

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal de Alemania en 1988

Por el Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS

Ayudante Thomas Kadner. Frankfurt

I. LEGISLACION

El 19 de abril de 1988 entró en vigor el Convenio entre la República Federal de Alemania y España sobre «Reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil» (1).

Hasta ahora la práctica seguida por el legislador alemán había sido la promulgación de una ley dedicada específicamente al desarrollo de cada uno de los convenios sobre reconocimiento y ejecución celebrados con Estados extranjeros. En el caso hispano-alemán se aparta por vez primera de esta costumbre, aprovechando la oportunidad que el presente convenio le brindaba para promulgar una Ley general sobre el procedimiento a seguir en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (AVAG) (2).

En la elaboración del texto legal se tuvo muy en cuenta y en primer lugar el Convenio de la Comunidad europea sobre competencia jurisdiccional y ejecución, así como su Ley de procedimiento.

En la nueva Ley destacan, entre otras, disposiciones acerca del procedimiento a seguir en la admisión y ejecución forzosa de resoluciones judiciales extranjeras y otros títulos con fuerza ejecutiva (§§ 2 y ss.); sobre el procedimiento a seguir para determinar si una resolución es susceptible de reconocimiento (§§ 27 y ss.); sobre los efectos de una impugnación o modificación del título ejecutivo en el Estado de origen (§§ 29 y ss.); así como normas sobre la configuración de

(1) La publicación alemana se encuentra en el Bundesgesetzblatt 1988, parte II, página 207 y ss. La española, «BOE» de 16 de febrero de 1988, Aranzadi, 1988, núm. 337.

(2) Bundesgesetzblatt 1988. P. I. pp. 662 y ss. Cfr. ls reseñas de Löber, en «RIW» 1988, p. 312; Geimer, en «NJW» 1988, p. 157 y ss.

títulos alemanes que han de obtener reconocimiento o ejecución en el extranjero (§§ 32 y ss.).

Según el § 2 AVAG el Tribunal competente para admitir la ejecución de una resolución judicial extranjera será el del lugar del domicilio del deudor. Si éste carece de domicilio dentro del ámbito territorial de aplicación de la ley, será Juez competente el del lugar en que deba realizarse la ejecución forzosa (Respecto a sociedades y demás personas jurídicas se siguen las mismas reglas).

Esta ley sobre el procedimiento a seguir en la aplicación de Convenios interestatales sobre reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil, entró en vigor el 8 de junio de 1988.

II. JURISPRUDENCIA

1. Derecho de contratos

Entre enero de 1988 y febrero de 1989 destacan tres sentencias del BGH (*Bundesgerichtshof*) referentes al § 564 b II BGB.

Este precepto se introdujo en el BGB en el año 1974 como una manifestación más de lo social en el Derecho de arrendamientos. Con esta norma se trata de proteger al arrendatario de vivienda, al disponer que el contrato de arrendamiento sólo podrá resolverse cuando el arrendador tenga un «interés justificado» en que la relación arrendaticia finalice. Según el § 564 b, II número 2, deberá apreciarse la existencia de un «interés justificado» —en particular— cuando el arrendador alegue necesitar la vivienda para uso propio, para personas de su hogar o miembros de su familia. Con ello se excluye el derecho del arrendador de dar por terminado el contrato de arrendamiento mediante una libre resolución del mismo (3).

La controversia surgió por la dificultad de los Jueces de Instancias inferiores y de la propia doctrina en determinar los presupuestos de esta resolución basada en la «propia necesidad» (*Eigenbedarf*). De aquí el interés con el que se esperaba la posición que tomara el Tribunal Constitucional y el BGH.

Teniendo en cuenta la creciente escasez de vivienda en las grandes ciudades, puede comprenderse que las decisiones que adoptaran los Altos Tribunales sobre la cuestión planteada despertaron un enorme interés, más allá de los círculos profesionales.

a) En el primer caso se había procedido a la resolución del contrato de arrendamiento de una vivienda de cinco habitaciones porque el propietario deseaba dejarla a disposición de su ex-mujer. De esta

(3) En una sentencia del año 1985, el Tribunal Constitucional (BVerfG) determinó que el § 564 b BGB no contradice la garantía constitucional de la propiedad, contenida en el artículo 14 I 1 de la Constitución. BVerfG 68, p. 361.

manera pretendía pagar la pensión debida a su mujer. Con anterioridad, el matrimonio había ocupado una casa que por dificultades económicas del propietario, tuvo que venderse.

