por juristas de la Unión Europea de los 15, desde sus inicios se interesó en incorporar destacados juristas procedentes tanto de lo que entonces eran países extracomunitarios (p. ej. Lubos Tichy, República Checa) como de otros países europeos (p. ej. Pierre Widmer, Suiza) y no europeos (como p.ej. Johann Neethling, Sudáfrica, o Israel Gilead, Israel). La presencia de juristas extracomunitarios ha sido fundamental por la información directa que han aportado sobre los procesos de reforma de sus Derechos nacionales en materia de

---

<sup>1</sup> Los detalles del evento pueden consultarse en el sitio web del Grupo en <<http://www.egtl.org/>>. Vide sobre los *Principios*: Helmut KOZIOL, *Ein Europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum*, Juristische Blätter (JBl.) 2001, p. 29-31 y, del mismo autor *The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law*, en Helmut KOZIOL / Barbara C. STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2002*, Wien / New York, Springer, 2003, p. 552-559 y *Die «Principles of European Tort Law» der «European Group on Tort Law»*, ZEuP 2/2004, p. 234-259. Ulrich MAGNUS, *Europa und sein Deliktsrecht- Gründe für wider die Vereinheitlichung des ausservertraglichen Haftungsrechts*, en Helmut KOZIOL / Jaap SPIER (Eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien / New York, Springer, 2003, p. 221-234p. 562-580. 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 o Spier/Koziol)*, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado europeo*, Madrid, Cólax, 2003, p. 217-226. Jaap SPIER / Olav HAAZEN, *The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law*, ZEuP 1999, p. 469-493. Jaap SPIER, *The European Group on Tort Law*, en Helmut KOZIOL / Barbara C. STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2002*, Wien / New York, Springer, 2003, p. 541-551 y, del mismo autor, *La faisabilité d'un droit européen de la responsabilité delictuelle*, en Francesco MILAZZO (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 239-248. Vide también la comparación entre dichos *Principios* y los Principios de Derecho contractual europeo (los llamados *Principios Lando*) en Reinhard ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact*, en Helmut KOZIOL / Barbara C. STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2003*, Wien / New York, Springer, 2004, y la comparación entre dichos Principios y otros proyectos en marcha en Ulrich MAGNUS, *Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht*, ZEuP 3/2004.

responsabilidad civil.<sup>2</sup> Por otra parte, dado que el *American Law Institute (ALI)* llevaba años trabajando en la redacción de una nueva versión de su *Restatement* sobre responsabilidad civil, el Grupo consideró oportuno integrar a dos de los más importantes especialistas del Derecho de daños norteamericano, los profesores Dan B. Dobbs y Gary T. Schwartz. Este último compaginó su condición de *Reporter* del *Restatement (Third) of Torts* con la de miembro del Grupo hasta su fallecimiento en 2001, y sus observaciones e informaciones permitieron tener conocimiento de primera mano de los trabajos más importantes que se llevaban a cabo en Estados Unidos. En su lugar se incorporó en 2002 el Prof. Michael D. Green, también con una larga trayectoria en el *American Law Institute* como *Reporter* del *Restatement*.<sup>3</sup>

El apoyo logístico necesario para todas las tareas organizativas del Grupo ha sido aportado desde 1999, fecha de su fundación, por el Centro Europeo del Derecho de la Responsabilidad Civil y del Seguro (*European Centre of Tort and Insurance Law*)<sup>4</sup>, con sede en Viena y dirigido por el Dr. Helmut Koziol.

Desde sus inicios, el Grupo presagiaba que la redacción de un cuerpo de “Principios” de responsabilidad civil no sería tarea fácil ni podría conseguirse en unos pocos años. Por esas razones, se planteó si debía esperar a tener terminados los “Principios” y su comentario correspondiente para darlos a conocer al público o si, por el contrario, era preferible ir publicando los trabajos preparatorios, en forma de libros en los que se fueran recogiendo los informes de Derecho interno (*National Reports*) y el informe comparado (*Comparative Report*) elaborados sobre cada materia, a medida que se iban ultimando. El Grupo se inclinó por este segundo procedimiento por considerar que los informes nacionales son suficientemente importantes y útiles en si mismos y los publicó en la colección *Principles of European Tort Law* de la editorial Kluwer International (hoy Aspen).<sup>5</sup>

## 1.2. El método de trabajo

Para cada uno de los temas a tratar (p. ej., culpa, antijuridicidad, responsabilidad objetiva, causalidad, daño, concurrencia de culpa de la víctima, responsabilidad por hecho ajeno, etc.) se ha seguido un método de trabajo que se inicia con la designación de la persona o personas

---

<sup>2</sup> Éste es el caso, por ejemplo, del profesor suizo Pierre WIDMER, que ha sido presidente de la Comisión encargada de estudiar la reforma del Derecho suizo de la responsabilidad civil.

<sup>3</sup> Junto a William POWERS, el profesor GREEN fue *Co-Reporter* del *Restatement (Third) of the Law Torts: Apportionment of Liability*, finalizado en 2000, y colaboró estrechamente con el Prof. SCHWARTZ como *Co-Reporter* del *Restatement (Third) of the Law Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, trabajo que continúa en la actualidad.

<sup>4</sup> Vide <<http://www.ectil.org/>>.

<sup>5</sup> Vide en la colección *Principles of European Tort Law*, Kluwer International, The Hague / London / Boston, los libros siguientes: Jaap SPIER (Ed.), *The limits of liability: Keeping the Floodgates Shut* (1996); Jaap SPIER (Ed.), *The Limits of Expanding Liability* (1998); Helmut KOZIOL (Ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (1998); Jaap SPIER (Ed.), *Unification of Tort Law: Causation* (2000); Ulrich MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001); Bernhard A. KOCH / Helmut KOZIOL (Ed.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002); Jaap SPIER (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for the Acts of the Others* (2003); Ulrich MAGNUS / Miquel MARTÍN-CASALS (Eds.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence* (2004) y W.V.H. ROGERS (Ed.), *Unification of Tor Law: Multiple Tortfeasors* (2004) y Pierre WIDMER (Ed.) *Unification of Tort Law: Fault* (2005, en prensa). Dichos libros se citan en este trabajo como PETL, seguido del título específico del volumen correspondiente.

responsables de proyecto concreto. Estas personas deberán impulsar el estudio y el debate del tema correspondiente, elaborar el informe de Derecho comparado y, finalmente, editar el libro en el que se publicarán los trabajos del Grupo sobre el tema en cuestión. A la persona encargada de llevar a cabo esa tarea se la denomina *Comparative Reporter*.

El trabajo del *Comparative Reporter* empieza con la preparación de un cuestionario sobre los problemas más relevantes que plantea el tema asignado. La constelación de problemas cuyo análisis se sugiere, e incluso la propia formulación de las preguntas, debe hacerse de modo cuidadoso para no dejar sin analizar problemas que pueden ser muy relevantes en algunos ordenamientos jurídicos y totalmente inexistentes o irrelevantes en otros. Por esa misma razón algunas preguntas, cruciales y de respuesta compleja en algunos ordenamientos, pueden parecer intrascendentes en otros.<sup>6</sup>

El cuestionario consta de una parte de preguntas y de otra de casos prácticos sobre cuestiones en gran medida tratadas ya en las preguntas. Gracias a su combinación de cuestiones teóricas y de casos prácticos, pretenden proporcionar una información nada despreciable sobre el estado de la cuestión en los países tratados y contribuir a estimular el debate ulterior. Funciona así, por un lado, como una especie de test que permite comprobar la coherencia de la parte teórica y, por otro, facilita un enfoque funcional de los temas y orientado a la resolución de problemas prácticos. Una vez elaborado, el cuestionario se circula entre los miembros del Grupo para que incorporen sugerencias y matizaciones y, tras su revisión, se toma como base para elaborar los informes de Derecho interno (*National Reports*).

Con base en esos informes de Derecho interno, el *Comparative Reporter* prepara un informe comparado preliminar en el que deben identificarse los principales puntos de acuerdo y desacuerdo entre los sistemas y los distintos modelos de resolución de los problemas planteados. En un primer encuentro con el resto del Grupo, se debate ese informe comparado preliminar y se constata si lo recogido en él corresponde o no a un correcto entendimiento de los distintos ordenamientos jurídicos. Tras este primer encuentro, el redactor del informe comparado enviará a los demás miembros un proyecto de informe, que podrá ser comentado, enmendado y complementado antes de su publicación.

