

InDret

*La noción de daño puramente económico:
Una visión crítica desde el análisis económico del
derecho*

Fernando Gómez Pomar
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Juan Antonio Ruiz García
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 102
Barcelona, octubre de 2002

www.indret.com

Abstract

El concepto de daño puramente económico y la regla que excluye su compensación han intrigado a juristas y tribunales en los sistemas de *Common Law* durante decenios. Los sistemas continentales también se han enfrentado a casos calificables como daños puramente económicos, si bien empleando pensamientos doctrinales y conceptuales diferentes. El trabajo analiza la consistencia del concepto de daño económico y concluye que el mismo tiene a lo sumo valor descriptivo y orientativo residual, y nulo valor normativo.

Realizamos un análisis crítico de la mayoría de las teorías, tanto económicas como de otro tipo, que han intentado dotar a la noción de daño puramente económico de un fundamento unificado. Finalmente, presentamos y defendemos un enfoque económico pluralista que se basa en el principio de subrogación, en el análisis de los daños sociales en los casos de ganancias perdidas, en el carácter sucedáneo de la indemnización del daño económico en las situaciones en que falla la responsabilidad contractual y en la responsabilidad de los “gatekeepers”.

Sumario

1. Introducción

2. La inconsistencia de la noción de daño puramente económico y otros conceptos relacionados

3. Las razones para limitar la responsabilidad por daño puramente económico: revisión y crítica

3.1 Teorías no económicas acerca de la regla de exclusión del daño puramente económico

- a) La prevalencia de los derechos personales y reales sobre los intereses económicos
- b) El argumento de la avalancha de litigios
- c) La interpretación política: la exclusión del daño económico como producto de la ideología del laissez-faire

3.2 Teorías económicas acerca de la regla de exclusión del daño económico

- a) La discrepancia entre las pérdidas privadas y las pérdidas sociales
- b) Canalizar la reparación de los daños mediante contratos
- c) La víctima de los daños económicos como asegurador a menor coste

4. Los principios económicos presentes en los grupos de casos

- a) El principio de subrogación
- b) Pérdidas sociales y ventas dejadas de realizar
- c) Sustitutivo de la responsabilidad contractual
- d) Responsabilidad de los “gatekeepers”

5. Conclusiones

6. Bibliografía

1. Introducción

El derecho de daños funciona a través de reglas de responsabilidad que responsabilizan a los causantes del daño de los perjuicios sufridos por las víctimas. La responsabilidad depende del cumplimiento de determinadas condiciones relativas; entre otras, a

- la conducta del causante,
- la relación de causalidad entre la conducta y el daño,
- la imputación objetiva del resultado (*Proximate Causation, objektive Zurechnung*), y, eventualmente,
- la naturaleza del daño.

En lo referente a los límites del daño indemnizable, uno de los instrumentos más relevantes en el conjunto de los sistemas jurídicos para determinar bajo qué condiciones debe responder el causante de un daño es la regla del daño puramente económico. En términos generales, la regla en cuestión rechaza, al menos presuntamente, la indemnización del daño sufrido por la víctima si éste es puramente económico, es decir, no se trata de un daño definible como el impacto económico directo de la lesión en la persona de la víctima o en su propiedad o como las consecuencias económicas indirectas que sufre la misma.

Tal concepto de daño económico, así como la regla que excluye su compensación, son creaciones del *Common Law* y en éste todavía hoy desempeñan un papel decisivo, aunque de significado incierto, para definir los límites del deber de cuidado y la interacción entre el derecho de contratos y el derecho de daños¹.

Por su parte, en los sistemas jurídicos continentales las cuestiones relativas a la noción de daño puramente económico se tratan, habitualmente, mediante el uso de diferentes instrumentos jurídicos, pero es innegable que muchos de los casos discutidos bajo tal noción en el *Common Law* también suscitan importantes cuestiones teóricas y prácticas en diferentes sistemas de *Civil Law*. En Alemania, la subordinación de los daños que no sean en la persona o la propiedad es clara según el § 823 I BGB, lo que aproxima el punto de partida del ordenamiento alemán al de los países del *Common Law*. En Alemania la cuestión no se ha afrontado mediante el establecimiento de una regla específica de exclusión del daño puramente económico (con las excepciones pertinentes) sino a través de otros instrumentos: el concepto de “otro derecho” (§ 823 II BGB), el ámbito de protección de la norma (§ 823 II BGB), los daños causados contra las *guten Sitten* (§ 826 BGB), la expansión del ámbito del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, y el concepto de *Drittschadenliquidation*. En Italia, ha sido la escurridiza noción de *danno ingiusto* la que ha permitido a tribunales y doctrina trazar límites inestables en lo referente a daños no personales ni en la propiedad, si bien admitiendo la *lesione del credito da parte di terzi as danno ingiusto* (art.2043 Codice Civile). Por su parte, en Francia, los límites de la responsabilidad en este campo se definen mediante la causalidad y consideraciones de tipo culpabilístico. En España, los tribunales han resuelto casos que reunían las características necesarias para ser considerados como de

daño puramente económico mediante la aplicación del principio de la certeza y efectividad del daño, además de criterios de imputación objetiva tales como el ámbito de protección de la norma infringida.

Además, en los últimos años, es palpable un creciente interés por la materia entre los juristas académicos² de Europa Continental y la influencia ejercida de la literatura angloamericana en la materia no puede ser ignorada por cualquier observador imparcial.

Los límites a la indemnización del daño puramente económico también han generado un importante volumen de literatura en el análisis económico del derecho, con la finalidad de encontrar la lógica económica que subyace a una regla limitativa de este tipo en el derecho de daños³. Nuestra aproximación a la materia será, de hecho, sustancialmente económica: analizaremos la conveniencia de establecer o excluir responsabilidad en determinadas situaciones teniendo en cuenta el objetivo de la eficiencia económica.

Así pues, asumiremos que el propósito de afirmar o denegar la responsabilidad es la creación de incentivos adecuados en el causante potencial de daños y, en su caso, también en la víctima, en lo relativo a las decisiones de cuidado o precaución y a las de la actividad potencialmente dañosa. Partimos, además, de la idoneidad de uno de los aspectos más básicos y, a su vez, más intuitivos, del análisis económico de los accidentes y del derecho de daños: para alcanzar el nivel deseable de actividad y cuidado, al causante potencial debe

¹ Diversos especialistas consideran que el daño puramente económico es el área más controvertida del derecho de daños, y está en el centro de controversia lo relativo al deber de cuidado: John FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, LBC Information Services, Sydney, (1998), p. 194.

² Véase, por ejemplo, Mauro BUSSANI y Vernon PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002) (de próxima aparición); Jan van DUNNÉ, "Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law-common Law split on Compensation of Non-physical Damage in Tort Law", 4 *European Review of Private Law* (1999), p. 397; Efstathios BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996) (con colaboradores de Austria, Francia, Alemania, Italia y Suiza).

³ Véase William BISHOP, "Negligent Misrepresentation Through Economist's Eyes", 96 *Law Quarterly Review* (1980), p. 360; William BISHOP, "Economic Loss in Tort", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 1; Mario RIZZO, "The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 197; William BISHOP, "Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 207; Mario RIZZO, "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", 11 *Journal of Legal Studies* (1982), p. 281; Richard POSNER, *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Little Brown, Boston-Toronto, (1982), p. 467; William BISHOP y John SUTTON, "Efficiency and Justice in Tort damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule", 15 *Journal of Legal Studies* (1986), p. 347; Donald HARRIS y Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 45; William BISHOP, "Economic loss: economic theory and emerging doctrine", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 73; Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 135; William LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 251; Victor GOLDBERG, "Recovery for Pure Economic Loss en Tort: Another Look at *Robins Dry Dock v. Flint*", 20 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 249; Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez Oil Spill*", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 1; Francesco PARISI, "Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine", George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No. 01-21; Mauro BUSSANI, Vernon PALMER, y Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", en Mauro BUSSANI y Vernon PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002) (de próxima aparición) (disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=288091>.)

hacerse responsable de todos los costes, equivalentes a las pérdidas en términos sociales generadas por su actividad. Se verá en la sección 3 de qué manera la idea de la responsabilidad equivalente a los costes sociales causados es el principio sobre el que se orientan la mayoría de las concepciones económicas de la regla del daño puramente económico⁴. Obviamente, cuando se trata de responsabilidad derivada de accidentes en los que los afectados son aversos al riesgo, el seguro y la absorción de riesgos resultan cruciales.

En este trabajo, trataremos de mostrar que el concepto de daño puramente económico no solamente se refiere a un conjunto variado y heterogéneo de situaciones y casos reales⁵, sino que su utilización como noción unitaria o como patrón de referencia oscurece la esencia económica y las soluciones eficientes adecuadas para cada uno de los diferentes casos agrupados unitariamente bajo esa misma categoría. Además, mostraremos que si se observa atentamente la estructura económica del problema subyacente a cada tipo de caso, la regla sobre los daños puramente económicos no es uniformemente eficiente. En algunas situaciones carece totalmente de sentido mientras que, en otras, la solución más conveniente sí será la de no indemnizar, pero por razones dispares según los distintos tipos de casos.

El trabajo se estructura de la siguiente manera: en la sección 2 presentaremos varias razones en apoyo de la heterogeneidad de casos y de, como su reconducción conceptual bajo una única categoría de daños puramente económicos es, por una parte, equívoca y, por otra, depende esencialmente de puntos de partida, explícitos o implícitos, muy concretos e idiosincráticos de cada concreto sistema jurídico. En la sección 3, revisaremos y criticaremos brevemente diversas teorías que tratan de justificar la lógica de la noción de daño puramente económico y la regla excluyente que afecta a los mismos. Finalmente, en la sección 4, expondremos nuestra opinión acerca de cuáles son las razones de carácter económico que nos llevan a la solución eficiente en cada caso o, al menos, nos permiten afrontar la cuestión de un modo teórico y prácticamente más correcto. La finalidad de esta sección no es la de ofrecer un estudio detallado de cada categoría de casos habitualmente agrupados bajo la noción daño puramente económico, sino, más bien, exponer a grandes rasgos la lógica económica que subyace en ellos. La sección 5 concluye el trabajo.