El Landgericht había fallado que la resolución del contrato era inválida argumentando que la necesidad del propietario derivaba de sus propios excesos económicos en la compra de varias casas. Sus equivocados cálculos económicos no debían perjudicar al arrendatario. Además, tampoco se percibía con claridad para qué necesitaba la mujer una vivienda con cinco habitaciones. Cierto es que el propietario puede libremente determinar la superficie habitable de la que precisa; pero en el presente caso —según opina el Landgericht— se habían sobrepasado los límites de la vinculación social de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 14, II de la Constitución (*Grundgesetz*, GG). En definitiva, no se aprecia el «interés justificado» que exige el § 564 b BGB para dar por terminado el contrato. El que la vivienda estuviese de hecho ocupada por una sola persona, se considera intrascendente para el fallo.

El Tribunal constitucional (en adelante BVerfG) declaró que el fallo del Landgericht infringía la garantía de la propiedad proclamada en el artículo 14, I, 1 de la Constitución (4). El propietario tiene derecho a determinar libremente el espacio que necesita para vivir; el arrendatario sólo está protegido frente a resoluciones arbitrarias, que no estén basadas en razones dignas de ser tomadas en consideración. Cualquier indagación dirigida a averiguar el origen de la necesidad actual del propietario, representa una lesión del derecho de propiedad.

De otro lado, la necesidad del propietario tampoco puede apreciarse prescindiendo de los intereses del arrendatario. Para determinar si efectivamente la necesidad es justificada, deben ponderarse los intereses contrapuestos de arrendador y arrendatario. Y en el presente caso debía tenerse en cuenta que el actual arrendatario era el único ocupante de la vivienda.

b) El 20 de enero de 1989, el BGH también tuvo que ocuparse de fijar los presupuestos de la resolución del contrato de arrendamiento con base en la propia necesidad del arrendador (5).

En este supuesto, el propietario había procedido a resolver el contrato porque deseaba ceder el uso de la vivienda a su hijo de veintidós años, que, hasta el momento, había ocupado una habitación en la casa paterna y hubiera podido continuar así.

En primera instancia se declaró que la resolución era inválida pues no concurría la necesidad de alojamiento que exige a tales efectos

(4) BVerfG, sentencia de 18 de enero de 1988, en «NJW» 1988, p. 1075; «JZ» 1988, p. 607.

(5) BGH, sentencia de 20 de enero de 1988, en «BGHZ» 103, p. 91; «NJW» 1988, p. 904; «JZ» 1988, p. 608.

el § 564 b BGH. El deseo del hijo de independizarse de sus padres no se considera suficiente para fundamentar la resolución del contrato de arrendamiento en virtud del § 564 b II BGB.

El BGB sentenció que a efectos de apreciar la propia necesidad que la ley exige, no basta la mera voluntad del arrendador de ocupar la vivienda de su propiedad o de dejársela a disposición de sus familiares. Pero, bastaría la presencia de una causa suficiente que pudiera hacerse efectiva para reclamar la vivienda. En el presente caso, carecía de trascendencia para el fallo el que el alojamiento del hijo en la actualidad se estuviese desarrollando en condiciones deficientes, o por el contrario, les suponía muchos gastos.

Cuando los padres deciden resolver el contrato de arrendamiento para que su propio vástago tenga la posibilidad de independizarse, existe una razón suficiente y efectiva para finalizar la relación arrendaticia. Concorre, por tanto, la «necesidad propia» en el sentido exigido por el § 564 b II 2 BGB.

A diferencia de lo decidido por el Tribunal Constitucional dos días antes, el BGH resolvió que la necesidad propia del arrendador debe apreciarse con independencia de los intereses del arrendatario. Los intereses del arrendatario ya se toman en consideración por la propia ley al excluir ésta la posibilidad de una libre resolución del contrato de arrendamiento, exigiendo como presupuesto de la misma la «propia necesidad» del arrendador. (Los intereses del arrendatario, nunca podrían contrarrestar la presencia de una «necesidad propia» del arrendador. Sólo pueden tenerse en cuenta bajo los más estrictos presupuestos de otra norma: el § 556 BGB. Según este precepto, el arrendatario siempre puede oponerse a la resolución alegando que para él supone una medida de dureza injustificable.)

c) La conclusión —provisional— de esta discusión lo constituye una sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1989 (6).

