

# InDret

*La noció de dany purament econòmic:  
Una visió crítica des de l'anàlisi econòmica del dret*

**Fernando Gómez Pomar**  
Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra

**Juan Antonio Ruiz García**  
Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 102  
Barcelona, octubre de 2002

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## ***Abstract***

El concepte de dany purament econòmic i la regla que exclou la seva compensació han intrigat juristes i tribunals en els sistemes de *Common Law* durant decennis. Els sistemes continentals també s'han enfrontat a casos qualificables com a danys purament econòmics, si bé fent ús de pensaments doctrinals i conceptuals diferents. El treball analitza la consistència del concepte de dany econòmic i conclou que aquest té, com a molt, un valor descriptiu i orientatiu residual, i un nul valor normatiu.

Realitzem una anàlisi crítica de la majoria de les teories, tant econòmiques com d'un altre tipus, que han intentat dotar a la noció de dany purament econòmic d'un fonament unificat. Finalment, presentem i defensem un enfocament econòmic pluralista que es basa en el principi de subrogació, en l'anàlisi dels danys socials en els casos de guanys perduts, en el caràcter succedani de la indemnització del dany econòmic en les situacions en què falla la responsabilitat contractual i en la responsabilitat dels “gatekeepers”.

## ***Sumari***

### 1. Introducció

### 2. La inconsistència de la noció de dany purament econòmic i d'altres conceptes relacionats

### 3. Les raons per limitar la responsabilitat per dany purament econòmic: revisió i crítica

#### 3.1 Teories no econòmiques sobre la regla d'exclusió del dany purament econòmic

##### a) La prevalència dels drets personals i reals sobre els interessos econòmics

##### b) L'argument de l'allau de litigis

##### c) La interpretació política: l'exclusió del dany econòmic com a producte de la ideologia del laissez-faire

#### 3.2 Teories econòmiques sobre la regla d'exclusió del dany econòmic

##### a) La discrepància entre les pèrdues privades i les pèrdues socials

##### b) Canalitzar la reparació dels danys mitjançant contractes

##### c) La víctima dels danys econòmics com a assegurador a menor cost

### 4. Els principis econòmics presents en els grups de casos

#### a) El principi de subrogació

#### b) Pèrdues socials i vendes deixades de realitzar

#### c) Substitutiu de la responsabilitat contractual

#### d) Responsabilitat dels “gatekeepers”.

### 5. Conclusions

### 6. Bibliografia

## 1. Introducció

El dret de danys funciona per mitjà de regles de responsabilitat que responsabilitzen els causants d'un dany dels perjudicis patits per les víctimes. La responsabilitat depèn del compliment de determinades condicions relatives, entre d'altres,

- la conducta del causant,
- la relació de causalitat entre la conducta i el dany,
- la imputació objectiva del resultat (*Proximate Causation, objektive Zurechnung*), i, eventualment,
- la natura del dany.

Pel que fa als límits del dany indemnitzable, un dels instruments més rellevants en el conjunt dels sistemes jurídics per determinar sota quines condicions ha de respondre el causant d'un dany és la regla del dany purament econòmic. En termes generals, la regla en qüestió rebutja, almenys presumptament, la indemnització del dany patit per la víctima si aquest és purament econòmic, és a dir, quan no es tracta d'un dany definible com l'impacte econòmic directe de la lesió en la persona de la víctima o en la seva propietat o com les conseqüències econòmiques indirectes que pateix aquesta.

Aquest concepte de dany econòmic, així com la regla que exclou la seva compensació, són creacions del *Common Law*, on encara avui exerceixen un paper decisiu, si més no amb un significat incert, per a definir els límits del deure de cura i la interacció entre el dret de contractes i el dret de danys<sup>1</sup>.

Per la seva banda, en els sistemes jurídics continentals, les qüestions relatives a la noció de dany purament econòmic es tracten, habitualment, mitjançant l'ús de diferents instruments jurídics, però és innegable que molts dels casos enfocats sota aquest concepte en el *Common Law* també susciten importants qüestions teòriques i pràctiques en diferents sistemes de *Civil Law*. A Alemanya, la subordinació dels danys que no siguin a la persona o a la propietat és clara segons el § 823 I BGB, la qual cosa aproxima el punt de partida de l'ordenament alemany al dels països del *Common Law*. A Alemanya la qüestió no s'ha afrontat mitjançant l'establiment d'una regla específica d'exclusió del dany purament econòmic (amb les excepcions pertinents) sinó mitjançant altres instruments: el concepte d' "un altre dret" (§ 823 II BGB), l'àmbit de protecció de la norma (§ 823 II BGB), els danys causats contra les *guten Sitten* (§ 826 BGB), l'expansió de l'àmbit del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, i el concepte de *Drittschadenliquidation*. A Itàlia, ha estat la fonèdissa noció de *danno ingiusto* la que ha permès a tribunals i doctrina traçar límits inestables pel que fa a danys no personals ni a la propietat, si bé admetent la *lesione del credito da parte di terzi* com a *danno ingiusto* (art. 2043 Codice Civile). Per la seva banda, a França, els límits de la responsabilitat en aquest camp es defineixen mitjançant la causalitat i consideracions de tipus culpabilístic. A Espanya, els tribunals han resolt casos que reunien les característiques necessàries per ser considerats com de dany purament econòmic mitjançant l'aplicació del

---

<sup>1</sup> Diversos especialistes consideren que el dany purament econòmic es l'àrea més controvertida del dret de danys, i és al centre de controvèrsia el relatiu al deure de cura: John FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, LBC Information Services, Sydney, (1998), p.194.

principi de la certesa i efectivitat del dany, a més de criteris d'imputació objectiva tals com l'àmbit de protecció de la norma infringida.

A més a més, en els últims anys, és palpable un interès creixent per la matèria entre els juristes acadèmics<sup>2</sup> de l'Europa Continental i la influència exercida per la literatura angloamericana en la matèria no pot ser ignorada per qualsevol observador imparcial.

Els límits a la indemnització del dany purament econòmic també han generat un important volum de literatura en l'anàlisi econòmica del dret, amb la finalitat de trobar la lògica econòmica que subjau en una regla limitadora d'aquest tipus en el dret de danys<sup>3</sup>. La nostra aproximació a la matèria serà, de fet, substancialment econòmica: analitzarem la conveniència d'establir o excloure responsabilitat en determinades situacions tenint en compte l'objectiu de l'eficiència econòmica.

Així doncs, assumirem que el propòsit d'afirmar o denegar la responsabilitat és la creació d'incentius adequats per al causant potencial de danys i, si s'escau, també per a la víctima, quant a les decisions de cura o precaució i a les de l'activitat potencialment danyosa. Partim, a més a més, de la idoneïtat d'un dels aspectes més bàsics i, al seu torn, més intuïtius, de l'anàlisi econòmica dels accidents i del dret de danys: per aconseguir el nivell desitjable d'activitat i de precaució, ha de fer-se responsable el causant potencial de tots els costos, equivalents a les pèrdues en termes socials generades per la seva activitat. Es veurà en la secció 3a de quina manera la idea de la responsabilitat equivalent als costos socials causats és el principi sobre el qual s'orienten la majoria de les concepcions econòmiques de la regla del dany purament

---

<sup>2</sup> Vegeu, per exemple, Mauro BUSSANI i Vernon PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002) (de pròxima aparició); 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) (amb col·laboradors d'Àustria, França, Alemanya, Itàlia i Suïssa).

<sup>3</sup> Vegeu 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 i 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 i Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", dins 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", dins 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 i 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, i Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", en Mauro BUSSANI i Vernon PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002) (de pròxima aparició) (descarregable a <http://papers.ssrn.com/abstract=288091>).

econòmic<sup>4</sup>. Òbviament, quan es tracta de responsabilitat derivada d'accidents en què els afectats són adversos al risc, l'assegurança i l'assumpció de riscos són crucials.

En aquest treball, tractarem de mostrar que el concepte de dany purament econòmic no només es refereix a un conjunt variat i heterogeni de situacions i de casos reals<sup>5</sup>, sinó que la seva utilització com a noció unitària o com a patró de referència enfosqueix l'essència econòmica i les solucions eficients adequades per a cadascun dels diferents casos agrupats unitàriament sota aquesta mateixa categoria. A més a més, mostrarem que si s'observa atentament l'estructura econòmica del problema subjacent a cada tipus de cas, la regla sobre els danys purament econòmics no és eficient d'una manera uniforme. En algunes situacions manca totalment de sentit mentre que, en d'altres, la solució més convenient sí que serà la de no indemnitzar, però per altres raons segons els diferents tipus de casos.

El treball s'estructura de la manera següent: en la secció 2a presentarem diverses raons en suport de l'heterogeneïtat de casos i de com la seva reconducció conceptual sota una única categoria de danys purament econòmics és, d'una banda, equívoca i, d'una altra, depèn essencialment de punts de partida, explícits o implícits, molt concrets i idiosincràtics de cada sistema jurídic. En la secció 3a, revisarem i criticarem breument diverses teories que tracten de justificar la lògica de la noció de dany purament econòmic i la regla que n'exclou la compensació. Finalment, en la secció 4, exposarem la nostra opinió sobre quines són les raons de caràcter econòmic que ens porten a la solució eficient en cada cas o, almenys, ens permeten afrontar la qüestió d'una forma més correcta, tant teòricament com pràctica. La finalitat d'aquesta secció no és la d'oferir un estudi detallat de cada categoria de casos que s'agrupen habitualment sota la noció de dany purament econòmic, sinó, més aviat, exposar a grans trets la lògica econòmica subjacent. La secció 5 conclou el treball.

