

Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas *

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.-1. Los casos principales de responsabilidad por informaciones falsas.-2. Delimitación del campo de estudio.-3. Líneas generales de Derecho Comparado.-3.1 El sistema alemán.-3.2 Portugal.-3.3 Sistemas de *Common Law*.-3.4 Francia.-3.5 Italia.-II. *El punto de partida: el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual*.-1. La naturaleza de la responsabilidad en nuestro Derecho.-2. El problema de la responsabilidad excesiva.-2.1 La insuficiencia de la culpa.-2.2 Reacciones.-2.3 ¿No bastaría con un control a través de la causalidad?.-3 Características especiales del problema.-3.1 La información es especial.-3.2 El daño es puramente económico.-4. Ideas para una solución. 4.1 ¿Se exige en nuestro sistema la antijuridicidad del daño?.-4.2 El deber de cuidado en el *Common Law*.-4.3 El deber de cuidado en nuestro sistema.-4.4 El deber de cuidado en nuestro campo de estudio.-5. Dos alternativas no tan buenas.-5.1 La exigencia de la gravedad de la culpa.-5.2 La imputación objetiva: el fin de protección de la norma violada.-III. *La regla de fondo*.-1. Existencia y alcance del deber de cuidado en el *Common Law*.-1.1 Introducción histórica.-1.2 La regla operativa.-1.3 El ori-

* El origen último de este artículo se encuentra en un cuestionario sobre la situación en España de la responsabilidad por daño puramente económico elaborado para el llamado *Common Core Project*. Tuve la oportunidad de participar en ese proyecto gracias al profesor Pantaleón, a cuya generosidad debo también la oportunidad de haber profundizado en este tema que estaba casi totalmente abandonado por nuestra doctrina. En la elaboración de este artículo también me he beneficiado de la generosa ayuda intelectual del profesor Basozabal, en Madrid, y de los profesores Salvador Coderch, Egea, Gómez-Pomar, Pintos Ager y demás participantes en el seminario del área de Derecho Civil de la *Universitat Pompeu Fabra*, en Barcelona. A todos ellos, en absoluto responsables de los fallos que subsistan, mi gratitud y mi reconocimiento. Por otro lado, la fase inicial de este trabajo fue realizada en la *Columbia University* con la ayuda de una beca del Programa de Formación de Personal Investigador en el Extranjero del (entonces) MEC. En esa fase, mi agradecimiento se extiende también a los profesores Pastor y Goldberg y a los doctores Bandrés y de la Morena.

gen del deber de cuidado.—2. La responsabilidad por informaciones falsas en nuestro Derecho.—2.1 La acción.—2.2 La relación de causalidad y la imputación objetiva.—2.3 La información dolosamente incorrecta.—2.4 Existencia del deber de cuidado.—2.5 Extensión del deber de cuidado.—Notas sobre el régimen jurídico de la acción.—IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Un comerciante se dirige al banco de otro comerciante con el que está en negociaciones y le solicita información sobre la solvencia de este último. Ese banco da informes netamente positivos sobre la solvencia de su cliente, pero al cabo de unos meses y una vez que se ha cerrado la operación proyectada, dicho cliente se declara insolvente, ocasionándole cuantiosas pérdidas al primer contratante. ¿Incurre el banco informante en responsabilidad ante el comerciante informado?

A primera vista, la respuesta a esta pregunta no parece muy difícil. Parece que el banco informante sí podría incurrir en responsabilidad ante el usuario de la información incorrecta que aquél elaboró y/o comunicó de forma negligente. Además, y también a primera vista, parece que esa responsabilidad sería de carácter extracontractual, dada la inexistencia de relaciones contractuales entre el comerciante informado y el banco informante.

Sin embargo, las cosas no deben estar tan claras por lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad en cuestión, como pone de manifiesto el hecho de que en nuestra doctrina se hayan mantenido dos posturas completamente antitéticas al respecto. En efecto, para un caso como el que acabamos de describir, se ha defendido tanto el carácter extracontractual de la responsabilidad como su carácter contractual¹.

Estas diferencias en cuanto al punto de partida para solucionar uno de los casos paradigmáticos del campo de la responsabilidad

¹ SÁNCHEZ MIGUEL, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, III, *La Ley*, Madrid, 1994, p. 2442, y FERNÁNDEZ COSTALES, «Aspectos de la responsabilidad del banco por las informaciones a los clientes y de los clientes», *Estudios en homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, p. 3237, defienden el carácter extracontractual de la responsabilidad; este último autor basa su opinión en la afirmación de que el uso bancario de dar esa información es *contra legem*. ÉMBID IRUJO, «Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado *servicio de caja*. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad», *Contratos Bancarios*, dirigido por García Villaverde, Madrid, 1992, p. 112, y, más claramente, FERRANDO VILLALBA, *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Valencia, 2000, pp. 362 ss., defienden la naturaleza contractual.

por daño puramente económico causado al usuario de informaciones incorrectas pone de relieve que, para solucionar estos casos, se plantea, antes que nada, el problema básico de delimitar el campo de juego respectivo de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Es decir, se plantea el problema de saber si en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se exige o no la antijuridicidad del daño resarcible y el significado que, en su caso, tiene esa exigencia. Asimismo, también pone de manifiesto que nos adentramos en un terreno fronterizo, a caballo entre los mundos de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual².

Al lado de este problema relativo al cauce contractual o extracontractual que se debe emplear, se plantea el problema de fondo de decidir en qué casos y con qué requisitos se debe imponer responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Como veremos más adelante, en nuestro campo de estudio, no es nada fácil dar una regla de fondo sobre cuándo y con qué límites imponer responsabilidad. En esa tarea, son especialmente relevantes algunas consideraciones de política jurídica que analizaremos en su momento y que matizan algunas soluciones a las que lleva la intuición.

Este trabajo se estructura sobre estas dos cuestiones que hemos enunciado: la de elegir el tipo de responsabilidad preferible y la de definir, en su seno, una regla para decidir qué casos son indemnizables y qué casos no. Sin embargo, antes de seguir adelante en el planteamiento de estas dos cuestiones, vamos a definir mejor nuestro campo de estudio. Para ello, en dos epígrafes introductorios vamos a ver, en primer lugar, qué tipos de casos hay que considerar incluidos en ese campo de estudio. Cuando ya tengamos una primera idea intuitiva acerca de lo que estamos hablando, pasaremos, en segundo lugar, a precisar de qué manera es necesario delimitar rigurosamente este campo de la responsabilidad por daños puramente económicos causados por informaciones falsas para que su estudio sea factible y útil. También en esta parte introductoria recogeremos, en tercer lugar, unas ideas generales de Derecho Comparado, en las que empezaremos a ver los cauces elegidos en cada sistema y las reglas de fondo que se han elaborado para los casos incluidos en nuestro campo de estudio.

² Para la idea de que la responsabilidad por informaciones falsas está a caballo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, véase, por todos, MARKESINIS (94), p. 48. La idea es recogida por multitud de autores en distintas doctrinas. Es gráfico el título del trabajo de BUSNELLI, «Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte», *Contratto e Impresa*, 1991, 2.º, pp. 539-577.

1. LOS CASOS PRINCIPALES DE RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES FALSAS

En la jurisprudencia española no he logrado localizar ningún caso referido al campo de estudio que se quiere afrontar en este trabajo. Sin embargo, en la lectura de la jurisprudencia surgida en los sistemas de nuestro entorno, se puede apreciar a simple vista la importancia que la materia puede tener también en nuestro Derecho. A continuación, voy a recoger los casos principales para ofrecer una panorámica de los problemas que este trabajo va a tratar de solucionar. En esta panorámica aprovechamos para indicar que los casos que hay que solucionar se dividen en dos grandes grupos.

1.1 Hay un primer grupo de casos que se caracteriza por la inexistencia de un contrato en cumplimiento del cual se proporciona la información que, con posterioridad, se revela como falsa. El ejemplo más claro de este grupo de casos lo proporcionan los informes sobre solvencia que elaboran los bancos a los que ya nos hemos referido.

También podemos encuadrar en este grupo los casos de responsabilidad por confirmación telefónica de un cheque. En estos casos, el banco librado da por teléfono información errónea o equívoca que induce al banco que solicita la información a adoptar lo que posteriormente se revela como la mala decisión de conceder la disponibilidad inmediata de los fondos al tomador del cheque que se lo presenta. En Italia hay un caso, muy citado por la doctrina, en el que el empleado del banco informó incorrectamente de forma dolosa: dijo que sí existían fondos porque el titular de la cuenta solía hacer un ingreso mensual a los pocos días de la llamada, ingreso que finalmente no se produjo³.

De la práctica italiana podemos recoger un caso en el que es un comerciante el que mediante una carta da informaciones incorrectas sobre la solvencia y seriedad de otro comerciante. En concreto, lo que hace es afirmar que el comerciante al que recomienda o presenta era «solvente al ciento por ciento», cuando, en realidad, apenas lo conocía. Además, el receptor de la carta, que se había decidido a contratar con el insolvente precisamente por venir recomendado por el demandado, sufrió grandes pérdidas⁴. El tribu-

³ VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padua, 1967, pp. 253-254, recoge esta sentencia.

⁴ Es un caso muy comentado decidido en la sentencia del Tribunal de Bolonia de 17 de octubre de 1952. FANELLI, que escribe una nota favorable a la sentencia («Un originale caso di responsabilità aquiliana», *Foro Italiano*, 1953-1.º, pp. 422-426), señala que el informante se podía haber limitado a poner a las partes en contacto. Es interesante el comentario a la misma sentencia que escribe MICCIO en «Una strana forma di responsabilità aquiliana», *Giustizia Civile*, 1953-1.º, pp. 1010-1016. Para este autor (p. 1016) no se debería haber

nal condenó al demandado. En realidad, la conducta del informante de este caso parece gravemente culpable e, incluso, podría decirse que dolosa pues, como decía el juez Cardozo, es doloso pretender que sabes cuando eres consciente de tu ignorancia.

También de la práctica italiana podemos recoger un caso muy conocido y muy debatido. El caso debe parte de su renombre al hecho de que el demandado era el célebre pintor De Chirico⁵. Los hechos fueron como sigue: un coleccionista estaba pensando adquirir un cuadro del famoso artista y, como éste fue especialmente perseguido por los falsificadores a lo largo de toda su carrera, se decide a visitar al pintor y preguntarle directamente a él por la autenticidad del cuadro antes de decidirse a adquirirlo. De Chirico le comunica que el cuadro es auténtico y, de hecho, vuelve a estampar en él su firma. Sin embargo, el cuadro resultó ser falso, cosa que se descubre cuando el coleccionista ya lo había comprado. Este último, dirige una acción contra el maestro (en realidad, contra su heredera) y los tribunales le acaban dando la razón.

1.2 Hay un segundo grupo de casos en los que la información es elaborada y/o transmitida en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte.

El ejemplo de este tipo de caso por antonomasia es el de la responsabilidad del auditor ante el tercero usuario de los informes que el auditor elabora. En el caso de la responsabilidad del auditor frente a tercero se plantea con toda virulencia el problema de que la información pasa fácilmente de mano en mano, con lo que el número de perjudicados y el tamaño de esa responsabilidad son potencialmente ilimitados. Comparativamente, el caso de la responsabilidad del auditor ante la entidad que le ha contratado es mucho más sencillo.

También pertenecería a este grupo de casos, el de la posible responsabilidad ante el adquirente de una finca del tasador que da un informe incorrecto sobre el valor de esa finca, pero que ha sido contratado para ello, no por el adquirente, sino por la entidad que va a financiar la compra de la misma. En este caso, el daño consiste en el sobreprecio que el adquirente acaba pagando por la finca, a causa de la incorrección de la tasación negligente. Es muy similar y también habría que encuadrar aquí el caso del agrimensor que determina incorrectamente los linderos de una finca de tal manera que un

impuesto responsabilidad ya que (a) no hay lesión a un derecho absoluto de la víctima, (b) no existe un derecho a la infalibilidad técnica y (c) no es admisible la imposición de una suerte de garantía extracontractual.