De conformidad con las resoluciones antes reseñadas, el Tribunal Constitucional afirmó que la decisión del arrendador de disfrutar él mismo la vivienda que tiene alquilada, sólo en limitada medida puede someterse a ulterior examen por parte del Juez, atendida la garantía constitucional de la propiedad que proclama el artículo 14 I 1 GG.

Como ya ocurrió en la sentencia del 18 de enero de 1988, el Tribunal Constitucional declara en esta ocasión que no puede negarse al arrendador la facultad de resolver el contrato alegando en su contra que él mismo ha provocado su actual situación de necesidad. Incluso en el supuesto de disponer el arrendador de otras viviendas no ocupadas por nadie, puede pretender que termine la relación arrendaticia invocando la propia necesidad, siempre y cuando las razones que se invoquen se estimen suficientes y efectivas en el sentido señala-

(6) BVerfG, sentencia de 14 de febrero de 1989, en «JZ» 1989, 534.

do por el BGH en la sentencia de 20 de enero de 1988. El Tribunal Constitucional confirma así la doctrina sentada en aquella ocasión por el BGH: la apreciación de la «necesidad propia» del arrendador no está supeditada a los intereses del arrendatario. (Como ya hiciera el BGH, el Tribunal Constitucional presupone que los intereses del arrendatario —caso de que el arrendador alegue la propia necesidad— sólo tienen trascendencia en casos especialmente graves y únicamente en el ámbito previsto por el § 556 a BGB).

No obstante, y para evitar posibles abusos, el Juez puede entrar a examinar —si bien, es muy limitada medida— si en el caso concreto la declaración de necesitar la vivienda para uso propio constituye un ejercicio abusivo del propio derecho.

El Tribunal Constitucional indicó que el interés del arrendatario resulta también protegido desde el momento en que siempre y en cualquier caso podrá examinarse la efectiva seriedad de la decisión del arrendador de ocupar él mismo la vivienda.

De otro lado, se estima que el arrendador no puede basarse en la razón a la que repetidamente se ha hecho referencia —a efectos de resolver el contrato de arrendamiento— si en el momento de concluir el contrato hubiese silenciado su decisión o intención de utilizar para sí la vivienda en un futuro próximo; es decir, si hubiese celebrado el contrato sin manifestar restricción o limitación temporal alguna por motivos ya presentes en ese momento. Otra cosa sería admitir un comportamiento contrario al principio de buena fe que proclama el § 242 BGB.

2. Derecho de daños y responsabilidad extracontractual

La teoría y la práctica del Derecho alemán de daños se encuentra en un proceso de cambio y actualización (7). Este movimiento ha conducido a un incremento de las reclamaciones de indemnización. Actualmente se presentan demandas con la pretensión de obtener una indemnización pecuniaria en situaciones en las que antes no se hubiera ni pensado; y la Jurisprudencia no parece tener inconveniente —al menos en parte— en admitirlas. En consecuencia, el BGH debe enfrentarse ahora y por vez primera con problemas derivados de un elevado número de sucesos cotidianos e incidentes varios bajo el prisma de la indemnización por daños.

Un ejemplo de lo anterior se produjo durante el año 1988 en el caso de una niña de año y medio víctima de un error de tratamiento médico. El tratamiento erróneo le costó una temporada de interna-

(7) Cfr., las sentencias sobre privación del uso y disfrute en «ADC» 1985, p. 1014; 1986, p. 860 y ss.; 1987, p. 225 y s.; 1988, p. 1231 y ss.

miento en el hospital, así como un tiempo de posterior rehabilitación a través de consultas externas. Durante el período de su estancia en el hospital, los padres ocupaban todo el tiempo libre del que disponían en estar a su lado. Y durante el tratamiento externo que exigía continuas visitas al centro médico y atención constante, la mayor parte de su tiempo disponible se pasaba igualmente asistiendo a su hija.