## **2. La inconsistència de la noció de dany purament econòmic i d'altres conceptes relacionats**

El concepte de dany purament econòmic concedeix una importància enorme a una dada: si el demandant de l'acció de danys que sol·licita una compensació per una pèrdua econòmica ha patit algun dany en la seva persona o en la seva propietat per part del demandat. Si el dany econòmic és conseqüència d'una agressió a la vida, a la integritat física o a d'altres drets de la personalitat, o d'una invasió de la propietat o d'altres drets semblants, la pèrdua econòmica seria concebuda, en principi, com un dany ordinari i no com un dany purament econòmic i, en principi, haurà de ser indemnitzada pel demandat. Al contrari, quan el dany econòmic no és conseqüència d'una lesió en la persona o en la propietat patida pel demandant –per exemple, deriva d'un dany en una persona o en una propietat diferents de la del demandant– la pèrdua es qualifica com a dany purament econòmic i no serà, en principi, indemnitzable. Il·lustrem aquesta

---

<sup>4</sup> A la secció 4 també examinarem perquè aquest principi té, això no obstant, poca utilitat en els diversos tipus de casos agrupats habitualment sota la denominació de dany purament econòmic.

<sup>5</sup> Aspecte que ja ha estat amplament ressenyat en la literatura del tema en qüestió: 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 the Recent Experience", en

idea amb un exemple: si un treballador, X, perd un mes de sou pel fet que li és impossible anar a treballar com a conseqüència d'una lesió corporal lleu produïda per una acció negligent de Y, X té dret a demandar Y pels danys que li ha suposat la pèrdua salarial, per les despeses mèdiques i, si s'escau, també pels danys morals<sup>6</sup>. Per la seva banda, si un treballador, X, perd el salari d'un mes pel fet que li és impossible anar a treballar en ser destruït el lloc de treball (propietat de l'empresari) per una acció negligent de Y, X no té dret a demandar Y pels danys corresponents a la pèrdua salarial<sup>7</sup>. En el primer cas, ens trobem davant d'un perjudici derivat d'una lesió corporal mentre que en el segon estem davant un dany purament econòmic<sup>8</sup>.

Si se substitueix el treballador per una empresa de distribució i els salaris deixats de percebre per vendes no consumades, i el propietari de la primera situació<sup>9</sup> se substitueix per un arrendatari en la segona<sup>10</sup>, s'obté un resultat semblant: un perjudici indemnitzable en el primer cas i un dany econòmic no indemnitzable en el segon.

Així doncs, i d'acord amb la noció de dany purament econòmic, als demandants que es troben en la primera situació (el treballador lesionat, el propietari afectat) se'ls cataloga d'igual manera i de forma separada dels altres dos (el treballador no lesionat que, per una altra via, pateix pèrdues salarials i l'arrendatari perjudicat), la situació dels quals s'anomena "dany purament econòmic".

Si s'analitzen ambdós exemples emprant teoria econòmica elemental, el resultat, no obstant això, difereix del que acabem de relatar. En el primer cas, la situació d'ambdós treballadors és semblant, ja que tant l'un com l'altre pateixen pèrdues salarials. De la mateixa manera, en el segon cas la situació d'ambdós venedors és semblant, ja que tots dos pateixen el que segons sembla és un mateix dany, les vendes perdudes. La solució oferta sota el prisma de l'anàlisi econòmica, com veurem a continuació, és precisament oposada a la que preveu el concepte de dany purament econòmic.

---

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

<sup>6</sup> Es tracta d'un cas estàndard de pèrdua salarial causada per una lesió corporal. Els sistemes jurídics varien a la pràctica degut a l'existència d'una obligació per part dels empresaris de pagar els salaris durant els períodes de baixa o la possibilitat de rebre un subsidi en substitució dels salaris per la Seguretat Social. Vegeu *infra* nota 8.

<sup>7</sup> Aquests fets esquemàtics es corresponen amb casos reals com el resolt per la STS 1ª, 30.5.1986 (RJ 1986\2918), o als EUA l'assumpte *Stevenson v. East Ohio Gas Co.*, 73 N.E., 20o (Ohio Ct. App. 1946). En aquest últim, el Tribunal nordamericà rebutjà l'acció de danys, mentre que el Tribunal Suprem espanyol considerà que el dany era cert i indiscutible i que l'acció havia estat negligent, pel que s'havia de fer respondre el demandat.

<sup>8</sup> És cert que en alguns sistemes jurídics existeixen solucions específiques a aquest problema, com ara obligar l'empresari o l'Administració Pública a pagar els salaris durant el període de baixa (a Alemanya *Lohnfortzahlung*), i després permetre que recuperin els salaris pagats (sense recuperar els corresponents serveis) demandant el causant (a Alemanya *Regressrecht*). Aquesta és la solució alemanya (vegeu Hermann LANGE, *Schadensersatz*, 2nd ed., JCB Mohr, Tübingen, (1990)). Tanmateix, l'argument no perd força. Absent la regla específica, les regles generals de dret de danys haurien disposat, basant-se en el dany purament econòmic o en conceptes similars, la procedència de la indemnització en el primer cas i la negació en el segon, però és cert que quan està en vigor una regla específica, la qüestió sembla perdre l'interès que tenia. La responsabilitat s'ha establert mitjançant una regla específica i ningú no es planteja si es tracta o no d'un dany econòmic. Això explica les raons perquè a l'ordenament alemany, no es considera problemàtica la matèria i queda gradualment fora de l'àmbit dels danys econòmics. A Espanya (on existeix *Lohnfortzahlung* sota diferents modalitats per a treballadors públics i privats, però el *Regressrecht* no s'ha establert legalment) i en alguns sistemes de *Common Law* (on no hi ha una regla específica), aquests casos es tracten com a dany purament econòmic o per mitjà de conceptes similars.

<sup>9</sup> Aquest seria un típic cas de guanys deixats d'obtenir com a resultat d'un dany directe a la propietat.

La raó es deu a què, en teoria econòmica, *a priori* no existeixen restriccions ni rànquings d'interessos ni, consegüentment, de danys. Només els individus (les víctimes, en l'àmbit del dret de danys) són capaços d'ordenar fonts de benestar o satisfacció d'acord amb les seves preferències; i la utilitat pot procedir de qualsevol font: qualsevol element del món exterior així com les pròpies condicions físiques o biològiques poden incrementar el benestar d'un individu. Així, no hi ha motius de caràcter teòric per establir, *a priori*, una ordenació de les fonts de benestar: hom pot estar sensatament més preocupat per l'estat dels ingressos o vendes de la pròpia empresa que per un cert objecte de la seva propietat o fins i tot que d'una part menor del propi cos. En definitiva, per a l'economia del benestar, únicament importen les preferències i, per mitjà d'elles, el benestar personal<sup>11</sup>.

Per descomptat, és possible establir algunes regularitats de caràcter empíric que val la pena tenir en compte, tant en Economia com en Dret. La majoria dels individus solen atorgar el màxim valor a la seva vida i a la d'aquells a qui més volen, molt més que a un objecte de la seva propietat o a una futura percepció de renda. Però reconèixer aquest fet com una regularitat empírica útil és una cosa, i fixar de manera arbitrària límits infranquejables entre drets absoluts sobre el propi cos i sobre la propietat tangible i intangible, d'una banda, i la resta de possibles fonts de benestar humà, per una altra, és quelcom molt diferent. A més a més, la preeminència empíricament demostrable de la integritat física i la vida s'estén també a les pèrdues conseqüencials derivades d'un dany directe sobre els esmentats interessos. Dubtem molt que un salari deixat de percebre sigui més greu per a un treballador pel mer fet de ser resultat d'una lesió lleu que si deriva de la destrucció del seu lloc de treball. Des de la perspectiva de la víctima, ambdós supòsits són molt semblants. De la mateixa manera, sembla inversemblant que el comerciant pateixi més intensament les conseqüències de perdre vendes si és el propietari del local de venda que si n'és un simple arrendatari.

Així doncs, un concepte de dany purament econòmic amb pretensions normatives sembla estar enfrontat amb els principis bàsics de la Teoria Econòmica. Fins i tot concebut sense intenció normativa, la noció de dany econòmic com a figura que permeti englobar diferents casos amb problemes semblants pel que fa a la responsabilitat, o que permeti orientar l'anàlisi d'un determinat tipus de casos, resulta igualment fallit. Es tracta d'un concepte equívoc, amb múltiples significats, i que pretén donar cobertura a diferents tipus de casos divergents entre ells des del punt de vista econòmic, tal com tractarem de mostrar en la secció 4. En quin sentit la responsabilitat per la mort negligentment causada d'un treballador molt valuós<sup>12</sup>, per lesions a un treballador que rebrà el seu salari fins i tot en el període en què estigui de baixa<sup>13</sup>, per la

---

<sup>10</sup> Les dades es corresponen, de forma resumida, amb els casos resolts per la STS, 1ª, 13.3.1976 i per la STS, 3ª, 7.6.1985 (RJ1985\4823).

<sup>11</sup> Per a bibliografia accessible a aquestes i a altres qüestions de l'economia del benestar, vegeu Robert WILSON, "Value Maximization", dins Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998), p. 655; Louis KAPLOW i Steven SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

<sup>12</sup> Els casos italians Superga i Meroni (Cass. Sez. un. 26 gennaio 1971, n. 174, en Giur. it. 1971, 1, 681) són alguns dels més clars d'aquest tipus.

<sup>13</sup> A Espanya, vegeu: 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).

destrucció o danys causats en un bé arrendat<sup>14</sup>, per impedir negligentment l'accés a un lloc de venda<sup>15</sup>, per la redacció negligent d'un testament<sup>16</sup>, o per proporcionar informació negligent sobre la situació financera d'una empresa o d'un possible prestatari<sup>17</sup>, comparteixen algun tret comú que permeti al sistema jurídic prendre les decisions més correctes en termes d'eficiència? Tots aquests casos són susceptibles, almenys potencialment, de ser considerats danys purament econòmics i, en diversos sistemes jurídics, sobretot de *Common Law*, així han estat anomenats en algun moment. Una denominació comuna per a totes elles només serveix, en el nostre criteri, per amagar que, en realitat, els problemes d'eficiència que plantegen difereixen notablement entre ells<sup>18</sup>.