⁵ Cass. 24-5-1982, núm. 2765, GC, 82, I, 1749, comentado por DI MAJO, «Ingiustizia del danno e diritti non nominati», *Giustizia Civile*, 1982-3.º, pp. 1749-1751.

posterior adquirente de esa finca acaba construyendo sobre suelo ajeno.

El sector de la construcción también nos ofrece buenos ejemplos. Se puede recoger un rocambolesco caso decidido por la jurisprudencia italiana⁶. Un comitente financiaba la construcción de un edificio con un préstamo en el que se había pactado que el banco iría entregando los fondos según fuese avanzando la obra. El préstamo fue garantizado con un aval prestado por un hermano del comitente. En un momento dado, el arquitecto encargado de dirigir la obra elaboró un informe en el que afirmaba que la obra estaba más adelantada de lo que estaba en realidad. El banco, sobre la base de ese informe, entregó una cantidad de dinero que, más tarde, no pudo recuperar del comitente, por lo que tuvo que ser pagada por el avalista. Acto seguido, este avalista dirige una acción de responsabilidad extracontractual contra el arquitecto alegando que fue por su negligencia por lo que el banco entregó la cantidad adicional de dinero cuya devolución tuvo que afrontar el citado avalista.

De la experiencia estadounidense podemos recoger este otro caso que más adelante volverá a ser objeto de comentario⁷. Se trata de la demanda interpuesta por un contratista contra un ingeniero que, por encargo del comitente, había hecho el estudio del suelo sobre el que la obra se iba a desarrollar. Ese estudio se había incorporado a la documentación sobre la que el contratista había hecho la oferta por la que le adjudicaron la obra. El estudio del suelo había sido elaborado incorrectamente y eso supuso que el contratista tuviese mayores gastos a los inicialmente proyectados.

2. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO

En la panorámica sobre los casos que este trabajo trata de solucionar, se puede apreciar el tipo de caso que nos interesa. En este epígrafe, me propongo delimitar el campo de estudio de forma más precisa.

Cuando nos preguntamos por la responsabilidad que puede surgir por el daño causado a una persona por la información falsa que

⁶ Sobre este caso, decidido en la sentencia de App. Palermo, 11 de junio de 1959, comentada por SACCO, «L'ingiustizia di cui all'art. 2043», *Foro Paduano*, diciembre 1960, pp. 1420-1442, y recogida por VISINTINI (67), p. 256, se puede ver a PIRAINO LETO, «La tutela aquiliana del credito», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1977-1.º, p. 445, RANIERI, «La responsabilità da false informazioni», *Giurisprudenza Commerciale*, 1976-1.º, pp. 630-659, p. 648.

⁷ Se trata de *M. Miller Co. v. Central Contra Costa Sanitary District*, 18 Cal. Rptr. 13 (Dist.C.A.) (1982).

otra le proporciona, lo primero que tenemos que hacer es reconocer que el campo de estudio así acotado, sin más, es amplísimo y que es necesario limitarlo para hacerlo más manejable. De hecho, si contemplamos por un momento el campo entero de los daños causados por informaciones falsas, habrá que reconocer que muchos de los casos ahí comprendidos o bien tienen reglas especiales para solucionarlos (como los casos de lesión al honor), o bien es irrelevante que la acción causante del daño fuese una información falsa (como los casos de daño físico causados por informaciones incorrectas)⁸.

Esa limitación necesaria para que el campo de estudio sea manejable y significativo puede hacerse a través de los siguientes pasos:

2.1 Vamos a estudiar el problema de informaciones negligentemente erróneas que causan daño al destinatario o usuario de esas informaciones. No vamos a estudiar los casos, normalmente resueltos con normas especiales, en los que la víctima es el sujeto sobre el que versa la información falsa. El ejemplo más claro de este tipo de caso es el de un atentado al honor. También es usual el ejemplo de un trabajador al que no se le contrata o al que se despide por unas referencias erróneas emitidas por el anterior empleador (existían, por ejemplo, dos trabajadores con el mismo nombre, uno que dejó buen recuerdo en la empresa y otro que lo dejó malo y el antiguo empleador toma al uno por el otro). En estos casos, resultará muchas veces factible encontrar un derecho absoluto implicado (honor, identidad personal) y no será raro que el sistema jurídico contenga normas especialmente diseñadas para encauzarlos. Esta distinción entre los casos en los que la víctima es el sujeto sobre el que se informa y los casos en los que la víctima es el usuario de la información falsa está claramente establecida en los distintos ordenamientos: está claro que cada caso plantea sus propios problemas y que éstos tienen poco que ver con los que plantea el otro caso⁹.

⁸ Esta es una observación de origen anglosajón (véase, por ejemplo y entre otros, PROSSER y KEETON, *Torts*, 5.ª ed., St. Paul, Minn., 1984, p. 725), que se ha extendido a otras doctrinas [véanse, por ejemplo, ALPA y BESSONE, «I Fatti illeciti», en *Trattato di diritto privato*, 14, dirigido por P. Rescigno, Turín, 1990 (reimpresión de la ed. 1982), p. 191, VISINTINI (67), p. 240].

⁹ En nuestro país, la distinción está claramente establecida entre los estudiosos de la información bancaria; véase, FERRANDO VILLALBA, pp. 395 y ss., donde se encuentra información muy detallada; también se puede ver EMBID IRUJO, p. 112, FERNÁNDEZ COSTALES, pp. 3237 y ss. En los ordenamientos de nuestro entorno, se puede ver, VAZ SERRA, «Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)», *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 85, 1959, p. 287; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, p. 11, n. 8; ABILIO NETO, *Código civil anotado*, 8.ª ed, Lisboa, 1994, p. 367; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, 1982,

2.2 Vamos a colocar dentro de nuestro campo de estudio los casos en los que la información incorrecta ocasiona daños puramente económicos, que son los más interesantes¹⁰. Por daño puramente económico se entiende aquel daño que no es daño físico a la persona o propiedades tangibles de la víctima del accidente ni tampoco es consecuencia de éstos¹¹. De esta manera, relegamos a un segundo plano los casos en los que la información falsa causa un daño físico. El ejemplo más claro de este tipo de accidente sería el de un choque provocado por la incorrecta señal de vía libre que un camionero dirige al conductor del vehículo que le pretendía adelantar¹².

Es cierto que algunas de las cosas que se explicarán en este trabajo también podrían ser aplicadas a estos casos de daño físico. Algunas cosas que más abajo se explica acerca de la acción o acerca

p. 460. También, LUMINOSO, «Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1984-1.º, pp. 210 y 211; MIRABILE, «Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false o errate informazioni», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1990-1.º, p. 408; GAUDINO, «Dei fatti illeciti», en *Commentario al Codice Civile*, IV-2.º dirigido por P. Cendon, Turín, 1991, p. 2022; ALPA y BESSONE (90), pp. 201 y ss. En Francia, y algunos con menos claridad, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, VII, París, núm. 585, p. 800; AUBRY y RAU, *Droit civil français*, VI, París, 1951, núm. 444 bis, p. 468; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, I, 2.ª ed., París, 1951, núms. 87 y 88, pp. 107 y 108; MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, 5.ª ed., Buenos Aires, 1963, núm. 501, p. 156, n. 2; GAVALLADA y STOUFFLET, *Droit de la banque*, París, 1974, p. 837; VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 2.ª ed., París, 1977, p. 229; VINEY y JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité (Traité de droit civil*, dirigido por J.Ghestin), 2.ª ed., París, 1998, núm. 480, p. 374. En los países de *Common Law*, lo que sucede es que estos casos en los que la víctima es la persona objeto de la información se encuadran, simplemente, en un *tort* distinto.

¹⁰ Para esta afirmación, por todos, BANAKAS, «Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interest System», *European Review of Private Law*, 1999, VII-3.º, pp. 261-286, p. 262. A partir de aquí, citaré este trabajo como BANAKAS (99-2.º).

¹¹ Para un concepto de daño puramente económico, por todos, FELDTHUSEN, *Economic Negligence: The recovery of Pure Economic Loss*, 3.ª ed. Toronto, 1994, p. 1. Para una visión más crítica del concepto y sus potencialidades, es interesante la revisión histórica de GORDLEY, «The Rule Against Recovery in Negligence for Pure Economic Loss: An Historical Accident», en BUSSANI y PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, según la cual, tanto en el B.G.B. como en el *Common Law*, se dio demasiado peso, por accidente histórico, a la idea de que sólo los derechos absolutos pueden ser violados por tercero. Conviene destacar la idea de que este concepto de daño puramente económico no coincide con el de lucro cesante. Es cierto que en muchos de los más conocidos casos de daño puramente económico éste consiste en una ganancia dejada de percibir (por ejemplo: el demandante reclama las ganancias no percibidas por tener detenida la producción de su fábrica en el tiempo que media entre la interrupción del suministro eléctrico debida al corte de un cable —perteneciente a una compañía eléctrica— por las excavaciones que el demandado desarrollaba negligentemente y la restauración de ese suministro eléctrico). Pero también hay un gran número de casos, como son los causados por informaciones incorrectas, en los que el daño puramente económico tiene o puede tener la doble dimensión de daño emergente y lucro cesante.

¹² El ejemplo es de PROSSER, «Misrepresentation and Third Persons», *Vanderbilt Law Review*, marzo 1966, vol. 19, núm. 2, pp. 231-255, p. 236. En la jurisprudencia norteamericana hay otro caso muy conocido en el que el mensaje de un controlador de vuelo en el que se daba una localización inexacta de un avión hizo que unos paracaidistas, en lugar de caer sobre tierra firme, cayeran al lago Eire y perecieran en sus frías aguas.

de algunos aspectos de la relación de causalidad, por ejemplo, son perfectamente aplicables a un daño físico causado por una información incorrecta. Pero lo cierto es que estos casos no presentan caracteres tan marcados como los casos de daño puramente económico y los problemas que plantean no son muy distintos, en su mayor parte, a los que plantea un accidente en el que se cause un daño físico pero en el que la acción no consista en una información falsa¹³. Lo que, en última instancia, parece decisivo es el hecho de que las consideraciones de política jurídica que son relevantes para definir el alcance óptimo de la responsabilidad son distintas en los casos de daños físicos que en los casos de daño puramente patrimonial.

2.3 En ocasiones, la información falsa o errónea (o, incluso, la simple reticencia) se encuadran en los tratos preliminares a la celebración de un contrato. En estos casos, estamos ante una información falsa o errónea que se ha intercambiado entre dos partes que acaban realizando un contrato normal de intercambio entre ellas. Se plantea así un problema de deberes precontractuales de información o de error (o de dolo) como vicio de la voluntad que no nos interesa demasiado en este momento¹⁴.

En nuestro Derecho, además de poder pedirse la anulabilidad del contrato en caso de error, la doctrina admite la procedencia de una acción de daños por *culpa in contrahendo* en estos casos en los que una parte es inducida a contratar con la otra sobre la base de un error imputable a la negligencia de esta última¹⁵.