Se exigía —por parte de la niña— al médico responsable una indemnización pecuniaria que compensara —además de otros daños— el tiempo que los padres habían tenido que intervenir asistiendo a su hija, tanto en el hospital como en el período subsiguiente de tratamiento y rehabilitación.

El fundamento legal de esta pretensión era el § 823 I BGB. El Tribunal accedió a conceder una indemnización comprensiva de los daños corporales y a la salud en general sufridos por la niña. También se planteó respecto al alcance de la indemnización misma si la asistencia prestada por los padres es algo susceptible de compensación pecuniaria en el sentido previsto por los parágrafos 249 y siguientes BGB. Presupuesto necesario para ello es que dicha asistencia tenga un valor patrimonial, ya que si se decidiera que su naturaleza es exclusivamente inmaterial, no cabría indemnización alguna a tenor del § 253 BGB.

El BGH (8) hizo referencia en primer lugar a la doctrina jurisprudencial que en ocasiones anteriores había estimado que en la indemnización por los gastos de curación, deben comprenderse aquellos gastos originados por visitas de parientes cercanos y recibidas por el paciente en el hospital. Así, había considerado indemnizables gastos de transporte o salarios dejados de percibir por ausentarse del trabajo. El BGH afirmó que tales dispendios favorecen el proceso de curación, por lo que la víctima misma podría exigirlos al autor del daño. [No se admiten, sin embargo, demandas interpuestas por los propios parientes frente al autor del daño ya que los gastos que hubieran tenido que soportar por tales visitas representan tan sólo un daño patrimonial general (*allgemeinen Vermögensschaden*)]. Y lo que el § 823 I BGB exige a efectos de indemnización es la lesión de un derecho absoluto; el patrimonio como tal, según la doctrina y jurisprudencia alemanas, no tiene la consideración de derecho absoluto).

Además, el BGH había considerado posible indemnizar los cuidados especiales que personas allegadas hubieran dispensado al paciente, sin recibir por ello remuneración alguna; siempre y cuando dichas atenciones favorecieran el proceso de curación y, en defecto de allegados, hubieran tenido que prestarse por personas extrañas. Para tal supuesto, el BGH estimó que la remuneración debida a un extraño que se hubiese ocupado de atender al enfermo ofrecía sin duda algu-

(8) Sentencia de 22 de noviembre de 1988, en «JZ» 1989, p. 344.

na un baremo, una base objetiva para fijar el valor económico de la asistencia prestada; tal asistencia adquiere así un valor de mercado, representa un valor patrimonial. Según opinión del BGH, el causante del daño no debe verse exonerado, liberado de cubrir tales gastos, por el hecho de que los propios familiares de la víctima se hubiesen encargado de cuidarlo, sin buscar la ayuda de otras personas.

En definitiva, se considera susceptible de compensación pecuniaria la asistencia que los padres habían prestado a su hija tras la salida del hospital.

No ocurre otro tanto con la atención que le dedicaron el tiempo que estuvo internada. Mientras permaneció en el centro hospitalario, los padres, en realidad, no tuvieron que desarrollar ningún tipo de cuidado especial que, de no hacerlo ellos, hubiesen tenido que encargar a otra persona y pagarle sus servicios.

El valor de la atención de los padres en esos momentos radica en que la niña sienta su cercanía y dedicación; y eso es algo que sólo pueden procurar sus propios padres, no otras personas. En consecuencia, se estima que los desvelos paternos no tienen valor de mercado ni por tanto, un valor patrimonial o evaluable en términos pecuniarios. A pesar del tiempo invertido, carecen de derecho alguno a obtener indemnización por este concepto.

b) La sentencia de 7 de junio de 1988 representa un importante desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (*Produzentenhaftung*) (9).

El demandante exigía indemnización por daños a la salud. Sufrió los daños al sacar de una caja de bebidas una botella de un refresco con burbujas, fabricado por el demandado; en ese momento la botella había estallado y le había provocado graves lesiones en los ojos. En el curso del proceso no se pudo determinar con exactitud si la botella ya estaba defectuosa cuando salió de la fabrica de refrescos o si, por el contrario, la explosión se debía a causas que le habían afectado con posterioridad.

El frasco en cuestión era del tipo retornable; tales envases no se tiran después del uso, ya que se devuelve el casco para su reutilización. Como resulta obvio, tal procedimiento eleva notablemente el riesgo de que los envases sufran algún tipo de desperfecto.