2. La gran inconsistencia de la noción de daño económico y otros conceptos relacionados

El concepto de daño puramente económico concede enorme importancia a un dato: si el demandante de la acción de daños que solicita una compensación por una pérdida económica ha sufrido algún daño en su persona o en su propiedad por parte del

⁴ En la sección 4 también examinaremos de qué manera este principio tiene, sin embargo, poca utilidad en varios tipos de casos comúnmente agrupados bajo la denominación de daño puramente económico.

⁵ Aspecto que ya ha sido ampliamente reseñado en la literatura del tema en cuestión: Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American Tort Law: The Examples of *J'Aire* and of Products Liability", 23 *San Diego Law Review* (1986), p. 37; Gary SCHWARTZ, "The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing

demandado. Si el daño económico es consecuencia de una agresión a la vida, a la integridad física u otros derechos de la personalidad, o de una invasión de la propiedad u otros derechos similares, la pérdida económica sería concebida, en principio, como un daño ordinario y no como daño puramente económico y deberá, en principio, ser indemnizado por el demandado. Por el contrario, cuando el daño económico no es consecuencia de una lesión en la persona o en la propiedad sufrida por el demandante –por ejemplo, deriva de un daño en una persona o en una propiedad diferentes a la del demandante– la pérdida se califica como daño puramente económico y, no será en principio, indemnizable. Ilustremos esta idea con un ejemplo: si un empleado, X, pierde un mes de salario debido a que le resulta imposible asistir a trabajar como consecuencia de una lesión corporal leve producida por una acción negligente de Y, X tiene derecho a demandar a Y por los daños que le ha supuesto la pérdida salarial, los gastos médicos y, en su caso, también los daños morales⁶. Por su parte, si un empleado, X, pierde el salario de un mes debido a que le resulta imposible ir a trabajar al resultar destruido el lugar de trabajo (propiedad del empresario) por una acción negligente de Y, X no tiene derecho a demandar a Y por los daños correspondientes a la pérdida salarial⁷. En el primer caso, nos encontramos ante un perjuicio derivado de una lesión corporal mientras que en el segundo estamos ante un daño puramente económico⁸.

Si se sustituye al empleado por una empresa de distribución y los salarios dejados de percibir por ventas no consumadas, con un propietario en la primera situación⁹ y un

the Recent Experience”, en Efstathios BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 103.

⁶ Se trata de un caso estándar de pérdida salarial debida a una lesión corporal. Los sistemas jurídicos varían en la práctica debido a la existencia de una obligación por parte de los empresarios de pagar los salarios durante los períodos de baja o la posibilidad de recibir un subsidio en sustitución de los salarios por la Seguridad Social. Véase nota 8, más abajo.

⁷ Estos hechos esquemáticos se corresponden con casos reales tales como el resuelto por la STS 1ª, 30.5.1986 (RJ 1986\2918), o en EE.UU. el asunto *Stevenson v. East Ohio Gas Co.*, 73 N.E., 200 (Ohio Ct. App. 1946). En éste último, el Tribunal estadounidense rechazó la acción de daños, mientras que el Tribunal Supremo español consideró que el daño era cierto e indiscutible y que la acción había sido negligente, por lo que debía hacer responder al demandado.

⁸ Ciertamente es que en algunos sistemas jurídicos existen soluciones específicas a este problema, tales como obligar al empresario o a la Administración Pública a pagar los salarios durante el período de baja (en Alemania *Lohnfortzahlung*), y después permitirles recuperar los salarios pagados (sin recuperar los correspondientes servicios) demandando al causante (en Alemania *Regressrecht*). Ésta es la solución alemana (Véase Hermann LANGE, *Schadenersatz*, 2nd ed., JCB Mohr, Tübingen, (1990)). Sin embargo, el argumento no pierde fuerza. Ausente la regla específica, las reglas generales de derecho de daños habrían dispuesto, basándose en el daño puramente económico o en conceptos similares, la procedencia de la indemnización en el primer caso y su negación en el segundo, pero es cierto que cuando está en vigor una regla específica, la cuestión parece perder el interés que tenía. La responsabilidad se ha establecido mediante una regla específica y nadie se plantea si se trata o no de un daño económico. Esto explica las razones por las que en el ordenamiento alemán, la materia no se considera problemática y gradualmente va quedando fuera del ámbito de los daños económicos. En España (donde existe *Lohnfortzahlung* bajo diferentes modalidades para empleados públicos y privados, pero el *Regressrecht* no se ha establecido legalmente) y en algunos sistemas de *Common Law* (donde no hay una regla específica), estos casos se tratan como daño puramente económico o a través de otros conceptos similares.

⁹ Este sería un caso típico de ganancias dejadas de obtener a resultas de un daño directo en la propiedad.

arrendatario en la segunda¹⁰, se obtiene un resultado similar: un perjuicio indemnizable en el primer caso y un daño económico no indemnizable en el segundo.

Así pues, y de acuerdo con la noción de daño puramente económico, a los demandantes que se encuentran en la primera situación (el trabajador lesionado, el propietario ofendido) se les cataloga de igual manera y de forma separada de los otros dos (el trabajador no lesionado que, por otra vía, sufre pérdidas salariales y el arrendatario perjudicado), cuya situación se denomina “daño puramente económico”.

Si se analizan ambos ejemplos empleando una elemental teoría económica, el resultado, sin embargo, difiere del que acabamos de relatar. En el primer caso, la situación de ambos trabajadores es similar, puesto que tanto uno como otro sufren pérdidas salariales. De igual modo, en el segundo caso la situación de ambos vendedores es semejante, ya que ambos sufren lo que al parecer es un mismo daño, las ventas perdidas. La solución ofrecida bajo el prisma del análisis económico, como vamos a ver a continuación, es precisamente opuesta a la que arroja el concepto de daño puramente económico.

La razón estriba en que en teoría económica no existen *a priori* restricciones ni rankings de intereses ni, consecuentemente, de daños. Únicamente los individuos (las víctimas, en el ámbito del derecho de daños) son capaces de ordenar fuentes de bienestar o satisfacción de acuerdo con sus preferencias; y la utilidad puede proceder de cualquier fuente: cualquier elemento del mundo exterior así como las propias condiciones físicas o biológicas pueden incrementar el bienestar de un individuo. Así, no hay motivos de carácter teórico para establecer, *a priori*, una ordenación de las fuentes de bienestar: se puede estar sensatamente más preocupado por el estado de los ingresos o ventas de la propia empresa que por un cierto objeto de su propiedad o incluso que 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 personal¹¹.

Desde luego, es posible establecer algunas regularidades de carácter empírico que merece la pena tener en cuenta, tanto en Economía como en Derecho. La mayoría de los individuos suelen otorgar el máximo valor a su vida y a la de aquellos a quienes más quieren, mucho más que a un objeto de su propiedad o a una futura percepción de renta. Pero reconocer este hecho como una regularidad empírica útil es una cosa, y fijar de manera arbitraria límites infranqueables entre derechos absolutos sobre el propio cuerpo y sobre la propiedad tangible e intangible, por una parte, y el resto de posibles fuentes de bienestar humano, por otra, es algo muy diferente. Además, la preeminencia empíricamente demostrable de la integridad física y la vida se extiende también a las pérdidas consecuenciales derivadas de un daño directo sobre los mencionados intereses. Dudo mucho que un salario dejado de percibir sea más grave para un empleado por el mero hecho de ser resultado de una lesión leve que si deriva de la destrucción de su lugar de

¹⁰ Los datos se corresponden, de forma resumida, a los casos resueltos por la STS, 1ª, 13.3.1976 y la STS, 3ª, 7.6.1985 (RJ1985\4823).

¹¹ Para bibliografía accesible a éstas y otras cuestiones de la economía del bienestar, véase Robert WILSON, “Value Maximization”, en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998), p. 655; Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

trabajo. Desde la perspectiva de la víctima, ambos supuestos resultan muy similares. De igual modo, parece inverosímil que el comerciante sufra más intensamente las consecuencias de perder ventas si es propietario del local de venta que si es simple arrendatario.

Así pues, un concepto de daño puramente económico con pretensiones normativas parece estar reñido con los principios básicos de la Teoría Económica. Incluso concebido sin intención normativa, la noción de daño económico como figura que permite englobar distintos casos con problemas similares en lo que a responsabilidad se refiere, o que permite orientar el análisis de un determinado tipo de casos, resulta igualmente fallido. Se trata de un concepto equívoco, con múltiples significados, y que pretende dar cobertura a diferentes tipos de casos divergentes entre sí desde el punto de vista económico, tal y como trataremos de mostrar en la sección 4. ¿En qué sentido la responsabilidad por la muerte negligentemente causada de un empleado muy valioso¹², por lesiones a un trabajador que recibirá su salario incluso en el período en que esté de baja¹³, por la destrucción o daños causados en un bien arrendado¹⁴, por impedir negligentemente el acceso a un lugar de venta¹⁵, por la redacción negligente de un testamento¹⁶, o por proporcionar información negligente sobre la situación financiera de una empresa o de un posible prestatario¹⁷, comparten algún rasgo común que permita al sistema jurídico tomar las decisiones más correctas en términos de eficiencia? Todos estos casos son susceptibles, al menos potencialmente, de ser considerados daño puramente económico y, en varios sistemas jurídicos, sobre todo de *Common Law*, así han sido denominadas en algún momento. Una denominación común para todas ellas únicamente sirve, en nuestro criterio, para ocultar el que, en realidad, los problemas de eficiencia que plantean difieren notablemente entre sí¹⁸.

Además, la propia noción de daño puramente económico parece subrayar que hay que analizar la naturaleza del daño y de los intereses jurídicos afectados para determinar el tratamiento adecuado que procede dar a cada caso en derecho de daños. Sin embargo, la

¹² Los casos italianos Superga y Meroni (Cass. Sez. un. 26 gennaio 1971, n. 174, en Giur. it. 1971, 1, 681) son algunos de los más claros de este tipo.

¹³ En España, véase: STS, 1ª, 14.2.1980 (RJ 1980\516); STS, 1ª, 14.4.1981 (RJ 1981\1539); STS, 1ª, 25.6.1983 (RJ 1983\3685); STS, 2ª, 13.5.1975 (RJ 1975\2083); STS, 2ª, 20.9.1982 (RJ 1982\4948); STS, 2ª, 13.12.1983 (RJ 1983\6522).