La redacción de los "Principios" se inicia en el seno del comité de redacción (*Drafting Committee*), compuesto por 9 miembros del Grupo, tras la recepción de la propuesta de principios que envía el redactor de cada uno de los informes de Derecho comparado. En su aspecto formal los "Principios" siguen en líneas generales el modelo marcado por los *Restatements* norteamericanos y en el que en su día también se inspiraron los *Principios* de Derecho contractual europeo o *Principios Lando*<sup>7</sup>. Así, constan de:

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo en Miquel MARTIN CASALS / Josep SOLÉ FELIU, *El daño moral*, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 866-869 el caso de la víctima que queda en estado de coma como consecuencia de un daño corporal. ¿La indemnización que recibe debe ser la misma que la de una persona consciente o debe ser menor?

<sup>7</sup> Sobre un método de trabajo parecido utilizado por el *Grupo Lando* para elaborar los Principios europeos de derecho contractual vide Ole LANDO, *Comparative Law and Lawmaking*, *Tulane Law Review* 75 (2001), p. 1015-1032, p. 1020 y ss.

- 1) Un texto articulado, en el que se recoge la formulación de cada principio.
- 2) Una parte introductoria, en la que suelen recogerse cuestiones de carácter general, terminológicas y referentes a los antecedentes del precepto.
- 3) Un breve comentario, en el que se suelen incluir indicaciones que no sólo son explicativas sino que a menudo tienen también una cierta pretensión normativa de menor grado (de ahí, por ejemplo, la eterna disputa sobre si algo debe figurar en el texto o en el comentario).
- 3) Casos breves o ejemplos, que sirven para esclarecer el funcionamiento práctico de aquellas reglas que puedan resultar más complejas o novedosas. Esas ilustraciones son fundamentales porque permiten salir del marco dogmático nacional y, mediante un enfoque funcional, ayudar a entender cómo se llega a un resultado que los ordenamientos jurídicos nacionales pueden alcanzar mediante vías muy distintas.

No obstante, a diferencia de los Principios de Derecho contractual, la parte comentada de los principios no es absolutamente uniforme, da razón de aquellos puntos en los que han existido discrepancias en los debates y, aunque refleja la opinión del Grupo, está firmada por cada uno de sus autores.

## ***2. Una primera aproximación a los “Principios”***

### **2.1. Estructura, contenido y terminología**

Los Principios constan de 36 artículos divididos en Títulos, Capítulos y Secciones. Como en el caso de los *Principios Lando*, se numeran siguiendo una notación decimal en la que el primer dígito –separado de los demás por dos puntos– indica el capítulo, el segundo la sección y los dos últimos el orden del correspondiente artículo dentro de cada sección.

El Título Primero contiene, a modo de introducción, la norma fundamental de la responsabilidad (Capítulo Primero). El Título Segundo se dedica a los presupuestos generales de la responsabilidad: el daño (Capítulo Segundo) y la relación de causalidad (Capítulo Tercero). El Título Tercero, bajo el epígrafe de “Fundamento de la responsabilidad”, trata la responsabilidad por culpa (Capítulo Cuarto), la responsabilidad objetiva (Capítulo Quinto) y la llamada “responsabilidad por otros” (Capítulo Sexto). El Título Cuarto se refiere a las causas de exoneración en general (Capítulo Séptimo) y a la llamada “conducta o actividad concurrente” (Capítulo Octavo). El Título Quinto trata los supuestos de pluralidad de causantes del daño (Capítulo Noveno) y el Título Sexto y último la indemnización (Capítulo Décimo), dividida en cuatro secciones: la indemnización en general, daño patrimonial, daño no patrimonial y reducción de la indemnización.

El criterio del Grupo ha sido apartarse lo menos posible de la terminología tradicional y, en caso de que ésta deba ser clarificada o sustituida por otra, intentar que sea lo menos artificial posible. Dado que el Grupo ha trabajado fundamentalmente en un inglés europeo, ha preferido la terminología inglesa a la norteamericana y ha procurado que la terminología adoptada pudiera traducirse adecuadamente a otras lenguas y, además, que fuera lo más respetuosa posible con la

ya existente. Así, por ejemplo, habla de *damage* (daño) y de *damages* (en el sentido de indemnización); de *fault* (culpa) y de *strict liability* (responsabilidad objetiva); o de *defences* (causas de exoneración). En lugar de utilizar la expresión inglesa o norteamericana de *vicarious liability* para referirse a la responsabilidad por hecho ajeno o, más concretamente, a la responsabilidad vicaria, prefiere hablar de *liability for others* (responsabilidad por otros) y, dentro de ella, de *liability for minors or mentally disabled persons* (responsabilidad por los menores o por discapacitados psíquicos) y *liability for auxiliaries* (responsabilidad por los auxiliares.) También se habla, por ejemplo, de *solidary liability* en lugar de la expresión anglo-americana *joint and several liability*, y de *force majeure* en lugar de la inglesa *Act of God*.

Excepcionalmente, se ha considerado que era preferible acuñar una terminología nueva, por las limitaciones o imprecisiones de la tradicional, o bien por estar demasiado vinculada a un determinado ordenamiento jurídico. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la llamada “conducta o actividad concurrente”, referida a la concurrencia de culpa de la víctima, cuya terminología tradicional no sólo es imprecisa y variada en castellano, sino en otros idiomas. Así, por ejemplo, mientras que la expresión inglesa *contributory negligence* traducía perfectamente la regla de la reducción de la indemnización debida a una conducta o actividad concurrente de la víctima (criterio adoptado por los *Principios*), la misma expresión en inglés norteamericano traducía la vieja idea del “todo o nada” que lleva a la exclusión de la responsabilidad en caso de concurrencia de culpa de la víctima.

La versión final de los Principios se ha traducido a doce lenguas y, entre ellas, al castellano y al catalán.<sup>8</sup> La mayor parte de las traducciones han corrido a cargo de los propios miembros del Grupo quienes, después de llevarlas a cabo, las han contrastado con las de las lenguas más afines. La traducción a lenguas no representadas entre los miembros del Grupo como el chino mandarín, el japonés, el coreano o el ruso, ha corrido a cargo de hablantes nativos de dichas lenguas que reunían la ulterior condición de juristas.

## 2.2. Sistema de responsabilidad civil adoptado e intereses protegidos

Como es bien sabido, existen sistemas de responsabilidad civil típicos que, o bien parten de una lista de intereses protegidos –como en el caso alemán– o bien tipifican los ilícitos civiles cuya comisión dará lugar a responsabilidad –como en el caso inglés. Ciertamente, tales sistemas no son totalmente cerrados, ya que de un modo u otro se hace necesaria una válvula –como el § 823 (2) BGB o el *tort of negligence*– que permita paliar la rigidez excesiva. Esa flexibilidad, no obstante, es tan solo marginal y poco tiene que ver con sistemas que, como el francés o el español, parten de la existencia de una cláusula general de responsabilidad por culpa y dejan a la jurisprudencia y a la doctrina la tarea de desarrollar las reglas y los criterios necesarios para señalar qué supuestos generan responsabilidad. El sistema de responsabilidad civil que proponen los *Principios* se aproxima más al criterio abierto de estos últimos sistemas que a la rigidez de los primeros, ya que rechazan tanto un sistema de *torts* o ilícitos civiles individuales, al estilo de *Common Law*, como la enumeración, a la alemana, de una lista más o menos cerrada de intereses protegidos cuya infracción genere responsabilidad.

---

<sup>8</sup> Que pueden consultarse en <<http://www.egtl.org/principles/index.htm>>.

La “norma fundamental” de los *Principios*, muy parecida a la del Anteproyecto suizo (cf. art. 41)<sup>9</sup>, señala que “La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo” (Art. 1:101(1) PETL) y, en su apartado segundo, añade que “[E]n particular, el daño puede imputarse a la persona: (a) cuya conducta culposa lo ha causado (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”.

El punto de partida de la norma fundamental es la vieja idea de *casum sentit dominus*: cada cual tiene que pechar con el daño que sufra, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona. Aparecen también en este precepto los presupuestos de la responsabilidad civil que se desarrollan en todo su articulado: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno.

Por otra parte, si bien los *Principios* no llevan a cabo una enumeración cerrada de cuáles son los intereses protegidos, sí consideran conveniente señalar la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño y establecer una cierta jerarquía de intereses cuya lesión dará lugar a indemnización. Con ello pretenden prescindir de una mención expresa de la noción de antijuridicidad, porque en el ámbito comparado aporta más problemas que soluciones. Por una parte, porque en algunos ordenamientos, como el alemán, se entiende como un desvalor del resultado (*Erfolgsunrechtlehre*) mientras que en otros, como el austríaco, se entiende como un desvalor de la conducta (*Verhaltensunrechtlehre*). Además, mientras que en los ordenamientos jurídicos que adoptan un criterio subjetivo de la culpa, como el austríaco, antijuridicidad como desvalor de la conducta y culpa son todavía distinguibles, en otros ordenamientos, como el francés, antijuridicidad y culpa se confunden e, incluso, la primera llega a sustituir la segunda.<sup>10</sup> El tema se resuelve en los *Principios* en favor de una noción objetiva de culpa (cf. art. 4:101 y 4:102 PETL), que por ello incorpora la noción de antijuridicidad, pero que no prescinde de elementos subjetivos, propios de toda noción de culpa, al permitir, como excepción, que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (como por ejemplo, la edad o la discapacidad física o psíquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del “estándar de conducta exigible” (vide *infra* II.4).

