

InDret

Las fronteras del daño indemnizable

Recensión a Pure Economic Loss, de Willem van Boom, Helmut Koziol y Christian Witting (editores), Springer, Wien-New York, 2004

Fernando Gómez Pomar
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 236
Barcelona, julio de 2004
www.indret.com

Sumario

1. La noción de daño puramente económico en el Derecho de la responsabilidad civil
2. La aproximación plural al daño puramente económico
3. Las zonas fronterizas de la responsabilidad civil y la noción de daño puramente económico

1. La noción de daño puramente económico en el Derecho de la responsabilidad civil

Si uno lee la prensa económica internacional, no es raro que se encuentre con noticias referentes a casos de reclamaciones judiciales iniciadas por inversores descontentos contra compañías que han salido a bolsa, bancos de inversión, auditores o, más infrecuentemente, firmas de abogados, que han prestado asesoramiento en las operaciones financieras causantes del daño a los inversores. Por ejemplo, ¿debe un banco de inversión responder frente a los inversores que compraron acciones que habían sido positivamente valoradas por el departamento de *research and analysis* del banco, mientras que privadamente la expectativa de rendimiento futuro de esos valores era ridiculizada por esos mismos analistas que redactaban los informes públicos de evaluación¹?

Estos casos de daños producidos por un mismo hecho dañoso a un número potencialmente muy elevado y heterogéneo de personas, y desconectado de lesiones a bienes o derechos de la personalidad (vida, integridad física) o a la propiedad, constituyen la representación más clara de uno de los terrenos de mayor interés y de expansión del Derecho de daños actual. Es en terrenos como este en los que los instrumentos conceptuales y las soluciones pragmáticas perfiladas por los sistemas de responsabilidad civil de los distintos países deben probar su eficacia, si el Derecho de daños quiere seguir siendo un pilar básico de los sistemas jurídicos como mecanismos de regulación de conductas en la sociedad.

No es extraño, pues, que la doctrina jurídica europea más atenta al papel del Derecho de daños lleve ya algún tiempo prestando una más que notable atención² a este fenómeno que se conoce con el nombre, de innegable inspiración anglosajona, de daños puramente económicos.

La noción de daño puramente económico es engañosamente sencilla, y residual, en apariencia: daño puramente económico sería todo aquel perjuicio **distinto a un daño en la persona o propiedad** de la víctima directa y distinto a las **consecuencias económicas** indirectas que la víctima directa sufre como efecto de la lesión en su persona o bienes. Típicamente (aunque no únicamente, recuérdese el ejemplo que abre estas páginas: los inversores son las víctimas directas y únicas, pero su daño es financiero, no han sufrido perjuicio alguno en su vida, integridad física o propiedad) se trata de daños sufridos por terceros distintos a la víctima directa y derivados de sus relaciones económicas con ésta.

Daños reconducibles bajo esta noción general de daño puramente económico ya se han

¹ Es bien conocido el caso de Henry Blodget, analista estrella de valores tecnológicos de Merrill Lynch, más tarde sujeto a un proceso penal, del cual se descubrieron correos electrónicos internos describiendo como "crap" o "junk" (literalmente, basura) los valores de empresas tecnológicas que venían seriamente recomendados por los informes de investigación de valores del banco para el que trabajaba.

² Por citar tan sólo dos de entre los ejemplos más relevantes: Efstasios BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law Internacional, London-The Hague-Boston (1996); Mauro BUSSANI y Vernon PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge (2003). Entre nosotros, Pedro DEL OLMO GARCÍA (2001), "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *Anuario de Derecho civil*, Tomo LIV, Fascículo I, p. 257-368; Fernando GÓMEZ (2003), "La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, p. 1993-2023.

presentado, con cierta frecuencia, ante los tribunales españoles:

- a) **Daños del empleador** privado o público (en los casos reales, generalmente se trataba del Estado) que paga los salarios de su empleado durante el período de baja de éste: SSTS, 1ª, 14.2.1980, 14.4.1981, 25.6.1983, 29.9.1986. El Tribunal Supremo ha venido rechazando las demandas del Abogado del Estado por entender que no había certeza y efectividad en el daño alegado. Previamente, la Sala 2ª, e incluso la propia Sala 1ª, habían admitido la indemnización: SSTS, 2ª, 13.5.1975; 20.9.1982, 13.12.1983 y STS, 1ª, 25.4.1979 .
- b) **Daños sufridos por los usuarios** de un servicio telefónico como consecuencia de la rotura de la conducción por la negligente realización de obras por una empresa constructora o por un incendio: SAP Alicante 29.1.1996 (AC 1996\326). Decisiones sobre rotura de cables telefónicos hay en abundancia, por ejemplo, STS, 1ª, 5.11.1998, 29.1.2001, por citar algunas, pero en ellas nos hallamos de ordinario ante reclamaciones de las compañías de servicios titulares de las líneas que reclaman contra las constructoras causantes de la interrupción: aquí, aunque la compañía reclama con frecuencia lucro cesante por los ingresos dejados de obtener a causa del servicio interrumpido, no se trata de un daño económico puro, sino consecutivo a un daño a la propiedad de la víctima.
- c) **Ingresos dejados de obtener** como consecuencia de la imposibilidad de explotar un negocio a causa de los daños en un bien que no es de propiedad de quien sufre la pérdida de ingresos: STS, 1ª, 26.7.2001: la sociedad que explotaba un negocio de bar-restaurante en el Paseo Marítimo de Garachico pretende la indemnización a cargo de la constructora *Cubiertas y MZOV* de los daños y perjuicios derivados de la paralización de la explotación del citado negocio como consecuencia de las obras, mal ejecutadas, a juicio de la demandante, de construcción de un dique. El Tribunal Supremo rechazó la indemnización por falta de imputación objetiva y falta de culpa. La Sala 3ª sí ha concedido indemnización en algún caso de pérdida de ventas ocasionadas por obras públicas (STS, 3ª, 1.3.2001), pero en la mayoría de ocasiones ha denegado la indemnización por entender que el daño no era antijurídico (había deber de soportarlo: SSTS, 3ª, 30.4.2001 y 12.6.2001), o por la falta de entidad suficiente del daño (había dificultad de acceso, pero no bloqueo absoluto: SSTS, 3ª, 14.6.2001 y 13.10.2001).
- d) **Pérdida de salarios** por los trabajadores como consecuencia de la destrucción negligente del centro de trabajo: STS, 1ª, 30.5.1986. Se concedió indemnización al entenderse acreditados tanto el carácter cierto de los daños como la negligencia del demandado.
- e) **Pérdida de oportunidad de ganancia por hecho dañoso que supone incumplimiento de contrato en el cual no se era parte**: la más señalada, acaso, la resuelta por STS, 1ª, 28.1.2002, en la que un recurrente en casación cuyo recurso resulta presentado fuera

de plazo por el retraso de la empresa de mensajería a quién el letrado le había encargado su remisión al procurador exige responsabilidad a la empresa transportista. Se indemnizará el daño moral del fallido recurrente por perder la oportunidad del recurso.

2. La aproximación plural al daño puramente económico

Ahora, con el libro editado por Willem VAN BOOM, Helmut KOZIOL, y Christian WITTING, bajo los auspicios del *European Center for Tort and Insurance Law*³, nos hallamos ante un nuevo tratamiento de la materia del daño puramente económico. Lo más destacable de esta reciente aportación es su pluralidad de perspectivas y de aproximaciones, su eclecticismo, si se prefiere. Varias de las obras de conjunto anteriores sobre la materia reunían las contribuciones de distintos autores, y lógicamente esta composición plural se reflejaba en un tratamiento diversificado, tanto desde el punto de vista del sistema jurídico de partida como de la orientación teórica dominante⁴. Pero la obra que se recensiona aquí va más allá en su apuesta por una aproximación pluralista al fenómeno del daño puramente económico.

De un lado, se reúnen trabajos que se podrían calificar de comparatistas, si bien en un sentido amplio (o auténtico, acaso sea más exacto decir) porque no hay sólo un tratamiento comparado de las diversas aproximaciones de los sistemas jurídicos nacionales, o de las diversas familias jurídicas –sistemas latinos, germánicos y de *Common Law*- sino que se tratan de perfilar, mediante el uso de la comparación de instrumentos conceptuales, cuáles son los aspectos esenciales del problema de los daños puramente patrimoniales y las consecuencias de las soluciones realmente empleadas. Junto al capítulo de Willem VAN BOOM titulado precisamente “Pure Economic Loss: A Comparative Perspective”, hay que añadir los de Christian WITTING (“Compensation for Pure Economic Loss from a Common Lawyer’s Perspective” y Helmut KOZIOL (“Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer’s Perspective”), que encajan todos en esta aproximación comparatista a la cuestión.

Hay asimismo trabajos que presentan y examinan el tratamiento ofrecido al conjunto de los tipos de daño reconducibles a la noción general de daño puramente económico desde algunos sistemas jurídicos nacionales. Nos encontramos con tratamientos, sustancialmente, desde los tres grandes ordenamientos europeos latinos (España, Francia e Italia) con la adición, tal vez no excesivamente justificada o, al menos explicitada, del ordenamiento japonés.