¹⁴ Por ejemplo, *Robins Dry Dock v Flint* 275 US 303 (1927), o *East River SS v Transamerica* 476 US 858 (1986), o *Candlewood Navigation Corp. v Mitsui O. S. K. Lines Ltd.* [1986] A C 1 (P. C.), entre otros.

¹⁵ Por ejemplo, *Rickards v Sun Oil Co.* N. J. Msc. 89, 41 A. 2d 267 (1945), o *People Express Airlines, Inc. v Consolidated Rail Corp.* 495 A. 2d 107 (NJ 1985), o en España, el caso resuelto por la STS, 1ª, 26.7.2001 (RJ 2001\8429), o en Francia, Cass. Civ. 2e, 28 Avril 1965, entre muchos otros.

¹⁶ *White v Jones* [1995] 2 AC 207, entre otros.

¹⁷ Por ejemplo, *Ultramares Corp. v Touche*, 174 N. E. 441 (N. Y. 1931), o *Credit Alliance Corp v. Arthur Andersen & Co*, 483 N. E. 2d 110 (N. Y. 1985), entre otros.

¹⁸ Desde una perspectiva no económica, algunos autores también han insistido en los efectos perniciosos del concepto de daño puramente económico: Bruce FELDTHUSEN, "The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality and Chaos", en Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 132. Aquí puede recordarse la famosa crítica a la regla del daño económico hecha por Lord Devlin en *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465, en el sentido de que carecía de lógica y de todo sentido en sí misma.

naturaleza del daño no es de ordinario el mejor criterio. Claro que ése puede ser un aspecto relevante en muchos casos de derecho de daños, pero lo que hace a algunos casos especiales y problemáticos bajo los conceptos y las reglas más comúnmente aceptadas del derecho de daños no es, en modo alguno, la naturaleza del daño sufrido por el demandado en relación con los bienes directamente lesionados por el demandante.

Nuestra impresión es que lo que comúnmente se entiende bajo el concepto de daño puramente económico (o genera las mismas dudas y, en su caso, lleva también a negar la responsabilidad de forma similar) está fuertemente condicionado por las características y contenidos de un sistema jurídico concreto y especialmente por la existencia de vacíos legales debido a la inexistencia de una regla específica que afirme o deniegue la responsabilidad. Las doctrinas en este campo parecen responder *ad hoc* a las incertidumbres legales que afectan a los límites de la responsabilidad en el derecho de daños y, de forma poco sorprendente, ofrecen respuestas notablemente contingentes y dispares. Cuando las incertidumbres legales acerca de una situación determinada de daño son disipadas por una decisión legislativa al efecto, los problemas teóricos y la vinculación con los aspectos fundamentales del derecho de daños, de repente y como por milagro, se desvanecen. Esto explica los motivos por los que determinados casos que parecen problemáticos en un cierto sistema jurídico (y son candidatos naturales a ser analizados bajo la noción de daño puramente económico u otras doctrinas paralelas que tienden a delimitar los límites de la responsabilidad), no presentan problema alguno en otros sistemas: el legislador ha hablado, y sus palabras tienen demasiado peso. Pero las palabras de un legislador contingente, aunque trascendentales para el sistema jurídico en que se producen, tienen nulo valor teórico general. Desde un punto de vista teórico, una palabra más o menos del legislador no cambia la naturaleza del problema en términos de eficiencia (o de justicia, que a estos efectos tanto da) de las diferentes soluciones posibles.

Para resumir esta sección: el concepto de daño puramente económico acoge casos y situaciones que tratan diferentes aspectos en relación con la eficiente y deseable imposición o denegación de responsabilidad. El concepto en cuestión se basa en una errónea comprensión de la importancia de la naturaleza del daño y del papel de los intereses protegidos a la hora de establecer los límites de la responsabilidad. Además, los contornos del mencionado problema, incluso desde una perspectiva estrictamente jurídica, son extremadamente contingentes y variables, y están fuertemente correlacionados con reglas particulares de un sistema jurídico concreto. Esto da a la noción un carácter *ad hoc*, de oportunidad, carente, en apariencia, de rigor teórico.

3. Las razones para limitar la responsabilidad por daños puramente económicos: revisión y crítica

En esta sección se presentará, brevemente, un análisis crítico de las teorías más influyentes acerca del daño puramente económico y de la exclusión de su compensación. Algunas de las teorías que examinaremos tienen finalidad normativa e intentan justificar la decisión de no indemnizar los daños puramente económicos. Otras son, simplemente, interpretaciones positivas de la regla de exclusión, que tratan de encontrar una explicación convincente de

las bases del concepto. Finalmente, otras pretenden ser interpretaciones de carácter positivo y normativo a un tiempo. Trataremos los tres tipos de teorías y analizaremos la naturaleza y la finalidad de cada una de ellas. Dado nuestro enfoque económico, analizaremos de forma separada las teorías de carácter económico y las de orientación no económica.

3.1 Teorías no económicas acerca de la regla de exclusión del daño puramente económico

- a) La prevalencia de los derechos de la personalidad y reales sobre los intereses económicos

Algunos autores¹⁹ afirman que el daño a intereses económicos causado por interferencias negligentes por parte de otras personas está y debe estar²⁰ menos protegido que la vida, los daños a la integridad física y a la propiedad tangible. Las consecuencias negativas de carácter físico causadas por terceros son más serias y requieren más protección en el derecho de daños (probablemente, también en el resto de áreas del derecho) que las de un daño económico no tangible. Hay una jerarquía de intereses protegidos por los sistemas jurídicos y los puramente económicos están situados a la cola de la escala.

Aunque en los diferentes sistemas jurídicos pueden existir disposiciones constitucionales que protegen la integridad física y, en menor grado, la propiedad, intentar derivar del reconocimiento constitucional de los mencionados derechos consecuencias para el funcionamiento del derecho de daños y, más concretamente, en relación con la regla del daño puramente económico, nos parece infundado y contraproducente.

En primer lugar, la traslación indiscriminada del status constitucional al resto de campos del derecho es injustificada y, además, en la realidad no se observa en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Dicha traslación implicaría, por ejemplo, dar absoluta prioridad en las quiebras a los acreedores que tienen una pretensión extracontractual sobre los acreedores contractuales que fundan su demanda únicamente en intereses económicos. Que sepamos, esta prioridad de carácter absoluto no ha sido introducida, con buen criterio, en la legislación concursal de ningún ordenamiento jurídico.

Además, en el ámbito de la responsabilidad por daño puramente económico, la pretendida prevalencia en todo caso se quedaría únicamente en eso, en prevalencia, pero no implicaría exclusión de la compensación del daño puramente económico. Una

¹⁹ Véase FLEMING JAMES Jr. "Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal", 25 *Vanderbilt Law Review* (1972), p. 54; Erwin Deutsch, "Compensation for Pure Economic Loss in Germany", en Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 73; Pedro DEL OLMO, "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", 54 *Anuario de Derecho civil* (2001), p. 297.

presunción de indemnización para daños personales y en la propiedad y de no indemnización para daños económicos está, simplemente, carente de toda base, incluso aunque, a efectos argumentativos, se aceptara que los primeros ocupan una posición más alta en el ranking de intereses protegidos por el derecho de daños que los segundos. Asimismo, muchas pérdidas consideradas como personales o en la propiedad bajo la regla del daño puramente económico son de naturaleza claramente económica: como se demostró en la sección 2, los salarios o beneficios dejados de percibir no cambian de naturaleza cuando son resultado de un previo daño directo en derechos de la persona o la propiedad y sí son, tanto conceptual como prácticamente, diferentes respecto del daño antecedente en la vida, la integridad física o un bien tangible.

Finalmente, la teoría de la jerarquía no es conveniente para aconsejarnos cómo proceder en derecho de la responsabilidad civil con los intereses económicos, puesto que los mete a todos en el mismo saco, oscureciendo las diferencias entre los distintos daños económicos. No se puede deducir ninguna directriz de funcionamiento para enfocar y resolver los diversos tipos de casos de daño económico observados en el mundo real a partir de la afirmación de la prioridad de los daños personales o reales.

b) El argumento de la avalancha de litigios

Probablemente, la imagen de una multitud de demandantes acudiendo a los tribunales con demandas por daños minúsculos y dispersos ha sido el argumento central y más potente utilizado por los tribunales, al menos por los de *Common Law*, para justificar la no indemnización del daño puramente económico²¹. Compensar el daño puramente económico, de acuerdo con esta concepción, es sobre todo un instrumento práctico en manos de los Tribunales para conseguir un resultado pragmático respecto del cual todos coinciden o debieran coincidir: evitar una avalancha sin límite de demandas de daños resultantes de una acción dañosa que, sin duda, colapsaría los tribunales si las indemnizaciones por daño puramente económico fueran concedidas. Puesto que muchas acciones negligentes tienen efectos impredecibles en un número potencialmente indeterminado de víctimas afectadas en lo que a intereses económicos se refiere, la responsabilidad por daños puramente económicos sin conexión directa con el daño físico o psíquico del demandante crearía una proliferación de demandas interpuestas por un número indeterminado de víctimas y en una cantidad también indeterminada. Como expresó el magistrado Cardozo en *Ultramares Corp. v Touche*, la responsabilidad por daños puramente económicos expone a los demandados a una "*liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*".

²⁰ Esto hace que la afirmación sea tanto positiva como normativa.

²¹ En la literatura, el mayor defensor de esta línea de pensamiento es Robert RABIN, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", 37 *Stanford Law Review* (1985), p. 1513.

El ejemplo más claro del riesgo que supone el reconocimiento de responsabilidad por daños puramente económicos es el de los casos de rotura de cables y conducciones²²: si una presunta negligencia menor por parte de una empresa de construcción daña una línea de teléfono o un cable eléctrico, una regla que permitiera indemnización por los daños a los demandantes que no han sufrido ni daños personales ni en la propiedad, implicaría que le empresa constructora sería responsable frente a todos los individuos y negocios que sufrieran cualquier pérdida por el apagón o la interrupción de las comunicaciones. La cantidad y extensión de las pérdidas resultaría completamente indeterminada y generaría una multitud no deseada de pleitos a raíz de una leve falta de cuidado de la constructora.