Así dentro del capítulo dedicado al daño, el art. 2:101 PETL señala que “[E]l daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”. Bajo el epígrafe “intereses protegidos” añade el art. 2:102 PETL que “el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza” y que “su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad”. En el nivel superior de esa jerarquía se coloca la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad, que gozan de la protección más amplia o intensa. Una protección también intensa merecen los derechos reales, incluyendo los que se

<sup>9</sup>Vide una traducción castellana en Pierre WIDMER / Pierre WESSNER, *Revisión y unificación del Derecho de la responsabilidad civil. Anteproyecto de Ley Federal Suiza*, Revista de responsabilidad civil y Seguros (Argentina), N° 2, 2001, p. 215-238. La versión francesa puede consultarse en <<http://www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/intro-f.htm>>.

<sup>10</sup>Cf. KOZIOL, *The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law*, cit., p. 553 y ss.

refieren a las cosas incorpóreas; en cambio, los llamados intereses puramente patrimoniales (*pure economic interests*) comportan una protección más limitada y matizada.

Esa jerarquización, que en el caso de los *Principios* no constituye ningún listado cerrado y resulta meramente orientativa para el juez, es en parte tributaria de la tradición del *Common Law* —y, hasta cierto punto también de la del Derecho alemán<sup>11</sup>— en la que se contraponen las categorías del daño llamado tangible (*physical damage*), que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas, y del daño llamado patrimonial puro (*pure economic loss*). El daño patrimonial puro es aquel que sin causar un daño a la persona del dañado o sus cosas produce una disminución de su patrimonio. Por regla general, este daño habrá comportado también un daño tangible a la persona de un tercero, o a cosas o intereses ajenos o que carecen de titular. No obstante, lo que es esencial y que conviene subrayar es que respecto a la persona que sufre el daño patrimonial puro no se produce la lesión de un bien o interés concreto, sino tan sólo un menoscabo patrimonial. La noción ha penetrado también en la doctrina italiana (como daño a la integridad del patrimonio) y tiene alguna conexión, aunque parcial y remota, con la llamada “tutela aquiliana del derecho de crédito”.<sup>12</sup>

Tanto la noción de daño patrimonial puro como la de daño tangible sirven para fijar una primera frontera en el alcance de la responsabilidad extracontractual: la que va entre los daños reales o concretos a las personas y a las cosas, y los otros daños en el patrimonio. En determinados supuestos, es un instrumento clave para demarcar el ámbito de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual, y da cuenta, además, de una cierta jerarquía entre los intereses que la ley protege en vía extracontractual, otorgando preferencia a la indemnización de los daños a las personas y a las cosas, aspecto que los *Principios* recogen. Mas como la abundante doctrina existente sobre la materia ha demostrado, no sirve para establecer un criterio claro, una *bright line rule*, para señalar qué daños son indemnizables y cuáles no.

Otros criterios orientadores son la referencia a que en determinados supuestos la causación dolosa de un daño puede ser objeto de una protección más amplia (cf. art. 2:102 (5) PETL) y que en la determinación del alcance de la protección no sólo deben tenerse en cuenta los intereses de la víctima sino también los del causante del daño (en especial, la limitación a la libertad de acción que comporta considerar que una determinada conducta o actividad genera responsabilidad civil) y los intereses públicos.

---

<sup>11</sup> En el Derecho alemán la doctrina se refiere a los *reine Vermögensschäden* partiendo de premisas distintas a las del Derecho inglés. Como que aquél parte de la tipificación de determinados intereses para delimitar el área del daño resarcible, los daños patrimoniales puros sólo se indemnizan si derivan de la lesión de alguno de los derechos subjetivos tipificados o bien de alguno de los otros supuestos típicos de responsabilidad extracontractual. Vide por todos Hein KÖTZ / Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 9. Aufl., Neuwied und Kriftel, Luchterhand, 2001, Rz. 75, p. 33.

<sup>12</sup> Vide, por todos, BANAKAS, E. (Ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer law International, London, The Hague, Boston, 1996; Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas*, ADC 54 (2001), p. 257-368; Fernando GÓMEZ POMAR / Juan Antonio RUIZ GARCÍA, *La noción de daño puramente económico. Una visión crítica desde el análisis económico del Derecho*, InDret 2002/4, Working Paper Núm 102 y Miquel MARTÍN CASALS / Jordi RIBOT IGUALADA, *Pure Economic Loss: la indemnización de los daños patrimoniales puros*, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 883-920, y allí más referencias.

Los arts. 2:103 PETL y 2:104 PETL contienen, respectivamente, una limitación y una ampliación del concepto de daño resarcible. El primero considera que no es daño resarcible la pérdida relacionada con un actividad o fuente de beneficios o ingresos que el derecho considera ilegal o reprobable (p. ej. el lucro cesante que sufre el ladrón por no poder dedicarse a su actividad delictiva habitual debido a un accidente) (cf. art. 2:103 PETL). El segundo amplía el concepto de daño resarcible para incluir los gastos razonables para impedir que se produzca un daño cuya amenaza es inmediata y real (por ejemplo, los gastos de trasiego y almacenamiento de crudo debido al peligro efectivo de que una brecha abierta en el casco del buque pueda dar lugar a un derrame) (cf. art. 2:104 PETL).

El capítulo se cierra con una regla relativa a la prueba del daño (Cf. art. 2:105 PETL). En su primera parte se refiere a que el daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios; con ello quiere indicar que los *Principios* no pretenden ocuparse de las cuestiones procesales, gobernadas por regla general por la *lex fori*. En su segunda parte añade que, en el caso de que la prueba del importe exacto del daño resulte demasiado difícil o costosa, el tribunal podrá estimar su *quantum*, regla que en una u otra forma se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados por el Grupo.<sup>13</sup>

### 2.3. La relación de causalidad

Los *Principios* adoptan como criterio básico de causalidad la teoría de la *conditio sine qua non* al disponer que “[U]na actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido” (cf. art. 3:101 PETL). La amplitud de ese criterio se mitiga con una serie de reglas que, de acuerdo con la correspondiente importación a nuestro ordenamiento de la doctrina alemana, podríamos calificar de “criterios de imputación objetiva”. Entre ellos, se recogen la causalidad adecuada, el riesgo general de la vida, el ámbito protector de la norma, y otros como la naturaleza y valor del interés protegido o la naturaleza de la responsabilidad.

Ambos grupos de reglas se recogen en el Capítulo 3 bajo el epígrafe titulado “[R]elación de causalidad”, si bien se subdividen en dos secciones, la primera, referida a la doctrina de la *conditio sine qua non* y sus límites, y la segunda titulada “[A]lcance de la responsabilidad”. Con ello se ha pretendido llegar a una transacción generosa entre aquellos que consideran que dentro de la reglas de causalidad debe distinguirse entre la causalidad de hecho y la causalidad de derecho y aquellos otros que todavía siguen opinando que reglas sobre la causalidad en sentido propio sólo lo son las referidas a la *conditio sine qua non*, mientras que la reglas de imputación “no corresponden propiamente a este capítulo”.<sup>14</sup>

Dado que existirán supuestos en los que resultará difícil acreditar en el caso concreto la relación de causalidad, los *Principios* incluyen reglas específicas para los supuestos de causalidad múltiple o incierta.

---

<sup>13</sup> Vide Ulrich MAGNUS, *PETL Damages*, núm 88, p. 204.

<sup>14</sup> Así, pertinaz en este sentido, KOZIOL, *Die «Principles of European Tort Law» der «European Group on Tort Law»*, cit., p. 244.

Así por ejemplo, se prevé que en los supuestos de causalidad *concurrente* se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima. Se trata de aquellos supuestos en que diversas conductas o actividades concurren en la causación del daño si bien cualquiera de ellas, por sí misma, ya hubiera sido apta para causar el mismo daño en el mismo momento (cf. art. 3:102). Aquí el problema se halla en que ninguna de esas conductas o actividades puede ser realmente *conditio sine qua non*, ya que el daño también podría haber sido producido por cualquiera de las otras. No obstante, los *Principios* resuelven la cuestión entendiendo que cualquiera de ellas debe ser considerada como *conditio sine qua non* y, en consecuencia, consideran responsables solidarios a los causantes del daño.