A més a més, la pròpia noció de dany purament econòmic sembla subratllar que cal analitzar la natura del dany i dels interessos jurídics afectats per determinar el tractament adequat que correspon donar a cada cas en dret de danys. No obstant això, la natura del dany no és el millor criteri que hom pot fer servir. Clar que aquest pot ser un aspecte rellevant en molts casos de dret de danys, però el que fa a alguns casos especials i problemàtics sota els conceptes i les regles més acceptades del dret de danys no és, de cap manera, la naturalesa del dany patit pel demandat en relació amb els béns directament lesionats pel demandant.

La nostra impressió és que el que s'entén habitualment sota el concepte de dany purament econòmic (o genera els mateixos dubtes i, si s'escau, porta també a negar la responsabilitat de forma semblant) està fortament condicionat per les característiques i continguts d'un sistema jurídic i, de forma concreta i especial, per l'existència de buits legals a causa de la inexistència d'una regla específica que afirmi o denegui la responsabilitat. Les doctrines en aquest camp semblen respondre *ad hoc* a les incerteses legals que afecten els límits de la responsabilitat en el dret de danys i, de forma poc sorprenent, ofereixen respostes notablement contingents i disperses. Quan les incerteses legals sobre una situació determinada de dany són dissipades per una decisió legislativa presa a l'efecte, els problemes teòrics i la vinculació amb els aspectes fonamentals del dret de danys, de sobte i com per miracle, s'esvaeixen. Això explica els motius per què determinats casos que semblen problemàtics en un cert sistema jurídic (i són candidats naturals a ser analitzats sota la noció de dany purament econòmic o sota altres doctrines paral·leles amb la finalitat de delimitar els límits de la responsabilitat), no presenten cap problema en altres sistemes: el legislador ha parlat, i les seves paraules tenen massa pes. Però les paraules d'un legislador contingent, encara que transcendents per al sistema jurídic en què es

---

<sup>14</sup> Per exemple, *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 d'altres.

<sup>15</sup> Per exemple, *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 a Espanya, el cas resolt per la STS, 1ª, 26.7.2001 (RJ 2001\8429), o a França, Cass. Civ. 2e, 28 Avril 1965, entre molts d'altres.

<sup>16</sup> *White v Jones* [1995] 2 AC 207, entre d'altres.

<sup>17</sup> Per exemple, *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 d'altres.

<sup>18</sup> Des d'una perspectiva no econòmica, alguns autors també han insistit en els efectes perniciosos del concepte de dany purament econòmic: Bruce FELDTHUSEN, "The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality and Chaos", dins Efstathios Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 132. Aquí podem recordar la famosa crítica a la regla del dany purament econòmic feta per Lord Devlin a *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465, en el sentit que mancava de lògica i de qualsevol tipus de sentit.



donen, tenen nul valor teòric general. Des d'un punt de vista teòric, una paraula més o menys del legislador no canvia la naturalesa del problema en termes d'eficiència (o de justícia, que a aquests efectes tant és) de les diferents solucions possibles.

Per resumir aquesta secció: el concepte de dany purament econòmic acull casos i situacions que tracten diferents aspectes en relació amb l'eficient i desitjable imposició o denegació de responsabilitat. El concepte en qüestió es basa en una errònia comprensió de la importància de la naturalesa del dany i del paper dels interessos protegits a l'hora d'establir els límits de la responsabilitat. A més a més, els contorns de l'esmentat problema, fins i tot des d'una perspectiva estrictament jurídica, són extremadament contingents i variables, i estan fortament correlacionats amb regles particulars d'un sistema jurídic concret. Això dona a la noció un caràcter *ad hoc*, d'oportunitat, faltat, en aparença, de rigor teòric.

### **3. Les raons per limitar la responsabilitat per danys purament econòmics: revisió i crítica**

En aquesta secció es presentarà, breument, una anàlisi crítica de les teories més influents sobre el dany purament econòmic i de l'exclusió de la seva compensació. Algunes de les teories que examinarem tenen una finalitat normativa i intenten justificar la decisió de no indemnitzar els danys purament econòmics. Altres són, simplement, interpretacions positives de la regla d'exclusió, que tracten de trobar una explicació convincent de les bases del concepte. Finalment, altres pretenen ser interpretacions de caràcter positiu i normatiu alhora. Tractarem els tres tipus de teories i n'analitzarem la natura i finalitat. Tenint present el nostre enfocament econòmic, analitzarem de forma separada les teories de caràcter econòmic i les d'orientació no econòmica.

#### **3.1. Teories no econòmiques sobre la regla d'exclusió del dany purament econòmic**

##### **a) La prevalència dels drets de la personalitat i reals sobre els interessos econòmics**

Alguns autors<sup>19</sup> afirmen que el dany a interessos econòmics causat per interferències negligents per part d'altres persones està i ha d'estar<sup>20</sup> menys protegit que la vida, els danys a la integritat física i a la propietat tangible. Les conseqüències negatives de caràcter físic causades per tercers són més serioses i requereixen més protecció en el dret de danys (probablement, també en la resta d'àrees del dret) que la d'un dany econòmic no tangible. Hi ha una jerarquia d'interessos protegits pels sistemes jurídics i els purament econòmics estan situats a la cua de l'escala.

Encara que en els diferents sistemes jurídics poden existir disposicions constitucionals que

---

<sup>19</sup> Vegeu 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", dins Efsthathios 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.

<sup>20</sup> Això fa que l'afirmació sigui tant positiva com normativa.

protegeixen la integritat física i, en menor grau, la propietat, intentar derivar del reconeixement constitucional dels esmentats drets conseqüències per al funcionament del dret de danys i, més concretament, en relació amb la regla del dany purament econòmic, ens sembla sense fonament i contraproductiu.

En primer lloc, la translació indiscriminada de l'estatus constitucional a la resta de camps del dret és injustificada i, a més a més, en la realitat no s'observa en el funcionament dels sistemes jurídics. L'esmentada translació implicaria, per exemple, donar absoluta prioritat en les fallides a aquells creditors que tenen una pretensió extracontractual sobre els creditors contractuals que fonamenten la seva demanda únicament en interessos econòmics. Tanmateix, ens consta que aquesta prioritat de caràcter absolut no ha estat introduïda, amb bon criteri, en la legislació concursal de cap ordenament jurídic.

A més a més, en l'àmbit de la responsabilitat per dany purament econòmic, la pretesa prevalència en tot cas es quedaria únicament en això, en prevalència, però no implicaria exclusió de la compensació del dany purament econòmic. Una presumpció d'indemnització per a danys personals i en la propietat i de no indemnització per a danys econòmics està, simplement mancada de qualsevol base, fins i tot encara que, a efectes argumentatius, s'acceptés que els primers ocupen una posició més alta en el rànquing d'interessos protegits pel dret de danys que els segons. Així mateix, moltes pèrdues considerades com a personals o en la propietat sota la regla del dany purament econòmic són de natura clarament econòmica: com es demostrà a la secció 2, els salaris o beneficis deixats de percebre no canvien de natura quan són resultat d'un previ dany directe en drets de la persona o la propietat i sí que són, tant conceptualment com pràcticament, diferents respecte del dany anterior en la vida, en la integritat física o en un bé tangible.

Finalment, la teoria de la jerarquia no és convenient per aconsellar-nos com hem de procedir en el dret de la responsabilitat civil amb els interessos econòmics, ja que els situa tots en el mateix sac, enfosquant les diferències entre els diferents danys econòmics. No es pot deduir cap directriu de funcionament per a enfocar i per a resoldre els diversos tipus de casos de dany econòmic observat en el món real a partir de l'afirmació de la prioritat dels danys personals o reals.

#### b) L'argument de l'allau de litigis

Probablement, la imatge d'una multitud de demandants acudint als tribunals amb demandes per danys minúsculs i dispersos ha estat l'argument central i més potent utilitzat pels tribunals, almenys pels de *Common Law*, per justificar la no indemnització del dany purament econòmic<sup>21</sup>. Compensar el dany purament econòmic, d'acord amb aquesta concepció, és sobretot un instrument pràctic a les mans dels Tribunals per aconseguir un resultat pragmàtic respecte del qual tots hi coincideixen o hi haurien de coincidir: evitar una allau sense límit de demandes de danys resultants d'una acció danyosa que, sens dubte, col·lapsaria els tribunals si les indemnitzacions per dany purament econòmic fossin

---

<sup>21</sup> Dins la literatura, el major defensor d'aquesta línia de pensament és Robert RABIN, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", 37 *Stanford Law Review* (1985), p. 1513.

concedides. Ja que moltes accions negligents tenen efectes impredecibles en un nombre potencialment indeterminat de víctimes afectades pel que fa als interessos econòmics, la responsabilitat per danys purament econòmics sense connexió directa amb el dany físic o psíquic del demandant crearia una proliferació de demandes interposades per un nombre indeterminat de víctimes i en una quantitat també indeterminada. Com va expressar el magistrat Cardozo a *Ultramares Corp. v Touche*, la responsabilitat per danys purament econòmics exposa als demandats a una *"liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class"*.

L'exemple més clar del risc que suposa el reconeixement de responsabilitat per danys purament econòmics és el dels casos de ruptura de cables i conduccions<sup>22</sup>: si una presumpta negligència menor per part d'una empresa de construcció danya una línia de telèfon o un cable elèctric, una regla que permetés una indemnització pels danys als demandants que no han patit ni danys personals ni en la propietat, implicaria que l'empresa constructora seria responsable enfront tots els individus i negocis que patissin qualsevol pèrdua per l'apagada o la interrupció de les comunicacions. La quantitat i extensió de les pèrdues resultaria completament indeterminada i generaria una multitud no desitjada de plets arran d'una lleu falta de cura de la constructora.