Se han lanzado varias críticas desde diversas posiciones contra esta justificación pragmática de la conveniencia de negar responsabilidad por daños económicos²³, que no voy a reproducir aquí. Mencionaremos algunas imperfecciones del argumento tanto desde un punto de vista positivo como normativo. Sin duda, atemoriza la visión de un flujo interminable de demandantes de daños. Pero tal visión debía ser mucho más lúgubre para un espectador del siglo XIX o de principios del XX que para nosotros, a comienzos del siglo XXI, acostumbrados a casos masivos de responsabilidad por productos defectuosos, por daños medioambientales o por fraude económico. El derecho de daños ya ha aceptado hoy, de mejor o peor gana, al menos en ciertos ámbitos, la posibilidad de un elevado número de demandantes cuya pretensión obedece a una única acción dañosa. De este modo, el panorama no parece tan poco atractivo actualmente como debía resultar 100 o 150 años atrás.

Además, el peligro de una larga lista de pleitos por daños es exagerado si se tiene en cuenta que los casos que afectan potencialmente a un amplio número de demandantes son poco comunes²⁴. Por tanto, si el riesgo de una avalancha de pleitos es remoto, entonces el correspondiente beneficio de evitar tal riesgo también es pequeño. Aún más, la afirmación de que todos los casos de daños económicos implican potencialmente un número ilimitado de demandas es una grotesca deformación de la realidad. Como se verá en la sección 5, la mayoría de los casos en los que se rechaza

²² Ejemplos de este tipo de casos son el británico *Spartan Steel and Alloys v Martin & Co.* [1973] Q. B. 27; el caso americano *Kaiser Aluminium & Chem C. v Marshland Dredging Co.* F. 2d 957 (1972); el alemán BGHZ 41, 123; el italiano Puddu (Cass. Sez. Un. 24 giugno 1972, n. 2135, Giur. It., 1973, 1, 1125); y los españoles, SAP Alicante 29.1.1996 (AC 1996\326) y SAP Barcelona 2.11.2000 (AC 2001\33).

²³ Un minucioso examen y crítica de los diversos elementos presentes en el argumento de la avalancha de litigios se presenta en Jane STAPLETON, "Duty of Care and Economic loss: A Wider Agenda" 107 *Law Quarterly Review* (1991), p. 53. Véase también Donald HARRIS y Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 54; Jan van DUNNÉ, "Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law-common Law split on Compensation of Non-physical Damage in Tort Law", 4 *European Review of Private Law* (1999), p. 426; Eileen SILVERSTEIN, "On Recovery in Tort for Pure Economic Loss", 32 *University of Michigan Journal of Law Reform* (1999), p. 404.

²⁴ Se trata, sin embargo, de una cuestión empírica (no totalmente segura en términos de la respuesta correcta) saber si en los casos de cables y conducciones la probabilidad de que ocurra el suceso es alta o baja. Con el conveniente equipo de reparación y el entrenamiento necesario, quizás sería más exacto hablar de eventos de corta duración. Ver Fernando Gómez, "Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 2001", 57 Cuadernos *Civitas de Jurisprudencia civil* (2001), p. 567.

indemnizar el daño puramente económico implican a un número escaso de partes potencialmente dañadas, generalmente una sola, precisamente alguien que contrató con la víctima que sufrió el daño en su persona o en sus bienes. En este contexto, el argumento de la avalancha está muy desencaminado, pues permitir el resarcimiento del daño puramente económico únicamente dará lugar a un único pleito de daños, número que no parece suponer ninguna amenaza seria para ningún sistema judicial.

Sin embargo, hay cierta verdad en el argumento práctico en favor de la negación de responsabilidad por daños puramente económicos basada en evitar excesivos e indeterminados litigios. Los costes de administración y de litigación son costes sociales que deben ser tenidos en cuenta de forma adecuada en la búsqueda de soluciones eficientes para cada caso.

c) La interpretación política: la exclusión del daño económico como resultado de la ideología del *laissez-faire*

Se ha intentado argumentar que el concepto de daño puramente económico y su exclusión son nociones intensamente arraigadas en una determinada visión política del sistema de daños, a saber, aquella cuya ideología es favorable al libre mercado y a los postulados ideológicos del *laissez-faire*. En términos históricos y actuales, la exclusión de responsabilidad por daño puramente económico legitima los valores del mercado y de la ordenación privada, desplazando el uso de reglas de responsabilidad que pueden interferir con los diferentes acuerdos contractuales a los que los participantes en el mercado hayan o pudieran haber llegado²⁵. Además, algunos sostienen que si los tribunales permitieran las indemnizaciones por daños puramente económicos, se generaría una contradicción difícilmente salvable en un sistema jurídico liberal, ya que debería justificarse por qué no se deriva responsabilidad de los intercambios habituales en el mercado en los que también se dan daños económicos (algunos ganan a expensas de otros, incluso sistemáticamente²⁶).

En nuestra opinión, la explicación política de la regla del daño puramente económico es poco convincente, pero no trataremos aquí de refutarla porque supondría apartarnos de la finalidad principal del trabajo. Sin embargo, en todo caso e independientemente de su corrección y valor (explicativo), tal fundamento político no nos permite derivar criterios que de forma útil nos ilustren acerca de cómo entender y resolver los casos relevantes de forma eficiente.

²⁵ John FLEMING, "Tort in a Contractual Matrix", 5 *Canterbury Law Journal* (1993), p. 277; Joanne CONAGHAN y Wade MANSSELL, *The Wrongs of Tort*, 2nd ed., Pluto Press, London-Sterling (VA), (2000), p. 21. Desde un punto de vista más positivo, pero enfatizando que la regla del daño económico sirve para preservar la libertad de contratación, Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American tort law: the examples of J' Aire and products liability", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 83; Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American Tort Law", en Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 125.

²⁶ Véase Eileen SILVERSTEIN, "On Recovery in Tort for Pure Economic Loss", 32 *University of Michigan Journal of Law Reform* (1999), p. 408.

3.2 Teorías económicas acerca de la regla de exclusión del daño económico

Centremos ahora la atención en los argumentos sobre el tratamiento de los daños puramente económicos que presentan un componente de teoría económica, sea más o menos explícito. La conclusión la anticipamos ya: aunque varias de estas teorías económicas proporcionan valiosas aportaciones sobre la naturaleza y relevancia de alguno de los aspectos implicados, no consiguen integrar en una única visión económica un conjunto tan heterogéneo de situaciones como las que se engloban habitualmente bajo la etiqueta de daño económico. Solamente una perspectiva económica pluralista puede resultarnos útil para analizar un conjunto plural de fenómenos como son los casos de daños puramente económicos.

Empezaremos con la perspectiva más influyente y extendida de la regla de exclusión del daño puramente económico entre la comunidad académica dedicada al análisis económico del derecho: el argumento que separa las pérdidas privadas de las pérdidas sociales.

a) La divergencia entre pérdidas privadas y pérdidas sociales

Los daños derivados de una concreta acción sufridos por una víctima determinada, por el demandante que los reclama en una acción de daños, pueden diferir en ocasiones de las pérdidas netas que sufre la sociedad en su conjunto como consecuencia de tal acción. Más específicamente, las pérdidas privadas de una víctima pueden verse contrarrestadas por las ganancias privadas de alguien que resulte beneficiado por la misma acción, dejando a la sociedad en su conjunto mejor en términos de bienestar social que antes de que tuviera lugar la acción causante del daño y del beneficio. Aunque esta discrepancia entre pérdidas privadas (que una víctima pueda tratar de ver resarcidas mediante una acción de responsabilidad civil extracontractual) y pérdidas sociales pueda darse en otras situaciones, se presenta típicamente en los casos de daños puramente económicos.

El ejemplo más claro es el de las ventas dejadas de realizar. Si mediante una acción dañosa de un sujeto (por ejemplo, se causa un daño a una infraestructura pública que daba acceso a los locales de venta), se impide a un vendedor X vender su mercancía durante un determinado período de tiempo, X (correctamente) consideraría los beneficios dejados de obtener por las ventas no realizadas como una pérdida que requiere compensación. Pero las ventas dejadas de realizar por X pueden haber sido realizadas por un competidor que venda el mismo producto, por ejemplo Y, quien habría visto aumentados sus ingresos en una cantidad igual a la dejada de obtener por X. La pérdida social neta derivada de los daños a la infraestructura (exceptuando los costes de reparación, que afectan a su propietario) es cero. A no ser que se permita recuperar el incremento de ventas de Y, forzar al causante negligente del daño a la infraestructura a pagar la suma total de daños a X; incluyendo las ventas perdidas, determinaría que se superaran de hecho los costes sociales de su comportamiento y se crearán incentivos excesivos para incrementar la precaución o ajustar el nivel de actividad. La regla de exclusión de los daños económicos previene precisamente este

resultado ineficiente negando el resarcimiento de aquellas pérdidas privadas de X que sean puramente financieras (de transferencia), privadas pero no sociales. La discrepancia existente entre las pérdidas privadas y las sociales es típicamente el total del daño puramente económico y su exclusión de la indemnización que deberá pagar el causante responsable²⁷ es así correcta e intachable desde el punto de vista económico.

Una de las proposiciones más básicas e intuitivas del análisis económico del derecho de daños es que el potencial causante del daño debe soportar una responsabilidad igual (pero no mayor) a los verdaderos costes sociales netos derivados de su actividad. Por lo tanto, resulta importante identificar de forma clara qué pérdidas sufridas por una víctima son traducibles de hecho en el coste social neto que no puede compensarse de otras formas (tales como la restitución de beneficios, el enriquecimiento injusto y otras instituciones similares). Pero no puede sostenerse plenamente que esta proposición sea el único principio o guía para resolver las cuestiones que se suscitan en los casos tratados comúnmente como de daño o pérdida puramente económica²⁸. El argumento de la divergencia entre pérdida privada y pérdida social resulta muy útil para entender el problema que se suscita en caso de ventas dejadas de realizar²⁹, pero no puede resolver otros tipos de casos. Además, si aplicáramos este principio al caso de los salarios dejados de percibir, por ejemplo, el resultado más probable sería que los salarios dejados de percibir nunca deberían compensarse, con independencia de que sean o no consecuencia directa de un daño a la integridad física del demandante.