Supuesto parecido es el de la causalidad *alternativa*, en el que también se producen varias conductas o actividades. También aquí, como en el caso anterior, cada una de ellas hubiera sido suficiente para causar el daño. Mas, a diferencia del caso anterior, existe incertidumbre sobre cuál de ellas lo causó efectivamente (cf. art. 3:103 (1) PETL). Las soluciones que dan los distintos ordenamientos jurídicos varían. Así por ejemplo, mientras que el austriaco y el alemán consideran que todos los autores de las conductas responden solidariamente, el suizo generalmente rechaza la responsabilidad de todos ellos.<sup>15</sup> Los *Principios* optan aquí por una posición intermedia: una responsabilidad parcial de acuerdo con el grado de probabilidad de que cada uno de ellos haya causado el daño.

En el mismo precepto se recoge el supuesto en que existe una pluralidad de víctimas y la duda recae, no en si una actividad ha causado daño o no, sino en si ha causado daño a una víctima concreta, dado que no es probable que lo haya causado a todas ellas. Se aplica también aquí el criterio de proporcionalidad: se considera que tal actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta (Cf. art. 3:103 (2) PETL).

La regla de las causas *potenciales* se refiere a aquellos supuestos en que una actividad causa el daño de forma definitiva e irreversible, pero una actividad posterior (causa de reserva o hipotética) también lo habría causado (cf. art. 3:104 PETL). En estos casos, la actividad del primer causante no es una *conditio sine qua non* del daño ya que, de no haberse llevado a cabo dicha actividad, también se habría producido el daño. No obstante, el precepto considera que quien causa el daño de modo real y efectivo debe responder por entender que, si concurren todos los presupuestos de responsabilidad, no resultaría adecuado liberarle por el simple hecho de que otro también lo habría causado en un momento posterior. Esta regla que lleva a ignorar la actividad posterior (cf. art. 3:104 (1) PETL) cesa, no obstante, cuando ésta cause un daño adicional o agravado (cf. art. 3:104 (2) PETL). También debe tenerse en cuenta esa actividad posterior en los supuestos de daños continuados para considerarla como concausa del daño a partir del momento en que concurra con la primera (cf. art. 3:104 (3) PETL).

La causalidad *parcial incierta* (cf. art. 3:105 PETL) se refiere a aquellos supuestos en que una pluralidad de actividades ha contribuido a causar el daño, pero existe la certeza de que ninguna

---

<sup>15</sup> Cf. SPIER/HAAZEN, *PTEL Causation*, p. 150 y ss.

de ellas lo ha causado en su totalidad y además se desconoce la parte concreta en que cada una de ellas lo causó. La regla que establecen los *Principios* para estos casos es la presunción de causación por partes iguales.

Finalmente, el art. 3:106 PETL se refiere a las llamadas *causas inciertas en la esfera de la víctima* y postula que la víctima tiene que cargar con una pérdida en la medida en que sea probable que haya sido causada por una conducta o actividad que se halle en su propia esfera de riesgo. Ciertamente, la causa se hallará en su esfera de riesgo si tiene su origen en una conducta o actividad de la propia víctima. Mas estos supuestos también pueden ser abordados y resueltos mediante las reglas de lo que tradicionalmente se han conocido como concurrencia de culpa de la víctima o, como señala ahora el art. 8:101 PETL, como “conducta o actividad concurrente de la víctima”. Dichas reglas también resuelven el supuesto en que exista una conducta de un tercero imputable a la víctima, como en el caso de conducta de los auxiliares (cf. art. 8:101 (3) PETL). No resuelven, en cambio, los supuestos en que se trate de hechos de la naturaleza que sean externos a la víctima (como, por ejemplo, terremotos, tormentas) o sean propios de su condición humana (infarto, ataque epiléptico o, en general, cualquier enfermedad) y que no guardan ninguna relación con la actividad de terceros. Si cualquiera de esos acontecimientos puede haber causado el daño, la víctima tendrá que cargar con el daño en la medida correspondiente a la probabilidad de que lo pueda haber causado dicho acontecimiento.

#### 2.4. La noción objetiva de la culpa

Como se ha indicado antes, los *Principios* adoptan una noción objetiva de culpa, que coincide con la generalmente admitida por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países europeos. Esta noción toma como patrón la conducta que debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. El estándar que debe observarse o “conducta exigible” es, pues, el de “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” (Cf. art. 4:102 (1) PETL). No obstante, ese estándar puede variar y adaptarse, mas no a las características individuales de la persona responsable sino a la categoría de personas que ella representa. Así, por ejemplo, el estándar puede ser distinto entre un médico generalista y un cirujano especializado en la rama médica relevante en el caso concreto; también varía entre el que es exigible al arquitecto que realiza obras en una casa y el que es exigible a la persona corriente que lleva a cabo un remiendo en su propio hogar, o al guía alpino profesional, en relación al turista que escala una montaña durante sus vacaciones.

Dado que no es posible dar una definición precisa de qué debe entenderse por “estándar de conducta exigible”, el art. 4:102 (1) PETL indica los elementos que deben ser tenidos en cuenta para determinarlo de acuerdo con las circunstancias.

En primer lugar, el precepto se refiere a la “naturaleza y valor del interés protegido de qué se trate”. Este factor supone una referencia a la jerarquía de intereses que establece el art. 2:102 PETL. Indica que cuanto mayor sea el valor del interés puesto en peligro, mayor debe ser el esfuerzo que debe emplear, para evitar el daño, la persona cuya conducta puede lesionar ese interés.

Un segundo factor, “la peligrosidad de la actividad” indica que quien actúa debe adaptar su diligencia a la naturaleza de la actividad que lleva a cabo, y un tercer factor se refiere a la “pericia exigible a la persona” que lleva a cabo la actividad, lo que supone una clara referencia al nivel de diligencia superior que es exigible al especialista frente al lego, y que se extiende también a quien sin tener los conocimientos especializados se muestra ante los demás como experto y acomete tareas para las que no está capacitado (la llamada *Übernahmenschulden* de la doctrina germánica).

Como factores ulteriores se mencionan también “la previsibilidad del daño”, entendida como una previsibilidad *ex ante*, si bien de carácter objetivo y la “relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas”.

El último factor en esa enumeración es “la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”, que comporta una aplicación de los principios de buena fe y de proporcionalidad, al entender que cuando un resultado puede alcanzarse de distintos modos, el agente debe ser consciente de los peligros que su conducta puede comportar para terceros y escoger, en la medida de lo posible y razonable, la vía menos peligrosa para obtenerlo.

El art. 4:102 (2) PETL indica que ese estándar objetivo puede atemperarse por razón de la pertenencia del causante del daño a un determinado grupo o clase de individuos o debido a “circunstancias extraordinarias”. Con ello se pretende evitar la dureza excesiva que comportaría la valoración de la conducta de una persona de acuerdo con el estándar de conducta exigible cuando resulta evidente que quienes se hallan en su misma situación no pueden en modo alguno adaptar su conducta al mismo.

El precepto menciona, en primer lugar, la edad del causante del daño. Respecto a los menores, y a diferencia de otros ordenamientos, como el austríaco (14 años, cf. § 153 ABGB), el alemán (7 años, por regla general, ó 10 en determinados casos, cf. §§828 I y 828 II BGB) o el holandés (14 años, cf. art. 6:164 BW) o el portugués (7 años, cf. art. 488, nº 2 CC), los principios no establecen ninguna edad por debajo de la cual se considere que el menor no es capaz de culpa civil – como en el caso holandés o alemán– o, simplemente, deba presumirse *iuris tantum* que no lo es – como en el caso austríaco o, con matices, el portugués. Se adopta un criterio flexible, como el seguido, por ejemplo, por el Derecho español, que permite adaptar el estándar al que puede ser exigible al menor causante del daño. En estos casos, lo más apropiado hubiera sido adaptarlo en relación a la conducta exigible a menores de la misma edad (criterio seguido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos). No obstante, el empecinamiento de algunos de los miembros del Grupo les lleva a retomar aquí la batalla perdida de la culpa subjetiva y, según los comentarios que acompañan los *Principios*, parecen finalmente adaptarlo al desarrollo mental concreto del menor en cuestión, con lo que pretenden culminar la identificación o fusión de la culpa con la antijuridicidad y mantener, aunque sea de modo taimado, una victoria pírrica del concepto subjetivo de culpa que propugnaban.<sup>16</sup> En el caso de los menores, el hecho de que deba tenerse en cuenta la capacidad de querer y entender del menor individual, sin tomar como

---

<sup>16</sup> Vide KOZIOL, *Die «Principles of European Tort Law» der «European Group on Tort Law»*, cit., p. 250 y de modo más claro, WIDMER, *PETL Fault* (en prensa).

referencia la que es usual en los menores de su misma edad, puede dar lugar, como se ha señalado en el Derecho norteamericano, a la grotesca situación de padres que practican toda clase de pruebas para demostrar la peculiar cortedad de luces de sus hijos en relación con los de sus vecinos y a penalizar precisamente a las familias que han aplicado más celo en la formación y desarrollo de su hijo que otras.<sup>17</sup>

Ulteriormente, los comentarios a los principios señalan que la referencia a la edad, sin indicación de una edad concreta también permite considerar el caso inverso, es decir, el de aquellas personas cuyas capacidades y habilidades se hallan disminuidas por razón de la avanzada edad, y que en ocasiones podrá solaparse –sin llegar a confundirse– con “la discapacidad física o psíquica”, circunstancia referida en segundo lugar en el precepto.