¹³ En EE. UU. este tipo de accidente se encausa a través de una acción de negligencia normal. Véase PROSSER, pp. 232 y 235. Ha habido, sin embargo, algunas excepciones; véase PROSSER y KEETON, pp. 726-727 y 745. Las cosas están muy claras en el par. 311 del *Restatement of Torts*. Para el mundo de la *Commonwealth*, donde la afirmación de responsabilidad en estos casos tampoco es problemática, se pueden ver FELDTUSEN, p. 23, nota 4; SALMOND & HEUSTON, *The Law of Torts*, 21.^a ed., Londres, 1996, p. 209; FLEMING, *The Law of Torts*, 7.^a ed. Sidney, 1987 (3.^a reimpression, 1990), p. 160; BAKER, *Tort*, 6.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 131-132; BRAZIER, *The Law of Torts*, 9.^a ed. Londres: Butterworths, 1993, p. 207; STEVENS, «Negligent Acts Causing Pure Financial Loss: Policy Factors at Work», *University of Toronto Law Journal*, 1973, pp. 431-467, p. 431; CRAIG, «Negligent Misstatements, Negligent Acts and Economic Loss», *The Law Quarterly Review*, abril 1976, vol. 92, pp. 213-241, pp. 214 y 218; MARSHALL, «Liability for Pure Economic Loss Negligently Caused-French and English Law Compared», *International and Comparative Law Quarterly*, octubre 1975, pp. 748-790, p. 783; GOODHART, «Liability for Innocent but Negligent Misrepresentations», *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, pp. 286-301, p. 294. Por su parte, STAPLETON, «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda», *The Law Quarterly Review*, abril 1991, vol. 107, pp. 249-297, p. 260, señala que no siempre estuvo tan claro que las palabras negligentes que causan daño físico dieran lugar a responsabilidad.

¹⁴ RANIERI, pp. 639-640; MONATERI, *La responsabilità civile*, (en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. Sacco), Turín, 1998, p. 576; LUMINOSO, p. 189; VISINTINI (67), p. 240. También se puede ver a ROGERS, *The Law of Tort*, Londres, 1989, p. 85; PROSSER y KEETON, pp. 734-735.

¹⁵ Por todos, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, pp. 33 y ss.

Se puede destacar, sin embargo, que ese cauce de la responsabilidad precontractual sí ha sido empleado, en casos análogos a los que nosotros estudiamos, en los supuestos de la llamada *responsabilidad derivada del folleto*. En estos casos, se estudia la responsabilidad de los intermediarios que intervienen en la colocación de valores mobiliarios en el mercado, frente a los inversores que los adquieren, por lagunas o falsedades en el folleto que se publica con motivo de la operación. La idea que sirve de base al empleo de la responsabilidad precontractual es la de que la creación de una confianza a través de un contacto negociador puede generarse en fenómenos distintos al contacto físico entre los negociadores; en concreto, la tarea de estos intermediarios es, en los contratos en masa de emisión de valores para recabar el ahorro público en los que intervienen, lo que sustituye al contacto directo entre emisor del título e inversor¹⁶. Por eso es lógico el recurso a la responsabilidad precontractual. Es importante darse cuenta de que en esta idea está implícita la superación de la visión habitual de la responsabilidad precontractual como algo que vincula o interesa a las partes del futuro contrato¹⁷. Los autores que han estudiado este asunto en la doctrina italiana también destacan que es superable la idea de que la responsabilidad precontractual necesariamente ha de resolverse en una indemnización del interés negativo¹⁸.

2.4 Cuando existe un contrato entre el autor del mensaje y su destinatario, la imposición de responsabilidad (contractual) no plantea especiales problemas¹⁹. Se puede distinguir entre los casos en los que la información es la prestación principal nacida del contrato y los casos en los que la información se proporciona cumpliendo una obligación accesoria (que, según destaca algún autor, bien puede derivar de una integración del contrato conforme a la buena fe)²⁰. Normalmente, se dice que se trata de una obligación de medios, no de resultado, de forma que la responsabilidad del informante no derivaría de la inexactitud de la información, sino de la negligencia con la que fue elaborada²¹.

¹⁶ FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milán, 1986, pp. 65 y 67. Por otro lado, para una descripción de estos folletos en Italia, se puede ver el trabajo de ALPA, «Il prospetto informativo», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1988-2.º, pp. 303-322. También, para la RFA, VON BAR, «Liability for Information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: A Comparison of English and Gertman Case Law», en B. MARKESINIS, *The Gradual Convergence*, Oxford University Press, 1994, pp. 98-127, p. 120.

¹⁷ PORTALE, «Informazione societaria e responsabilità degli intermediari», *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1982-1.º, pp. 3-31, pp. 15 y 21; FERRARINI, p. 52.

¹⁸ FERRARINI, pp. 127-128; PORTALE, p. 26.

¹⁹ RANIERI, pp. 633-634; ALPA y BESSONE (90), p. 194; MICCIO, p. 1011. Desde otro punto de vista, BISHOP, «Negligent Misrepresentation Through Economists' eyes», *The Law Quarterly Review*, julio 1980, vol. 96, pp. 360-379, pp. 370-373.

²⁰ LUMINOSO, p. 198; RANIERI, pp. 633-634; ALPA y BESSONE (90), pp. 192-193; MOLLE, «Responsabilità del banchiere per consiglio o raccomandazione nell'acquisto di azioni o obbligazioni», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1935-2.º, pp. 39-44, p. 41; GAUDINO, p. 2022.

²¹ Sobre esto, RANIERI, p. 635 y LUMINOSO, p. 198. La misma idea, pero en sede extracontractual, en MIRABILE, pp. 409-410.

Es destacable desde ahora que la jurisprudencia italiana interpreta estas obligaciones contractuales en un sentido más bien restrictivo. Así, se dice que el obligado a informar cumple su obligación trasladando al conocimiento de la otra parte los datos que obrasen ya en su poder (o, según Messineo, que hubiesen debido obrar en su poder), sin que exista una obligación de realizar investigaciones adicionales, excepto para el agente²².

En relación con la imputación de responsabilidad contractual por informaciones falsas, se señala en Italia que el hecho de que esa información sea proporcionada como una cortesía, a título gratuito, se debe traducir en una minoración de la responsabilidad, por analogía con lo que ocurre en el caso del mandato y del depósito²³. Por otro lado, para juzgar el margen de error razonable en toda información se debe tener en cuenta si el informante disponía ya de esos datos o tenía obligación institucional de tenerlos (en caso de tratarse de un banco, por ejemplo) o si, por el contrario, estaba dando información sobre otras personas y sus tratos con terceros. No es necesario advertir que la exigencia de exactitud es mayor en el primer caso que en el segundo²⁴.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, se puede decir que los casos en los que se centra este trabajo son, aquellos en los que el usuario de la información sufre un daño puramente económico a causa de la falsedad del mensaje recibido de un sujeto –informante– con el que ni estaba preparando la celebración de un contrato ni existía una relación obligatoria previa que pudiera servir para dar una base contractual a la responsabilidad de ese sujeto informante.

Hay que advertir que incluso esta descripción del supuesto de hecho es discutible porque, especialmente en la doctrina influida por ideas de origen alemán, se postula la existencia de un contrato de información por el mero hecho de que un hablante informe a un oyente. También hay que hacer la salvedad de que sí quedan dentro de nuestro campo de estudio los casos en los que el perjudicado no ha contratado con el autor de la información falsa, pero se pueda considerar que aquél está incluido en el ámbito de protección del contrato en cumplimiento del cual se proporcionó esa información errónea.

En nuestro Derecho, igual que sucede en Francia o Italia, la manera natural de encauzar el tratamiento de estos casos es la responsabilidad extracontractual. Veremos, sin embargo, que esta observación ha sido discutida y que, en cualquier caso, esa respon-

²² En contra, LUMINOSO, p. 202, partidario de un análisis caso por caso con los criterios normales de imputabilidad.

²³ LUMINOSO, p. 201.

²⁴ LUMINOSO, p. 201. Véase también MARSHALL, p. 784.

sabilidad extracontractual debe ser empleada con cautela para evitar consecuencias indeseables.

3. LÍNEAS GENERALES DE DERECHO COMPARADO

Decíamos al principio de este trabajo que, para llegar a enunciar una regla de fondo sobre cuándo se debe imponer responsabilidad por informaciones falsas y cuándo no, había que solucionar primero una pregunta muy básica: la de aclarar qué papel juega en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual la antijuridicidad del daño. Es una cuestión espinosa y debatida y en la que, además, se está poniendo sobre la mesa la descripción general del sistema de responsabilidad extracontractual. Para poder afrontar este primer problema y también para ir recogiendo las primeras ideas sobre las reglas de fondo con las que se solucionan en nuestro entorno los problemas de daños al usuario de informaciones falsas, es conveniente estudiar la cuestión desde una perspectiva comparada.

El problema de determinar en qué responsabilidad se incurre cuando se causan daños negligentemente a través de proporcionar al perjudicado una información errónea o falsa no ha sido convenientemente estudiado por la doctrina en Derecho español²⁵. Es una carencia que inicialmente compartimos con los demás ordenamientos basados en Códigos latinos. Sin embargo, mientras la doctrina francesa ha seguido despreocupada del problema, la doctrina italiana sí ha reaccionado ante esa carencia²⁶. En el sistema alemán, la cuestión ha sido estudiada con detalle, aunque desde planteamientos que nos quedan algo lejanos. En los EE. UU. y en los sistemas de la *Commonwealth*, se ha profundizado igualmente en la cuestión y, como veremos, con enfoques que han marcado la pauta de los últimos desarrollos en todo el mundo y con instrumentos técnicos que sí que pueden resultar de interés para nuestro Derecho²⁷.

²⁵ Últimamente sí ha habido algunos trabajos en este campo. Se puede destacar el estudio de PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores*, Madrid, 1996, por ser el primero que plantea la necesidad de una visión global de la cuestión. Últimamente, FERRANDO VILLALBA ha estudiado la responsabilidad en la información bancaria, campo que ha sido más estudiado en los sistemas basados en Códigos de tradición latina. Existe un trabajo centrado casi exclusivamente en el Derecho anglosajón de FRADES DE LA FUENTE, *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*, Madrid, 1999.

²⁶ RANIERI, p. 632; LUMINOSO, pp. 189 y 197; ALPA, «Difusione di informazioni economiche e problemi di responsabilità civile», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1977-1.º, pp. 39-64, p. 40; ALPA y BESSONE (90), p. 193; MIRABILE, p. 405; MONATERI (98), p. 575.

²⁷ VON BAR, p. 98, texto y n. 4; BANAKAS (99-2.º), p. 282, y GALLO, *L'elemento oggettivo del Tort of Negligence*, Milán, 1988, pp. 289 y 293, por ejemplo, reconocen abiertamente la preeminencia del enfoque de los sistemas de *Common Law* en la materia de informaciones falsas en la actualidad.

Las respuestas de los distintos ordenamientos a los casos de responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones incorrectas han sido muy distintas. Sin embargo, en todos los sistemas se puede apreciar la necesidad de que esa responsabilidad por informaciones falsas permanezca encerrada entre límites especiales. Para delimitar esa responsabilidad, se ha ido desde la simple exigencia de una culpabilidad agravada en Derecho italiano o francés (el informador, según algunas posiciones doctrinales, sólo responde en caso de dolo o culpa grave) a la negativa tajante de responsabilidad a través de negar la indemnizabilidad del daño puramente económico en los sistemas de *Common Law*²⁸.

A continuación, vamos a examinar esas respuestas para después proponer soluciones en Derecho español que, dentro de las restricciones de nuestro sistema, recojan lo mejor y más aprovechable de cada una de estas experiencias. En este recorrido, los datos en los que vamos a centrar nuestro interés son (a) si existe o no algún problema en indemnizar los daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, lo que implica estudiar el elemento que, en cada sistema, define el campo de lo indemnizable, (b) el grado de flexibilidad del derecho de contratos para ver si facilita o dificulta una solución por esa vía y (c) la existencia o no de una solución especial codificada para estos problemas de responsabilidad por informaciones falsas.