²⁷ La idea de que la divergencia entre las pérdidas privadas y sociales es el fundamento del concepto de daño económico y de su exclusión como partida indemnizatoria fue propuesta por primera vez por William BISHOP, "Economic Loss in Tort", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 4, y, posteriormente, fue ampliamente compartida por la mayoría de los analistas económicos de la materia. Véanse Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 136; William LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 251; Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 31; Francesco PARISI, "Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine", George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No. 01-21, p. 5; Mauro BUSSANI, Vernon PALMER, y Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", en Mauro Bussani y Vernon Palmer, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, p. 30 (los dos últimos analizan ampliamente todas las relaciones posibles entre pérdidas privadas y pérdidas sociales).

²⁸ No todos los analistas económicos mantienen la visión de que éste es el único argumento válido para excluir la indemnización de los daños económicos. El propio Bishop defiende un enfoque económico más pluralista en William BISHOP y John SUTTON, "Efficiency and Justice in Tort damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule", 15 *Journal of Legal Studies* (1986), p. 347; William BISHOP, "Economic loss: economic theory and emerging doctrine", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 73. Goldberg, a su vez, opina que la regla de exclusión de los daños económicos incorpora importantes aspectos de evitación del riesgo moral (incentivos a la víctima potencial para invertir en precaución antes del accidente) y de mitigación de los daños (incentivos a la víctima para adoptar medidas que reduzcan el alcance del daño una vez ocurrido el accidente): Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 16.

²⁹ Como veremos en la sección 4, incluso los casos de daños derivados de una lesión directa en la propiedad del demandante, que en todos los sistemas jurídicos quedan fuera del alcance de los daños puramente económicos. Ésta es una razón adicional para confirmar que la noción de daño puramente económico no puede ser entendida mediante un único fundamento, incluso uno tan aparentemente incontestable como el de la divergencia entre pérdidas privadas y pérdidas sociales.

b) Canalizar los daños mediante contratos

Rizzo³⁰ ha patrocinado una diferente justificación económica del concepto de daño económico y de la consiguiente regla de exclusión. El núcleo de su argumento es el siguiente: dado que los daños económicos tienden a estar muy extendidos y que compensarlos mediante el sistema del derecho de daños comportaría cuantiosos costes de litigación, es preferible que aquellos que prevean un daño económico derivado de la acción de un tercero desplacen el valor anticipado de la pérdida a la persona que pueda sufrir el daño físico y que sea este último quien obtenga la compensación del causante del daño. Y solamente se puede lograr este incentivo a canalizar el daño a través de la víctima dañada físicamente si negamos a las restantes víctimas acción directa contra el causante para resarcirse de los daños puramente económicos. La parte que sufra la pérdida económica sería compensada *ex ante* o *ex post* a través del contrato, y el causante respondería de hecho de los daños económicos (frente a la víctima directa), pero reduciendo muy sustancialmente los costes de litigación, ya que en lugar de una multiplicidad de demandas, todos los daños se concentrarían en una única demanda interpuesta por la víctima directa. El ejemplo más claro puede encontrarse en los casos de daños a cables telefónicos o eléctricos. Los clientes de las compañías telefónicas y eléctricas no tendrían acción contra quien negligentemente causa daños a la línea, pero obtienen un precio inferior (o una compensación contractual después del accidente) de la compañía que, a su vez, podrá obtener una indemnización de daños y perjuicios del causante por una cantidad que cubra la reducción de precio o la compensación contractual a las víctimas de daños económicos.

El argumento, aunque sugerente en algunos contextos, no puede calificarse como una teoría general del daño puramente económico en el derecho de daños. En primer lugar, algunos casos de daños económicos (por ejemplo, los supuestos de información negligente sobre la solvencia de un tercero) no tienen una “víctima directa” con quien aquellos que han sufrido pérdidas económicas puedan entablar una negociación para canalizar su resarcimiento. En otros casos, como ya hemos apuntado en la crítica al argumento de la avalancha de litigios, simplemente no existe riesgo de excesiva cantidad de litigación, puesto que los daños económicos están tan concentrados como los daños personales o a la propiedad. Además, canalizar los daños mediante contratos puede implicar costes de transacción apreciables, particularmente en aquellas áreas en las que el proceso contractual está fuertemente estandarizado (como es el caso de las compañías telefónicas y otros servicios públicos), donde introducir cláusulas adicionales ajustadas al nivel de los posibles daños económicos del cliente es casi inimaginable.

c) La víctima de los daños económicos como asegurador a menor coste

³⁰ Véase Mario RIZZO, “A Theory of Economic Loss in the Law of Torts”, 11 *Journal of Legal Studies* (1982), p. 281

Algunos autores³¹ también sostienen que la exclusión de la indemnización de los daños puramente económicos expresa una preferencia por el seguro de daños frente al seguro de responsabilidad civil. La persona que puede sufrir un daño puramente económico está en mejor posición para evaluar la probabilidad de éste y también para calcular el alcance del mismo. El hipotético causante potencial, por el contrario, se encuentra en una posición en la que le resulta imposible calcular el coste esperado del daño puramente económico, dado el número potencialmente muy elevado de personas afectadas y la heterogeneidad de las pérdidas económicas en las que cada uno puede incurrir. Esto hace que la víctima sea quien mejor pueda asumir el riesgo y que, por lo tanto, desde el punto de vista de la eficiencia, sea la persona que deba soportar el coste del accidente.

Tal ventaja en el seguro no puede explicar, sin embargo, que exista una preferencia por excluir los daños económicos de la indemnización. En primer lugar, los seguros de daños y los seguros de responsabilidad civil no se excluyen mutuamente. El primero tiene típicamente un campo de aplicación más amplio y cubre un conjunto mayor de supuestos que el segundo. Lo importante es coordinarlos adecuadamente de forma que los incentivos de las partes a adoptar precauciones si son aversas al riesgo no queden distorsionados por la presencia conjunta de las dos formas de seguro. En segundo lugar, decidir hacer responsable a alguien únicamente sobre la base de la asegurabilidad puede acarrear efectos no deseados. Puede ser una buena alternativa cuando estamos convencidos de que la responsabilidad no va a tener incidencia sobre la disuasión. Si no hay lugar para la prevención, ocupémonos, por así decirlo, de distribuir los daños tan ampliamente como podamos. Pero no existe ninguna indicación de que la disuasión y la prevención de los comportamientos dañinos sean completamente fútiles en relación con los daños económicos. Al contrario, como veremos en la sección 4, hacer responder por daños económicos en muchos casos podría tener un notable y positivo efecto disuasorio. De forma que la ventaja en términos de asegurabilidad podría ser un criterio aceptable a partir del nivel en que el objetivo de conseguir incentivos óptimos para los niveles de cuidado y de actividad se vuelva inalcanzable, pero no antes.

4. Los principios económicos presentes en los grupos de casos

En esta sección vamos a presentar los principios económicos fundamentales que, en nuestra opinión, nos permiten dar sentido a los grupos de casos más importantes que son

³¹ Más claramente, Robert RABIN, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", 37 *Stanford Law Review* (1985), p. 1531, pero se trata de un tipo de argumento que permea de forma más o menos explícita, junto con el argumento de la avalancha de litigios, las razones por las que muchos sistemas de *Common Law* rechazan la responsabilidad del demandado aplicando la exclusión de la indemnización del daño puramente económico. Otros utilizan un tipo de argumento semejante (aunque la defensa que hacen de la regla del daño económico sea mucho menos general) pero no limitan su alcance al seguro, ampliando la idea a todos los medios alternativos de protección disponibles por la víctima del daño económico: Jane STAPLETON, "Duty of Care: Peripheral Parties and Alternatives opportunities for Deterrence", 111 *Law Quarterly Review* (1995), p. 301.

calificados en los distintos ordenamientos jurídicos como casos de daño económico. La idea de una pluralidad de principios organizadores no debe sorprender, dada la ya anticipada postura acerca de la radical heterogeneidad de los casos, la falta de coherencia y unidad en el concepto de daño puramente económico y la falta de una explicación suficientemente general en las diversas teorías que pretenden privar de compensación a los daños puramente patrimoniales.

En este sentido, otros analistas económicos han abogado por un enfoque económico pluralista al tratar la mayoría de grupos de casos afectados³². Compartimos esta diversidad básica de aspectos económicos presentes en las diferentes situaciones, aunque la identificación de dichos aspectos y, a veces, también las implicaciones del análisis difieren de los suyos de forma acusada.

a) El principio de subrogación

La mayoría de ordenamientos jurídicos reconocen explícitamente a los aseguradores que han pagado a los asegurados la indemnización contractualmente prevista un derecho a subrogarse en la pretensión que tendría el asegurado contra el responsable del daño, a fin de recuperar la suma pagada al asegurado. Si una casa propiedad de X es destruida por la acción negligente de Y, la compañía aseguradora Z, habiendo pagado, de conformidad con la póliza, la cantidad n a X, podrá ejercitar una acción en subrogación contra Y para obtener el resarcimiento de n³³.

Se ha demostrado que prever la subrogación en el contrato de seguro responde perfectamente a la maximización de los intereses de las partes³⁴. Además, también se ha comprobado que la subrogación es la solución más eficiente entre todas las alternativas plausibles (acumulación por la víctima de los beneficios del seguro y la indemnización de daños, deducción de los beneficios del seguro de la indemnización de daños, y subrogación) tanto para los incentivos a la precaución como para los incentivos de los sujetos aversos al riesgo para asegurarse contra eventuales sucesos dañinos³⁵.

³² Véanse particularmente William BISHOP, "Economic loss: economic theory and emerging doctrine", en Michael FURMSTON (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 73; William BISHOP y John SUTTON, "Efficiency and Justice in Tort damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule", 15 *Journal of Legal Studies* (1986), p. 347; Donald HARRIS y Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", en Michael FURMSTON (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 45.

³³ Los detalles sobre el mecanismo de la subrogación y su alcance difieren en los distintos sistemas jurídicos. Para su análisis, véase Fernando GÓMEZ, "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics* (2002), de próxima publicación, texto acompañando a la nota 3.

³⁴ Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 235.

³⁵ Fernando GÓMEZ, "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics* (2002), de próxima publicación. Véase también Alan SYKES, "Subrogation and Insolvency", 30 *Journal of Legal Studies* (2001), p. 383. En el primer trabajo se analizan los efectos de la elección entre los tres instrumentos jurídicos en un contexto con reglas de responsabilidad imperfectas (la elección no tendría sentido en un sistema de responsabilidad que funcionara perfectamente) en

Muchos de los casos tratados como daños puramente económicos pueden entenderse de forma satisfactoria en términos económicos utilizando la misma lógica que preside la subrogación en los contratos de seguro. El daño patrimonial que una parte no dañada directamente en su persona o bienes por un comportamiento negligente intenta ver resarcido demandando al causante es muy similar a la acción de subrogación derivada de un contrato de seguro.