S'han fet diverses crítiques des de diferents posicions contra aquesta justificació pragmàtica de la conveniència de negar responsabilitat per danys econòmics<sup>23</sup>, que no reproduiré aquí. Esmentarem algunes imperfeccions de l'argument tant des d'un punt de vista positiu com normatiu. Sens dubte, atemoreix la visió d'un flux inacabable de demandants de danys. Però aquesta visió havia de ser molt més fosca per a un espectador del segle XIX o de principis del XX que per a nosaltres, al començament del segle XXI, acostumats a casos massius de responsabilitat per productes defectuosos, per danys mediambientals o per frau econòmic. El dret de danys ja ha acceptat avui, de més o menys bona gana, almenys en certs àmbits, la possibilitat d'un elevat nombre de demandants la pretensió dels quals obeeix a una única acció danyosa. D'aquesta manera, el panorama no sembla tan poc atractiu actualment com havia de resultar 100 o 150 anys endarrere.

A més a més, el perill d'una llarga llista de plets per danys és exagerat si es té en compte que els casos que afecten potencialment un ampli nombre de demandants són poc comuns<sup>24</sup>. Per

---

<sup>22</sup> Són exemples d'aquest tipus de casos el britànic *Spartan Steel and Alloys v Martin & Co.* [1973] Q. B. 27; el cas americà *Kaiser Aluminium & Chem C. v Marshland Dredging Co.* F. 2d 957 (1972); l'alemany BGHZ 41, 123; l'italà Puddu (Cass. Sez. Un. 24 giugno 1972, n. 2135, Giur. It., 1973, 1, 1125); i els espanyols, SAP Alacant 29.1.1996 (AC 1996\326) i SAP Barcelona 2.11.2000 (AC 2001\33).

<sup>23</sup> Un examen minuciós i crític dels diversos elements presents en l'argument de l'allau de litigis es presenta a Jane STAPLETON, "Duty of Care and Economic loss: A Wider Agenda" 107 *Law Quarterly Review* (1991), p. 53. Vegeu també Donald HARRIS i Cento VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", dins 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.

<sup>24</sup> Es tracta, això no obstant, d'una qüestió empírica (no totalment segura en termes de la resposta correcta) saber si en els casos de cables i conduccions la probabilitat de què ocorri el fet és alta o baixa. Amb l'equip de reparació pertinent i l'entrenament necessari, és possible parlar de successos de curta duració. Vegeu Fernando Gómez, "Comentario a la Sentencia de 29 de enero de 2001", 57 *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil* (2001), p. 567.

tant, si el risc d'una allau de plets és remot, aleshores el corresponent benefici d'evitar aquest risc també és petit. És més, l'afirmació que tots els casos de danys econòmics impliquen potencialment un nombre il·limitat de demandes és una grotesca deformació de la realitat. Com es veurà en la secció 5, la majoria dels casos en què es rebutja indemnitzar el dany purament econòmic impliquen a un nombre escàs de parts potencialment danyades, generalment només una persona, precisament algú que va contractar amb la víctima que va patir el dany en la seva persona o en els seus béns. En aquest context, l'argument de l'allau és molt desencertat, perquè permetre el rescabament del dany purament econòmic únicament donarà lloc a un únic plet de danys, nombre que no sembla suposar cap amenaça seriosa per a cap sistema judicial.

No obstant això, hi ha certa veritat en l'argument pràctic en favor de la negació de responsabilitat per danys purament econòmics per tal d'evitar excessius i indeterminats litigis. Els costos d'administració i de litigació són costos socials que han de ser tinguts en compte de forma adequada en la recerca de solucions eficients per a cada cas.

c) La interpretació política: l'exclusió del dany econòmic com a resultat de la ideologia del *laissez-faire*

S'ha intentat argumentar que el concepte de dany purament econòmic i la seva exclusió són nocions intensament arrelades en una determinada visió política del sistema de danys, ço és, aquella la ideologia de la qual és favorable al lliure mercat i als postulats ideològics del *laissez-faire*. En termes històrics i actuals, l'exclusió de responsabilitat per dany purament econòmic legitima els valors del mercat i de l'ordenació privada, desplaçant l'ús de regles de responsabilitat que poguessin interferir amb els diferents acords contractuals a què els participants en el mercat hagin o poguessin haver arribat<sup>25</sup>. A més a més, alguns sostenen que si els tribunals permetessin les indemnitzacions per danys purament econòmics, es generaria una contradicció difícilment salvable en un sistema jurídic liberal, ja que hauria de justificar-se per què no es deriva responsabilitat dels intercanvis habituals en el mercat en què també es donen danys econòmics (alguns guanyen a costa d'altres, fins i tot sistemàticament<sup>26</sup>).

En la nostra opinió, l'explicació política de la regla del dany purament econòmic és poc convincent, però no tractarem aquí de refutar-la perquè suposaria apartar-nos de la finalitat principal del treball. No obstant això, en tot cas i independentment de la seva correcció i valor (explicatiu), aquest fonament polític no ens permet derivar criteris que de forma útil ens il·lustrin sobre com entendre i resoldre els casos rellevants d'una forma eficient.

---

<sup>25</sup> John FLEMING, "Tort in a Contractual Matrix", 5 *Canterbury Law Journal* (1993), p. 277; Joanne CONAGHAN i Wade MANSELL, *The Wrongs of Tort*, 2nd ed., Pluto Press, London-Sterling (VA), (2000), p. 21. Des d'un punt de vista més positiu, però enfatitzant que la regla del dany purament econòmic serveix per a preservar la llibertat de contractació, Gary SCHWARTZ, "Economic Loss in American tort law: the examples of J'Aire and products liability", dins 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", dins Efsthios BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, (1996), p. 125.

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

### 3.2. Teories econòmiques sobre la regla d'exclusió del dany econòmic

Centrem ara l'atenció en els arguments sobre el tractament dels danys purament econòmics que presenten un component de teoria econòmica, ja sigui més o menys explícit. La conclusió l'anticipem ja: encara que diverses d'aquestes teories econòmiques proporcionen valuoses aportacions sobre la naturalesa i la rellevància d'algun dels aspectes implicats, no aconsegueixen integrar en una única visió econòmica un conjunt tan heterogeni de situacions com les que s'engloben habitualment sota l'etiqueta de dany econòmic. Només una perspectiva econòmica pluralista pot ésser-nos útil per analitzar un conjunt plural de fenòmens com són els casos de danys purament econòmics.

Començarem amb la perspectiva més influent i estesa de la regla d'exclusió del dany purament econòmic entre la comunitat acadèmica dedicada a l'anàlisi econòmica del dret: l'argument que separa les pèrdues privades de les pèrdues socials.

#### a) La divergència entre pèrdues privades i pèrdues socials

Els danys derivats d'una concreta acció patits per una víctima determinada, pel demandant que els reclama en una acció de danys, poden diferir en ocasions de les pèrdues netes que pateix la societat en el seu conjunt com a conseqüència d'aquesta acció. Més específicament, les pèrdues privades d'una víctima poden veure's contrarestades pels guanys privats d'algú que resulti beneficiat per la mateixa acció, deixant a la societat en el seu conjunt millor en termes de benestar social que abans que tingués lloc l'acció causant del dany i del benefici. Encara que aquesta discrepància entre pèrdues privades (que una víctima pugui tractar de veure rescabades mitjançant una acció de responsabilitat civil extracontractual) i pèrdues socials pugui donar-se en altres situacions, es presenta típicament en els casos de danys purament econòmics.

L'exemple més clar és el de les vendes deixades de realitzar. Si amb l'acció danyosa d'un subjecte (per exemple, es causa un dany a una infraestructura pública que donava accés als locals de venda), s'impedeix a un venedor X vendre la seva mercaderia durant un determinat període de temps, X (correctament) considerarà els beneficis deixats d'obtenir per les vendes no realitzades com una pèrdua que requereix compensació. Però les vendes deixades de realitzar per X poden haver estat realitzades per un competidor que vengui el mateix producte, per exemple Y, que hauria vist augmentats els seus ingressos en una quantitat igual a la deixada d'obtenir per X. La pèrdua social neta derivada dels danys a la infraestructura (exceptuant els costos de reparació, que afecten el seu propietari) és zero. Tret que es permeti recuperar l'increment de vendes de Y, forçar al causant negligent del dany a la infraestructura a pagar la suma total dels danys a X; incloure les vendes perdudes, determinaria que es superessin els costos socials del seu comportament i es creessin incentius excessius a incrementar la precaució o ajustar el nivell d'activitat. La regla d'exclusió dels danys econòmics prevé precisament aquest resultat ineficient negant el rescabament d'aquelles pèrdues privades de X que siguin purament financeres (de transferència), privades però no socials. La discrepància que hi ha entre les pèrdues privades i les socials és típicament el total del dany purament econòmic i la seva exclusió de la indemnització que

haurà de pagar el causant responsable és així correcta i impecable des del punt de vista econòmic<sup>27</sup>.

Una de les proposicions més bàsiques i intuïtives de l'anàlisi econòmica del dret de danys és que el potencial causant del dany ha de suportar una responsabilitat igual (però no més gran) als vertaders costos socials nets derivats de la seva activitat. Per tant, és important identificar de forma clara quines pèrdues patides per una víctima són traduïbles de fet en el cost social net que no pot compensar-se d'altres formes (com la restitució de beneficis, l'enriquiment injust i altres institucions semblants). Però no pot afirmar-se plenament que aquesta proposició sigui l'únic principi o guia per resoldre les qüestions que es plantegen en els casos tractats de manera conjunta com de dany o pèrdua purament econòmica<sup>28</sup>. L'argument de la divergència entre pèrdua privada i pèrdua social resulta molt útil per entendre el problema que es planteja en el cas de vendes deixades de realitzar<sup>29</sup>, però no pot resoldre altres tipus de casos. A més, si apliquéssim aquest principi al cas dels salaris deixats de percebre, per exemple, el resultat més probable seria que els salaris deixats de percebre mai no haurien de compensar-se, amb independència que siguin o no conseqüència directa d'un dany a la integritat física del demandant.