3.1 El sistema alemán

Para establecer el régimen de la responsabilidad por informaciones falsas en Alemania, es necesario jugar a dos bandas, teniendo en cuenta tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual. Desde el primer punto de vista, no es necesario aclarar que se puede imponer responsabilidad contractual cuando entre informado e informante se ha celebrado un contrato en cumplimiento del cual se intercambia la información. También desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, y centrándonos ya en nuestro campo de estudio, el parágrafo 676 del BGB establece, en sede de contrato de mandato, que no se incurre en responsabilidad por el simple hecho de dar un consejo que, seguido por su destinatario, es causa de que éste sufra ciertos daños²⁹. La justificación de esta

²⁸ MARSHALL, p. 783, para esa observación de que exigir culpa grave persigue limitar la responsabilidad.

²⁹ Ese parágrafo 676, en la traducción del BGB preparada por EIRANOVA ENCINAS, dice así: «Quien aconseje o dé una recomendación a otra persona no está obligado a indemnizar por ningún daño que se derive de seguir el consejo o la recomendación, sin perjuicio de su responsabilidad derivada de un contrato o de un acto ilícito».

regla está en la idea de que el mandato es dado en interés del mandatario, que es muy libre de seguir o no ese consejo recibido.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, hay que recordar que el sistema alemán está basado en una tipificación de los casos en los que se incurre en responsabilidad y que esa tipificación se hace atendiendo a si existe o no un daño antijurídico, en el sentido de que resulte lesionado un derecho subjetivo de carácter absoluto (vida, propiedad, etc.) o bien se viole una norma específicamente dictada para proteger al demandante del concreto daño sufrido. De esta manera, por exclusión, el daño puramente económico no es indemnizable a través de acciones de responsabilidad extracontractual en el sistema alemán.

Aquella regla (par. 676 BGB) de que no hay responsabilidad contractual por el hecho de dar una información en interés del informado, en combinación con la exclusión de la indemnizabilidad de los daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, hace que la víctima que padece daños causados por haber usado una información incorrecta no encuentre fácil remedio en Derecho alemán. Ciertamente que el parágrafo 826 del BGB permite reclamar cuando el informante informó de manera dolosa; pero no menos cierto que, incluso ampliando esa posibilidad a través de aceptar como suficiente el dolo eventual, esa norma ofrece una protección insuficiente a los usuarios de informaciones incorrectas³⁰.

La insuficiencia de la solución codificada queda patente por la tarea doctrinal y jurisprudencial que ha venido admitiendo, por vías más o menos tortuosas, una responsabilidad por falsas informaciones equiparable a la existente en otros ordenamientos en los que no existe norma codificada equiparable³¹. Estos trabajos y sus excesos han hecho que algunos autores hablen de estas normas que específicamente tratan de regular la cuestión de la responsabilidad por informaciones negligentemente falsas como normas fracasadas y obsoletas³².

En Alemania, se han propuesto distintas maneras de argumentar para superar la irresponsabilidad del informador negligente. La pri-

³⁰ Para el diagnóstico, RANIERI, pp. 642-643. En VON BAR, pp. 102-106, más información sobre los intentos jurisprudenciales de ampliar la idea de dolo para que el par. 826 BGB ofrezca mayor protección a los usuarios de informaciones falsas. El autor citado explica que esto puede llevar a problemas dado que las compañías de seguros no responden de los daños causados por el asegurado dolosamente.

³¹ Hay un cumplido resumen de esa jurisprudencia en ZUGENHÖR, «Berufliche Dritthaftung - insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare - in der deutschen Rechtsprechung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 22, 2000, pp. 1602 y ss. Para esto, también es útil el trabajo de Von Bar.

³² Es una norma que se da por fracasada y obsoleta en BUSNELLI (91), p. 539, y PORTALE, p. 12, donde se pueden encontrar más citas.

mera idea consistiría en teorizar la existencia de una relación contractual entre informante e informado. De esta manera, si finalmente la información es errónea por negligencia, se impondrá al informante una responsabilidad contractual, con lo que ya no se tiene ningún problema en indemnizar un daño puramente económico. Este es el camino que tradicionalmente ha seguido la doctrina alemana cuando *ha querido ampliar el campo* de los daños indemnizables³³.

Para utilizar esta vía de la responsabilidad contractual se recurrió, en primer lugar, a la idea de obligaciones contractuales accesorias. Así, bastaba la relación genérica entre un banco y su cliente para hacer pesar sobre el primero una obligación accesoria de información. Aún se da un paso más cuando del mero hecho de proporcionar información se deduce la existencia de un contrato tácito de información. Este contrato tácito de información sirve de instrumento técnico para imponer responsabilidad respetando las reglas del sistema de ilícitos civiles típicos del BGB. Este contrato tácito en realidad no es más que una ficción, como reconocen muchos autores, y en ciertos casos se trata de una solución muy forzada³⁴.

Por este carácter de solución forzada de esta última idea, la doctrina alemana más reciente prefiere, bien teorizar la existencia de una tercera vía de responsabilidad basada en la buena fe y la protección de la confianza, bien postular una vuelta a la solución basada en el principio de *neminem laedere*³⁵.

La segunda manera de trabajar consiste en ir descubriendo nuevos derechos absolutos que hayan sido infringidos por la acción, para poder imponer responsabilidad manteniendo la coherencia del sistema³⁶. Los problemas a que esto conduce consistirían en la hipertrofia de la figura del derecho subjetivo.

3.2 Portugal

El ejemplo de Portugal es también muy claro para ilustrar el fracaso del modelo típico de responsabilidad por informaciones incorrectas. En este sistema, el artículo 483, 1º, del Código vigente

³³ ALPA (77), p. 43; REIMANN, «Pure Economic Loss in Germany»; en BUSSANI y PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, pp. 9-10; BANAKAS (99-2.º), p. 282; VON BAR, p. 119.

³⁴ BUSSANI y PALMER, p. 15; VON BAR, p. 113; RANIERI, p. 641; PORTALE, p. 13; GALLO, pp. 285-286.

³⁵ RANIERI, p. 644; BUSNELLI (91), p. 541; PORTALE, p. 18; ALPA (77), p. 43, explica que en los sistemas de *Common Law*, la respuesta ha sido crear el *tort de Misrepresentation*.

³⁶ LIMPENS, «La faute et l'acte illicite en droit comparé», *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, París, 1963, pp. 723-741, p. 725, y GALLO, p. 270, explican cómo, por necesidades prácticas, tuvo lugar la aparición de dos nuevos derechos absolutos en el sistema alemán.

exige, como uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en general, la antijuridicidad del daño. En concreto, con clara influencia alemana, se exige que se viole un derecho ajeno o bien una disposición legal destinada a proteger intereses ajenos. Aunque el legislador no proporciona una lista de derechos protegidos, esta norma de partida es interpretada siguiendo los esquemas propios del sistema alemán³⁷.

Por otro lado, el artículo 485 del Código Civil de ese país, siguiendo también el modelo alemán, establece que:

«1.º Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque exista negligencia por su parte.

2.º Sin embargo, la obligación de indemnizar existe cuando se haya asumido la responsabilidad por los daños, cuando existiese el deber jurídico de dar el consejo, recomendación o información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando el comportamiento del autor constituya un hecho punible.»

La exclusión de responsabilidad establecida en el párrafo primero se justifica por referencia a ideas muy frecuentes en el campo de las informaciones falsas: que esos mensajes normalmente se emiten de forma gratuita y con grandes dosis de subjetivismo por parte de su autor y, por otro lado, que el que recibe el consejo, recomendación o información puede y debe controlar su exactitud y corrección, pues debe contar con posibles inexactitudes en su contenido³⁸. Son ideas que se ponen en relación con el *mandatum tua gratia* del Derecho Romano, esto es, un mandato dado en interés exclusivo del mandatario que, se dice, equivale a un consejo, que el destinatario es libre de seguir o no. Esta figura está también en la base del parágrafo 676 del BGB, antecedente inmediato de las normas portuguesas que comentamos³⁹.

De esta manera, se reproduce la situación que habíamos descrito para el Derecho alemán: también en Portugal se combina una norma de no indemnizabilidad de daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, con una norma especial pensada para los casos de responsabilidad por consejos, informaciones o recomendaciones.

³⁷ BUSSANI y PALMER, p. 75.

³⁸ VAZ SERRA (59), p. 285; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 9.ª ed. Coimbra, 1996, p. 570; BAPTISTA MACHADO, «A cláusula do razoável», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, julio 1986, pp. 65 y ss., p. 163; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, p. 460.

³⁹ SINDE MONTEIRO (89), p. 335.

Lo cierto es que, como ya advertía Busnelli, el sistema tipificado no ha funcionado bien en la práctica, tampoco en Portugal. En el profundo estudio que Sinde Monteiro ha dedicado a esta materia, se critica y trata de corregir el sistema basado en el artículo 485 del Código portugués y se elogia la flexibilidad existente en los ordenamientos en los que no hay una norma específica sobre responsabilidad por informaciones falsas⁴⁰. Este autor dedica gran parte de su obra a mostrar cómo el artículo 485 no puede ser aplicado conforme a su sentido literal porque ello llevaría a un choque frontal con algunos de los pilares básicos del Derecho de Obligaciones. Sólo después de realizar esa tarea ingente, puede Sinde Monteiro dar por probada la necesidad de superar el estrecho marco diseñado en ese artículo 485. El esfuerzo de este autor es realmente notable y aleccionador sobre los peligros de la técnica utilizada por el codificador portugués en esta materia.

Según Sinde Monteiro, el artículo 485 no puede interpretarse siguiendo su apariencia de completud y su apariencia de que sienta una norma de irresponsabilidad (art. 485, 1.º) y algunas excepciones tasadas (art. 485, 2.º). Por el contrario, ese artículo 485 debe ser entendido como una norma con afán meramente pedagógico y, ya en los tiempos en que fue elaborada, un tanto inútil. Lo que nos trata de decir es algo similar a lo que trataba de decir el párrafo 676 BGB (norma, recordémoslo, colocada entre las que regulan el mandato) según la interpretación que le parece preferible: que del hecho de que una persona informe a otra, no se puede deducir la celebración de un contrato entre ellos⁴¹. Por ello, no habrá responsabilidad contractual y se llegará en muchos casos, dada la no indemnizabilidad del daño puramente económico en Derecho alemán y en Derecho portugués, a una solución de no responsabilidad⁴².

Según este autor, la idea que se desprende del artículo 485, 1.º, así entendido ya se podía deducir de los principios generales; por otro lado, también el segundo párrafo sobra, ya que el intérprete es el que tiene que saber en qué casos sí se puede engendrar responsabilidad conforme a los Principios Generales del Derecho de Obligaciones (responsabilidad precontractual, contractual o delictual) y, en cualquier caso, los supuestos recogidos en ese artículo 485, 2.º no agotan la materia. En esos casos en los que hay que reconocer la posibilidad de imponer responsabilidad, propone Sinde Monteiro, ya no estaremos ante un «simple» consejo, recomendación o información de los que habla el artículo 485, 1.º⁴³.

⁴⁰ Véase, entre otras muchas, las pp. 26, 439, 441, 558.

⁴¹ El párrafo 676 del BGB se redactó teniendo como telón de fondo la polémica entre los que creían que sí se celebraba un contrato entre hablante y oyente y los que creían que no siempre. Más información sobre esto en SINDE MONTEIRO, pp. 443 y ss., y allí numerosas citas.

⁴² SINDE MONTEIRO (89), pp. 337, 444-445, 450.

⁴³ SINDE MONTEIRO (89), pp. 451 y 452.

3.3 Sistemas de *Common Law*

En los sistemas de *Common Law*, también existe una norma, aunque de origen y formulación poco claros, que excluye la indemnizabilidad de los daños puramente económicos en el *Tort* de Negligencia⁴⁴. En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, era difícil encontrar sentencias en las que se afirmara que sólo se podía accionar extracontractualmente en caso de daño físico a la persona o propiedades del demandante. Lo que ocurría era simplemente que todas las sentencias que concedían indemnizaciones trataban casos de daños físicos y así, por exclusión, se llegó a la consecuencia (o generalización) de que la ley dejaba fuera las demandas de indemnización de daños puramente económicos⁴⁵.

