

InDret

Les fronteres del dany indemnitzable

*Recensió a Pure Economic Loss, de Willem van Boom, Helmut Koziol i
Christian Witting (editors), Springer, Wien-New York, 2004*

Fernando Gómez Pomar

Facultat de Dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm.: 236

Barcelona, juliol de 2004

www.indret.com

Sumari

1. La noció de dany purament econòmic en el Dret de la responsabilitat civil
2. L'aproximació plural al dany purament econòmic
3. Les zones frontereres de la responsabilitat civil i la noció de dany purament econòmic

1. La noció de dany purament econòmic en el Dret de la responsabilitat civil

Si un llegeix la premsa econòmica internacional, no és estrany que es trobi amb notícies referents a reclamacions judicials iniciades per inversors descontents contra companyies que han sortit a borsa, bancs d'inversió, auditors o, amb menys freqüència, despatxos d'advocats, que han assessorat en les operacions financeres causants del dany als inversors. Per exemple, ¿ha de respondre un banc d'inversió enfront dels inversors que van comprar accions que havien estat positivament valorades pel departament de *research and analysis* del banc, mentre que privadament l'expectativa de rendiment futur d'aquests valors era ridiculitzada per aquests mateixos analistes que redactaven els informes públics d'avaluació¹?

Aquests casos de danys produïts per un mateix fet danyós a un nombre potencialment molt elevat i heterogeni de persones, i desconnectat de lesions a béns o drets de la personalitat (vida, integritat física) o a la propietat, constitueixen la representació més clara d'un dels terrenys de major interès i d'expansió del Dret de danys actuals. És en terrenys com aquest en què els instruments conceptuals i les solucions pragmàtiques perfilades pels sistemes de responsabilitat civil dels diferents països han de provar la seva eficàcia, si el Dret de danys vol continuar sent un pilar bàsic dels sistemes jurídics com a mecanismes de regulació de conductes en la societat.

No és estrany, doncs, que la doctrina jurídica europea més atenta al paper del Dret de danys porti ja algun temps prestant una atenció² més que notable a aquest fenomen que es coneix amb el nom, d'innegable inspiració anglosaxona, de danys purament econòmics.

La noció de dany purament econòmic és enganyosament senzilla, i residual, en aparença: dany purament econòmic seria tot aquell perjudici **diferent d'un dany en la persona o propietat** de la víctima directa i diferent de les **conseqüències econòmiques** indirectes que la víctima directa pateix com a efecte de la lesió en la seva persona o béns. Típicament (encara que no únicament, recordeu l'exemple que obre aquestes pàgines: els inversors són les víctimes directes i úniques, però el seu dany és financer, no han patit cap perjudici en la seva vida, integritat física o propietat) es tracta de danys patits per tercers diferents de la víctima directa i derivats de les seves relacions econòmiques amb aquesta.

¹ És ben conegut el cas de Henry Blodget, analista estrella de valors tecnològics de Merrill Lynch, més tard sotmès a un procés penal, del qual es descobriren correus electrònics interns descrivint com "crap" o "junk" (literalment, brossa) els valors d'empreses tecnològiques que venien seriosament recomanats pels informes d'investigació de valors del banc pel qual treballava.

² Per citar només dos dels exemples més rellevants: Efstasios BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer (1996); Mauro BUSSANI i Vernon PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge (2003). Entre nosaltres, Pedro DEL OLMO GARCÍA (2001), "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *Anuario de Derecho civil*, Tom LIV, Fascicle I, p. 257-368; Fernando GÓMEZ (2003), "La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tom II, Civitas, Madrid, p. 1993-2023.

Danys reconduïbles a aquesta noció general de dany purament econòmic ja s'han presentat, amb una certa freqüència, davant els tribunals espanyols:

- a) **Danys de l'empleador** privat o públic (en els casos reals, generalment es tractava de l'Estat) que paga els salaris del seu empleat durant el període de baixa d'aquest: SSTS, 1a, 14.2.1980, 14.4.1981, 25.6.1983, 29.9.1986. El Tribunal Suprem ha rebutjat les demandes de l'Advocat de l'Estat per entendre que no hi havia certesa i efectivitat en el dany al legat. Prèviament, la Sala 2a, i fins i tot la pròpia Sala 1a, havien admès la indemnització: SSTS, 2a, 13.5.1975; 20.9.1982, 13.12.1983 i STS, 1a, 25.4.1979 .
- b) **Danys patits pels usuaris** d'un servei telefònic com a conseqüència de la ruptura de la conducció per la negligent realització d'obres per una empresa constructora o per un incendi: SAP Alacant 29.1.1996 (AC 1996\326). Abunden les decisions sobre ruptura de cables telefònics, per exemple, STS, 1a, 5.11.1998, 29.1.2001, per citar-ne algunes, però en aquests casos ens trobem, com a norma general, davant reclamacions de les companyies de serveis titulars de les línies que reclamen contra les constructores causants de la interrupció del servei: aquí, encara que la companyia reclama sovint lucre cessant pels ingressos deixats d'obtenir a causa del servei interromput, no es tracta d'un dany econòmic pur, sinó consecutiu a un dany a la propietat de la víctima.
- c) **Ingressos deixats d'obtenir** com a conseqüència de la impossibilitat d'explotar un negoci a causa dels danys en un bé que no és de propietat de qui pateix la pèrdua d'ingressos: STS, 1a, 26.7.2001: la societat que explotava un negoci de bar-restaurant al Passeig Marítim de Garachico pretén la indemnització a càrrec de la constructora *Cubiertas y MZOV* dels danys i perjudicis derivats de la paralització de l'explotació de l'esmentat negoci com a conseqüència de les obres, mal executades, segons el parer de la demandant, de construcció d'un dic. El Tribunal Suprem va rebutjar la indemnització per falta d'imputació objectiva i falta de culpa. La Sala 3a sí que ha concedit indemnització en algun cas de pèrdua de vendes ocasionades per obres públiques (STS, 3a, 1.3.2001), però en la majoria de vegades ha denegat la indemnització per entendre que el dany no era antijurídic (existia un deure suportar-ho: SSTS, 3a, 30.4.2001 i 12.6.2001), o per la manca d'entitat suficient del dany (hi havia dificultat d'accés, però no bloqueig absolut: SSTS, 3a, 14.6.2001 i 13.10.2001).
- d) **Pèrdua de salaris** pels treballadors com a conseqüència de la destrucció negligent del centre de treball: STS, 1a, 30.5.1986. Es va concedir indemnització en entendre's acreditats tant la certesa dels danys com la negligència del demandat.
- e) **Pèrdua d'oportunitat de guany per fet danyós que suposa incompliment de contracte en el qual no s'era part**: STS, 1a, 28.1.2002 (el recurs de cassació del recurrent és presentat fora de termini pel retard de l'empresa de missatgeria a la qual el lletrat havia encarregat la remissió al procurador). S'indemnitza el dany moral per perdre l'oportunitat del recurs.

2. L'aproximació plural al dany purament econòmic

Ara, amb el llibre editat per Willem VAN BOOM, Helmut KOZIOL, i Christian WITTING, sota els auspicis de l'*European Center for Tort and Insurance Law*³, ens trobem enfront d'un nou tractament de la matèria del dany purament econòmic. El més destacable d'aquesta aportació recent és la seva pluralitat de perspectives i d'aproximacions, el seu eclecticisme, si es prefereix. Algunes de les obres de conjunt anteriors sobre la matèria reunien les contribucions de diversos autors i, lògicament, aquesta composició plural es reflectia en un tractament diversificat, tant des del punt de vista del sistema jurídic de partida com de l'orientació teòrica dominant⁴. Però l'obra que es recensiona aquí va més enllà en la seva aposta per una aproximació pluralista al fenomen del dany purament econòmic.

D'una banda, es reuneixen treballs que es podrien qualificar de comparatistes, si bé en un sentit ampli (o autèntic, per ser més exacte) perquè no hi ha només un tractament comparat de les diverses aproximacions dels sistemes jurídics nacionals, o de les diverses famílies jurídiques - sistemes llatins, germànics i de common law- sinó que s'intenten perfilar, mitjançant l'ús de la comparació d'instruments conceptuals, quins són els aspectes essencials del problema dels danys purament patrimonials i les conseqüències de les solucions realment emprades. Al costat del capítol de Willem VAN BOOM titulat precisament "Pure Economic Loss: A Comparative Perspective", cal afegir els de Christian WITTING ("Compensation for Pure Economic Loss from a Common Lawyer's Perspective" i Helmut KOZIOL ("Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer's Perspective") encaixen en aquesta aproximació comparatista a la qüestió.