Más difícil resulta imaginar cuáles pueden ser esas “circunstancias extraordinarias” no relacionadas con ninguna de las anteriormente mencionadas, a las que se refiere el precepto. Un ejemplo, analizado por el Grupo –y no exento de polémica– es el caso del joven MIR que, después de trabajar en el hospital sin descanso durante más de 60 horas, tiene que proporcionar primeros auxilios a los heridos en un accidente de tráfico mientras se dirige su casa; debido a su estado de fatiga comete un error que provoca un daño adicional a las víctimas.

El precepto se cierra con la indicación de que para establecer el estándar de conducta requerido “deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta” (tales como normas de tráfico, relativas a la construcción y, en general, reglamentos dictados para evitar la producción de determinados tipos de daños).

Dentro del capítulo dedicado a la responsabilidad por culpa merecen una especial atención los dos preceptos dedicados a la inversión de la carga de la prueba.

El primero, tiene carácter general y señala que “[P]uede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta” (art. 4:201 (1) PETL). Este precepto intenta entrelazar la responsabilidad por culpa tradicional, que comporta que el demandante deba probar los elementos en que basa su pretensión, incluida la culpa, con la responsabilidad objetiva, que prescinde de ella. Intenta poner de manifiesto una concepción que subyace en los *Principios* y que parte de la base que entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva existe un *continuum* que las une y que ambas tan sólo se hallan en los extremos opuestos de una misma cadena.<sup>18</sup>

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la práctica española, en la que la inversión de la carga de la prueba de la culpa es la regla general, el precepto pretende que sólo se lleve a cabo en aquellos supuestos en los que el riesgo sea superior al normal e inherente a toda actividad humana, pero sin llegar a ser el que conlleva una actividad “anormalmente peligrosa” que, de

---

<sup>17</sup> En este sentido, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1 (March 28, 2001), The American Law Institute, Philadelphia, p. 130-131.

<sup>18</sup> Cfr. ROGERS, *England, PETL Strict Liability*, núm. 101 y KOCH/KOZIOL, *Comparative Conclusions, PETL Strict Liability*, núm. 156.

acuerdo con el art. 5:101 PETL, da lugar a responsabilidad objetiva. Como criterio para determinar la “gravedad del peligro” el art. 4:201 (2) PETL señala que debe tenerse en cuenta “la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse” así como “la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente”.

En el ámbito comparado tal vez el supuesto más significativo de ese tipo de responsabilidad se halla en el art. 2050 del Código civil italiano, a tenor del cual “quien ocasiona un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”.<sup>19</sup>

La doctrina italiana ha debatido si se trata más de un supuesto de responsabilidad por culpa que un supuesto de responsabilidad objetiva y la jurisprudencia de dicho país ha aplicado este precepto a la caza, a la producción y utilización de explosivos y de material pirotécnico y, en general, a todas las actividades relacionadas con el manejo de armas; a la explotación de instalaciones eléctricas, a la producción y distribución de bombonas de gas, a la explotación de teleféricos y telesillas, a determinadas actividades agrícolas –especialmente las que comportan la utilización de máquinas– a la explotación de instalaciones peligrosas –como piscinas o parques de atracciones– y a la práctica de diversas actividades deportivas como la equitación, el esquí o las carreras de coches.<sup>20</sup>

El segundo precepto referido a la inversión de la carga de la prueba tiene carácter particular y se refiere a la responsabilidad de la empresa (art. 4:202 PETL), cuyo tratamiento requeriría entrar en un grado de detalle que supera las limitaciones de este trabajo introductorio. Baste señalar aquí que el precepto indica que no se trata de responsabilidad objetiva, ya que admite prueba en contrario; que se refiere a los riesgos de organización, y que se adopta para proteger a aquellas víctimas que a pesar de poder establecer que el daño que sufren ha sido causado por una actividad empresarial no pueden identificar la causa concreta del mismo.

## 2.5. La responsabilidad objetiva

Los *Principios* parten de una cláusula general de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas que sólo operará en defecto de una regulación específica y sólo si concurren todos los requisitos que se prevén. Su texto, que se inspira en el *Anteproyecto suizo de revisión y unificación*

---

<sup>19</sup> Art. 2050. *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

<sup>20</sup> Cf. BUSNELLI / COMANDÉ, *Italy, PETL Strict Liability*, cit., p. 213 y, con más detalle, MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 1023-1030. Vide también Pier Giuseppe MONATERI, *La Responsabilità Civile*, en Rodolfo SACCO, *Trattato di Diritto Civile*, Torino, UTET, 1998, p. 1010.

del derecho de la responsabilidad civil<sup>21</sup> y, de modo algo más remoto, en los trabajos del *Restatement* que se están llevando a cabo en Estados Unidos<sup>22</sup>, señala que:

**Art. 5:101. Actividades anormalmente peligrosas**

- (1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
- (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si:
  - a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y
  - b) no es una actividad que sea objeto de uso común.
- (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.
- (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

Para que se cumpla el presupuesto de hecho de la cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas deben concurrir determinados requisitos. Será "actividad anormalmente peligrosa" la que crea un *riesgo* previsible y muy considerable de daño que, además, no puede ser eliminado mediante una conducta diligente, no sólo del causante del daño sino de todas aquellas personas que intervienen en la actividad, incluidas las víctimas potenciales. El riesgo puede ser muy considerable tanto por la elevada probabilidad de que produzca un daño no grave, como por la circunstancia de que sea extremadamente grave un daño cuya producción sea muy poco probable. Por su parte, la previsibilidad de que determinada actividad producirá un daño es algo que es inherente a la mayoría de las actividades anormalmente peligrosas.

Debe destacarse que se trata no de una responsabilidad por riesgo sino por un riesgo *anormal*. Por ello, también debe tenerse en cuenta si esa actividad, que comporta un riesgo muy considerable aun cuando todos los que intervienen en ella actúen de modo diligente, es de práctica común o generalizada (*common usage*) o no, para excluirla de la cláusula general cuando lo sea. Por supuesto es de práctica generalizada o común aquella actividad que en una determinada comunidad lleva a cabo un número elevado de sus miembros (por ejemplo, la conducción de automóviles). Mas también es de práctica común aquella que lleva a cabo un número limitado de actores (por ejemplo, distribución de gas o de electricidad) pero que es omnipresente en la comunidad y que, por ello, provoca que un gran número de sus miembros se relacione con ella aunque no la practique. Finalmente, también pertenece a esta categoría aquella actividad que, sin ser omnipresente, resulta familiar a los miembros de la comunidad.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Cf. WIDMER/WESSNER, *Revisión y unificación del Derecho de la responsabilidad civil. Anteproyecto de Ley Federal Suiza*, cit., p. 215-238.

<sup>22</sup> Vide AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1 (March 28, 2001), cit., § 20. *Abnormally Dangerous Activities*.

<sup>23</sup> De un modo análogo, vide AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*, Tentative Draft No. 1 (March 28, 2001), cit., *Comment j*, p. 330 y ss.

En mi opinión, uno de los aspectos peor resueltos de los *Principios* es el referido a los otros supuestos de responsabilidad objetiva. En este punto resultaba especialmente difícil adoptar reglas específicas para determinadas fuentes de riesgo (por ejemplo, daños causados por animales o por accidentes de la circulación) por la dificultad de elaborar una lista de riesgos que fuera susceptible de ser aceptada en todos los ordenamientos jurídicos. Cabe recordar aquí que en determinados países –como por ejemplo en Inglaterra, donde incluso la responsabilidad por accidentes de circulación se basa en la culpa– se otorga una papel muy residual a la responsabilidad objetiva, mientras que en otros (como por ejemplo en Francia, mediante el criterio interpretativo del art. 1384 CC seguido por la jurisprudencia) la responsabilidad objetiva no para de avanzar posiciones en detrimento de la responsabilidad por culpa.