La analogía es más visible en el siguiente tipo de casos que han ocupado a los tribunales españoles hace años: se lesiona negligentemente a un trabajador que, en consecuencia, estará de baja durante un cierto período de tiempo. Tanto por ley (funcionarios públicos) como por contrato (trabajadores privados), el empleador puede venir forzado a pagar los salarios del trabajador durante el período de baja. Finalmente, el empleador demanda al causante solicitando el pago de los salarios satisfechos (sin que el trabajador haya prestado sus servicios). El Tribunal Supremo, después de un período inicial en el que la Sala Segunda estimaba las demandas³⁶, ha optado finalmente por rechazar la responsabilidad del causante por los salarios pagados con base en el principio de certeza y efectividad del daño³⁷.

En términos económicos, lo que hace el empleador pagando los salarios durante el período de baja es asegurar al empleado contra un verdadero daño en términos sociales, la destrucción, aunque temporal, de valiosos recursos sociales, recursos humanos, en este caso. Debiera permitirse al empleador ver resarcidos los salarios pagados porque su acción no consiste más que en demandar en subrogación por la pérdida de salarios sufrida por la víctima directa. Si se desestima la demanda de daños³⁸, el causante no tendrá que hacer frente a una parte del coste social derivado de su actividad dañosa y, por lo tanto, los incentivos a adoptar un comportamiento precavido y a ajustar su nivel de actividad serán ineficientemente bajos. Esta ineficiencia puede considerarse insignificante en un caso determinado, pero si se piensa en el número de accidentes de este tipo que ocurren cada año, la imagen global es la de una preocupante ineficiencia. Además, en un contexto como éste podemos encontrar un elemento adicional de ineficiencia. Si suponemos que es óptimo para las partes de un contrato laboral asignar al empleador que sería entonces el coste (salarios) del riesgo de un accidente que afecte al trabajador (*superior risk-bearer*), la regla que deniega la indemnización puede inducir a las partes a adoptar una distribución ineficiente del riesgo eliminando el pago de los salarios durante los períodos de baja. La exclusión de la indemnización por los salarios perdidos beneficia al causante del daño (que se ahorra pagar los salarios cuya pérdida ha provocado) a expensas tanto del empleador como del empleado, y si esta transferencia forzada y no deseada es lo suficientemente importante, las partes en el contrato pueden decidir racionalmente introducir una

las dos dimensiones mencionadas en el texto. Sykes analiza un modelo más general en un contexto imperfecto concreto (el de la insolvencia) y exclusivamente en relación a la decisión de asegurarse.

³⁶ STS, 2ª, 13.5.1975 (RJ 1975\2083); STS, 2ª, 20.9.1982 (RJ 1982\4948); STS, 2ª, 13.12.1983 (RJ 1983\6522).

³⁷ STS, 1ª, 14.2.1980 (RJ 1980\516); STS, 1ª, 14.4.1981 (RJ 1981\1539); STS, 1ª, 25.6.1983 (RJ 1983\3685); STS, 1ª, 29.9.1986 (RJ1986\4922).

³⁸ O la acción de resarcimiento, como en Alemania: el mecanismo técnico de la acción es irrelevante en este sentido.

cláusula ineficiente (que asignaría el riesgo al *inferior risk-bearer*, en este caso, el trabajador) con tal de eliminar el subsidio forzoso a favor del causante del accidente.

La lógica subrogatoria no restringe su campo de aplicación a los contratos de trabajo y a los salarios en períodos de baja. Se extiende a todos los casos de daño económico aparente en los que existe un contrato entre la víctima directa y otra persona, contrato que asigna algunos riesgos que puedan verse incrementados por la acción del causante.

Éste es el caso de los contratos de arrendamiento y flete. Cuando las partes firman un contrato de estos o similares tipos, deben asignar³⁹ el riesgo de que el edificio u objeto arrendado o la embarcación fletada puedan ser destruidos o dañados por la acción negligente de un tercero o por caso fortuito durante la vigencia del contrato. Cuando el arrendatario o el fletador deben pagar la renta o el flete durante el período en el cual el objeto del contrato está fuera de uso, devienen, en términos económicos, aseguradores de tal riesgo⁴⁰, y deberían poder recuperar la cantidad pagada sin poder utilizar el objeto del contrato. Si el contrato prevé que el arrendatario o el fletador no van a pagar el precio durante el período de reparación, entonces es el propietario quien asume el riesgo. En este caso, es indiscutible que el propietario estará legitimado para obtener compensación por la renta dejada de obtener: será considerada como perjuicios derivados de un daño a la propiedad y, por tanto, resarcible de conformidad con los requisitos ordinarios de la responsabilidad extracontractual. Pero aquí, como en el caso de los salarios dejados de percibir, no debería hacerse ninguna diferenciación por el hecho de que exista una provisión de seguro en el contrato. La parte que sufre la pérdida en virtud del contrato (el “asegurador” de ese riesgo de pérdida) debería estar legitimada para reclamar, sea el precio contractual, sean los salarios perdidos contra el causante.

La misma lógica se aplica a los casos de daño económico en los que la acción del causante aumenta el coste de cumplir un contrato. En el famoso caso inglés *Cattle v Stockton Waterworks Co*, el demandante en la acción de daños era un constructor que había contratado con el propietario de un terreno la construcción de un túnel subterráneo en la propiedad a cambio de un precio fijo. El demandado inundó negligentemente el túnel, con lo que incrementó significativamente el coste de terminar la construcción en la forma y tiempo acordados. En este caso, la cláusula de precio fijo hacía al contratista asegurador económico de los riesgos que pudieran afectar negativamente al desarrollo de la prestación. El incremento del coste de producción reduce recursos reales en la economía. Se trata de un hecho negativo incierto que el contratista ha asegurado y por el que debería ser capaz de lograr compensación bajo el amplio principio de subrogación defendido en esta sección. Parecidamente, en el caso

³⁹ Es también posible que el ordenamiento establezca normas dispositivas para regular la materia si las partes no la han resuelto en el contrato. Por ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos obliga al arrendatario a pagar el alquiler, a no ser que las partes hayan acordado otra cosa, si los trabajos de reparación no permiten el uso del espacio alquilado durante un periodo inferior a 20 días, (aunque en este caso, la norma española es en realidad imperativa en beneficio del arrendatario).

⁴⁰A igualdad de condiciones, el propietario debería pagar una prima de seguro por ello, aunque implícito. Habitualmente adoptará la forma de un precio contractual menor o de unas condiciones contractuales mejores.

australiano *Caltex Oil v The Willemstad*, el demandado dañó negligentemente un oleoducto que discurría por el fondo de una bahía, lo que obligó al demandante a enviar el carburante por barco hasta que la conducción fuera reparada. También aquí el incremento del coste de producción es un coste social, y sea quien sea, según el contrato, quien asegure a la otra parte contra un hecho negativo de esta índole, debería estar facultado para resarcirse del aumento de los costes de cumplimiento⁴¹.

En los párrafos anteriores nos hemos referido al principio de subrogación para proporcionar apoyo a la compensación mediante una acción de daños por el precio de mercado del recurso afectado negativamente por el causante (prestación laboral, objeto alquilado, coste de cumplimiento). El principio de subrogación no cubre, sin embargo, el excedente que la parte aseguradora –o el consumidor– podrían haber obtenido si la acción negligente no hubiera tenido lugar. Por ejemplo, el empleador de un trabajador difícil de reemplazar (un futbolista u otro empleado estrella, como en el caso italiano Meroni), podría reclamar daños y perjuicios, bajo el principio de subrogación, por los salarios u otras sumas pagadas al trabajador dañado. Pero la subrogación no se extendería al excedente, si existiera, que el empleador recibiría como consecuencia del contrato y que, si el trabajador ha muerto o quedado permanentemente discapacitado, ha perdido como por efecto de la acción del causante. O, en el caso del arrendamiento o fletamento, la subrogación cubriría la cantidad de la renta o flete, pero no el beneficio que el arrendatario o el fletador iban a realizar mediante el contrato.

En ambos casos, esas pérdidas derivan de las ventas dejadas de realizar por la parte contractual que no sufre daño personal o en la propiedad. Y como ventas dejadas de realizar, deberán ser tratadas bajo el principio que examinaremos en la subsección 4 b)⁴².

⁴¹ De hecho, en este caso el tribunal australiano estimó la compensación del daño económico: John FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, LBC Information Services, Sydney, (1998), p. 199.

⁴² Algunos analistas económicos proponen más razones para negar la compensación de los beneficios dejados de obtener en estos casos. En el caso del trabajador estrella, Mauro BUSSANI, Vernon PALMER, y Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", en Mauro Bussani y Vernon Palmer, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, (2002), creen que no compensar está justificado cuando el trabajador sea una "estrella": las estrellas tienen un poder monopolístico debido a la naturaleza no fungible de sus servicios, lo que les permite obtener rentas que probablemente capturen la mayoría del excedente del contrato. Por lo que si se compensan los salarios perdidos (tanto directamente al trabajador como al empresario mediante la subrogación), se supera, de hecho, el excedente del contrato, y una compensación adicional al empleador va a suponer probablemente una sobrecompensación. Aunque pueda haber cierta verdad en ello, creemos que la mejor forma de solucionar estos casos es bajo la óptica de las ventas dejadas de realizar. En los casos de alquiler y fletamento, Victor GOLDBERG, , "Recovery for Pure Economic Loss in Tort: Another Look at *Robins Dry Dock v. Flint*", 20 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 262 cree que permitiendo la compensación al arrendatario o al fletador de los beneficios dejados de obtener se les estaría sobrecompensando de hecho. En contratos de larga duración como éstos, el precio contractual es la mejor estimación del valor de los servicios arrendados (uso del edificio o de la embarcación) en el momento de contratar. Obviamente, el precio de mercado en cualquier momento futuro puede ser superior (en tal caso, el arrendatario o el fletador realizan una ganancia con el contrato) o inferior (en cuyo caso el arrendatario o fletador han hecho un mal negocio) al precio contractual. Permitiendo la compensación de los beneficios dejados de obtener en el primer caso, sin obligarlos a restituir la ganancia resultante de la terminación o la interrupción del contrato o pérdida en el segundo, sobrecompensaría al conjunto de los arrendatarios o fletadores.