Hi ha també treballs que presenten i examinen el tractament ofert al conjunt dels tipus de dany reconduïbles a la noció general de dany purament econòmic des d'alguns sistemes jurídics nacionals. Ens trobem amb tractaments, substancialment, des dels tres grans ordenaments europeus llatins (Espanya, França i Itàlia) amb l'addició, potser no excessivament justificada, de l'ordenament japonès.

La possibilitat de comprovar de forma immediata les similituds i diferències entre els tres resulta enormement clarificadora. El tractament en el dret italià es mostra clarament dominat pel requisit de la "ingiustizia del danno" en l'art. 2043 del Codice civile que, com és notori, no existeix ni en el Codi francès ni en el Codi espanyol. Curiosament, malgrat la major obertura d'inici dels sistemes espanyol i francès, i del major "germanisme" i rigidesa que el requisit explícit de l'antijuridicitat del resultat introdueix en el sistema italià, els resultats finals en termes d'imposició de responsabilitat tendeixen a ser més expansius a Itàlia que a França i, sobretot, que a Espanya, on la barrera de la certesa i determinació del dany, i l'aplicació tècnicament poc precisa, però

³ Que ja ha publicat en els darrers anys una interessant sèrie de monografies relatives a diversos aspectes centrals del Dret de danys, des de la responsabilitat mèdica fins el dany moral, passant per les conseqüències indemnitzatòries i d'assegurança dels actes terroristes o dels accidents de treball.

⁴ Vegeu, per exemple, les obres de BANAKAS i de BUSSANI i PALMER, citades en la nota 2.

pràcticament implacable de les exigències causals, han negat el rescabament de molts danys purament econòmics que en el Dret italià es compensen sense esforç des dels anys setanta.

Cal afegir una cosa en què no hi ha, crec, ni gota de xovinisme. Sense cap mena de dubtes el tractament nacional més complet, precís i analíticament satisfactori dels que es presenten en el llibre que es comenta és el referit al Dret espanyol i obra dels professors MARTÍN CASALS i RIBOT, ambdós de la Universitat de Girona. Crec, a més, que això no és casual, sinó quelcom que sospito des de ja fa anys, i és que en matèria de Dret de danys, en què el nostre país arrossegava un retard més que apreciable respecte dels altres grans ordenaments llatins, ha aconseguit avui un nivell de desenvolupament i elaboració teòrics que estan molt per sobre dels de França i Itàlia⁵. En Dret de la responsabilitat civil, la referència entre els països llatins és avui el dret espanyol pel que fa a qualitat i articulació.

A més dels treballs de tall comparatista i les anàlisis de Drets nacionals, el volum editat per VAN BOOM, KOZIOL i WITTING conté altres aproximacions de diferent estil. S'inclouen també treballs que es podrien denominar temàtics o monogràfics, perquè s'orienten a analitzar algun dels sectors més rellevants de responsabilitat per danys purament econòmics. A la vista de la seva significació i repercussió social, no és estrany que els editors hagin escollit precisament aquells que tenen una relació més estreta amb la seguretat i la confiança en els mercats, en particular amb els financers.

Susanne KALSS analitza la responsabilitat dels bancs. En primer lloc, la relativa a la provisió d'informació sobre situació financera de tercers (clients del banc, generalment). En aquest sentit, s'estudien substancialment els instruments desenvolupats en els drets germànics: el contracte tàcit d'informació financera, els efectes protectors del contracte per a tercer, una relació obligatòria legal basada en la confiança i de la qual sorgeixen deures de protecció per als bancs a favor dels qui hi dipositen la seva confiança (no els seu diners, atenció). També s'analitza com el principi segons el qual la responsabilitat per informació la provisió de la qual és obligatòria en els mercats de valors es pot estendre –en perjudici, entre d'altres, dels bancs que actuen com a intermediaris o promotors- a altres ofertes d'instruments financers, fins i tot, fora dels mercats organitzats de capitals.

W HORTON ROGERS presenta, al seu torn, una anàlisi de la responsabilitat dels auditors, aquest cop des de la perspectiva principal d'un jurista del Common Law. El punt de partida és clar: el deure de diligència a l'auditoria de la comptabilitat d'una companyia es refereix a la companyia. Una responsabilitat general de partida ens portaria a la nèmese de la responsabilitat per dany purament econòmic que descriu gràficament el famós dictum del Jutge Cardozo en *Ultramar v. Touche Niven & Company*, precisament en un cas relatiu a la responsabilitat dels auditors: afirmar la responsabilitat general de l'auditor suposa exposar-lo a una responsabilitat de quantia

⁵ Sobre la situació del Dret de danys a Espanya es pot consultar el meu treball "La salut del Dret de danys a Espanya. Recensió a Fernando Reglero (coordinador), *Tratado de la responsabilidad civil*", *InDret 3/2003*, juliol-setembre (www.indret.com).

indeterminada, per un període indeterminat i enfront d'un nombre indeterminat de potencials demandants.