Por estas razones, y al margen de los supuestos de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas previsto en el art. 5:101 PETL, se presentaron dos posibilidades: (1) Introducir una regla general que contuviera una cláusula suficientemente flexible para acomodar una gran variedad de riesgos o (2) hacer dejación del tema a lo que determinara cada legislador nacional, si bien introduciendo la aplicación analógica de los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos por el legislador nacional a aquellos otros que originaran un riesgo parecido de daño. Después de durísimos debates se impuso esa segunda concepción, reflejada ahora en el art. 5:102, en cuyo apartado segundo se recoge esa aplicación analógica de los supuestos de responsabilidad objetiva, “a menos que la ley nacional disponga de otro modo”, aceptada por la práctica jurisprudencial de una minoría de países, como en Austria, y rechazada por la de otros, como Alemania, España o Suiza, que constituyen mayoría.<sup>24</sup>

## 2.6. La responsabilidad por hecho ajeno

En los ordenamientos jurídicos europeos existen enormes divergencias en lo que respecta a la responsabilidad por hecho ajeno.

En materia de responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos el *Common Law* ha partido tradicionalmente de que la simple relación de paternidad (o maternidad) no es suficiente para fundamentar el deber de responder. En línea con esa idea y con los valores individualistas del *Common Law*, los padres no responden por los hechos de sus hijos, a menos que se trate de un supuesto de responsabilidad por hecho propio, es decir, que el daño causado por el menor sea imputable a una conducta negligente del progenitor que, por lo demás no se presume.<sup>25</sup> El *Common Law*, en cambio, dispone de un régimen muy desarrollado de responsabilidad por los hechos de los dependientes, que se formula como responsabilidad vicaria, es decir, que no requiere la culpa del empresario o principal. El Derecho alemán, por el contrario, regula de modo paralelo la responsabilidad de los empresarios y de los padres. Ambos responden por culpa, que se presume, si bien se admite, tanto en la teoría como en la práctica de los tribunales, la prueba en

---

<sup>24</sup> Cfr. KOCH/KOZIOL, *Austria, PETL Strict Liability*, núm. 25, p. 14; FEDTKE/MAGNUS, *Germany, PETL Strict Liability*, núms. 15 y 16, p. 153-154; MARTÍN-CASALS / RIBOT / SOLÉ, *Spain, PETL Strict Liability*, núm. 39, p. 291; WIDMER, *Switzerland, PETL Strict Liability*, núm. 24, p. 330.

<sup>25</sup> Vide ROGERS, *England, PTEL Liability for Damage caused by others*, núm. 12, p. 67.

contrario (cf. §§ 831 y 832 BGB).<sup>26</sup> Finalmente, el Derecho francés, de un modo todavía más acusado que el Derecho español, establece una pluralidad de regímenes de responsabilidad por hecho ajeno, que ha sufrido una tendencia objetivadora que provoca que, en algunos casos, la prueba de la diligencia resulte ilusoria en la práctica.<sup>27</sup>

En el ámbito de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores, tal vez sea el derecho holandés el que ofrece la solución más original al establecer diversos niveles de responsabilidad de los padres según la edad del hijo causante del daño. Así, según el Art. 6:169 BW, los padres responden objetivamente por los daños que causan sus hijos menores de 14 años. Cuando estos tienen una edad entre los 14 y los 16 años, los padres responden sólo por culpa presunta, de forma que si demuestran que actuaron de forma negligente y no pudieron evitar la conducta del hijo causante del daño, no serán responsables. Entre los 16 y los 17 años del hijo, los padres responden por culpa, cuya prueba corresponde al demandante (Art. 6:162 BW). Al consolidar legislativamente la responsabilidad objetiva de los padres, al menos por los daños causados por sus hijos menores de 14 años, esa solución es tal vez más realista que la dominante en el derecho español, cuyo sistema generalizado de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba del art. 1903 CC, lleva a los tribunales a objetivar la responsabilidad y, en la práctica, no admitir la exoneración de los padres. Por otra parte, también parece realista la solución de la responsabilidad por culpa de los padres entre los 14 y los 16 años, con el juego de la presunción de la prueba de esa culpa que desaparece al cumplir el hijo los 16 años, porque es acorde con la capacidad efectiva de los padres de controlar la actuación del hijo.<sup>28</sup>

Los *Principios* distinguen, por un lado, la responsabilidad por los hechos de los menores o de personas con deficiencias psíquicas que se hallan a cargo de quien debe responder y, por otro, la responsabilidad por los auxiliares.

En el primer caso, se propone un régimen de responsabilidad por culpa del guardador con inversión de carga de la prueba, sin ningún matiz por razón de la edad del menor o persona con las deficiencias (cf. art. 6:101 PETL). En el segundo caso, el de la responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares, sigue un régimen de responsabilidad vicaria que, por lo tanto, prescinde de la culpa del empresario o principal. En este sentido, el art. 6:102 (1) PETL dispone que “[U]na persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible” y menciona de modo expreso la figura del “contratista independiente”. Desafortunadamente, esta figura ha sido objeto de poca atención en la doctrina española<sup>29</sup> y se refiere a aquel contratista que no está integrado en la estructura organizativa de la empresa (en caso de actividad comercial) o de la actividad doméstica (en el caso de actividad de este tipo). Por ello, por regla general y a

---

<sup>26</sup> Vide FEDTKE/MAGNUS, *Germany, PTEL Liability for Damage caused by others*, núm. 1, p. 105 y ss.

<sup>27</sup> Vide CARVAL, *France, PTEL Liability for Damage caused by others*, núm. 1, p. 85 y s. Sobre esa tendencia objetivadora en el Derecho español vide por todos SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, p. 86 y ss.

<sup>28</sup> Sobre la cuestión, véase HAENTJENS/DU PERRON, *The Netherlands, PTEL Liability for Damage caused by others*, núm. 8 y ss., p. 173 y ss.

<sup>29</sup> Vide por todos JOSÉ MARÍA MIQUEL, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, ADC 1983, p. 1501-1514.

diferencia del auxiliar, el principal no debe responder por su actuación. En ocasiones la distinción es clara. Así quien contrata un chofer para conducir un vehículo deberá responder del daño que cause porque, en principio, éste es un auxiliar; en cambio, quien contrata un taxi para que le lleve a un lugar determinado, en principio, no tiene porque responder del daño que cause el taxista porque se trata de un contratista independiente. No obstante, la clave de la distinción, que se halla en la supervisión y control que uno ejerce sobre otro, no será tan fácil de determinar en muchos supuestos que presenta la práctica.

## 2.7. La indemnización de los daños

Para cerrar esta breve aproximación a los Principios voy a referirme finalmente a la parte dedicada a la indemnización de los daños (Capítulo 10).

Dicho Capítulo consta de tres secciones. La primera se refiere a la “indemnización en general”, trata cuestiones relativas a la indemnización de todo tipo de daños e incluye una disposición referida a la reparación en forma específica. Las otras dos secciones tratan, respectivamente, la indemnización del daño patrimonial y del daño no patrimonial.

### a) Cuestiones generales

El art. 10:101 PETL parte de la base de que la indemnización es un pago en dinero que tiene por objeto compensar a la víctima, es decir “restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que se reclama no se hubiera producido”. Con ello indica, por una parte, que la función principal de la indemnización es compensar a la víctima, criterio en el que concuerdan todos los ordenamientos jurídicos europeos<sup>30</sup>; por otra que, en la medida de lo posible, el daño debe compensarse de modo integral.<sup>31</sup>

Además de esa finalidad, el mismo precepto *in fine* reconoce que “[L]a indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”. No obstante, fuera del supuesto previsto por el art. 2:104 PETL (que establece la resarcibilidad de los gastos preventivos), los *Principios* no autorizan indemnizaciones con efectos puramente preventivos. Ciertamente, en la determinación de las cuantías indemnizatorias podrá tenerse en cuenta el argumento preventivo para que no resulte más barato infringir un derecho que adquirirlo legítimamente (como por ejemplo, en los supuestos de infracción de la propiedad intelectual). Mas los *Principios* no se pronuncian sobre esa posibilidad de absorción de ganancias como elemento a tener en cuenta en la indemnización porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos examinados esa cuestión pertenece más a otras áreas del Derecho (como por ejemplo, el enriquecimiento injusto o la *restitution*) que al área de la responsabilidad civil (y ello a pesar de que, en ciertas ocasiones, puedan concederse *restitutionary damages*<sup>32</sup>).

---

<sup>30</sup> Vide MAGNUS, *Comparative Report, PETL Damages*, núm. 1. nota 1, p. 185.

<sup>31</sup> Vide el mismo criterio recogido en los *Principios de Derecho contractual europeo* (Principios Lando), en el art. 9:502 PECL.

<sup>32</sup> Cf. ROGERS, *England, PETL Damages*, núm. 7, p. 54.