El excedente perdido por el consumidor tampoco se ve afectado por la analogía con la subrogación. Obviamente, esto no significa que no pueda haber muchos casos en los que un apreciable excedente del consumidor pueda perderse debido a la acción del causante. Pensemos, como ejemplos más importantes, en los típicos casos de cables o conducciones: se daña un cable eléctrico o telefónico y se interrumpe la línea. Obviamente, las compañías eléctrica y telefónica sufren pérdidas debido a la interrupción. Las empresas consumidoras de luz o teléfono también van a perder ventas⁴³. Como en el caso anterior, las ventas dejadas de realizar creemos que deben analizarse bajo la óptica de la divergencia entre pérdidas privadas y pérdidas sociales.

Pero la verdad es que los precios de la electricidad y del teléfono probablemente no incorporan el excedente total que los consumidores derivan de los servicios de luz y teléfono. Los clientes no empresarios se verán privados del uso del teléfono y ello va a eliminar excedente de los consumidores que integra la función de bienestar social⁴⁴. Indiscutiblemente, hay aquí una pérdida social neta que idealmente debería verse reflejada en la indemnización que un potencial causante debería afrontar a la hora de decidir sus niveles de actividad y de precaución. El problema es que esta pérdida social se dispersa entre un gran número de agentes descoordinados y, además, los consumidores que tienen una pretensión legítima porque han sufrido una reducción en su excedente no se pueden distinguir fácilmente de aquellos que plantean una reclamación espurea (por ejemplo, no tenían ninguna intención de utilizar el teléfono durante el período de interrupción de la línea). Éste es un ámbito indicado para una regla pragmática de no compensación basada en una legítima preocupación por los costes administrativos de demandas pequeñas y posiblemente frívolas, esto es, el ya examinado miedo a una sobredosis de litigación.

b) Pérdidas sociales y ventas dejadas de realizar

El problema con las ventas dejadas de realizar es que las operaciones que una empresa determinada pierde pueden ser las ventas que una empresa competidora gana. Por lo que se refiere a la responsabilidad por el daño ocasionado, el problema es, como ya se apuntó en la sección 3, que las pérdidas privadas no son siempre pérdidas sociales, sino que pueden ser externalidades positivas para otros sujetos, señaladamente para empresas productoras de bienes sustitutivos de los de la empresa afectada.

La posible divergencia entre pérdidas privadas y pérdidas sociales no aparece únicamente en áreas caracterizadas comúnmente como casos de daños puramente económicos. Todos los casos de daños y perjuicios, siempre que deriven de beneficios

⁴³ Como sucedía en los casos citados en la nota 22.

⁴⁴ De hecho, la pérdida no solamente afecta a aquellos consumidores cuyas líneas de teléfono han quedado interrumpidas. El teléfono es el ejemplo primario de un bien o servicio que crea externalidades positivas al estar integrado en una red: cuanto más gente utiliza el servicio, más valioso es el servicio para cada consumidor. Esto significa que cuando algunos consumidores no pueden utilizar el teléfono, no solamente ellos sufren una pérdida de utilidad, sino que todos los usuarios de la misma sufren una caída de utilidad, aunque sea muy pequeña. Sobre las externalidades de red en general, véase el fascinante libro de Oz SHY, *The Economics of Network Industries*, Cambridge University Press, Cambridge, (2001).

dejados de obtener o de ventas dejadas de realizar pueden verse aquejados por la misma discrepancia. Entonces, la regla eficiente en el derecho de daños sería aquella que limitara la indemnización a los daños privados no compensados por los beneficios producidos a un tercero y que, por lo tanto, constituyen efectivamente un daño social. Esto es aplicable tanto para daños y perjuicios en general como para daños puramente económicos⁴⁵.

La regla de limitación de indemnización a los daños sociales es más fácil de proclamar en teoría que de aplicar sensatamente en la práctica. Los daños privados son, con todos los inevitables problemas de cálculo, relativamente fáciles de discernir. En cambio, el problema de cómo calcular los daños sociales sufridos es de una magnitud diferente. Debería examinarse si ha habido o no ventas alternativas (o ventas pospuestas), si las ventas alternativas o pospuestas se han hecho a un nivel igual de costes de producción, si el grado de sustituibilidad entre las ventas dejadas de realizar y las ventas alternativas o pospuestas es perfecto o no⁴⁶. Las elasticidades de oferta y demanda en el sector también desempeñarían un cierto papel ya que influyen en la disminución de la cantidad total vendida y, con ello, sobre el excedente social que se pierde.

La estructura del mercado también es relevante, y aparentemente, capaz de proporcionarnos indicaciones claras sobre cómo las pérdidas privadas se traducen en daños sociales. Si las ventas dejadas de realizar afectan a una empresa en un sector perfectamente competitivo, no hay daño social. Las condiciones de un mercado perfectamente competitivo⁴⁷ garantizan que la eliminación (permanente o temporal, total o parcial) de la producción de una única empresa no afecte al equilibrio de mercado y, por ello, al excedente social. La recomendación sería entonces simplemente ignorar las ventas dejadas de realizar y desestimar cualquier acción de daños dirigida a su compensación. Por contra, si la empresa que hubiera dejado de realizar determinadas ventas fuera un monopolista puro con control perfecto del mercado, los

⁴⁵ Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 33, cree que, aunque en teoría el problema de la divergencia entre pérdidas privadas y sociales afecta tanto a los daños y perjuicios consecuenciales como a los puramente económicos, debe mantenerse la distinción en términos operacionales, y deben indemnizarse los primeros y excluir los últimos de la compensación (esto es lo que ocurre, en términos generales, en el derecho de los Estados Unidos). Sostiene que existe una correlación clara entre el carácter directo del daño y el mayor o menor margen de discrepancia entre pérdida privada y pérdida social. Aunque presenta algunas razones generales para sustentar esta afirmación empírica (el requisito del daño directo establece un límite en la responsabilidad, medida simplificada), creo que el argumento es poco convincente.

⁴⁶ Si los costes de servir a los clientes mediante ventas alternativas o ulteriores son superiores, hay una pérdida social (no por el total de la venta perdida, sino por la suma del aumento de coste).

⁴⁷ Los supuestos estándar en teoría económica para un mercado perfectamente competitivo son los siguientes: atomicidad de productores (el número de productores es tan grande que un único productor no tiene ningún impacto sobre lo que los otros hacen); homogeneidad del producto (los productos ofrecidos por los distintos productores son perfectamente sustituibles); información perfecta (tanto los productores como los consumidores tienen perfecto conocimiento de todas las variables relevantes); igualdad de los productores (todos los productores tienen la misma tecnología y las mismas funciones de costes); entrada libre e ilimitada (cualquier productor puede entrar o salir del mercado cuando quiera). Obviamente, este conjunto de supuestos muestra a las claras que la competencia perfecta es una construcción teórica, que no es algo que podamos derivar mediante la inducción o la observación de los mercados del mundo real. No obstante, se trata de una referencia extremadamente útil para evaluar el funcionamiento y las posibles medidas correctoras en los mercados reales.

beneficios no obtenidos proporcionarían una estimación –de hecho una infraestimación, a no ser que el monopolista practique con éxito discriminación de precios de primer grado– del total de los daños sociales causados. Esto implica que una regla eficiente hará responder por las ventas dejadas de realizar por el monopolista puro porque todos los beneficios dejados de obtener en este caso son pérdidas reales para la sociedad.

Desafortunadamente, ni las situaciones de competencia perfecta ni de monopolio puro⁴⁸ describen de forma efectiva muchos mercados del mundo real. Debemos ser muy cautos a la hora de usar estos criterios basados en la estructura del mercado, y no adoptar una postura extrema ya sea tanto para rechazar en todo caso la indemnización de los beneficios derivados de ventas dejadas de realizar como para estimar en cualquier caso las acciones de daños por las ventas pérdidas.

Igual de dudoso en su aplicación práctica por los tribunales es el argumento que apoya un resarcimiento más amplio de las ventas dejadas de realizar basándose en una consideración de segundo óptimo. El argumento es el siguiente⁴⁹: es cierto que la mejor solución sería negar la compensación de los beneficios dejados de obtener porque no se corresponden a verdaderas pérdidas sociales. Pero dado que la víctima de los beneficios dejados de obtener los percibe como pérdidas reales, la regla de no indemnización le induciría a adoptar medidas para reducir la probabilidad de la pérdida privada. Si estas medidas de autoprotección de la víctima potencial son socialmente más costosas que las medidas excesivas (recuerde, las pérdidas no son pérdidas sociales) de precaución del causante, será más eficiente estimar la responsabilidad para inducir al último y disuadir al primero, incluso si somos conscientes del hecho de que la responsabilidad excede el daño en términos sociales. En otras palabras, podría ser recomendable aplicar la solución óptima de segundo grado (responsabilidad, evitándose indeseadas medidas de autoprotección de la víctima), antes que aplicar la primera directamente (no medidas de protección ni cuidado) para acabar con la situación (no responsabilidad y medidas de autoprotección de la víctima).

Es posible proporcionar ejemplos en los que el argumento funciona y, por ello, la responsabilidad por lo perdido es una solución imperfecta pero más deseable que la exclusión de responsabilidad. Dudamos, sin embargo, de que las implicaciones prácticas del argumento puedan servir de ayuda a los tribunales. Nos inclinamos más bien a pensar lo contrario: los supuestos para su funcionamiento son tan fuertes y tan difíciles de apreciar en la realidad que lo mejor es olvidarse de la propuesta.

⁴⁸ Sin embargo, podría defenderse que la distribución local de electricidad todavía en la actualidad, y los servicios de telefonía antes de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones y la introducción de la telefonía móvil, podrían ser considerados monopolios perfectos, y por ello, ser buenos candidatos para una compensación completa de los beneficios dejados de obtener.

⁴⁹ Véase William BISHOP, "Economic Loss in Tort", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 8; Donald HARRIS y Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 50.

c) Sustitutivo⁵⁰ de la responsabilidad contractual

En algunos casos, la cuestión relevante es que existe una clara responsabilidad contractual del causante, pero existen factores que impiden que esta responsabilidad proporcione los incentivos adecuados al causante del daño. La responsabilidad extracontractual, en especial la que se refiere a los daños económicos, puede actuar como remedio frente a este mal funcionamiento de la responsabilidad contractual.