La posibilidad de comprobar de forma inmediata las similitudes y diferencias entre los tres resulta enormemente clarificadora. El tratamiento en el derecho italiano se muestra claramente dominado por el requisito de la “ingiustizia del danno” del art. 2043 del *Codice civile* que, como es

³ Que ya ha publicado en los últimos años una interesante serie de monografías relativas a distintos aspectos centrales del Derecho de daños, desde la responsabilidad médica hasta el daño moral, pasando por las consecuencias indemnizatorias y de seguro de los actos terroristas o de los accidentes de trabajo.

⁴ Véanse, por ejemplo, las obras de BANAKAS y de BUSSANI y PALMER, citadas en la nota 2.

notorio, no existe ni en el Código francés ni en el Código español. Curiosamente, a pesar de la mayor apertura de inicio de los sistemas español y francés, y del mayor "germanismo" y rigidez que el requisito explícito de la antijuridicidad del resultado introduce en el sistema italiano, los resultados finales en términos de imposición de responsabilidad tienden a ser más expansivos en Italia que en Francia y, sobre todo, que en España, donde la barrera de la certeza y determinación del daño, y la aplicación técnicamente poco precisa, pero prácticamente implacable de las exigencias causales, han negado el resarcimiento de muchos daños puramente económicos que en el Derecho italiano se compensan sin esfuerzo desde los años setenta.

Es de justicia añadir algo en lo que no hay, creo, ninguna gota de chovinismo. Sin género de dudas el tratamiento nacional más completo, certero y analíticamente satisfactorio de los que se presentan en el libro que se comenta es el referido al Derecho español y obra de los profesores MARTÍN CASALS y RIBOT, ambos de la Universitat de Girona. Creo, además, que esto no es casual, sino algo que vengo sospechando desde hace ya años, y que este libro viene a confirmar. Y es que en materia de Derecho de daños, en la que nuestro país arrastraba un retraso más que apreciable respecto de los otros grandes ordenamientos latinos, ha alcanzado hoy un nivel de desarrollo y elaboración teóricos que están en estos momentos muy por encima de los de Francia e Italia⁵. En Derecho de la responsabilidad civil, la referencia entre los países latinos es hoy el derecho español en cuanto a calidad y articulación.

Además de los trabajos de corte comparatístico y los análisis de Derechos nacionales, el volumen editado por VAN BOOM, KOZIOL y WITTING contiene otras aproximaciones de corte diverso. Se incluyen también trabajos que se podrían denominar temáticos o monográficos, pues se orientan a analizar alguno de los sectores más relevantes de responsabilidad por daños puramente económicos. A la vista de su significación y repercusión social, no es extraño que los editores hayan escogido precisamente aquellos que tienen una relación más estrecha con la seguridad y la confianza en los mercados, en particular en los financieros.

Susanne KALSS analiza la responsabilidad de los bancos. En primer lugar, la relativa a la provisión de información sobre situación financiera de terceros (clientes del banco, generalmente). A este respecto, se estudian sustancialmente los instrumentos desarrollados en los derechos germánicos: el contrato tácito de información financiera, los efectos protectores del contrato para tercero, una relación obligatoria legal basada en la confianza y de la cual surgen deberes de protección para los bancos a favor de quienes depositan en ellos su confianza (no su dinero, ojo: aquí la relación ya es exquisitamente contractual). También se analiza cómo el principio de que la responsabilidad por información cuya provisión es obligatoria en los mercados de valores puede extenderse -en perjuicio, entre otros, de los bancos que actúan como intermediarios o promotores- a otras ofertas de instrumentos financieros incluso fuera de los mercados organizados de capitales.

⁵ Sobre la situación del Derecho de daños en España puede consultarse mi trabajo "La salud del Derecho de daños en España. Recensión a Fernando Reglero (coordinador), Tratado de la responsabilidad civil", *InDret* 3/2003, julio-septiembre (www.indret.com).

W HORTON ROGERS presenta, a su vez, un análisis de la responsabilidad de los auditores, esta vez desde la perspectiva principal de un jurista del *Common Law*. El punto de partida es claro: el deber de diligencia en la auditoría de la contabilidad de una compañía se refiere en solitario a la propia compañía. Una responsabilidad general de partida nos llevaría a la némesis de la responsabilidad por daño puramente económico que describe gráficamente el famoso *dictum* del Juez Cardozo en *Ultramares v. Touche Niven & Company*, precisamente en un caso relativo a la responsabilidad de los auditores: afirmar la responsabilidad general del auditor supone exponerle a una responsabilidad de cuantía indeterminada, por un período indeterminado y frente a un número indeterminado de potenciales demandantes.