El Landgericht de Frankfurt había estimado los pedimentos de la demanda mientras que el Oberlandesgericht (OLG) decidió en sentido contrario. El OLG basó su fallo en que, según el actual estado de la jurisprudencia en la materia, incumbe al consumidor probar que los daños provocados por el producto son consecuencia del incumplimiento de obligaciones específicas del fabricante; sólo se admi-

(9) BGH, sentencia de 7 de junio de 1988, en «BGHZ» 104, p. 323; «NJW» 1988, p. 2611; y «JZ» 1988, p. 966.

te la inversión de la carga de la prueba en lo relativo a la culpa del fabricante.

En el presente caso, el demandante no podía probar que la botella ya sufría defectos cuando salió de la fábrica; por lo que no podría descartarse que los desperfectos se produjeron en el propio comercio, o cuando era transportada al consumidor. En supuestos similares al presente, la jurisprudencia siempre había negado una inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor; otra cosa hubiera significado afirmar la responsabilidad absolutamente objetiva (*Erfolgshaftung*) del fabricante, decisión ésta que sólo puede adoptar el legislador.

El BGH casó la sentencia y remitió los autos a la OLG.

Según el Alto Tribunal, procedía, en primer lugar, determinar si es efectivamente posible fabricar envases retornables que no presenten peligro alguno de explotar; el fabricante debería al menos ocuparse de que los envases retornables que utiliza puedan resistir no ya un uso que se califique de reglamentario, sino también un tratamiento inadecuado en la medida en que sea frecuente y previsible que se someta a las botellas a ese tipo de tratamiento; lo que incluye la eventualidad de que sufran desperfectos durante el transporte.

La demostración y prueba de estos hechos —es decir, la prueba de que el fabricante puede efectivamente producir envases irrompibles o resistentes en los términos antes expuestos— incumbe al consumidor.

Si el consumidor no puede probar que el fabricante ha incumplido obligaciones específicas sobre seguridad de los envases en el sentido visto, debe entrarse a examinar el preciso momento en que la botella sufrió los desperfectos.

Pero sobre la prueba de este extremo, el BGH se muestra disconforme con los pronunciamientos de la OLG. Por lo que respecta a la carga de la prueba, el BGH afirma que efectivamente —como regla general— corresponde al consumidor la prueba de que el origen de los defectos se encuentra en el proceso de producción. Pero, según afirma el BGH, no ocurre lo mismo cuando se trate de un defecto típico del proceso de fabricación del producto que sea, que amenaza con causar serios daños al consumidor y que *a posteriori* no permite determinar con seguridad donde radica la causa del daño. Si fuera este el caso, el propio fabricante es quien está obligado a asegurarse plenamente de que sus productos no tienen tales defectos típicos antes de reintroducirlos en el tráfico. Si no adopta las medidas pertinentes ante el resultado de esas comprobaciones, incumbe al propio fabricante probar en el juicio que el producto sufrió el desperfecto cuando ya había abandonado la fábrica.

En el presente caso, el BGH consideró que se habían cumplido los anteriores presupuestos: cuando se utilizan envases de vidrio repetidas veces, la experiencia demuestra que existe el serio peligro de que las botellas sufran daños y que exploten al ser usadas de nuevo, causando daños a la salud. El fabricante tiene por tanto la obligación

de someter los envases a un control exhaustivo así como de documentar los resultados del mismo. El incumplimiento de este deber no puede perjudicar al consumidor. Por lo que, conforme a lo expuesto, incumbe al fabricante la prueba de que los envases carecían de defectos cuando los reintrodujo en el tráfico.

3. Derecho de cosas

A principios del año 1988 salió una sentencia del BGH sobre un caso espectacular que ocupó los primeros titulares de los periódicos: el tesoro de Lübeck (10).

En el transcurso de unas obras de derribo de una finca sita en una propiedad del Estado de Schleswig-Holstein en la parte antigua de la ciudad de Lübeck, se habían encontrado 23.200 monedas de oro y plata de los siglos XIV y XV. De ninguna manera era posible encontrar a su propietario original. El Estado de Schleswig-Holstein y el empresario encargado del derribo habían acordado de antemano que el empresario quedaba obligado a consignar cualquier objeto de valor histórico o científico que encontrase y que al Estado le corresponderían los derechos del descubridor conforme al § 985 BGB.