Por otro lado, los sistemas de *Common Law* tienen una rígida doctrina sobre contratos que dificulta cualquier intento de ampliar la responsabilidad del emisor de informaciones incorrectas a través de la responsabilidad contractual. El elemento contractual que dificulta este camino es fundamentalmente el de la necesidad de que haya un intercambio (*consideration*) entre las partes que soporte el contrato⁴⁶.

Por esta rigidez del Derecho de contratos, la solución para los casos de informaciones falsas en que los jueces querían imponer responsabilidad se ha encauzado a través de vías extracontractuales. Así, se ha llegado a imponer responsabilidad extracontractual por informaciones incorrectas, sentando así una excepción a la no indemnizabilidad de los daños puramente económicos. En un epígrafe posterior se verá con mayor detenimiento.

Esta responsabilidad por daños puramente económicos causados por informaciones incorrectas es una de las pocas excepciones

⁴⁴ Es interesante el resumen de la evolución histórica que hace GORDLEY, pp. 36 y ss. Quizá merezca la pena recordar que, en el *Common Law* originario y probablemente todavía hoy, no hay un principio general de responsabilidad equiparable al entendimiento habitual de nuestro artículo 1902, sino que sólo había una pluralidad de remedios aislados —las distintas figuras de *tort*— con un campo de actuación diferenciado. Para una primera aproximación a este sistema de *Torts*, se puede ver a DÍEZ PICAZO (99), pp. 89-92.

⁴⁵ GALLO, p. 90, y MONATERI (98), p. 61, señalan que en esta manera de funcionar es decisivo el método de vinculación por el precedente propio del *Common Law*. Este último autor explica cómo se llega a la norma de no indemnizabilidad del daño puramente económico: en *Donoghue v. Stevenson* (caso en el que se generalizó la existencia de un deber de cuidado definido por la previsibilidad del daño y se vino a crear un *Tort* general de negligencia) el tribunal estableció que la demandante tenía derecho a ser indemnizada por la gastritis (y otros daños) causada por un producto defectuoso porque era la víctima previsible de un daño previsible para el demandado. Como el deber de cuidado definido en la sentencia aludía a un daño físico, dice MONATERI (p. 62) se entendió que ese deber de cuidado basado en un test de previsibilidad del daño dejaba fuera los casos de daño puramente económico. Ideas similares también en ATIYAH, «Negligence and Economic Loss», *The Law Quarterly Review*, abril 1967, vol. 88, pp. 248-276, p. 248, o GORDLEY, p. 40.

⁴⁶ LAWSON y MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, 1982, p. 82; BANAKAS (99-2.º), p. 272; VON BAR, p. 110.

que se reconocen a la regla de que no se indemnizan los daños puramente económicos⁴⁷. La explicación de que se haya colocado una excepción en este punto está en el hecho de que, como veremos, se han podido formular unos casos de responsabilidad con criterios justos, claros y practicables en los que no se plantean los problemas generales que se plantean en el resto de casos de daño puramente económico. Además, también ha influido el hecho de que, en casos en que la información incorrecta versa sobre asuntos económicos, sólo se van a producir, en su caso, daños de ese tipo.

En estos países de *Common Law*, además de las ideas de fondo sobre el nivel de responsabilidad conveniente en estos casos de informaciones falsas sobre lo que nos extenderemos luego, también es destacable la existencia de un instrumento conceptual específico que juega un papel de filtro equiparable a la exigencia de antijuridicidad del sistema alemán y que no lleva a las rigideces de este último⁴⁸. Es el «deber de cuidado» (*duty of care*), definido como la obligación legalmente impuesta de comportarse diligentemente respecto de otra persona⁴⁹. Se introduce así una idea de relatividad que, como se verá más adelante, va a ser decisiva para nuestros fines. Esa relatividad consiste en decir que sólo hay lugar para la pregunta de si el demandado fue diligente, es decir, si se comportó con arreglo al modelo de conducta del honrado padre de familia (*reasonable man*), si previamente tenía el deber de hacerlo respecto de ese perjudicado y respecto del concreto daño sufrido por el mismo.

3.4 Francia

En el Código francés, la responsabilidad extracontractual está organizada en torno a una cláusula general de responsabilidad. No

⁴⁷ Así lo hacen, por ejemplo, ROBERTSON, «Recovery in Louisiana Tort Law for Intangible Economic Loss: Negligence actions and the Tort of Intentional Interference with Contractual Relations», *Louisiana Law Review*, marzo 1986, núm. 46, pp. 737-760, p. 740, donde la empareja con la acción de *nuisance*, y PALMERI y BARNETT, «The Continuing Vitality of the Economic Loss Rule», *Land and Water Law Review*, 1996, núm. 31, pp. 757-772, p. 762. Véase también PROSSER, p. 235. En la *Commonwealth*, STEVENS (73), p. 432; CRAIG, p. 213; SMITH, «Clarification of Duty-Remoteness Problems Through a New Physiology of Negligence: Economic Loss, a Test Case», *University of British Columbia Law Review*, 1974, vol. 9, núm. 2, pp. 213-243, p. 213; BAKER, p. 137; WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, 13.^a ed., por W. V. H. Rogers, Londres, 1989, p. 88; ROGERS (89), p. 52; HOWARTH, «Economic Loss in England: the Search for Coherence»; en BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Londres, La Haya, Boston, 1996, p. 32; CLARK & STEPHENSON, *Law of Torts*, 4.^a ed. Londres, 1995, p. 129. También, ROGERS, SPIER y VINEY, «Preliminary Observations» en Spier (ed.), *The Limits of Liability*, La Haya, Londres, Boston, 1996, p. 8. Más crítico con esa formulación, ATIYAH, pp. 261-262.

⁴⁸ Sobre la idea de que el *duty to take care* juega un papel similar a la exigencia de que el daño sea por lesión a derechos subjetivos absolutos, se puede ver FLEMING (87), p. 125; KOZIOL, «Conclusions», Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, p. 129; LAWSON y MARKESINIS, p. 99; GALLO, p. 269.

⁴⁹ Por todos, SALMOND y HEUSTON, p. 197, y PROSSER y KEETON, p. 356.

existe, por ello, ningún filtro previo que impida la indemnización de los daños puramente económicos a través de acciones de responsabilidad extracontractual. Por otro lado, en el *Code* tampoco existe una norma especial sobre la responsabilidad por informaciones falsas. Por ello, los problemas que surgen, especialmente de responsabilidad por informaciones incorrectas emitidas por bancos, son resueltos por la jurisprudencia haciendo uso de los requisitos generales del artículo 1382 (equivalente a nuestro art. 1902)⁵⁰. Además, la doctrina francesa se desentiende de un problema que, cuando se plantea, se hace de forma desenfocada y fragmentaria⁵¹.

Sea como sea, lo más característico de la respuesta del sistema francés a los problemas de responsabilidad por informaciones falsas es la flexibilidad con la que se pasa de la afirmación de una responsabilidad contractual a la afirmación de una responsabilidad extracontractual. En efecto, la doctrina francesa señala que, en los casos que nos ocupan, normalmente se tratará de responsabilidad contractual, pero no se pone inconveniente alguno a la posibilidad de que sea de carácter extracontractual, sobre todo si existe dolo o culpa grave, pasándose de una a la otra con flexibilidad⁵². Esa flexibilidad se debe a que no hay ningún problema a la hora de encauzar el tratamiento de responsabilidades por daños puramente económicos y al hecho de que tampoco el Derecho de contratos es especialmente rígido.

Desde el punto de vista del funcionamiento general del sistema francés, es conveniente recordar que, en la doctrina, existe un consenso bastante general sobre estas cuestiones y que también hay acuerdo sobre la idea de que la culpa (*faute*) tiene una dimensión objetiva (a veces denominada *ilicitud*) y una dimensión subjetiva (imputabilidad o culpabilidad)⁵³. La vertiente objetiva consiste en que existe un modelo de conducta preexistente que está en contradicción con la conducta del demandado. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de imputar el comportamiento dañoso a su autor, que lo comprende y asume sus consecuencias.

⁵⁰ Véase, HERBOTS, p. 8; BANAKAS (99-2.º), p. 262, y MARSHALL, p. 750. Por otro lado, hay abundantes citas de jurisprudencia, por ejemplo, en VEZIAN, pp. 230 y ss.

⁵¹ En el diagnóstico coinciden muchos autores. Entre ellos, BUSNELLI (91), pp. 551 y 553; RANIERI, pp. 645 y 648; SINDE MONTEIRO (89), p. 523, n. 241, HERBOTS, p. 8; LAWSON y MARKESINIS, p. 88. Para un planteamiento no muy claro, por ejemplo, GAVALDA y STOUFFLET, pp. 837-838.

⁵² VINEY y JOURDAIN, núm. 481, p. 374, n. 283; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, II-1.º, París, 1967, núm. 415, p. 409; AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 469, n. 121; SAVATIER, núm. 87, p. 107; MAZEAUD y TUNC, núm. 501, p. 156, n. 2; GAVALDA y STOUFFLET, pp. 837 y 838; VEZIAN, p. 232. Desde la perspectiva extracontractual, sólo se plantea con claridad la responsabilidad ante el sujeto sobre el que versaba la falsa información, supuesto que, como hemos dicho, queda fuera de nuestro campo de estudio.

⁵³ VINEY y JOURDAIN, núm. 442, p. 320, están de acuerdo con este diagnóstico.

Dentro de ese consenso general, se discute lo que, a primera vista, parece ser una cuestión puramente de enfoque. Por un lado, está la corriente mayoritaria que sigue el trabajo de Planiol de ir definiendo modelos de conducta preexistentes cuya contravención determinaría la tacha de ilicitud en el comportamiento del autor que está implícita en la culpa (*faute*)⁵⁴. Por otro lado, está el sector minoritario de los que creen que, ante la riqueza de la realidad, es imposible acabar de determinar los deberes de conducta que pueden dar lugar a responsabilidad, por lo que juzgan preferible definir la culpa, no por referencia a esos concretos deberes infringidos, sino por referencia a un modelo de conducta ideal (la conducta del buen padre de familia) que nos va dando la respuesta de si el autor se comportó correctamente en cada caso⁵⁵. Esa decisión la toma el juez del caso concreto, autorizado para ello por un legislador que es consciente de sus limitaciones y que completa su decisión con el sometimiento de ese juez del caso concreto al control del Tribunal Supremo a través de la casación⁵⁶.

Al final, la diferencia entre las dos corrientes de opinión parece consistir, para lo que ahora nos concierne, en el distinto momento en que, según cada una, debemos tirar la toalla y ponernos en manos del juez del caso concreto. Interesa observar, además, que la posición consistente en comparar la conducta real con el modelo de conducta del honrado padre de familia, supone entender la culpa (*faute*) de forma reduccionista y como sinónimo de juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño. En relación a la postura mayoritaria de ir definiendo deberes preexistentes infringidos por la conducta del caso concreto, se puede decir que donde la cosa tendría realmente importancia y habría una diferencia con la postura minoritaria sería en la posibilidad de afirmar un deber de comportamiento no general ni absoluto, sino presidido por la idea de relatividad, de forma que la dimensión objetiva de la culpa sirviera para delimitar más claramente el terreno de lo indemnizable.

⁵⁴ La referencia es al trabajo de PLANIOL titulado «Etudes sur la responsabilité civile», *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1905, pp. 277 y ss. (citado por VINEY y JOURDAIN y LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.ª ed., París, 1949). Véase también DEMOGUE, *Traité des obligation en général*, IV, 1925, núms. 225 y 226, pp. 367 y 368, o LALOU, núm. 696, p. 427. En la misma línea, pero con una visión *simétrica*, SAVATIER, núm. 37, p. 49.