Luego se presentan esencialmente las vías que en los diversos países se han empleado para excepcionar en algunos casos la regla de base de no responsabilidad del auditor frente a terceros, centradas fundamentalmente en una relación de proximidad (informes *ad hoc* para una operación concreta, informes no impuestos legalmente) con el tercero que sufre el daño. No se discuten las posibilidades de operar no tanto sobre el fundamento, sino sobre las exigencias de cuidado en la regla (culpa grave frente a culpa), como ha hecho recientemente algún estudioso de la materia⁶.

En este aspecto temático se incluye también un breve capítulo sobre el aseguramiento del daño puramente económico.

Por último, hay igualmente un trabajo sobre daño puramente económico desde la perspectiva teórica que, al menos de modo más consciente de su propio carácter de teoría general del Derecho de daños (sus críticos acaso dijeran que de forma en exceso consciente y autosatisfecha) se ha elaborado en los últimos años sobre la responsabilidad civil. Me refiero al análisis económico del Derecho. Giuseppe Dari MATTIACCI nos presenta en primer lugar una revisión de la ya extensa literatura de orientación económica relativa a los problemas del daño puramente económico. El problema central (aunque no el único: la pluralidad de cuestiones involucradas es lo que presta añadida complejidad al fenómeno⁷) es que muchos actos dañosos producen no sólo perdedores, en el sentido de perjudicados, sino también ganadores, esto es, que existen individuos y empresas que reciben al menos una parte de los beneficios económicos que los perdedores han sufrido. En terminología económica, que una misma conducta produce externalidades positivas y negativas al tiempo, o que el daño que la víctima padece no es en su totalidad un daño para la sociedad, pues otros se aprovechan de él para obtener una utilidad positiva.

Económicamente, es claro que con un instrumento limitado y ya preconstituido, como es el empleo de reglas indemnizatorias que pagan a la víctima una cantidad como resarcimiento siempre menor (por ese elemento antes mencionado de la divergencia entre daño privado y

⁶ Hans-Bernd SCHÄFER, "Efficient Third Party Liability of Auditors in Tort Law and Contract Law", Working Paper, Institute for Law and Economics, Universität Hamburg (2003).

⁷ Véase mi trabajo "La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho" en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid (2003), p. 1993-2023.

social) al daño privado padecido, no puede conseguirse una solución óptima. Dari MATTIACCI muestra este resultado en un modelo en el que las medidas de precaución del causante, de la víctima y del que puede obtener la ganancia, pueden jugar un papel. Su conclusión en términos de política jurídica es abogar por un mayor uso de las reglas que desdoblan la cantidad que paga el causante y la que recibe la víctima (*decoupled liability rules*)⁸ y de reglas de responsabilidad por culpa, ya que estas tienen mayor potencialidad de generar al mismo tiempo los incentivos adecuados para más de un agente que debe adoptar medidas de reducción del daño.

3. Las zonas fronterizas de la responsabilidad civil y la noción de daño puramente económico

La noción de daño puramente económico, en lo que tiene de jerarquía en la indemnización de daños en la vida social⁹, no es una noción cuya consideración o adopción pueda tener un efecto positivo ni sobre la reflexión teórica ni sobre el desarrollo práctico del Derecho de daños. En mi criterio (dejando aparte, acaso, al Derecho alemán, pero no es algo que a nosotros deba preocuparnos, basta con no hacer nuestros sus problemas) no hay, ni tiene por qué haber en el Derecho de la responsabilidad civil, restricciones ni rankings a priori de intereses ni, consecuentemente, de daños. Únicamente los individuos, las propias víctimas, son capaces de ordenar fuentes de bienestar o satisfacción de acuerdo con sus preferencias. Se puede estar sensatamente más preocupado por el estado de los ingresos o ventas que por un cierto objeto de su propiedad o incluso por una parte menor del propio cuerpo. En definitiva, para la economía del bienestar, únicamente importan las preferencias y, a través de ellas, el bienestar personal.

Sin embargo, de no caerse en la tentación de convertir el problema del daño puramente económico en una vía de “germanización” o de “anglización” del Derecho de la responsabilidad civil en Europa, la reflexión sobre esta noción de daño puramente patrimonial puede tener ventajas heurísticas notables.