#### b) Canalitzar els danys mitjançant contractes

Rizzo<sup>30</sup> ha patrocinat una justificació econòmica diferent del concepte de dany econòmic i de la consegüent regla d'exclusió. El nucli del seu argument és el següent: atès que els danys econòmics tendeixen a estar molt dispersos i que compensar-los mitjançant el sistema del

---

<sup>27</sup> La idea que la divergència entre les pèrdues privades i les socials és el fonament del concepte de dany econòmic i de la seva exclusió com a partida indemnitzatòria fou proposada primerament per William BISHOP, "Economic Loss in Tort", 2 *Oxford Journal of Legal Studies* (1982), p. 4, i, posteriorment, amplament compartida per la majoria d'analistes econòmics en la matèria. Vegeu Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 136; William LANDES i 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, i Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", dins Mauro Bussani i Vernon Palmer, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, p. 30 (els dos últims analitzen amplament totes les relacions possibles entre pèrdues privades i pèrdues socials).

<sup>28</sup> No tots els analistes econòmics mantenen la visió que aquest és l'únic argument vàlid per excloure la indemnització dels danys econòmics. El propi Bishop defensa un enfocament econòmic més pluralista a William BISHOP i 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", dins Michael Furmston (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 73. Per la seva part, Goldberg opina que la regla d'exclusió dels danys econòmics incorpora importants aspectes de l'evitació del risc moral (incentius a la víctima potencial per a invertir en precaució abans de l'accident) i de mitigació dels danys (incentius a la víctima per a adoptar mesures que redueixin l'abast del dany un cop ocorregut l'accident): Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 16.

<sup>29</sup> Com veurem a la secció 4, fins i tot els casos derivats d'una lesió directa a la propietat del demandant, que a tots els sistemes jurídics resten fora de l'abast del danys purament econòmics. Aquesta és una raó addicional per a confirmar que la noció de dany purament econòmic no pot ser entesa mitjançant un únic fonament, fins i tot un aparentment tan incontestable com el de la divergència entre pèrdues privades i pèrdues socials.

<sup>30</sup> Vegeu Mario RIZZO, "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", 11 *Journal of Legal Studies* (1982), p. 281.

dret de danys comportaria grans costos de litigació, és preferible que aquells que prevegin un dany econòmic derivat de l'acció d'un tercer desplacin el valor anticipat de la pèrdua a la persona que pugui patir el dany físic i que sigui aquest últim qui obtingui la compensació del causant del dany. Aquest incentiu a canalitzar el dany a través de la víctima danyada físicament només pot aconseguir-se si neguem a les restants víctimes acció directa contra el causant per rescabalar-se dels danys purament econòmics. La part que pateix la pèrdua econòmica seria compensada *ex ante* o *ex post* mitjançant el contracte, i el causant respondria de fet dels danys econòmics (davant la víctima directa), però reduint molt substancialment els costos de litigació, ja que en comptes d'una multiplicitat de demandes, tots els danys es concentrarien en una única demanda interposada per la víctima directa. L'exemple més clar pot trobar-se en els casos de danys a cables telefònics o elèctrics. Els clients de les companyies telefòniques i elèctriques no tindrien acció contra qui negligentment causa danys a la línia, però obtenen un preu inferior (o una compensació contractual després de l'accident) de la companyia que, al seu torn, podrà obtenir una indemnització de danys i perjudicis del causant per una quantitat que cobreixi la reducció de preu o la compensació contractual a les víctimes de danys econòmics.

L'argument, tot i ser suggeridor en alguns contextos, no pot qualificar-se com una teoria general del dany purament econòmic en el dret de danys. En primer lloc, alguns casos de danys econòmics (per exemple, els supòsits d'informació negligent sobre la solvència d'un tercer) no tenen una "víctima directa" amb qui els que han patit pèrdues econòmiques puguin entaular una negociació per canalitzar el seu rescabament. En altres casos, com ja hem apuntat en la crítica a l'argument de l'allau de litigis, simplement no hi ha risc d'excessiva quantitat de litigació, ja que els danys econòmics estan tan concentrats com els danys personals o a la propietat. A més, canalitzar els danys mitjançant contractes pot implicar costos de transacció considerables, particularment en les àrees en què el procés contractual està fortament estandarditzat (com és el cas de les companyies telefòniques i altres serveis públics), on introduir clàusules addicionals ajustades al nivell dels possibles danys econòmics del client és gairebé inimaginable.

c) La víctima dels danys econòmics com a assegurador a menor cost

Alguns autors<sup>31</sup> també sostenen que l'exclusió de la indemnització dels danys purament econòmics expressa una preferència per l'assegurança de danys vers l'assegurança de responsabilitat civil. La persona que pot patir un dany purament econòmic està en millor posició per avaluar-ne la probabilitat i també per calcular-ne l'abast. L'hipotètic causant potencial, al contrari, es troba en una posició en què li resulta impossible calcular el cost esperat del dany purament econòmic, atès el nombre potencialment molt elevat de persones

---

<sup>31</sup> Amb més claredat, Robert RABIN, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", 37 *Stanford Law Review* (1985), p. 1531, però es tracta d'un tipus d'argument que penetra de forma més o menys explícita, junt amb l'argument de l'acumulació de litigis, les raons per les que molts sistemes de *Common Law* rebutgen la responsabilitat del demandat aplicant l'exclusió de la indemnització del dany purament econòmic. D'altres utilitzen un tipus d'argument semblant (tot i que la defensa que fan de la regla del dany econòmic sigui menys general) però no en limiten l'abast a l'assegurança, ampliant la idea a tots els mitjans alternatius de protecció disponibles per la víctima del dany econòmic: Jane STAPLETON, "Duty of Care: Peripheral Parties and Alternatives opportunities for Deterrence", 111 *Law Quarterly Review* (1995), p. 301.

afectades i l'heterogeneïtat de les pèrdues econòmiques en què cadascú pot incórrer. Això fa que la víctima sigui qui millor pugui assumir el risc i que, per tant, des del punt de vista de l'eficiència, sigui la persona que hagi de suportar el cost de l'accident.

Tot i això, aquest avantatge en l'assegurança no pot explicar que existeixi una preferència per excloure els danys econòmics de la indemnització. En primer lloc, les assegurances de danys i les assegurances de responsabilitat civil no s'exclouen mútuament. La primera té típicament un camp d'aplicació més ampli i cobreix un conjunt més gran de supòsits que la segona. L'important és coordinar-les adequadament de manera que els incentius de les parts a adoptar precaucions si són averses al risc no quedin distorsionats per la presència conjunta de les dues classes d'assegurança. En segon lloc, decidir fer responsable a algú únicament sobre la base de l'assegurabilitat pot generar efectes no desitjats. Pot ser una bona alternativa quan estem convençuts que la responsabilitat no tindrà incidència sobre la dissuasió. Si no hi ha lloc per la prevenció, ocupem-nos, per dir-ho d'alguna manera, de distribuir els danys tan àmpliament com sigui possible. Però no hi ha cap indicació de què la dissuasió i la prevenció dels comportaments danyosos siguin completament fútils en relació amb els danys econòmics. Al contrari, com veurem en la secció 4, fer respondre per danys econòmics en molts casos podria tenir un notable i positiu efecte dissuasiu. De manera que l'avantatge en termes d'assegurabilitat podria ser un criteri acceptable a partir del nivell en el qual l'objectiu d'aconseguir incentius òptims pels nivells de cura i d'activitat es torni inassolible, però no abans.

#### **4. Els principis econòmics presents en els grups de casos**

En aquesta secció presentarem els principis econòmics fonamentals que, segons la nostra opinió, ens permeten donar sentit als grups de casos més importants que són qualificats en els diferents ordenaments jurídics com a casos de dany econòmic. La idea d'una pluralitat de principis organitzadors no ha de sorprendre, atesa la ja anticipada postura sobre la radical heterogeneïtat dels casos, la manca de coherència i d'unitat en el concepte de dany purament econòmic i la manca d'una explicació suficientment general en les diverses teories que pretenen privar de compensació als danys purament patrimonials.

En aquest sentit, altres analistes econòmics han apostat per un enfocament econòmic pluralista en tractar la majoria de grups de casos afectats<sup>32</sup>. Compartim aquesta diversitat bàsica d'aspectes econòmics presents en les diferents situacions, tot i que la identificació dels esmentats aspectes i, de vegades, també les implicacions de l'anàlisi són acusadament diferents dels seus.

---

<sup>32</sup> Vegeu particularment William BISHOP, "Economic loss: economic theory and emerging doctrine", a 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 i 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 i Cento



a) El principi de subrogació

La majoria d'ordenaments jurídics reconeixen explícitament als asseguradors que han pagat als assegurats la indemnització contractualment prevista un dret a subrogar-se en la pretensió que tindria l'assegurat contra el responsable del dany, amb la finalitat de recuperar la suma pagada a l'assegurat. Si una casa propietat de X és destruïda per l'acció negligent de Y, la companyia asseguradora Z, havent pagat, de conformitat amb la pòlissa, la quantitat n a X, podrà exercitar una acció en subrogació contra Y per obtenir el rescabament de n<sup>33</sup>.