⁵⁵ MAZEAUD y TUNC, núm. 417, pp. 67 y ss. La misma opinión en MARTY y RAYNAUD, núm. 398, p. 388, y en LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2.ª ed., París, 1976, núm. 1436, p. 501. Por su parte, JOSSERAND, *Derecho Civil*, II-1.º, Buenos Aires, 1950, núm. 422, p. 303, comparte el diagnóstico, pero no la solución. Para ver la similitud entre la corriente de pensamiento minoritaria y la mayoritaria, véase AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 425.

⁵⁶ AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 427; MARTY y RAYNAUD, núm. 400, p. 391; PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, París, 1973, p. 55; JOSSERAND, núm. 438, p. 325.

Desde un punto de vista del Derecho comparado, se puede describir el funcionamiento general del sistema francés diciendo que en éste la idea de culpa (*faute*) viene a ocupar el campo que en Alemania cubre la antijuridicidad y la culpabilidad o que en los sistemas de *Common Law* juega el deber de cuidado (*duty to take care*) y el juicio de negligencia (*breach of the duty*)⁵⁷. Es decir, que las cuestiones que en la RFA o en el *Common Law* se discuten en términos de antijuridicidad o deber de cuidado, se discuten en Francia bajo la rúbrica de la culpa (*faute*), lugar donde también se coloca (a veces identificándolo de manera reduccionista) el juicio de si el demandado faltó o no al modelo de conducta del hombre medio razonable⁵⁸.

En efecto, en la RFA o en el *Common Law* se emplea, por un lado, la antijuridicidad o la existencia del *duty to take care* para señalar el campo en el que es exigible la responsabilidad extracontractual y, por otro lado (y una vez que ya se ha superado ese umbral y ya está claro que estamos dentro del campo en el que son aplicables las normas de responsabilidad civil), se emplea la idea de la culpabilidad o el *breach of the duty* para expresar, con mayor o menor fortuna, la idea de que el daño ha de ser negligentemente causado. En cambio, en Francia sólo se tiene el elemento de la *faute*, por lo que ahí se tienen que discutir las dos cuestiones. Esta es la explicación de la hipertrofia del concepto de culpa en Derecho francés y del relativamente mayor grado de inseguridad jurídica que supone⁵⁹. Además, como se tiende a identificar la *faute* con el juicio de negligencia, se crea la apariencia de querer indemnizar cualquier tipo de daño con tal de que sea negligentemente causado, sin distinguir entre distintos tipos de daño.

En realidad, esto de que el Derecho francés no conozca este paso previo de selección de los casos que sí son accionables en responsabilidad extracontractual no supone que en ese sistema no se discrimine entre grupos de casos según la importancia del interés perjudicado por la acción del demandado, entre otras cosas⁶⁰. Lo único que en realidad supone es que permanezcan en la oscuridad las razones que llevan a un juez a decidir un caso de determinada manera. De esta forma, se

⁵⁷ LAWSON y MARKESINIS, p. 99; LIMPENS (63), p. 724. Por su lado, BUSSANI y PALMER, p. 52, dicen que el concepto de antijuridicidad se hace invisible en el sistema francés.

⁵⁸ KOZIOL (98), p. 130.

⁵⁹ ALPA y BESSONE (90), p. 67.

⁶⁰ MONATERI (98), p. 55, está de acuerdo con esto. Son interesantes las palabras de VINEY (98), p. 58, donde confiesa que sí, que también en Francia se da mayor importancia a la vida que a los daños solamente económicos en las acciones de responsabilidad extracontractual. Más aún por venir de la misma autora que en 1971 (citada por MARSHALL, p. 749) afirmaba, en el transcurso de un seminario en un encuentro internacional de juristas, que en Derecho Francés el hecho de que el daño afectara a la persona o a la propiedad del demandante no influía en absoluto ni en el Derecho a ser indemnizado ni en la cuantía de la indemnización. También en Francia, se puede destacar el comentario de HUET, «Res-

dificulta la posibilidad de hacer predicciones informadas sobre las decisiones futuras, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica.

3.5 Italia

En Italia, al igual de lo que ocurre en Francia, no existe una norma codificada con pretensiones de solucionar la cuestión de la responsabilidad por informaciones falsas. Sin embargo, la postura de la jurisprudencia italiana es bastante uniforme por lo que respecta a las soluciones de fondo. Siendo esto así, hay que advertir que las argumentaciones empleadas sí pueden llevar a engaño debido al reflejo sobre la cuestión del debate sobre el sistema de responsabilidad existente en Italia.

En efecto, para recoger de forma inteligible la experiencia italiana sobre la materia, es necesario recordar que el sistema italiano de responsabilidad extracontractual es especial, básicamente, por la inclusión en el artículo 2043 del Código de 1942 de la exigencia de que el daño causado sea «injusto»⁶¹. Eso ha causado un debate muy conocido sobre la naturaleza misma del sistema, pues no está claro que —como sostenía la posición doctrinal que en la actualidad se califica de «tradicional»— la inclusión de ese adjetivo suponga adoptar un sistema de tipicidad del ilícito civil al estilo del BGB (interpretando «injusto» como sinónimo de lesión de un derecho subjetivo de carácter absoluto) ni, por otro lado y en el otro extremo, tampoco parece que estemos ante un sistema similar al francés basado en una cláusula general de responsabilidad y en el principio más amplio de *neminem laedere* (en el que poco añadiría el término «injusto»)⁶².

ponsabilité du fait de l'information: obligations de l'éditeur et obligations de l'auteur», *Revue de Droit Civil*, 1987, pp. 552 y ss., p. 554, según el cual, sería defendible que el trato debe ser distinto según la información falsa entrañe o no peligro para la integridad física del usuario de dicha información.

⁶¹ Ese artículo 2043 dice así, «Risarcimento per fatto illecito.— Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

⁶² Sobre este debate, hay una exposición muy clara en ALPA y BESSONE (90), pp. 72-81, y también en MONATERI (98), pp. 195 y ss. También muy claro el estudio, más antiguo y fundamental, de SCHLESINGER, pp. 336 y ss. Hay una interesante exposición histórica en SACCO, pp. 1422 y ss. Este mismo autor explica (p. 1438) cómo puede llegarse, en un plano meramente abstracto, a un modelo de tipicidad partiendo de una cláusula general y viceversa, lo cual no deja de causar perplejidad. Por otro lado, la postura llamada *tradicional* se puede ver en DE CUPIS, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, 2.ª ed. (Commentario SCIALOJA-BRANCA), Bolonia, Roma, 1971, p. 12, entre otras. Según MONATERI (99), p. 8, o VISINTINI (87), p. 78, el abandono de esta postura hacia otra más flexible fue obra de SACCO, en «L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.», *Foro Paduano*, 1960-1.º, p. 1420, de SCHLESINGER, «La ingiustizia del danno nell'illecito civile», *Jus*, 1960, p. 336, que son los estudios a los que se hace referencia en el principio de esta nota; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán 1961 y *Causalità e danno*, Milán 1967; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milán 1964, y RODOTÁ, *Il problema della responsabilità civile*, Milán 1967.

Por este debate sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad, en la doctrina italiana se discute qué respuesta debe dar el ordenamiento a los casos en los que se produce un daño puramente económico a consecuencia de una información falsa por negligencia. La primera opción que el intérprete debe realizar es la de si encauzar la consecuencia jurídica por la vía de la responsabilidad contractual o si hacerlo por la vía de la responsabilidad extracontractual.

a) Los que entienden que el término «injusto» del artículo 2043 del *Codice* significa alusión a un derecho subjetivo absoluto encuentran cerradas las puertas de la responsabilidad extracontractual, pues el punto de partida elegido supone excluir la indemnizabilidad por esa vía de los daños puramente económicos. Por eso, algunos autores defienden el camino de la responsabilidad contractual, siguiendo la tendencia del sistema alemán, que ya hemos recogido críticamente⁶³.

Los partidarios de aproximar el sistema italiano al sistema alemán han propuesto otra manera de explicar los casos de informaciones falsas en el campo de la responsabilidad extracontractual que es coherente con la lógica del sistema de tipicidad del ilícito; consiste en teorizar la existencia de un *derecho absoluto a la integridad del patrimonio* derivado del derecho a determinarse libremente en el desarrollo de una actividad económica. En la jurisprudencia, la idea se introduce en el conocido y ya citado caso De Chirico. Recordemos que en este caso, un sujeto se dirige a De Chirico para preguntarle si un cuadro que planeaba comprar era de su autoría o era una falsificación. El pintor le informa que el citado cuadro era auténtico y, de hecho, vuelve a estampar en él su firma. Sin embargo, cuando el sujeto ya lo había comprado, se descubre que, en realidad, era una falsificación.

Ese derecho a la integridad del patrimonio que postula el Tribunal Supremo italiano sería violado, sirviendo de base a una responsabilidad extracontractual, en todos los casos en que un mensaje negligentemente equivocado provoca la aparición o el incremento de la deuda que el ahora demandante tenía para con su acreedor. Aparte del argumento de la coherencia interna del sistema, el argumento principal para defender este derecho parece ser la mayor seguridad que proporciona la técnica de ir construyendo derechos nominados cuando se sienta la necesidad de aumentar el campo del daño resarcible⁶⁴.

De todas formas, ese derecho absoluto a la integridad del patrimonio —a veces se usa la forma de *derecho de libertad negocial*— tiene bastantes inconvenientes, empezando por la inversión lógica de su creación, pasando por la hipertrofia del concepto de derecho

⁶³ Esta solución de general irresponsabilidad por información negligente la defiende en Italia, dentro de la interpretación tradicional de la injusticia del daño, DE CUPIS (71), p. 92, n. 49. También MIRABILE, p. 420.

⁶⁴ DE CUPIS, «Il diritto di libertà negoziale», *Giustizia Civile*, 1982-4.º, p. 3104, oponiéndose a DI MAJO.

subjetivo de que es reflejo, y acabando por la observación de que con un derecho tutelable como ése desaparecería lo que es más propio de un sistema basado en la identificación entre daño injusto y lesión de un derecho absoluto: desaparecería cualquier posibilidad de establecer un filtro previo de indemnizabilidad y, además, una vez creado un derecho absoluto tan amplio, todos los demás derechos absolutos sobrarían por innecesarios⁶⁵.

b) La interpretación mayoritaria de la expresión «daño injusto» en el citado artículo 2043 no la identifica con lesión de un derecho absoluto de la víctima. Por ello, se puede reconocer la indemnizabilidad de los casos de información falsa a través de la responsabilidad extracontractual. Esta es la vía que recorre la jurisprudencia italiana con toda normalidad y la mayoría de la doctrina⁶⁶. Los autores que defienden en Italia la opción por la vía de la responsabilidad extracontractual destacan que no tiene sentido recorrer la vía de la responsabilidad contractual e incurrir en las rigideces y tensiones a que conduce en un sistema en el que no existe un *Enumerations-prinzip* que fuerce a ello. Son partidarios, pues, de superar la interpretación tradicional del término «daño injusto» en el artículo 2043 del *Codice*. Además, no se ve clara la idea de ensanchar la responsabilidad contractual en un campo en el que la prestación de información se realiza con carácter gratuito⁶⁷.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL FUNCIONAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

En esta segunda parte del trabajo, vamos a ver en primer lugar que, en nuestro sistema, el cauce de la responsabilidad extracontractual está abierto con toda normalidad para encauzar los casos de daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. En segundo lugar, se explicará que nuestro sistema está necesitado de ciertos ajustes si queremos

⁶⁵ SACCO, p. 1437; DE FRANCISCO, «Il c.d. diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, tra illecito aquiliano e illecito concorrenziale», *Rivista di Diritto Civile*, 1988-2.º, pp. 683-701, pp. 692 y 693; BUSNELLI (91), pp. 560-561; DI MAJO, p. 1750; MIRABILE, p. 419; LUMINOSO, p. 204; RODOTÀ, p. 188; MONATERI (98), pp. 578-582. Se puede ver otro ejemplo de lo que parece una inversión lógica en el discurso de otro partidario de la interpretación tradicional del *daño injusto* en MICCIO, p. 1011.