El modelo de la responsabilidad civil por daños, sea en su versión jurídica más tradicional, sea en su versión del modelo económico de los accidentes y la responsabilidad, se construye con una imagen más o menos implícita de su campo de aplicación. Y este campo es el de las interacciones indeseadas entre individuos extraños entre sí, y de las que deriva la producción de un daño de consistencia y perfiles nítidos, puesto que afecta típicamente a la vida, la integridad física y la propiedad, o a las consecuencias en términos de ganancias perdidas de estas lesiones iniciales. Los instrumentos teóricos del Derecho de daños, tanto los más tradicionales en el análisis dogmático, como los más recientes del análisis económico, se han forjado para lidiar con esta clase de problemas, sin duda de enorme importancia en la vida de una sociedad.

⁸ Este desdoblamiento es teóricamente defendido (aunque escasamente o nada adoptado por los sistemas jurídicos reales) por el análisis económico del Derecho en ámbitos distintos del Derecho de daños. Uno de ellos es el de los daños morales (Fernando GÓMEZ (2000), “Daño moral”, *InDret* 1/2000, enero-marzo, www.indret.com).

⁹ Por ejemplo, Willem VAN BOOM, “Pure Economic Loss: A Comparative Perspective”, p.31; Helmut KOZIOL, “Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer Perspective”, p. 144.

La caja de herramientas, no obstante, resulta menos adecuada cuando se abandona el espacio central de los accidentes y los daños y uno se aproxima a las zonas de frontera. Una de estas es la relación con el contrato. No me refiero tanto a la siempre y todavía ardua delimitación de esferas, y a los distintos modos de coordinar, entre un cierto causante y una cierta víctima, las pretensiones contractuales y extracontractuales, en su caso. Quiero decir que la presencia del contrato y de las interacciones voluntarias entre los individuos que forman su sustrato, interfieren necesariamente, y a la inversa, con las interacciones involuntarias regidas esencialmente por la responsabilidad civil. Y para este encuentro, en principio, no están preparados los instrumentos del Derecho de daños.

Precisamente muchos de los casos reconducibles bajo la noción del daño puramente económico responden a este choque de la esfera del contrato y de la responsabilidad civil. Los casos de cooperación o inducción al incumplimiento; los casos de daño subrogado (*transferred loss*): cláusulas contractuales que trasladan el daño de la víctima directa a otra con la que se halla en una relación contractual (de trabajo o empleo, de arrendamiento, de flete); los casos de interrupción de prestaciones contractuales o de incremento del coste de realizarlas (típicamente, los casos de interrupción de servicios, los conocidos como *cable cases*). Pensar las soluciones en todos estos casos permite avanzar en el perfeccionamiento de los instrumentos teóricos del Derecho de daños, y acaso refinarlos de cara a su uso en el espacio central para el que fueron diseñados.

Otra región de frontera es la de la regulación de actividades económicas y profesiones. Los casos, de gran actualidad como se ha visto, que afectan a la responsabilidad de bancos, intermediarios financieros, auditores, abogados, a causa de informaciones que perjudican las decisiones de inversión o, en general, las actuaciones económicas de terceros no contratantes, nos llevan al núcleo de la regulación de un sector de actividad económica. Los juristas dedicados al Derecho de daños, probablemente a causa de su origen e impronta privatistas, han sido tradicionalmente reacios a considerar su tarea en el campo de la responsabilidad civil como una dotada de una fuerte dosis de regulación de actividades económicas. Desde una perspectiva funcional, parece innegable que el Derecho de daños es una fuente de regulación de actividades, si bien sus mecanismos de actuación, los incentivos que los ponen en marcha y los resultados sean diferentes a los de la regulación mediante controles y sanciones administrativas, o mediante el uso de sanciones penales.

En los ámbitos del daño puramente económico que acabo de mencionar, la consideración del régimen de responsabilidad civil como parte del paquete regulador de la actividad o profesión es incontestable, siquiera sea porque las actividades afectadas, que son relativamente homogéneas e identificables, así lo consideran, y así actuarán en relación con el mismo. Esta, obligada si se quiere, visión del Derecho de daños como instrumento de regulación, que la reflexión sobre los problemas de los daños puramente patrimoniales puede traer consigo, me parece muy saludable para el conjunto del Derecho de daños, y hace que el tratamiento de esos problemas, junto a su innegable interés intrínseco, tenga un alcance general potencialmente de cierto calado para el

futuro de la responsabilidad civil como espacio del sistema jurídico y del análisis doctrinal de las reglas jurídicas.

Por ello, libros como el editado por Willem VAN BOOM, Helmut KOZIOL y Christian WITTING, aunque recorren un camino de reflexión sobre los daños puramente económicos que ya - afortunadamente- no es virgen en Europa, y ni siquiera entre nosotros, suponen contribuciones de gran importancia en ese proceso de refinamiento de los instrumentos y nociones del entero Derecho de daños. No serán las últimas, por descontado.