No obstante, surgió la discusión entre el Estado de Schleswig-Holstein, el mencionado empresario y el trabajador que encontró las monedas sobre la propiedad de las mismas.

Para la solución de este supuesto, era aplicable una norma casi olvidada del BGB: el § 984. Según este precepto, la propiedad del tesoro oculto pertenece por mitad al propietario del lugar en el que el tesoro estaba escondido, y al que lo hubiese descubierto y tomado posesión del mismo.

El BGH consideró que era el trabajador que había efectivamente encontrado las monedas quien merecía el calificativo de descubridor, pues sólo en su persona concurrían los presupuestos exigidos por el § 984 BGB. Cierto es que el hallazgo se produjo con ocasión de unas obras realizadas en el marco de un contrato de trabajo. Pero el descubrimiento sólo podría imputarse al empresario en el caso de que los trabajos hubiesen estado dirigidos precisamente a descubrir tesoros, lo que no ocurría en el presente caso: no se había estado desarrollando una búsqueda del tesoro de manera planificada. El descubrimiento había tenido lugar por casualidad mientras el trabajador realizaba sus obligaciones.

A lo expuesto no obsta el que —de hecho— durante las obras de derribo suele prestarse particular atención a la posible aparición de maderas, metales u otros objetos de valor; se trata generalmente

(10) Sentencia del BGH de 20 de enero de 1988 en «BGHZ» 103, p. 101; «NJW» 1988, p. 1204. «JZ» 1988, p. 665.

de objetos que pertenecían al propietario de la casa derribada y abandonadas por éste a la libre apropiación del empresario. Pero nadie había contado con la aparición de las monedas. Un hallazgo tan infrecuente y casual como el que había tenido lugar, nada tiene que ver con las actividades normales de la empresa de derribo, y por tanto no podía imputarse al empresario el calificativo de descubridor.

El Estado (= «Land») propietario de la finca y que había encargado la realización de las obras, tampoco podía ser considerado como descubridor. Como comitente de la obra, su relación con el hallazgo del tesoro era todavía menor que la del propio contratista.

Tampoco esta conclusión resultaba afectada por el mencionado acuerdo suscrito entre el Land y el empresario, según el cual el Estado de Schleswig-Holstein tendría la calificación de descubridor de eventuales objetos que salieran a la luz en el curso de las obras. El BGH comparó este supuesto con el previsto en el § 950 BGB: adquisición de la propiedad por especificación. La jurisprudencia admite que en virtud de un acuerdo negocial se decida de forma distinta a la prevista legalmente a quien corresponde el objeto resultante de la especificación. Mas la virtualidad de tales acuerdos sólo se reconoce mientras se refieran a actividades normales de la empresa, lo que no era el caso en el supuesto que ahora se planteaba. Y sólo cabría imputar negocialmente el hallazgo al propio Land si hubiese llegado a un acuerdo en tal sentido con el descubridor mismo, es decir, con el trabajador; lo que evidentemente no había tenido lugar.

La condición de propietario de las monedas —según el BGH— sí que correspondía al Estado. Pues a tenor de § 984 BGB, lo decisivo a este respecto es quién sea el propietario del lugar o terreno en el que el tesoro se hallare. En consecuencia, quedaban excluidas otras hipótesis de adquisición de la propiedad que hubieran podido favorecer al empresario (por ejemplo, en virtud del § 956 BGB), desde el momento en que el tesoro salió a la luz gracias a la excavadora del trabajador.

4. Derecho del trabajo

La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgerichtes*, en adelante BAG) de 24 de noviembre de 1987, merece un detenido examen dada su importancia para el Derecho de trabajo alemán (11). Se trataba de determinar los presupuestos bajo los cuales el trabajador que ha causado un daño dentro de la empresa responde de tales daños frente al empresario.

Si se aplican las reglas generales del Derecho civil, el trabajador responde incluso de aquellos daños causados por culpa levisísima (*leichte*

(11) BAG (8 Senat) sentencia de 24 de noviembre de 1987, en «JZ» 1988, p. 1067.