Ulteriormente, al guardar silencio sobre otras cuestiones, el precepto rechaza implícitamente tanto las indemnizaciones simbólicas (*nominal damages*), existentes por ejemplo en el Derecho francés (*un franc de dommages et intérêts*)<sup>33</sup> o en el inglés<sup>34</sup>, como las indemnizaciones punitivas (*punitive / exemplary damages*) existentes, aunque con distinto alcance, tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano<sup>35</sup>. El rechazo de ese tipo de indemnizaciones y, especialmente, de las punitivas, coincide también con la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* ("Roma II")<sup>36</sup> cuyo art. 24 establece que "[L]a aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario".

El art. 10:102 PETL establece que la indemnización podrá concederse en forma de "suma alzada o renta periódica según resulte apropiado en atención, de modo especial, a los intereses de la víctima". Pocos países europeos tienen normas legales que regulen esta cuestión, pero la práctica generalizada indica que la indemnización en forma de suma alzada es la regla y la renta periódica, la excepción.<sup>37</sup> Aunque el pago de una suma alzada suele resultar más apropiada en los supuestos de daño a las cosas y en la práctica el pago de una renta se suele reservar a los supuestos de daños corporales, el precepto deja la cuestión a la elección de la víctima sin establecer cortapisas ulteriores.

El art. 10:103 PETL recoge el principio de la *compensatio lucri cum damno* al establecer que para determinar la cuantía de la indemnización "deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio". Su inclusión se debe a la idea de que la indemnización debe compensar a la víctima, no enriquecerla, pero se sujeta a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, el beneficio obtenido debe tener una relación de causalidad con el evento dañoso, ya que no será suficiente que la víctima haya obtenido el beneficio o ventaja con ocasión del mismo. Un ulterior requisito es que la deducción que comporta tener en cuenta ese beneficio sea compatible con la finalidad del mismo. Con carácter general puede afirmarse que la finalidad de todo beneficio será proporcionar ayuda económica a la víctima, no liberar de responsabilidad al causante del daño, por lo que si bien la deducción debe evitar el enriquecimiento de la víctima también debe evitar el beneficio del causante del daño. Con carácter particular, deberá decidirse en cada caso concreto si la deducción es compatible o no con la finalidad del beneficio correspondiente, ya que los *Principios* no presumen que la *compensatio* tenga que producirse por regla general. Con todo, los ordenamientos jurídicos analizados por el Grupo se encuentran prácticamente divididos al 50%

---

<sup>33</sup> GALAND-CARVAL, *France, PETL Damages*, núm. 15, p. 7'9.

<sup>34</sup> Cf. ROGERS, *England, PETL Damages*, núm. 11, p. 55-56.

<sup>35</sup> Cf. ROGERS, *England, PETL Damages*, núms. 3 y ss, p. 53 y SCHWARTZ, *USA, PETL Damages*, núm. 3, p. 175.

<sup>36</sup> COM(2003) 427 final, 22.7.2003, que puede consultarse en <[http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2003/com2003\\_0427es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2003/com2003_0427es01.pdf)>.

<sup>37</sup> Cf. MAGNUS, *Comparative Report, PETL Damages*, núm. 89, p. 204 y allí las referencias concretas.

en esta cuestión y mayor es la discrepancia cuando se trata de resolver en qué supuestos concretos se aplica la regla.<sup>38</sup>

La Sección se cierra con un precepto referido a la reparación en forma específica, que se supedita a que sea posible y no excesivamente gravosa para el causante del daño (cf. art. 10:104 PETL).

#### b) Daños patrimoniales

La Sección segunda del Capítulo 10 de los *Principios* dedica tres artículos al daño patrimonial. El primero de ellos define el daño patrimonial resarcible como “la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso” (art. 10:201 PETL) y acoge una noción amplia de “patrimonio de la víctima” que incluye no sólo los derechos materiales e inmateriales que posee la víctima, sino también la capacidad para obtener ingresos (cf. art. 10:202 (1) PETL) y la pérdida de uso de una cosa (cf. art. 10:203 (2) PETL). Establece también que, por regla general, debe determinarse de modo concreto, es decir, en relación con la situación particular de la víctima en cuestión, si bien admite, con carácter subsidiario, la valoración en abstracto, es decir, con relación a parámetros objetivos (como por ejemplo, el valor de mercado).

Los daños patrimoniales pueden derivar o bien de daños corporales o muerte (cf. art. 10:202 PETL), o bien de la pérdida, destrucción o daños a las cosas (cf. art. 10:203 PETL).

Los daños patrimoniales derivados de daños corporales parten de la existencia de un daño a la salud física o a la salud psíquica “si comporta una enfermedad reconocida” (cf. art. 10:202 (1) PETL). Si bien la identificación del daño a la salud física normalmente no presenta problemas, el daño a la salud psíquica sí los presenta y por ello se indica que sólo da lugar a compensación si comporta una enfermedad reconocida de acuerdo con los criterios de la ciencia médica. Con ello se quiere manifestar que un simple perjuicio emocional no puede dar lugar, en sí mismo, a un daño resarcible de acuerdo con este precepto, si bien, como se verá, ello no impedirá que en determinadas circunstancias pueda dar lugar al resarcimiento de un daño no patrimonial (cf. art. 1:301 PETL).

El daño patrimonial incluye: a) la pérdida de ingresos, que sigue el principio de cálculo concreto del daño (art. 10:201 PETL) y de acuerdo con el cuál la víctima puede reclamar no sólo la pérdida ya producida sino las pérdidas futuras; b) la capacidad de obtener ingresos, aunque no vaya objetivamente acompañada de pérdida alguna de ingresos, es decir, si en el momento de sufrir el daño la víctima no explotaba dicha capacidad (p. ej. amas de casa o en general, personas que realizan un trabajo no remunerado)<sup>39</sup>; los *Principios* consideran que tal capacidad tiene un valor económico y que por ello su pérdida debe compensarse; c) “los gastos razonables, tales como la atención médica”.

En cuanto a los daños patrimoniales por muerte, “se considera que han sufrido un daño resarcible, en la medida de su pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el

---

<sup>38</sup> Cf. MAGNUS, *Comparative Report, PETL Damages*, núm. 84, p. 203-204 y allí más referencias.

<sup>39</sup> Cf. MAGNUS, *Comparative Report, PETL Damages*, núm. 104-106, pp. 208-209.

difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido” (art. 10:202 (2) PETL). Debe observarse aquí que, a diferencia del criterio restrictivo del Derecho alemán, que limita la indemnización a los familiares que tengan un derecho actual o potencial de alimentos (cf. § 842 (2) BGB), el precepto es más amplio ya que, de una parte, ni circunscribe la indemnización a los familiares (que sólo se mencionan con carácter ejemplificativo), ni la limita a los supuestos de existencia de un deber legal de prestar alimentos, ya que incluye las meras situaciones de hecho. Con ello se persigue compensar a quien resulta efectivamente perjudicado. La cuantía de la indemnización viene determinada, en tales supuestos, por la de los alimentos no percibidos.

En relación con los daños a las cosas el art. 10:203 (1) PETL parte de la regla general de que el criterio básico para fijar la indemnización será el valor de la cosa perdida, destruida o dañada y entiende que por regla general ese valor lo representa el precio de mercado de la misma. Cuando se trate de pérdida o destrucción total, deberá indemnizarse la totalidad de su valor, y cuando ésta sólo sea parcial, la disminución de su valor, con independencia de que la víctima tenga intención de repararla o no. No obstante, si la víctima tiene intención de sustituirla o repararla, la indemnización corresponderá al coste que dicha sustitución o reparación comporte. La elección entre la sustitución y la reparación corresponde a la víctima, quien podrá recuperar el mayor gasto que una u otra comporten si resulta razonable. Por regla general la opción razonable será la que comporte un menor gasto, si bien pueden existir circunstancias que justifiquen la opción más costosa (por ejemplo que la reparación, a diferencia de la sustitución de la cosa, comporta el riesgo de la producción futura de daños).

Aunque los ordenamientos jurídicos europeos difieren sobre si debe indemnizarse o no la pérdida del uso y en el caso afirmativo, en como debe llevarse a cabo<sup>40</sup>, los *Principios* han optado por permitir su indemnización (cf. art. 10:203 (2) PETL), en atención a que, si bien el concreto valor de una cosa para su usuario depende del uso que haga de ella, las cosas tienen un valor de uso más objetivable que se ve reflejado por su precio de alquiler en el mercado. Por esta razón los *Principios* no imponen su indemnización; al señalar que la pérdida del uso de una cosa “también puede resarcirse” pretenden otorgar así un margen de discrecionalidad al juzgador para poder atender las circunstancias del caso.

### c) Daños no patrimoniales

Respecto a los daños no patrimoniales los *Principios* adoptan un punto de vista amplio, más cerca de la tradición española que de las limitaciones que han caracterizado aquellos sistemas tradicionalmente más restrictivos.