Després es presenten essencialment les vies que en els diversos països s'han emprat per excepcionar en alguns casos la regla de base de no responsabilitat de l'auditor enfront de tercers, centrades fonamentalment en una relació de proximitat (informes *ad hoc* per a una operació concreta, informes no imposats legalment) amb el tercer que pateix el dany. No es discuteixen les possibilitats d'operar no tant sobre el fonament, sinó sobre les exigències de cura en la regla (culpa greu enfront de culpa), com ha fet recentment algun estudiós de la matèria⁶.

En aquest aspecte temàtic s'inclou també un breu capítol sobre l'assegurament del dany purament econòmic.

En darrer lloc, hi ha igualment un treball sobre dany purament econòmic des de la perspectiva teòrica que, almenys de mode més conscient del seu propi caràcter de teoria general del Dret de danys (els seus crítics potser dirien que de manera conscient i autosatisfeta en excés), s'ha elaborat en els últims anys sobre la responsabilitat civil. Em refereixo a l'anàlisi econòmica del Dret. Giuseppe Dari MATTIACCI ens presenta, en primer lloc, una revisió de la ja extensa literatura d'orientació econòmica relativa als problemes del dany purament econòmic. El problema central (encara que no l'únic: la pluralitat de qüestions involucrades és el que li dona complexitat al fenomen⁷) és que molts actes danyosos produeixen no solament perdedors, en el sentit de perjudicat, sinó també guanyadors, és a dir, aquells que reben almenys una part dels beneficis econòmics que els perdedors han patit. En terminologia econòmica, que una conducta produeix externalitats positives i negatives al mateix temps, o que el dany que la víctima pateix no és en la seva totalitat un dany per a la societat, perquè altres se n'aprofiten.

Econòmicament, és clar que amb un instrument com les regles indemnitzatòries que paguen a la víctima una quantitat com a indemnització sempre menor (per aquest aspecte de divergència entre dany privat i social) al dany privat patit, no pot aconseguir-se una solució òptima. Dari MATTIACCI mostra aquest resultat en un model en què les mesures de precaució del causant, de la víctima i del que pot obtenir el guany, poden jugar un paper. La seva conclusió en termes de política jurídica és advocar per un major ús de les regles que despleguen la quantitat que paga el causant i la que rep la víctima (decoupled liability rules)⁸ i de regles de responsabilitat per culpa, ja que aquestes tenen major potencialitat de generar al mateix temps els incentius adequats per més d'un agent que ha d'adoptar mesures de reducció del dany.

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

⁸ Aquest desdoblament és teòricament defensat (encara que escassament o en absolut adoptat pels sistemes jurídics reals) per l'anàlisi econòmic del Dret en àmbits diferents del Dret de danys. Un d'ells és el dels danys morals (Fernando GÓMEZ (2000), "Dany moral", *InDret* 1/2000, gener-març, www.indret.com).

3. Les zones frontereres de la responsabilitat civil i la noció de dany purament econòmic

La noció de dany purament econòmic, en el que té de jerarquia en l'indemnització de danys en la vida social⁹, no és una noció la consideració o adopció de la qual pugui tenir un efecte positiu ni sobre la reflexió teòrica ni sobre el desenvolupament pràctic del Dret de danys. Segons el meu parer, (deixant de banda, potser, el Dret alemany, tot i que no és quelcom que a nosaltres ens hagi de preocupar, n'hi ha prou amb no fer nostres els seus problemes) no hi ha, ni ha d'haver **en el Dret de la responsabilitat civil, restriccions ni rànquings a priori d'interessos ni, conseqüentment, de danys**. Únicament els individus, les pròpies víctimes, són capaços d'ordenar fonts de benestar o satisfacció d'acord amb les seves preferències. Es pot estar sensatament més preocupat per l'estat dels ingressos o vendes que per un cert objecte de la seva propietat o fins i tot d'una part menor del propi cos. En definitiva, per a l'economia del benestar, únicament compten les preferències i, a través d'elles, el benestar personal.