S'ha demostrat que preveure la subrogació en el contracte d'assegurança respon perfectament a la maximització dels interessos de les parts<sup>34</sup>. A més, també s'ha comprovat que la subrogació és la solució més eficient d'entre totes les alternatives plausibles (acumulació per la víctima dels beneficis de l'assegurança i la indemnització de danys, deducció dels beneficis de l'assegurança de la indemnització de danys, i subrogació) tant pels incentius a la precaució com pels incentius dels subjectes aversos al risc per assegurar-se contra eventuais esdeveniments lesius<sup>35</sup>.

Molts dels casos tractats com a danys purament econòmics poden entendre's satisfactoriament en termes econòmics utilitzant la mateixa lògica que presideix la subrogació en els contractes d'assegurança. El dany patrimonial que una part no danyada directament en la seva persona o béns per un comportament negligent intenta veure rescabament demandant al causant és molt semblant a l'acció de subrogació derivada d'un contracte d'assegurança.

L'analogia és més clara en el següent tipus de casos que fa anys que ocupen als tribunals espanyols: es lesiona negligentment un treballador que, en conseqüència, estarà de baixa durant un cert període de temps. Tant per llei (funcionaris públics) com per contracte (treballadors privats), l'empresari pot veure's forçat a pagar els salaris del treballador durant el període de baixa. Finalment, l'empresari demanda al causant sol·licitant el pagament dels salaris satisfets (sense que el treballador hagi prestat els seus serveis). El Tribunal Suprem, després d'un període inicial en què la Sala Segona estimava les demandes<sup>36</sup>, ha optat finalment per rebutjar la responsabilitat del causant pels salaris pagats basant-se en el

---

VELJANOVSKI, "Liability for economic loss in tort", a Michael FURMSTON (ed.), *The Law of Torts. Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss*, Duckworth, London, (1986), p. 45.

<sup>33</sup> Els detalls relatius al mecanisme de la subrogació i el seu abast difereixen als diferents sistemes jurídics. Per al seu anàlisi, veure Fernando GÓMEZ, "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics* (2002), de pròxima publicació, text acompanyant a la nota 3.

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

<sup>35</sup> Fernando GÓMEZ, "Insurance Benefits, Insurance Subrogation, and Imperfect Liability Rules", *International Review of Law and Economics* (2002), de pròxima publicació. Veure també Alan SYKES, "Subrogation and Insolvency", 30 *Journal of Legal Studies* (2001), p. 383. Al primer treball s'analitzen els efectes de l'elecció entre els tres instruments jurídics en un context amb regles de responsabilitat imperfectes (l'elecció no tindria sentit a un sistema de responsabilitat que funcionés perfectament) a les dues direccions mencionades al text. Sykes analitza un model més general en un context imperfecte concret (el de la insolvència) i exclusivament en relació a la decisió d'assegurar-se.

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

principi de certesa i efectivitat del dany<sup>37</sup>.

En termes econòmics, el que fa l'empresari pagant els salaris durant el període de baixa és assegurar al treballador contra un vertader dany en termes socials, la destrucció, tot i que temporal, de valuosos recursos socials, recursos humans, en aquest cas. S'hauria de permetre que l'empresari pogués ser rescabalat pels salaris pagats perquè la seva acció no és res més que demandar en subrogació per la pèrdua de salaris soferta per la víctima directa. Si es desestima la demanda de danys<sup>38</sup>, el causant no haurà de fer front a una part del cost social derivat de la seva activitat danyosa i, per tant, els incentius a adoptar un comportament previsor i a ajustar el seu nivell d'activitat seran ineficientment baixos. Aquesta ineficiència pot considerar-se insignificant en un cas determinat, però si es pensa en el nombre d'accidents d'aquest tipus que tenen lloc cada any, la imatge global és la d'una preocupant ineficiència. A més, en un context com aquest podem trobar un element addicional d'ineficiència. Si suposem que és òptim per les parts d'un contracte laboral assignar a l'empresari el cost (salaris) derivat del risc d'un accident que afecti el treballador (*superior risk-bearer*), la regla que denega la indemnització pot induir a les parts a adoptar una distribució ineficient del risc eliminant el pagament dels salaris durant els períodes de baixa. L'exclusió de la indemnització pels salaris perduts beneficia al causant del dany (que s'estalvia pagar els salaris la pèrdua dels quals ha provocat) a expenses tant de l'empresari com del treballador, i si aquesta transferència forçada i no desitjada és suficientment important, les parts del contracte poden decidir racionalment introduir una clàusula ineficient (que assignaria el risc a l'*inferior risk-bearer*, en aquest cas, el treballador) amb la finalitat d'eliminar el subsidi forçós a favor del causant de l'accident.

La lògica subrogatòria no restringeix el seu camp d'aplicació als contractes de treball ni als salaris en períodes de baixa. S'estén a tots els casos de dany econòmic aparent en els que hi ha un contracte entre la víctima directa i una altra persona, contracte que assigna alguns riscos que puguin veure's incrementats per l'acció del causant.

Aquest és el cas dels contractes d'arrendament i noli. Quan les parts signen un contracte d'aquests o d'un tipus semblant, han d'assignar<sup>39</sup> el risc que l'edifici o objecte arrendat o l'embarcació noliejada puguin ser destruïts o danyats per l'acció negligent d'un tercer o per cas fortuït durant la vigència del contracte. Quan l'arrendatari o el noliejador han de pagar la renda o el noli durant el període en què l'objecte del contracte està fora d'ús, esdevenen, en termes econòmics, asseguradors de l'esmentat risc<sup>40</sup>, i haurien de poder recuperar la quantitat pagada sense poder utilitzar l'objecte del contracte. Si el contracte preveu que l'arrendatari o el noliejador no pagaran el preu durant el període de reparació, llavors és el

---

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> O l'acció de rescabament, com a Alemanya; el mecanisme tècnic de l'acció es irrellevant en aquest sentit.

<sup>39</sup> Es també possible que l'ordenament estableixi normes dispositives per regular la matèria si les parts no ho han resolt al seu contracte. Per exemple, la Llei d'Arrendaments Urbans obliga a l'arrendatari a pagar el lloguer, llevat que les parts hagin pactat una altra cosa, si els treballs de reparació no permeten l'ús de l'espai llogat durant un període no inferior a 20 dies (encara que en aquest cas, la norma espanyola és en realitat imperativa a benefici de l'arrendatari).

<sup>40</sup> A igualtat de condicions, el propietari hauria de pagar una prima d'assegurança per això, tot i que sigui implícit. Normalment adoptarà la forma d'un preu contractual més baix d'unes condicions contractuals millors.

propietari qui assumeix el risc. En aquest cas, és indiscutible que el propietari estarà legitimat per obtenir compensació per la renda deixada d'obtenir: serà considerada com a perjudicis derivats d'un dany a la propietat i, per tant, indemnitzable de conformitat amb els requisits ordinaris de la responsabilitat extracontractual. Però aquí, com en el cas dels salaris deixats de percebre, no s'hauria de fer cap diferenciació pel fet que hi hagi una provisió d'assegurança al contracte. La part que pateix la pèrdua en virtut del contracte (l'"assegurador" d'aquest risc de pèrdua) hauria d'estar legitimada per reclamar, ja sigui el preu contractual, o els salaris perduts contra el causant.

La mateixa lògica s'aplica als casos de dany econòmic en què l'acció del causant augmenta el cost de complir un contracte. En el famós cas anglès *Cattle v. Stockton Waterworks Co*, el demandant en l'acció de danys era un constructor que havia contractat amb el propietari d'un terreny la construcció d'un túnel subterrani en la propietat a canvi d'un preu fix. El demandat inundà negligentment el túnel, amb la qual cosa incrementà significativament el cost d'acabar la construcció en la forma i temps acordats. En aquest cas, la clàusula de preu fix feia al contractista assegurador econòmic dels riscos que poguessin afectar negativament el desenvolupament de la prestació. L'increment del cost de producció redueix recursos reals en l'economia. Es tracta d'un esdeveniment negatiu incert que el contractista ha assegurat i pel que hauria de ser capaç d'aconseguir compensació sota l'ampli principi de subrogació defensat en aquesta secció. De manera semblant, en el cas australià *Caltex Oil v The Willemstad*, el demandat danyà negligentment un oleoducte que discorria pel fons d'una badia, la qual cosa obligà el demandant a enviar el carburant per vaixell fins que la conducció fos reparada. També aquí l'increment del cost de producció és un cost social, i sigui qui sigui, segons el contracte, el que assegni a l'altra part contra un esdeveniment negatiu d'aquest tipus, hauria d'estar facultat per rescabalar-se de l'augment del cost de compliment<sup>41</sup>.

En els paràgrafs anteriors ens hem referit al principi de subrogació per proporcionar suport a la compensació mitjançant una acció de danys pel preu de mercat del recurs afectat negativament pel causant (prestació laboral, objecte llogat, cost de compliment). El principi de subrogació no cobreix, tot i això, l'excedent que la part asseguradora –o el consumidor– podrien haver obtingut si l'acció negligent no hagués tingut lloc. Per exemple, l'empresari d'un treballador difícil de reemplaçar (un futbolista o un altre treballador estrella, com en el cas italià Meroni), podria reclamar danys i perjudicis, sota el principi de subrogació, pels salaris o altres sumes pagades al treballador danyat. Però la subrogació no s'estendria a l'excedent, si existís, que l'empresari rebria com a conseqüència del contracte i que, si el treballador ha mort o ha quedat permanentment incapacitat, ha perdut com a conseqüència de l'acció del causant. O, en el cas de l'arrendament o noliejament, la subrogació cobriria la quantitat de la renda o noli, però no el benefici que l'arrendatari o el noliejador realitzarien mitjançant el contracte.

En ambdós casos, aquestes pèrdues deriven de les vendes deixades de realitzar per la part contractual que no pateix dany personal o en la propietat. I com a vendes deixades de

---

<sup>41</sup> De fet, en aquest cas el tribunal australià estimà la compensació del dany econòmic: John FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, LBC Information Services, Sydney, (1998), p. 199.

realitzar, hauran de ser tractades sota el principi que examinarem en la subsecció 4 b)<sup>42</sup>.