Es bien sabido que tal vez uno de los más llamativos sistemas restrictivos ha sido el del § 253 BGB, que sólo autorizaba la indemnización del daño moral en los supuestos específicamente previstos por la ley. Uno de esos supuestos era el previsto por el § 847 BGB, que establecía una “indemnización equitativa” del daño moral derivado de lesiones corporales, daños a la salud o por la privación de libertad. Por el contrario, el Derecho alemán excluía la resarcibilidad del daño

---

<sup>40</sup> Cf. MAGNUS, *Comparative Report, PETL Damages*, núm.64 y ss, p. 198.

moral en el marco de regímenes de responsabilidad objetiva (§§ 832 y ss BGB). La reforma alemana del derecho de la responsabilidad civil, que entró en vigor el día 1 de agosto de 2002 dio al traste con ese criterio y el nuevo § 253 II BGB permite con carácter general la indemnización del daño moral no sólo en supuestos de responsabilidad por culpa sino también en los de responsabilidad objetiva, tanto si se trata de responsabilidad contractual como extracontractual, siempre que derive de un daño corporal, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, además de los otros casos en que lo prevea la ley (§ 253 I BGB).

En un sentido parecido, el art. 10:301 (1), primer inciso, PETL relaciona el daño no patrimonial con el interés protegido (cf. art. 2:102 PETL) y sin pretender establecer una lista cerrada de intereses protegidos, señala que en atención al alcance de su protección “la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial” y que éste es el caso “en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad.”

El análisis de los diversos ordenamientos jurídicos europeos realizado por el Grupo<sup>41</sup> le llevó a la conclusión de que debían distinguirse los casos de lesiones corporales de los de muerte y éstos, a su vez, de los demás supuestos en los que pueda producirse la indemnización de daños no patrimoniales, como por ejemplo, la privación de la libertad o la intromisión en los derechos del honor, intimidad o propia imagen.

Respecto a las lesiones corporales, dichos trabajos han permitido constatar que la indemnización de los daños no patrimoniales se considera como una necesidad ineludible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos; que a pesar de no existir una disminución efectiva en el patrimonio de las víctimas, les aporta un consuelo en supuestos en que pueden sentirse más afectadas personalmente que en los de pérdidas directamente evaluables en dinero y que contribuye a reafirmar su dignidad.<sup>42</sup>

La razón para indemnizar los daños no patrimoniales sufridos por los parientes y allegados de las víctimas directas puede ser tal vez de menor peso. La mayoría de los ordenamientos jurídicos la otorgan en caso de muerte de la víctima directa y algunos, como por ejemplo Bélgica, Francia o España, incluso cuando ésta sólo sufre lesiones graves.<sup>43</sup> El Grupo analizó la experiencia de algunos países europeos, y en particular, la de Inglaterra, país en el que a pesar de que la indemnización de los familiares supervivientes ha sido introducida en fechas recientes, ha calado tan profundamente que incluso sus detractores más recalcitrantes consideran que no sería correcto suprimirla.<sup>44</sup> Finalmente, el Grupo optó por considerar que “[T]ambién puede resarcirse el daño

---

<sup>41</sup> En W. V. Horton ROGERS (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien /New York, Springer, 2001, trabajo que, si bien no pertenece a la colección de los *Principios*, contó con la participación de la mayoría de los miembros del Grupo.

<sup>42</sup> ROGERS (ed.), *Comparative Report, Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Núm. 4-9, p. 247-250, con argumentos a favor y en contra de la indemnización de los daños no patrimoniales.

<sup>43</sup> ROGERS (ed.), *Comparative Report, Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Núm. p. 35-37, p. 263-265. Vide también, MARTIN CASALS / SOLÉ FELIU, *El daño moral*. cit, p. 861 y ss.

<sup>44</sup> Vide *Law Commission. Claims for Wrongful Death* (Law Com N° 263) (1999) § 6.2 en <<http://www.lawcom.gov.uk/files/lc263.pdf>>.

no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave” (art. 10:301 (1), segundo inciso, PETL).<sup>45</sup>

Fuera del ámbito de las lesiones corporales y la muerte la disparidad entre los ordenamientos jurídicos europeos en materia de indemnización de daños no patrimoniales es tan elevada que los *Principios* consideran preferible señalar tan sólo la posibilidad de que los tribunales también puedan otorgar indemnizaciones en estos casos, posibilidad que resultará más clara cuanto mayor sea el valor del interés protegido, la precisión de su definición y su obviedad (cf. art. 2:102 (1) PETL), como en el caso de la infracción de derechos fundamentales.

Respecto a la cuantificación del daño, señala el art. 10:301 (2) PETL, con carácter general, que “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, la duración y las consecuencias del daño” y añade que “[E]l grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”. Aunque este último inciso podría ser interpretado como una concesión al carácter punitivo o satisfactivo (en el sentido de *Genugtuung*) de la indemnización, el Grupo considera que la toma en consideración de tal conducta permite mantenerse fiel a la función de compensación si la conducta de la víctima sólo se tiene en cuenta cuando contribuya a incrementar el daño que ésta sufre.<sup>46</sup>

En el ámbito del daño no patrimonial no es una idea que deba extrañar, porque si bien es cierto que, por regla general, la gravedad de la culpa o incluso el dolo del agente no alteran el principio general de reparación íntegra del daño, no es menos cierto que en la esfera del daño no patrimonial la conducta intencional del agente puede originar una mayor afectación psíquica de la víctima que suponga una agravación del daño. Como ha reconocido hace mucho tiempo algún autor en nuestra doctrina, “es de todo punto imposible graduar el daño sin conectarlo a la actuación de la persona que lo causó, pues la repercusión psíquica que el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto más ilícito sea el ataque”<sup>47</sup>.

Con carácter particular, referido al daño corporal y al perjuicio sufrido por los allegados de la víctima los *Principios* señalan, respecto al primer tipo de daño, que “el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica”, con lo que se recoge la distinción entre el daño moral puro y el llamado daño biológico o psíco-físico,

---

<sup>45</sup> Esta solución difiere de la tradicionalmente reconocida en el ordenamiento alemán, donde el § 844 BGB limita la indemnización a los gastos de funeral y, cuando se trata de personas que por disposición de la ley percibían alimentos del fallecido en el momento de su muerte, al valor de los alimentos que dejarán de percibir (por todos, KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, cit, p. 210-214, Rz. 540-551). Por el contrario, es conforme con la posición mayoritaria en los ordenamientos de base romano-francesa, como Francia Italia o España. En este último caso, es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que indemniza el daño moral por la muerte de una persona, no sólo a los parientes, sino también a “cualquier persona que, sin relación de parentesco, acreditase estar ligada a la víctima por vínculos de afecto” (STS 14.12.1996 [RJ 1996\8970]).

<sup>46</sup> Cf. ROGERS (ed.), *Comparative Report, Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* Núms. 20-21, p. 255-256.

<sup>47</sup> Así Francisco de Asís GARCÍA SERRANO, *El daño moral en la jurisprudencia civil*, ADC 1972-III, p. 836, quien añade que “es lógico pensar que la difamación dolosa producirá en quien la sufre un quebranto mayor que la que pudiera derivar del simple malentendido”.

entendido como aquel que puede ser evaluable o al menos constatable por la ciencia médica.<sup>48</sup> Dada la diversidad de enfoques sobre como debe realizarse esa valoración, los *Principios* no consideran apropiado pronunciarse sobre si para valorar el daño psíco-físico debe seguirse un sistema de baremos, pero sí requieren, respecto a ambos tipos de daño, que “[E]n la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares”.

d) La “reducción de la indemnización”

Finalmente, el Capítulo dedicado a la indemnización de los daños y los propios *Principios* se cierran con uno de los preceptos que más polémica ha generado en el seno del Grupo: la llamada provisionalmente *ad hoc mitigation* y que finalmente ha recibido el título más neutro de “reducción de la indemnización” (art. 10:401 PETL).

Dicho precepto establece que “[E]n casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes” (art. 10:401, primer inciso PETL). Establece pues una excepción al principio de reparación íntegra, a modo de válvula de escape en situaciones extraordinarias. La razón que finalmente inclinó la balanza en favor de incluirlo en los *Principios* se halló en la constatación de que los tribunales de la mayoría de los países europeos, de modo abierto o encubierto, ya llevan a cabo en la práctica una reducción en supuestos excepcionales. De lo que se trataba era no sólo de ofrecer criterios que permitieran clarificar prácticas poco transparentes sino también armonizarlas. En este sentido, el segundo inciso del precepto añade que “[P]ara determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño”.

---

<sup>48</sup> Vide en este punto, Miquel MARTÍN CASALS, *Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas*, RdP 2002, p. 19-32, p. 27 y ss.