Fahrlässigkeit), de acuerdo con los principios que informan tanto la responsabilidad contractual (daño contractual positivo: *positive Vertragsverletzung*) como la extracontractual (*unerlaubte Handlung*: § 823 BGB). Mas teniendo en cuenta que de ordinario el trabajador maneja instrumentos de elevado valor patrimonial, la aplicación rigurosa de estos criterios le supondrían la amenaza de tener que hacer frente a cuantiosas indemnizaciones pecuniarias, cuando no absolutamente ruinosas. Por lo que hace tiempo ya se puso de relieve que el patrón civil de responsabilidad resultaba demasiado severo para el ámbito laboral.

El BAG ha ido desarrollando a lo largo del tiempo una doctrina jurisprudencial limitativa de la responsabilidad del trabajador. En primer lugar, estableció una distinción entre actividades habituales y las denominadas actividades propensas al peligro (*gefahr geneigte Tätigkeiten*). Peligrosas se consideran aquellas actividades en las que —según demuestra la experiencia— pueden fallar incluso las personas más diligentes: pueden tener errores, en sí evitables, con lo que es preciso contar por las propias limitaciones humanas (una clásica actividad peligrosa en este sentido es la conducción profesional de un automóvil).

En una sentencia del año 1959, el BAG resolvió que el trabajador sólo responde de todos los daños ocasionados al realizar una de estas actividades peligrosas, si hubiere actuado con dolo o culpa grave. En caso de culpa leve (*mittlerer Fahrlässigkeit*), los daños se reparten entre el trabajador y el empresario; y no responde en absoluto en caso de culpa levisima (12).

Un paso más lo representa la sentencia de 23 de marzo de 1983; el BAG estableció que el trabajador tampoco respondería por culpa leve o media (13).

En esta ocasión, el Tribunal basó su decisión en que el progresivo desarrollo de la técnica conlleva el incremento de situaciones de riesgo. Hoy en día, la mano de obra se encuentra en gran medida sustituida por costosas máquinas, lo que agrava el riesgo de que se produzcan importantes daños. El empresario no debe cargar al trabajador con los riesgos derivados de la creciente mecanización del trabajo. El peligro de que tales daños se produzcan debe contabilizarse dentro de los riesgos de la actividad empresarial, y los debe asumir el empresario con independencia de la idea de culpa de manera análoga a la prevista en el § 254 BGB. Además, el empresario tiene la posibilidad de contratar un seguro frente a tales riesgos.

En definitiva, tras la sentencia del BAG del año 1983, se considera que el trabajador sólo responde en caso de dolo y culpa grave.

(12) BAG (7 Senat) sentencia de 19 de marzo de 1959, en «BAGE» 7, p. 190.

(13) BAG (7 Senat), en «NJW» 1983, p. 1693.

A raíz de esta sentencia, la doctrina centró la discusión en decidir si esta restricción de la responsabilidad del trabajador debía aplicarse igualmente fuera del ámbito de las actividades «peligrosas». De otro lado, se ha suscitado una intensa controversia en torno a los límites de la creación jurisprudencial del Derecho en el ámbito laboral.

En la sentencia del 24 de noviembre de 1987, la Sala 8.^a del BAG se enfrentó de manera exhaustiva con esta última cuestión: los límites del desarrollo jurisprudencial del Derecho laboral a través del propio BAG. La solución mantenida por la Sala 7.^a en la referida sentencia del año 1983 no podía deducirse claramente de la legislación vigente (en particular, del § 254 BGB); por lo que la jurisprudencia de la Sala 7.^a al respecto representaba una creación del Derecho, para la que —sin embargo— no concurrían los presupuestos necesarios. La Sala 8.^a, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirmó que el Juez sólo está legitimado para desarrollar una labor de integración o de creación jurídica cuando se apoye sobre una convicción jurídica general respecto al modo de cubrir una laguna del Derecho.

Sin duda que de forma generalizada se admite que el patrón civil de responsabilidad (§§ 276, 249 y ss. BGB) no puede aplicarse sin modificaciones para determinar la responsabilidad del trabajador. Pero de consenso general sólo podía hablarse para excluir toda responsabilidad en caso de culpa levisima, mientras que la discusión se mantenía viva respecto a igual exclusión en caso de culpa leve o «media». En contra se argumentaba —por ejemplo— que esta última exclusión propiciaría el trato negligente y descuidado de los instrumentos de trabajo.