L'excedent perdut pel consumidor tampoc no es veu afectat per l'analogia amb la subrogació. Òbviament, això no significa que no hi pugui haver molts casos en què un apreciable excedent del consumidor pugui perdre's degut a l'acció del causant. Pensem, com a exemples més importants, en els típics casos de cables o conduccions: es danya un cable elèctric o telefònic i s'interromp la línia. Òbviament, les companyies elèctrica i telefònica pateixen pèrdues a causa de la interrupció. Les empreses consumidores de llum o telèfon també perdran vendes<sup>43</sup>. Com en el cas anterior, les vendes deixades de realitzar creiem que s'han d'analitzar des del punt de vista de la divergència entre pèrdues privades i pèrdues socials.

Però la veritat és que els preus de l'electricitat i del telèfon probablement no incorporen l'excedent total que els consumidors deriven dels serveis de llum i telèfon. Els clients no empresaris es veuran privats de l'ús del telèfon i això eliminarà l'excedent dels consumidors que integra la funció de benestar social<sup>44</sup>. Indiscutiblement, aquí hi ha una pèrdua social neta que idealment hauria de veure's reflectida en la indemnització que un potencial causant hauria d'afrontar a l'hora de decidir els seus nivells d'activitat i de precaució. El problema és que aquesta pèrdua social es dispersa entre un gran nombre d'agents descoordinats i, a més, els consumidors que tenen una pretensió legítima perquè han patit una reducció en el seu excedent no es poden distingir fàcilment d'aquells que plantegen una reclamació espúria (per exemple, no tenien cap intenció d'utilitzar el telèfon durant el període d'interrupció de la línia). Aquest és un àmbit indicat per a una regla pragmàtica de no compensació basada en una legítima preocupació pels costos administratius de demandes petites i possiblement frívols, això és, la ja examinada per a una sobredosi de litigació.

---

<sup>42</sup> Alguns analistes econòmics proposen més raons per negar la compensació dels beneficis deixats d'obtenir de l'excedent en aquests casos. Al cas del treballador "estrella", Mauro BUSSANI, Vernon PALMER, i Francesco PARISI, "The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss", a Mauro Bussani i Vernon Palmer, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, (2002), creuen que no compensar està justificat quan el treballador sigui una "estrella": les estrelles tenen un poder monopolístic a causa de la natura no fungible dels seus serveis, la qual cosa els permet obtenir rendes que probablement capturin la major part de l'excedent del contracte. D'aquesta manera, si es compensen els salaris perduts (tant directament al treballador com a l'empresari mitjançant la subrogació) se supera, de fet, l'excedent del contracte, i una compensació addicional a l'empresari suposarà probablement una sobrecompensació. Tot i que pugui haver-hi una certa veritat en això, creiem que la millor forma de solucionar aquests casos es sota l'òptica de les vendes deixades de realitzar. Als casos de lloguer i nolejament, 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 creu que permetent la compensació a l'arrendatari o noliejador dels beneficis deixats d'obtenir se'ls estaria sobrecompensant de fet. En contractes de llarga durada com aquests, el preu contractual és la millor estimació del valor dels serveis arrendats (ús de l'edifici o de l'embarcació) en el moment de contractar. Òbviament, el preu de mercat en qualsevol moment futur pot ser superior (en aquest cas, l'arrendatari o el noliejador realitzen un guany amb el contracte) o inferior (en aquest cas l'arrendatari o noliejador han fet un mal negoci) al preu contractual. Permetent la compensació dels beneficis deixats d'obtenir en el primer cas, sense obligar-los a restituir el guany resultant de la finalització o la interrupció del contracte o pèrdua en el segon, sobrecompensaria al conjunt dels arrendataris o noliejadors.

<sup>43</sup> Com succeïa als casos citats a la nota 22.

<sup>44</sup> De fet, la pèrdua no només afecta als consumidors les línies de telèfon dels quals han quedat interrompudes. El telèfon és l'exemple primari d'un bé o servei que crea externalitats positives en estar integrat en una xarxa: com més gent utilitza el servei, més valuós és el servei per a cada consumidor. Això significa que quan alguns consumidors no poden utilitzar el telèfon, no sols ells pateixen una pèrdua d'utilitat, sinó que tots els seus usuaris pateixen una caiguda d'utilitat, encara que sigui molt petita. Sobre les externalitats de xarxa en general, vegeu el fascinant llibre d'Oz Shy, *The Economics of Network Industries*, Cambridge University Press, Cambridge,

## b) Pèrdues socials i vendes deixades de realitzar

El problema amb les vendes deixades de realitzar és que les operacions que una empresa determinada perd poden ser les vendes que una empresa competidora guanya. En relació a la responsabilitat pel dany ocasionat, el problema és, com ja s'apuntà en la secció 3, que les pèrdues privades no són sempre pèrdues socials, sinó que poden ser externalitats positives per altres subjectes, especialment per les empreses productores de béns substitutius dels de l'empresa afectada.

La possible divergència entre pèrdues privades i pèrdues socials no apareix únicament en àrees caracteritzades conjuntament com a casos de danys purament econòmics. Tots els casos de danys i perjudicis, sempre que derivin de beneficis deixats d'obtenir o de vendes deixades de realitzar poden veure's afectats per la mateixa discrepància. Llavors, la regla eficient en el dret de danys seria aquella que limités la indemnització als danys privats no compensats pels beneficis produïts a un tercer i que, per tant, constitueixen efectivament un dany social. Això és aplicable tant per danys i perjudicis en general, com per danys purament econòmics<sup>45</sup>.

La regla de limitació de la indemnització als danys socials és més fàcil de proclamar en teoria que de portar amb seny a la pràctica. Els danys privats són, tot i els inevitables problemes de càlcul, relativament fàcils de distingir. En canvi, el problema de com calcular els danys socials soferts és d'una magnitud diferent. S'hauria d'examinar si hi ha hagut o no vendes alternatives (o vendes posposades), si les vendes alternatives o posposades s'han fet al mateix nivell de costos de producció i si el grau de substituïbilitat entre les vendes deixades de realitzar i les vendes alternatives o posposades és perfecte o no<sup>46</sup>. Les elasticitats d'oferta i demanda en el sector també jugarien un cert paper, ja que influeixen en la disminució de la quantitat total venuda i, per tant, també en l'excedent social que es perd.

L'estructura del mercat també és rellevant, i aparentment, capaç de proporcionar-nos indicacions clares de com les pèrdues privades es tradueixen en danys socials. Si les vendes deixades de realitzar afecten a una empresa en un sector perfectament competitiu, no hi ha dany social. Les condicions d'un mercat perfectament competitiu<sup>47</sup> garanteixen que

---

(2001).

<sup>45</sup> Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 33, creu que, encara que en teoria el problema de la divergència entre pèrdues privades i socials afecta tant als danys i perjudicis conseqüencials com als purament econòmics, ha de mantenir-se la distinció en termes operacionals, i han d'indemnitzar-se els primers i excloure els últims de la compensació (això és el que succeeix, en termes generals, en el dret dels Estats Units). Sosté l'esmentat autor que hi ha una correlació clara entre el caràcter directe del dany i el major o menor marge de discrepància entre pèrdua privada i pèrdua social. Encara que presenta algunes raons generals per sustentar aquesta afirmació empírica (el requisit del dany directe estableix un límit en la responsabilitat, mesura simplificada), crec que l'argument és poc convincent.

<sup>46</sup> Si els costos de servir els clients mitjançant vendes alternatives o ulteriors són superiors, hi ha una pèrdua social (no pel total de la venda perduda, sinó per la suma de l'augment de cost).

<sup>47</sup> Els supòsits estàndards en teoria econòmica per a un mercat perfectament competitiu són els següents: atòmicitat de productors (el nombre de productors és tan gran que un únic productor no té cap impacte sobre el que els altres fan); homogeneïtat del producte (els productes oferts pels diferents productors són perfectament substituïbles); informació perfecta (tant els productors com els consumidors tenen perfecte coneixement de totes les variables rellevants); igualtat dels productors (tots els productors tenen la mateixa tecnologia i les mateixes funcions de costos); entrada lliure i il·limitada (qualsevol productor pot entrar o sortir del mercat quan vulgui).

l'eliminació (permanent o temporal, total o parcial) de la producció d'una única empresa no afecti l'equilibri del mercat i, degut a això, a l'excedent social. Llavors la recomanació seria simplement ignorar les vendes deixades de realitzar i desestimar qualsevol acció de danys dirigits a la seva compensació. Al contrari, si l'empresa que hagués deixat de realitzar determinades vendes fos un monopolista pur amb control perfecte del mercat, els beneficis no obtinguts proporcionarien una estimació –de fet una infraestimació, tret que el monopolista practiqui amb èxit discriminació de preus de primer grau– del total dels danys socials causats. Això implica que una regla eficient farà respondre per les vendes deixades de realitzar pel monopolista pur perquè tots els beneficis deixats d'obtenir en aquest cas són pèrdues reals per la societat.

Desafortunadament, ni les situacions de competència perfecta ni de monopoli pur<sup>48</sup> descriuen de forma efectiva molts mercats del món real. Hem de ser molt prudents a l'hora d'utilitzar aquests criteris basats en l'estructura del mercat, i no adoptar una postura extrema ja sigui per rebutjar en tot cas la indemnització dels beneficis derivats de vendes deixades de realitzar o per estimar en qualsevol cas les accions de danys per les vendes perdudes.