⁶⁶ Para el diagnóstico, por todos, SCHLESINGER, p. 340, y MIRABILE, p. 409.

⁶⁷ RANIERI, p. 641; BUSNELLI (91), pp. 543-564. Es de señalar que en la doctrina italiana estas cuestiones sobre informaciones falsas jugaron un papel esencial en el giro que en los años sesenta autores como Sacco o Schlesinger introdujeron en la interpretación del término «daño injusto» en el artículo 2043 del *Codice*.

evitar el resultado indeseable de que acabemos imponiendo una responsabilidad excesiva en estos casos de informaciones incorrectas. Después, se hará una descripción de las características principales del problema que estudiamos para, a continuación, proponer un cierto entendimiento de la idea de culpa que nos llevará, sin alterar la normalidad de su funcionamiento, a que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual pueda tener en cuenta esas características ya descritas.

1. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD EN NUESTRO DERECHO

En el epígrafe anterior, se ha descrito de forma somera el enfoque inicial que cada uno de los sistemas examinados adopta en términos generales y cómo eso influye en los cauces disponibles para dar solución al problema de la responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas. En este epígrafe se explica a cuál de los enfoques descritos se acomoda nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. La respuesta es sencilla y casi de Perogrullo: nuestro sistema de responsabilidad extracontractual es similar al francés, en el que nuestro legislador se inspiró.

En efecto, en nuestro Derecho, recordando la delimitación del campo de estudio realizado, se puede y se debe elegir, por regla general, la vía del artículo 1902 del Código Civil, con toda naturalidad. Esta opinión se basa en la observación general de que cada sistema debe emplear los medios técnicos que sean coherentes con su lógica interna. Además, las soluciones de fondo —que son las verdaderamente importantes— no son muy distintas en los diferentes ordenamientos, por mucho que cada uno les dé una diferente construcción técnica⁶⁸.

Para apoyar esta idea, además de esas observaciones generales, se pueden añadir los siguientes argumentos:

1.1 Nuestro sistema de responsabilidad civil, como el sistema del Código de Napoleón en el que está inspirado, es un sistema de cláusula abierta de responsabilidad. Por ello, no hay ningún obstáculo técnico que impida o dificulte la vía del artículo 1902, como sí ocurre, por el contrario, en los sistemas típicos

⁶⁸ Para el mismo diagnóstico sobre las soluciones de fondo, BUSNELLI (91), pp. 550 y 564; RANIERI, pp. 648-650 y 653; BANAKAS (99-2.º), p. 283. La misma conclusión, más matizada y haciendo la comparación sólo entre los sistemas inglés y alemán, en VON BAR, p. 126.

de responsabilidad, en los que el daño indemnizable está delimitado de forma tasada.

1.2 No tiene sentido recorrer el arduo camino que sigue la doctrina alemana y portuguesa para imponer una responsabilidad por informaciones falsas (teorizar la existencia de un contrato de información, teorizar la existencia de un derecho subjetivo absoluto implicado, etc.), dado que nuestro camino no está predeterminado por normas codificadas como las que existen en sus respectivos Códigos.

1.3 Es significativa la experiencia italiana sobre el asunto, donde se defiende mayoritariamente la practicabilidad de la vía de la responsabilidad extracontractual a pesar de que en su Código sí habría alguna base literal para negarla (la inclusión en el art. 2043 del *Codice* del requisito de que el daño sea «injusto»).

1.4 En el campo de la responsabilidad por informaciones falsas, las distintas doctrinas, incluido el sector de los comparatistas, critican el sistema de responsabilidad típico y alaban el sistema abierto de origen francés por su flexibilidad demostrada.

2. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EXCESIVA

A estas alturas, hemos tratado de explicar que no hay en nuestro Derecho ningún problema para encauzar por la vía del artículo 1902 los casos de responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas. En este epígrafe se verá por qué en nuestro país el problema que se plantea es el de que acabemos imponiendo una responsabilidad excesiva.

En nuestro Derecho, dada la inexistencia de norma especial codificada y dada la practicabilidad de la vía de la responsabilidad extracontractual, los problemas que se planteen en el campo de las informaciones falsas tienen que ser resueltos a través de los requisitos generales de la acción del artículo 1902 CC. Lo que ocurre es que esos requisitos ofrecen una respuesta insuficiente.

Para explicar por qué esa respuesta es insuficiente habrá que volver a insistir en la manera de funcionar de los sistemas basados en una cláusula general de responsabilidad similar a la francesa. Pero, al mismo tiempo, hay que ser consciente de que la terminología usual en nuestra doctrina no es igual a la que maneja la doctrina francesa. En nuestra doctrina es usual afirmar la existencia de un deber general de no causar daño a otros y

emplear el término *ilicitud* (o antijuridicidad) para referirse a las violaciones de tal deber⁶⁹. En ese uso de los términos usual en nuestra doctrina, se reserva la expresión *culpa* para aludir a la violación del modelo de conducta del honrado padre de familia definido en términos de previsibilidad del daño.

El uso del término *ilicitud* que estamos comentando se centra en lo que, en nuestra doctrina, Pantaleón denomina *desvalor de resultado en sentido impropio* y parte de la idea de que la acción es ilícita porque es dañosa⁷⁰. En realidad, ese empleo de los términos añade poco a la descripción del funcionamiento del sistema que vimos al hablar del Derecho Francés y, por ello, en este trabajo seguiremos empleando la idea de culpa entendiendo que en ella se engloba la idea de ilicitud de la conducta. Veremos más abajo que, pese a lo dicho, ese reconocimiento expreso por este sector doctrinal de la necesidad de que preexista un deber violado por la conducta del demandado que, por ello, se tacha de negligente es útil y aprovechable.

En nuestro sistema, pues, los daños puramente económicos causados por informaciones falsas son indemnizables si superan la exigencia de que la acción la podamos considerar *culpable* (o *ilícita y culpable*, en esa otra terminología usual en nuestra doctrina) y, en un momento lógico posterior, causalmente unida a la acción de proporcionar una información falsa⁷¹. Así, se prescinde aparentemente de introducir un filtro previo en el momento de la antijuridicidad similar al existente en la RFA o en el *Common Law* (es decir, centrado en un *desvalor de resultado en sentido propio*), con lo que la función de delimitar el campo de aplicación de la responsabilidad se fía al juego normal de los requisitos de la culpabilidad y la relación de causalidad, como también ocurría en Francia⁷².

⁶⁹ Así, entre otros, DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 258 y ss. y 285 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, II-3.º, Barcelona, 1983, pp. 81 y 87; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, III, 4.ª ed., Madrid, 1975, pp. 467 y ss.; LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1995, pp. 338 y 341; PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, II-2.º, Barcelona, 1990, p. 128; CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, IV, 4.ª ed., por J.Ferrandis, Madrid, 1988, p. 943; MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, XII, 6.ª ed. (revisada por Gómez Ysabel), Madrid, 1973, pp. 844 y ss.

⁷⁰ La idea de la antijuridicidad como juicio de desvalor está explicada en PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1902» en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 1995 y, ahora, en Díez PÍCAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 297 y ss.

⁷¹ Hay una explicación sobre qué va antes, si la culpa o la causalidad, en SALVADOR CODERCH (Indret 20-10-99). Me parece significativo que la idea de que lógicamente la causalidad actúa antes se haya expresado en la doctrina penalista, que ya tiene resuelto el momento de la antijuridicidad de antemano, por el principio de legalidad penal.

⁷² Véase, entre otros, HERBOTS, p. 25, y BANAKAS (99-2.º), p. 262.

2.1 La insuficiencia de la culpa

2.1.1 En realidad, el requisito esencial que juega el papel de delimitar el perímetro exterior de la responsabilidad extracontractual es el de la culpa, mientras que la relación de causalidad se fija principalmente en definir el alcance de la misma, una vez que se ha calificado el daño como culpable⁷³. En efecto, es la culpa el elemento que hace de umbral en la puerta del campo de los daños que son indemnizables. Al menos en apariencia, nuestro legislador aspira en el artículo 1902 a indemnizar cualquier tipo de daño cierto con tal de que sea culpablemente infringido.

El hecho de que las *reglas operativas* que determinan las decisiones que finalmente se alcancen dependan (o estén formuladas en términos) de relación de causalidad en nada obsta a la idea que acabamos de formular.

El comportamiento es culpable, por lo que ahora interesa, cuando es negligente. Decimos que un comportamiento es negligente cuando no se acomoda al estándar de conducta del honrado padre de familia. Si el demandado no se comportó en las circunstancias del caso como se hubiera comportado una persona razonable media en iguales circunstancias, el daño ha sido culpablemente causado y, por ello, entra ya en el campo de lo indemnizable.

Lo que ocurre es que el elemento de la culpa entendido como violación de un modelo de conducta definido en términos generales es un filtro insuficiente para dar entrada al campo de la indemnizabilidad cuando nos preguntamos por daños puramente económicos causados por informaciones falsas. En efecto, la idea de colocar al honrado padre de familia en el papel de filtro que determina cuáles casos entran y cuáles no en la casa de la responsabilidad civil no funciona bien en el campo de los daños puramente económicos causados a través de informaciones falsas debido a que el criterio que se emplea para decidir si el comportamiento fue negligente es, básicamente, el de la previsibilidad del daño⁷⁴. Este criterio da unos resultados excesivos en nuestro campo de estudio debido a que, como vamos a ver en el siguiente epígrafe, siempre es previsible que alguien confíe en su propio perjuicio en la información errónea⁷⁵.

⁷³ En este sentido, GREGOIRE, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruselas, 1971, pp. 77-79. Para la idea del perímetro exterior, PLANIOL y RIPERT, núm. 477, p. 660, o también PUECH, p. 39. Entre los comparatistas, por todos, BANAKAS (99-2.º), p. 267.

⁷⁴ LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1995, p. 472; DE ÁNGEL, p. 262; Díez PICAZO (99), pp. 361-363, y ahí más citas de autores españoles en el mismo sentido.

⁷⁵ Esta idea de que la previsibilidad del daño no basta como criterio de indemnizabilidad se puede ver en PROBERT, «Negligence and Economic Damage: The California-Flori-

2.1.2 En los casos en que la culpa se revela insuficiente, se puede forzar un poco su funcionamiento para alcanzar las soluciones que, desde un punto de vista de política jurídica, nos parezcan más adecuados. No es necesaria demasiada experiencia en el campo de la responsabilidad extracontractual para reconocer ese tipo de ardid. Veámoslo con un ejemplo.

En un caso muy conocido en los países de *Common Law*, se desestimó la demanda de una compañía de seguros contra una compañía de ferrocarriles basada en que la primera había tenido que pagar la póliza de un seguro de vida a la viuda de un hombre atropellado y muerto negligentemente por uno de los trenes de la compañía demandada⁷⁶. El daño experimentado por la demandante era puramente económico y eso puede ser una buena razón para no acoger su demanda. Sin embargo, un autor ha llegado a justificar el resultado de la sentencia diciendo que el demandado no se comportó de forma negligente ya que no conocía la existencia de la póliza y no había razón para que hubiera debido conocerla⁷⁷. La observación de que es imprevisible que la víctima de un accidente tenga contratado un seguro de vida quizá se podría sostener a finales del siglo XIX, años en los que se dictó la sentencia de este caso, pero no parece una idea muy afortunada hoy en día (pese a que la solución de irresponsabilidad alcanzada por los jueces sí parece adecuada).