No obstant això, de no caure en la temptació de convertir el problema del dany purament econòmic en una via de "germanització" del Dret de la responsabilitat civil a Europa, la reflexió sobre aquesta noció de dany purament patrimonial pot tenir avantatges heurístics notables.

El model de la responsabilitat civil per danys, ja en la seva versió jurídica més tradicional, ja en la seva versió del model econòmic dels accidents i la responsabilitat, es construeix amb una imatge més o menys implícita del seu terreny d'aplicació. I aquest terreny és el de les interaccions indesitjades entre individus estranys entre si, i de les quals deriva la producció d'un dany de consistència i perfils nítids, ja que afecta típicament la vida, la integritat física i la propietat, o les conseqüències en termes de guanys perduts d'aquestes lesions inicials. Els instruments teòrics del Dret de danys, tant els més tradicionals en l'anàlisi dogmàtica, com els més recents de l'anàlisi econòmica, s'han forjat per enfrontar-se amb aquesta classe de problemes, sense cap mena de dubte, de gran importància en la vida d'una societat.

La caixa d'eines, no obstant això, resulta menys adequada quan s'abandona l'espai central dels accidents i els danys i un s'aproxima a les zones de frontera. Una d'aquestes és la relació amb el contracte. No em refereixo tant a la sempre i encara àrdua delimitació d'esferes, i a les diferents maneres de coordinar, entre un determinat causant i una determinada víctima, les pretensions contractuals i extracontractuals, si escau. Vull dir que la presència del contracte i de les interaccions voluntàries entre els individus que formen el seu substrat, interfereixen necessàriament, i al contrari, amb les interaccions involuntàries regides essencialment per la responsabilitat civil. I per a aquest punt de trobada, en principi, no estan preparats els instruments del Dret de danys.

⁹ Per exemple, 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.

Precisament molts dels casos reconduïbles sota la noció del dany purament econòmic responen a aquesta col·lisió de l'esfera del contracte i de la responsabilitat civil. Els casos de cooperació o inducció a l'incompliment; els casos de dany subrogat (transferred loss): clàusules contractuals que traslladen el dany de la víctima directa a una altra amb què es troba en una relació contractual (de treball o ocupació, d'arrendament, de noli); els casos d'interrupció de prestacions contractuals o d'increment del cost de realitzar-les. Pensar les solucions en tots aquests casos permet avançar en el perfeccionament dels instruments teòrics del Dret de danys, i potser refinar-los de cara al seu ús en l'espai central per al qual van ser dissenyats.

Una altra regió de frontera és la de la regulació d'activitats econòmiques i professions. Els casos, de gran actualitat com s'ha vist, que afecten la responsabilitat de bancs, intermediaris financers, auditors, advocats, a causa d'informacions que perjudiquen les decisions d'inversió o, en general, les actuacions econòmiques de tercers no contractants ens porten al nucli de la regulació d'un sector d'activitat econòmica. Els juristes dedicats al Dret de danys, probablement a causa del seu origen i empremta privatistes, tradicionalment han estat poc inclinats a considerar la seva tasca de regulació d'activitats econòmiques. Des d'una perspectiva funcional, sembla innegable que el Dret de danys és una font de regulació d'activitats, encara que els seus mecanismes d'actuació, els incentius que els engeguen i els resultats són diferents dels de la regulació mitjançant controls i sancions administratives, o mitjançant l'ús de sancions penals.

En els àmbits del dany purament econòmic que acabo d'esmentar, la consideració del règim de responsabilitat civil com a part del paquet regulador de l'activitat o professió és incontestable, encara que només sigui perquè les activitats afectades, que són relativament homogènies i identificables, ho consideren així, i així actuaran en relació amb el mateix. Aquesta visió, si es vol obligada, del Dret de danys com a instrument de regulació, que la reflexió sobre els problemes dels danys purament patrimonials pot comportar, em sembla molt saludable per al conjunt del Dret de danys, i fa que el tractament d'aquests problemes, al costat del seu innegable interès intrínsec, tingui un abast general potencialment de pes per al futur de la responsabilitat civil com a espai del sistema jurídic i de l'anàlisi doctrinal de les regles jurídiques.

Per això, llibres com l'editat per Willem VAN BOOM, Helmut KOZIOL i Christian WITTING, tot i recórrer un camí de reflexió sobre els danys purament econòmics que ja no és verge, suposen contribucions de gran importància en aquest procés de refinament dels instruments i nocions del tot el Dret de danys.