El ejemplo más obvio es el caso de un fedatario que negligentemente yerra a la hora de redactar el testamento siguiendo las instrucciones del testador y, en consecuencia, la herencia recae no en el beneficiario querido por el testador sino que va a parar a manos de una tercera persona. Por definición, la otra parte del contrato con el fedatario no puede reclamar basándose en la responsabilidad contractual evidente del fedatario. Indemnizar extracontractualmente⁵¹ al beneficiario deseado por el testador sirve como un valioso sustituto de la fallida responsabilidad contractual. Téngase en cuenta que aquí la distinción entre pérdida privada y pérdida social nos llevaría por mal camino, porque la consecuencia de la negligencia del fedatario es una transferencia pura sin ningún coste social: lo que el beneficiario querido no ha recibido es exactamente lo que ha obtenido el heredero *ab intestato*. Pero esto no tiene en cuenta que la pérdida real viene dada por la vulneración de los deseos y preferencias del testador. Es notablemente difícil estimar en cuánto valoraba el testador el respeto a su voluntad, por lo que la responsabilidad extracontractual se presenta como un sucedáneo simple y efectivo (probablemente con cierta sobreestimación del daño realmente producido) para el fallido y perjudicado heredero.

De forma no muy diferente, la responsabilidad extracontractual puede operar en casos de información negligente sobre la fiabilidad y solvencia financieras de un tercero. Hacer al informante (habitualmente una institución concedora de la situación financiera de la persona a la que la información se refiere, a resultas del hecho de que existe una relación contractual entre ambas) responsable frente a aquellos que han incurrido en pérdidas por confiar en la información negligente, sirve el propósito de corregir el posible mal funcionamiento de la responsabilidad contractual.

Así, la parte X a quien se refiere la información y que tiene una relación contractual, con el suministrador de información (Banco, supongamos), tiene un incentivo para reaccionar contra una comunicación negligente de la situación financiera solamente en los casos de infraestimación, porqué solamente en estas situaciones X resultará dañado por la acción negligente del Banco. En los casos de sobreestimación, el daño es externo

⁵⁰ Landes y Posner (William LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 252) utilizan el término "surrogate losses" con un significado totalmente diferente. Piensan en un daño a un recurso natural sin propietario, y se refieren a la responsabilidad por daños económicos a los no propietarios que viven de estos recursos como un sustituto valioso para compensar a los propietarios (no identificables). El ejemplo más claro sería el de la contaminación marina y la compensación a los pescadores locales. Para una coherente crítica a este enfoque, Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", *23 Journal of Legal Studies* (1991), p. 8.

⁵¹ En algunos sistemas jurídicos, como es el caso del español, esta responsabilidad está específicamente prevista en la ley (art. 705 Código Civil), pero no ocurre lo mismo en otros sistemas.

a las partes contractuales, y X no tiene incentivos (de hecho, más bien todo lo contrario), para buscar remedios contractuales que corrijan este tipo de comportamiento. El resultado de este incentivo sesgado hacia el optimismo o la sobrevaloración de la solvencia sería una desviación sistemática e indeseable en pro de informes financieros favorables⁵². En estas circunstancias, solamente los terceros que confían en la información tienen incentivos para corregir los resultados sesgados de la responsabilidad contractual mediante acciones de responsabilidad civil extracontractual.

Obviamente, el párrafo precedente no implica que deba estimarse siempre la responsabilidad frente a terceras personas que han confiado en la veracidad y corrección de la información. La definición de niveles de confianza eficientes (es decir, no excesivos) es absolutamente crucial⁵³. Lo importante es que la función de la responsabilidad extracontractual en este contexto es precisamente la corrección del funcionamiento imperfecto de la responsabilidad contractual.

d) Responsabilidad de los intermediarios o “gatekeepers”.

La mayoría de casos de daño puramente económico derivados de un suministro negligente de información (o de la omisión de tal suministro) afectan a las actividades de auditores, abogados, asesores analistas, bancos de inversión y similares. En todos estos casos, la verdadera cuestión es la existencia o la ausencia de condiciones que permitan afirmar alguna forma de responsabilidad del profesional (negligencia por no detectar y/o por informar de la conducta incorrecta de alguien). Existe una enorme literatura sobre la materia⁵⁴, y tratar de ella excede el alcance de este trabajo. Nuestra impresión es que también excede del alcance de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual que estamos tratando de analizar aquí. Parece, que las circunstancias particulares de cada uno de estos sectores profesionales, el papel de la reputación, el tipo y contenido de la regulación del sector concreto y, eventualmente, el uso de la responsabilidad penal tanto para las malas conductas subyacentes, como para el error de control o de información del profesional, son factores necesariamente a tener en cuenta a la hora de diseñar un régimen jurídico eficiente.

⁵² Existen, obviamente, factores que operan en sentido contrario, fundamentalmente la reputación del Banco. Se trata de un elemento que aproxima el principio del carácter sustitutivo de la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad de los intermediarios.

⁵³ Si se afirmara en estos casos la responsabilidad civil extracontractual con independencia del nivel de confianza que hubiera adoptado el demandante, se produciría un serio problema de riesgo moral y los destinatarios de información financiera sobre otras personas confiarían excesivamente en ella.

⁵⁴ Para una revisión muy útil, véase Reinier KRAAKMAN, “Third-party liability”, en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998), p. 583. Véase también Frank PARTNOY, “Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime”, University of San Diego School of Law, Law and Economics Research Paper No. 14, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=281360>

5. Conclusiones

En este trabajo hemos intentado presentar una nueva perspectiva sobre el concepto de daño económico en el derecho de daños y la exclusión de su resarcimiento desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Hemos defendido el carácter equívoco del concepto, como categoría normativa y como término útil para referirse a un grupo relacionado de casos y materias que merecen ser examinadas y tratadas de forma conjunta. En este sentido, la creciente recepción de la categoría en los ordenamientos y en la doctrina de la Europa continental no parece constituir un fenómeno digno de aplauso.

También sostenemos que no existe un fundamento único para explicar coherentemente el alcance de las cuestiones afectadas por la mayoría de casos analizados comúnmente bajo la regla del daño puramente económico. Ni siquiera la interpretación económica más influyente de la regla, la divergencia entre pérdidas privadas y pérdidas sociales, sirve como explicación única. El enfoque adecuado al amplio conjunto de materias implicadas en los distintos grupos de casos ha de ser necesariamente plural. Existen, sin embargo, varios principios económicos que pueden ayudarnos a organizarlos e ilustrarlos: subrogación, pérdidas sociales frente a pérdidas privadas en ventas dejadas de obtener, responsabilidad civil extracontractual como sustitutivo de una responsabilidad contractual que no puede desplegar correctamente sus potencialidades y la responsabilidad de los “gatekeepers”.

6. Bibliografía

Efstathios BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996).

William BISHOP, “Economic loss: economic theory and emerging doctrine”, en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986).

William BISHOP y John SUTTON, “Efficiency and Justice in Tort damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule”, 15 *Journal of Legal Studies* (1986).

William BISHOP, “Economic Loss in Tort”, 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982).

William BISHOP, “Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo”, 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982).

William BISHOP, "Negligent Misrepresentation Through Economist's Eyes", 96 *Law Quarterly Review* (1980).

Mauro BUSSANI, Vernon PALMER, y Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", en Mauro BUSSANI and Vernon PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002) (disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=288091>.)

Joanne CONAGHAN y Wade MANSELL, *The Wrongs of Tort*, 2nd ed., Pluto Press, London-Sterling (VA), (2000).

Pedro DEL OLMO, "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", 54 *Anuario de Derecho civil* (2001).

Erwin Deutsch, "Compensation for Pure Economic Loss in Germany", en Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996).

Jan van DUNNÉ, "Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law-common Law split on Compensation of Non-physical Damage in Tort Law", 4 *European Review of Private Law* (1999).

Bruce FELDTHUSEN, "The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality and Chaos", in Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996).

John FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, LBC Information Services, Sydney, (1998).

John FLEMING, "Tort in a Contractual Matrix", 5 *Canterbury Law Journal* (1993).

FLEMING JAMES Jr. "Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal", 25 *Vanderbilt Law Review* (1972).

Victor GOLDBERG, "Recovery for Pure Economic Loss in Tort: Another Look at *Robins Dry Dock v. Flint*", 20 *Journal of Legal Studies* (1991).

Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991).

Fernando GÓMEZ, "Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 2001", 57 *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil* (2001).

Fernando GÓMEZ, "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics* (2002).

Donald HARRIS y Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986).

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

Reinier KRAAKMAN, "Third-party liability", in Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998).

William LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987).

Hermann LANGE, *Schadensersatz*, 2nd ed., JCB Mohr, Tübingen, (1990).

Francesco PARISI, "Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine", George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper No. 01-21.

Frank PARTNOY, "Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime", University of San Diego School of Law, Law and Economics Research Paper No. 14, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=281360>.

Richard POSNER, *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Little Brown, Boston-Toronto, (1982).

Robert RABIN, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", 37 *Stanford Law Review* (1985).

Mario RIZZO, "The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982).

Mario RIZZO, "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", 11 *Journal of Legal Studies* (1982).

Gary SCHWARTZ, "The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing the Recent Experience", en Efstathios BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 103.

Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American Tort Law: The Examples of *J'Aire* and of Products Liability", 23 *San Diego Law Review* (1986), p. 37.

Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American tort law: the examples of *J' Aire* and products liability", en Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 83;

Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987).

Oz SHY, *The Economics of Network Industries*, Cambridge University Press, Cambridge, (2001).

Eileen SILVERSTEIN, "On Recovery in Tort for Pure Economic Loss", 32 *University of Michigan Journal of Law Reform* (1999), p. 404.

Jane STAPLETON, "Duty of Care: Peripheral Parties and Alternatives opportunities for Deterrence", 111 *Law Quarterly Review* (1995), p. 301.

Jane STAPLETON, "Duty of Care and Economic loss: A Wider Agenda" 107 *Law Quarterly Review* (1991), p. 253.

Alan SYKES, "Subrogation and Insolvency", 30 *Journal of Legal Studies* (2001), p. 383.

Robert WILSON, "Value Maximization", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998), p. 655.