L'argument que recolza un rescabament més ampli de les vendes deixades de realitzar basant-se en una consideració de segon òptim és igualment dubtós en la seva aplicació pràctica pels tribunals. L'argument és el següent<sup>49</sup>: és cert que la millor solució seria negar la compensació dels beneficis deixats d'obtenir perquè no es corresponen amb vertaderes pèrdues socials. Però atès que la víctima dels beneficis deixats d'obtenir els entén com a pèrdues reals, la regla de no indemnització la induiria a adoptar mesures per reduir la probabilitat de la pèrdua privada. Si aquestes mesures d'autoprotecció de la víctima potencial són socialment més costoses que les mesures excessives (recordeu, les pèrdues no són pèrdues socials) de precaució del causant, serà més eficient estimar la responsabilitat per induir a l'últim i dissuadir al primer, fins i tot si som conscients del fet que la responsabilitat excedeix el dany en termes socials. En altres paraules, podria ser recomanable aplicar la solució òptima de segon grau (responsabilitat, evitant-se mesures no desitjades d'autoprotecció de la víctima), abans que aplicar la primera directament (no mesures de protecció ni cura) per acabar amb la situació (no responsabilitat i mesures d'autoprotecció de la víctima).

És possible proporcionar exemples en els quals l'argument funciona i, per això, la responsabilitat per allò que s'ha perdut és una solució imperfecta però més desitjable que l'exclusió de responsabilitat. Dubtem, tot i això, que les implicacions pràctiques de

---

Òbviament, aquest conjunt de supòsits mostra a les clares que la competència perfecta és una construcció teòrica, que no és quelcom que podem derivar mitjançant la inducció o l'observació dels mercats del món real. No obstant això, es tracta d'una referència extremadament útil per avaluar el funcionament i les possibles mesures correctores als mercats reals.

<sup>48</sup> Tot i això, podria defensar-se que la distribució local d'electricitat encara en l'actualitat, i els serveis de telefonia abans de la liberalització del mercat de les telecomunicacions i la introducció de la telefonia mòbil, podrien ser considerats monopolis perfectes, i per això, ser bons candidats per a una compensació completa dels beneficis deixats d'obtenir.

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

l'argument puguin servir d'ajuda als tribunals. Més aviat ens inclinem a pensar el contrari: els supòsits pel seu funcionament són tan forts i tan difícils d'apreciar a la realitat que el millor és oblidar-se de la proposta.

c) Substitutiu<sup>50</sup> de la responsabilitat contractual

En alguns casos, la qüestió rellevant és que hi ha una clara responsabilitat contractual del causant, però hi ha factors que impedeixen que aquesta responsabilitat proporcioni els incentius adequats al causant del dany. La responsabilitat extracontractual, en especial la que es refereix als danys econòmics, pot actuar com a remei davant aquest mal funcionament de la responsabilitat contractual.

L'exemple més obvi és el cas d'un fedatari que negligentment s'equivoca a l'hora de redactar el testament seguint les instruccions del testador i, en conseqüència, l'herència recau no en el beneficiari desitjat pel testador sinó que va a parar a les mans d'una tercera persona. Per definició, l'altra part del contracte amb el fedatari no pot reclamar basant-se en l'evident responsabilitat contractual del fedatari. Indemnitzar extracontractualment<sup>51</sup> al beneficiari desitjat pel testador serveix com un valuós substitut de la frustrada responsabilitat contractual. Tingui's en compte que aquí la distinció entre pèrdua privada i pèrdua social ens portaria per mal camí, perquè la conseqüència de la negligència del fedatari és una transferència pura sense cap cost social: el que el beneficiari desitjat pel testador no ha rebut és exactament el que ha obtingut l'hereu *ab intestato*. Però això no té en compte que la pèrdua real ve donada per la vulneració dels desitjos i preferències del testador. És notablement difícil estimar en quant valorava el testador el respecte a la seva voluntat, per la qual cosa la responsabilitat extracontractual es presenta com un succedani simple i efectiu (probablement amb certa sobreestimació del dany realment produït) pel frustrat i perjudicat hereu.

De manera semblant, la responsabilitat extracontractual pot operar en casos d'informació negligent sobre la fiabilitat i solvència financeres d'un tercer. Fer responsable l'informador (habitualment una institució que coneix la situació financera de la persona a qui fa referència la informació, degut a què hi ha una relació contractual entre ambdues) davant els que han incorregut en pèrdues per confiar en la informació negligent, serveix el propòsit de corregir el possible mal funcionament de la responsabilitat contractual.

Així, la part X a qui es refereix la informació i que té una relació contractual amb el subministrador d'informació (Banc, suposem), té un incentiu per reaccionar contra una comunicació negligent de la situació financera només en els casos d'infraestimació, perquè només en aquestes situacions X resultarà danyat per l'acció negligent del Banc. En els casos

---

<sup>50</sup> Landes i Posner (William LANDES i Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987), p. 252) utilitzen el terme "surrogate losses" amb un significat totalment diferent. Pensen en un dany a un recurs natural sense propietari, i es refereixen a la responsabilitat per danys econòmics als no propietaris que viuen d'aquests recursos com un substitutiu valuós per compensar els propietaris (no identificables). L'exemple més clar seria el de la contaminació marina i la compensació als pescadors locals. Per a una coherent crítica a aquest enfocament, Victor GOLDBERG, "Recovery for Economic Loss following the *Exxon Valdez* Oil Spill", 23 *Journal of Legal Studies* (1991), p. 8.

<sup>51</sup> En alguns sistemes jurídics, com és el cas de l'espanyol, aquesta responsabilitat està específicament prevista en la llei (art. 705 Codi Civil), però no succeeix el mateix en altres sistemes.

de sobreestimació, el dany és extern a les parts contractuals, i X no té incentius (sinó tot el contrari), per buscar remeis contractuals que corregeixin aquest tipus de comportament. El resultat d'aquest incentiu esbiaixat cap a l'optimisme o la sobrevaloració de la solvència seria una desviació sistemàtica i indesitjable a favor d'informes financers favorables<sup>52</sup>. En aquestes circumstàncies, només els tercers que confien en la informació tenen incentius a corregir els resultats esbiaixats de la responsabilitat contractual mitjançant accions de responsabilitat civil extracontractual.

Òbviament, el paràgraf precedent no implica que s'hagi d'estimar sempre la responsabilitat davant de terceres persones que han confiat en la veracitat i correcció de la informació. La definició de nivells de confiança eficients (és a dir, no excessius) és absolutament cabdal<sup>53</sup>. L'important és que la funció de la responsabilitat extracontractual en aquest context és precisament la correcció del funcionament imperfecte de la responsabilitat contractual.

#### d) Responsabilitat dels intermediaris o “gatekeepers”.

La majoria de casos de dany purament econòmic derivats d'un subministrament negligent d'informació (o de l'omissió d'aquest subministrament) afecten les activitats d'auditors, advocats, assessors analistes, bancs d'inversió i altres. En tots aquests casos, la vertadera qüestió és l'existència o l'absència de condicions que permetin afirmar alguna classe de responsabilitat del professional (negligència per no detectar i/o per informar de la conducta incorrecta d'algú). Hi ha una enorme literatura sobre la matèria<sup>54</sup>, i tractar-la excedeix l'abast d'aquest treball. La nostra impressió és que també excedeix de l'abast de les regles generals de la responsabilitat civil extracontractual que aquí tractem d'analitzar. Sembla ser, que les circumstàncies particulars de cadascun d'aquests sectors professionals, el paper de la reputació, el tipus i contingut de la regulació del sector concret i, eventualment, l'ús de la responsabilitat penal tant per les males conductes subjacents, com per l'error de control o d'informació del professional, són factors que necessàriament s'han de tenir en compte a l'hora de dissenyar un règim jurídic eficient.

## 5. Conclusions

En aquest treball hem intentat presentar una nova perspectiva sobre el concepte de dany econòmic en el dret de danys i l'exclusió del seu rescabament des de la perspectiva de l'anàlisi

---

<sup>52</sup> Existeixen, òbviament, factors que operen en sentit contrari, fonamentalment la reputació del Banc. Es tracta d'un element que aproxima el principi del caràcter substitutiu de la responsabilitat extracontractual a la responsabilitat dels intermediaris.

<sup>53</sup> Si s'afirmés en aquests casos la responsabilitat civil extracontractual amb independència del nivell de confiança que hagués adoptat el demandant, es produiria un seriós problema de risc moral i els destinataris d'informació financera sobre altres persones confiarien excessivament en ella.

<sup>54</sup> Per a una revisió molt útil, vegeu Reinier KRAAKMAN, “Third-party liability”, a Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, MacMillan, London, (1998), p. 583. Vegeu també 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 a <http://papers.ssrn.com/abstract=281360>



econòmica del dret. Hem defensat el caràcter equívoc del concepte, com a categoria normativa i com a terme útil per referir-se a un grup relacionat de casos i matèries que mereixen ser examinades i tractades de forma conjunta. En aquest sentit, la creixent recepció de la categoria en els ordenaments i en la doctrina de l'Europa continental no sembla constituir un fenomen digne d'aplaudiment.

També sostenim que no hi ha un fonament únic per explicar coherentment l'abast de les qüestions afectades per la majoria de casos analitzats de manera conjunta sota la regla del dany purament econòmic. Ni tan sols la interpretació econòmica més influent de la regla, la divergència entre pèrdues privades i pèrdues socials, serveix com a explicació única. L'enfocament adequat a l'ampli conjunt de matèries implicades en els diferents grups de casos ha de ser necessàriament plural. Hi ha, tot i això, diversos principis econòmics que poden ajudar-nos a organitzar-los i il·lustrar-los: subrogació, pèrdues socials vers pèrdues privades en vendes deixades d'obtenir, responsabilitat civil extracontractual com a substitutiu d'una responsabilitat contractual que no pot desplegar correctament les seves potencialitats i la responsabilitat dels "gatekeepers".

## 6. Bibliografia

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

Joanne CONAGHAN i 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 i 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 i 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 i 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, es pot descarregar a <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.