Al faltar una «convicción jurídica generalizada» (*allgemeine Rechtsüberzeugung*), no podía el BAG restringir el módulo de responsabilidad más de lo que ya se había hecho en la sentencia de 1959. Según la Sala 8.^a del BAG, corresponde al legislador el decidir si procede o no tal limitación en el ámbito laboral.

El BAG, en consecuencia, retorna a la graduación tripartita de la responsabilidad establecida en la referida sentencia de 1959: el trabajador responde siempre y de todos los daños en caso de dolo y culpa grave; en caso de culpa leve o «media», los daños se reparten ponderando la culpa del trabajador y el riesgo que corresponde asumir al empresario; finalmente, si la culpa se califica de levisima, el trabajador no responde en absoluto.

Lo que la Sala 8.^a no resuelve, es si esta graduación de la culpa por daños causados en el ejercicio de actividades «propensas al peligro», sirve igualmente para las demás actividades laborales.

Por otra parte, no existe el peligro de una jurisprudencia contradictoria en esta materia, procedente de las distintas Salas, pues, por el momento, la Sala 8.^a del BAG ostenta la competencia exclusiva para conocer los asuntos relacionados con indemnización por daños.

Por la misma razón, la Sala 8.^a no se ve obligada a plantear esta cuestión sobre los presupuestos de responsabilidad del trabajador ante el Gran Senado del BAG, según lo previsto en el § 45 II 2 de la Ley de jurisdicción laboral.

En conclusión, la jurisprudencia sobre responsabilidad del trabajador se encuentra en el mismo punto que en 1959.

5. Derecho internacional privado

En el pleito resuelto por el AG Frankfurt de 9 de agosto de 1988 (14), se trató del divorcio de un matrimonio contraído en Irán en 1974. En febrero de 1988, el marido había repudiado a su mujer en virtud de un escrito unilateral firmado por dos testigos varones. El marido declaró que se había procedido a un divorcio siguiendo la forma del «tálaq».

Según el Derecho internacional privado alemán (art. 17 I en relación con el art. 14 I 1 de la Ley de Introducción al BGB), correspondía aplicar en este supuesto el Derecho iraní. Y según los artículos 1.133 y 1.134 del Código civil iraní, el marido puede en cualquier momento repudiar unilateralmente a su mujer en virtud de una declaración formal, quedando de esta manera disuelto el matrimonio.

El AG Frankfurt declaró que el reconocer esta facultad exclusivamente al marido conculcaba los derechos fundamentales contenidos en los artículos 1 I, 3 II y 6 de la Constitución.

En primer lugar, se considera contrario a la dignidad humana un estatuto que concede menos derechos a la mujer. Si únicamente el marido tiene la facultad de repudiar, eso implica que la mujer no es contemplada como compañera con iguales derechos que el hombre, sino como un ser subordinado al marido del cual éste puede desembarazarse a su libre albedrío. Este planteamiento resulta igualmente contrario al artículo 6 de la Constitución que protege la igualdad de derechos de los esposos dentro de la comunidad de vida matrimonial. Por último, al otorgarse únicamente al marido la facultad de repudiar, se lesiona el principio de igualdad entre hombre y mujer del artículo 3 II Constitución.

Aunque la mujer estuviese de acuerdo con el repudio, el Tribunal de Frankfurt estima que sigue siendo contrario a Derecho. Si debiera aplicarse exclusivamente el Derecho iraní al divorcio entre nacionales de este país, también habría de admitirse que las mujeres iraníes ni siquiera están legitimadas para pretender el divorcio de sus maridos. Lo que también conculca el artículo 3 II de la Constitución.

(14) AG Frankfurt, sentencia de 9 de agosto de 1988, en «NJW» 1989, p. 1434.

Como la aplicación de los artículos 1.133 y 1.134 del Código civil iraní no puede conciliarse con los derechos fundamentales y choca con el «ordre public» alemán, a un Juez de familia alemán le está vedado aprobar un divorcio siguiendo el procedimiento del «taláq». El Juez de Frankfurt, en consecuencia, juzgó la demanda de divorcio aplicando el Derecho alemán.

Traducido por ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Universidad de Murcia