Sin embargo, aun reconociendo la necesidad perentoria de los jueces en salir del paso, esta manera de actuar consistente en manipular la idea de previsibilidad al antojo del operador es muy poco recomendable porque oculta las verdaderas razones de la eventual decisión judicial, es capaz de llevar a los jueces a consecuencias equivocadas si ellos mismos se creen la formulación de los requisitos examinados y dificulta enormemente a los demás operadores jurídicos el hacer predicciones sobre el funcionamiento del sistema.

da Nexus», *University of Florida Law Review*, 1981, vol. 33, pp. 485-504, pp. 498 y 503, GOBLE, «All Along the Watch Tower: Economic Loss in Tort. The Idaho Case Law», *Idaho Law Review*, 1997, núm. 34, pp. 226-281, p. 272; RABIN, «Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A reassessment», *Stanford Law Review*, vol. 37, pp. 1513-1538, pp. 1522 y 1524; FLEMING (87), p. 161; ATIYAH, p. 258; STEVENS (73), 448; JAMES, Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal», *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. 25, pp. 43-58, p. 44; WINFIELD & JOLOVICZ, p. 275; BRAZIER, p. 208; ROGERS, p. 86; PROSSER y KEETON, p. 748.

⁷⁶ Es *Connecticut Mutual Life Insurance Company v. New York and New Haven R.R.*, 25 Conn 265 (1856).

⁷⁷ La idea criticada en el texto es de CARPENTER, «Interference with Contract Relations», *Harvard Law Review*, pp. 728-763, p. 739. En FLEMING, «Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence», *The Canadian Bar Review*, mayo 1953, núm. 5, pp. 471-502, pp. 487-488, se explican otros casos de flagrante manipulación del test de previsibilidad. Véase también ROGERS, p. 57.

2.2 Reacciones contra la insuficiencia de la culpa

A estas alturas, lo más probable es que el lector se esté revolviendo en su asiento protestando por la descripción del sistema español de responsabilidad que se ha hecho en el número anterior. ¿Y la antijuridicidad? se preguntará el lector acostumbrado a la lectura de la doctrina española especializada en cuestiones de responsabilidad extracontractual ¿No es la exigencia del requisito de que el daño sea antijurídico la que nos puede sacar de este atolladero? En parte sí y en parte no.

2.2.1 Es cierto que la insuficiencia de la culpa como alusión a un modelo de conducta para desempeñar el papel de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable está siempre presente y es algo muy conocido. En efecto, es curioso observar que, aunque sólo fuese como reacción, ese carácter insuficiente siempre ha estado presente en las doctrinas surgidas en la interpretación de la cláusula general de responsabilidad originada en el *Code* y asumida por los Códigos de la época. Esto es así hasta el punto de que, para sorpresa de quien haya leído una explicación somera de las diferencias entre sistemas de daño típico frente a los basados en una cláusula general de responsabilidad, los exégetas del Código de Napoleón, siguiendo probablemente las tesis de Von Zachariae, entendieron que sólo era indemnizable el daño causado por un hecho ilícito, es decir, que consistiera en violación de los derechos de otro⁷⁸. De esta manera, se puede llegar a convertir un sistema como el francés, basado en una cláusula general de responsabilidad, en un sistema de responsabilidad típico.

Esa insuficiencia expresada en los trabajos de los exégetas, que la aprobación del BGB hizo más patente, fue lo que dio lugar a la introducción de la idea de «injusticia» en la doctrina italiana del Código de 1865 y, tras su estela, en el artículo 2043 del Código italiano de 1942⁷⁹. Algo similar ocurre en el Código de la Obligacio-

⁷⁸ Desde LAROMBIÈRE a LAURENT, pasando por BAUDRY-LACANTINERIE. Esto está bien recogido en MONATERI (98), pp. 54-56, donde también se pueden encontrar todas las citas. Por su parte, BUSSANI y PALMER, p. 51, n. 152, insisten en que se exigía que el derecho violado fuese un derecho absoluto. Simétricamente, es interesante la descripción histórica de GORDLEY de los trabajos preparatorios del BGB, en los que el punto de partida en estas cuestiones era similar al del *Code*. También para ver la poca claridad de estas cuestiones de la antijuridicidad, cláusula general de responsabilidad, etc., en la doctrina de la época, SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil puor l'empire allemand*, 2.^a ed., París, 1901, pp. 354 y ss.

⁷⁹ Sobre la situación de la doctrina italiana, YZQUIERDO, *Responsabilidad Civil*, Madrid, 1993, recoge la frase de MONATERI de que «el Código (de 1865) hablaba francés mientras que la doctrina hablaba alemán». Por su parte, ALPA y BESSONE (90), p. 72, afirman que, tal y como era interpretado (se exigía lesión a un derecho subjetivo absoluto), el sistema del *Codice* de 1865 era un sistema típico de responsabilidad.

nes suizo, donde se exige que la conducta sea ilícita⁸⁰. Lo mismo se puede decir del Código portugués vigente. Es igualmente destacable que, partiendo originalmente de un sistema de inspiración francesa, tampoco el recentísimo Código Civil holandés se ha contentado con la simple exigencia de que concurra culpa⁸¹.

2.2.2 La doctrina y jurisprudencia españolas también han reaccionado a la insuficiencia de la culpa. Esa reacción ha consistido en la exigencia, bastante extendida pero no tan razonable, de que el daño sea antijurídico, además de culpablemente causado⁸². Más abajo diremos algo más sobre esta manera de entender la antijuridicidad. Por el momento, baste con destacar que sí hay algo que nos puede resultar de utilidad en estos intentos doctrinales de introducir en nuestro sistema la antijuridicidad del daño (partiendo, pues, de ideas centradas en el *desvalor de resultado en sentido propio*) como requisito de la responsabilidad extracontractual. La parte interesante de esos intentos, realizados un poco a la manera en que el *Codice* de 1942 exige que el daño sea *injusto*, consiste en la afirmación de la posibilidad de que nos separemos de la idea francesa de que todo daño culpablemente causado (entendido como daño previsible) es indemnizable y que, por consiguiente, la regla general es la de la responsabilidad. Frente a esto, los partidarios de la exigencia de la antijuridicidad del daño afirman que sólo el daño *injusto* es indemnizable, por lo que se parte de que no todo el daño negligentemente causado es indemnizable⁸³. Esta última parte de la idea es la que nos resultará útil. Más abajo se explica, sin embargo, por qué es mejor emplear otros medios distintos a la exigencia de antijuridicidad para obtener un resultado similar.

Lo que sí conviene aclarar es que, como ya hemos destacado, en muchas ocasiones esa antijuridicidad se emplea en un sentido completamente distinto y que no es ni puede ser, de ninguna manera, reacción a la insuficiencia de la culpa de la que venimos hablando. Lo que se hace es predicar la antijuridicidad de la conducta y no

⁸⁰ WIDMER, «The Concept of Unlawfulness- Function and Relevance under Swiss Law», en Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, p. 129-136, p. 115.

⁸¹ SPIER, «Wrongfulness in the Dutch Context», en Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, pp. 87-100, p. 87.

⁸² PANTALEÓN (91), p. 1994, niega que la antijuridicidad sea un requisito de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. Le siguen ASUA, «Responsabilidad extracontractual», *Manual de Derecho Civil*, II, dirigido por Puig Ferriol et al., Madrid, 1998, p. 465; YZQUIERDO (93), p. 133, y VALPUESTA et al., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.ª ed., Valencia, 1995, p. 494. Hay una buena y completa exposición del asunto en Díez PICAZO (99), p. 290.

⁸³ Por todos, con una explicación muy clara, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, pp. 187-188.

tanto del resultado: la conducta es ilícita porque es dañosa. Así, se dice, incluso en numerosas SS.T.S, que la antijuridicidad se reduce a mera infracción del principio de *neminem laedere*⁸⁴. De esta manera, se emplea la idea de antijuridicidad más centrada en lo que se puede denominar desvalor de resultado en sentido impropio. Parece claro que, así entendido, poco añade este requisito de la antijuridicidad, puesto que su potencial capacidad de limitar la responsabilidad extracontractual a través del establecimiento con claridad de un filtro previo de casos incluidos y no incluidos en el campo de la indemnizabilidad queda en muy poca cosa. En efecto, mal filtro y muy poca capacidad de selección de casos relevantes tiene la exigencia de antijuridicidad cuando la norma cuya violación lleva a la tacha de antijuridicidad es la idea de *neminem laedere*⁸⁵.

Las siguientes palabras de De Ángel Yágüez ilustran bien este extremo: «Y, de no existir causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres»⁸⁶. Emplear la palabra ilícito en este sentido y centrada en el desvalor de resultado en sentido impropio parece que nada añade a la idea de culpa, especialmente si se hace hincapié en la vertiente objetiva de esa idea de culpa.

Queda claro, de esta manera, que decir que el acto es ilícito porque es dañoso no puede ser reacción contra esa insuficiencia de la culpa de la que hablamos porque este manejo de la idea de antijuridicidad que criticamos deja las cosas en un estado de indefinición tan grande como el que nos hacía decir que la idea de culpa era insuficiente.

2.3 ¿No bastaría con un control realizado a través de la causalidad?

Decíamos que en nuestro sistema, al igual que lo que ocurría en Francia, la culpa jugaba el papel de delimitar el campo de los daños indemnizables, mientras que la relación de causalidad jugaba el papel de limitar la extensión de la responsabilidad a las consecuencias unidas a la acción con un nexo causal que se juzgara bastante, una vez que se había admitido que el daño había sido culpablemente causado. Luego habíamos explicado por qué la culpa entendida como juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño no

⁸⁴ Por todos, DE ÁNGEL (93), pp. 258 y ss.

⁸⁵ Esto está bien explicado en PANTALEÓN (91), p. 1994, y ASUA, p. 465.

⁸⁶ DE ÁNGEL (93), p. 258. La misma idea en LACRUZ *et. al.*, p. 469; PUIG BRUTAU, p. 81; CASTÁN, p. 943; LASARTE, p. 338; PASCUAL ESTEVEILL, p. 128.

funcionaba bien en nuestro campo de estudio. Para acabar de demostrar la insuficiencia de los instrumentos técnicos que se manejan en nuestro sistema a la hora de controlar la responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas, es necesario responder a esta pregunta: ¿No bastaría a nuestros propósitos admitir ampliamente la indemnizabilidad de los daños culpablemente causados y, más tarde, efectuar un uso cauteloso del requisito de la relación de causalidad, para el fin de limitar la responsabilidad que nos ocupa?

La necesidad de responder esa pregunta es clara en la experiencia anglosajona, donde la doctrina ha destacado cómo la jurisprudencia echa mano de la idea de causalidad o de la de deber de cuidado casi de forma intercambiable⁸⁷.

La respuesta a esta pregunta es, en parte, similar a la que hemos dado en relación con el requisito de la culpa. De esta manera, habría que empezar recordando que la manipulación de la relación de causalidad está lamentablemente muy extendida en nuestra jurisprudencia. En este sentido, se puede recoger el diagnóstico descarnado que hace Cavanillas Múgica de la situación: «en el tema de la relación causal, la jurisprudencia se inclina por las frases imprecisas y los conceptos elásticos y ambiguos, adoptando posiciones poco comprometidas [...] que difícilmente pueden servir para formar un cuerpo doctrinal útil»⁸⁸. Así las cosas, parece claro que esa manera de encauzar las soluciones en nuestro derecho es más probable que recomendable y que, si finalmente fuera acogida, sería objeto de las críticas de oscuridad e inseguridad que ya hemos formulado unos pocos párrafos más arriba, hablando del requisito de la culpa.

Si tratamos de responder a la pregunta que tenemos planteada con un poco más de seriedad científica, hay que empezar por asumir la necesidad de controlar la relación de causalidad que describen las ciencias de la naturaleza, y que se encierra en la fórmula de *condicio sine qua non*, con el uso de alguna teoría normativa de la causalidad. Es decir, hay que partir de la distinción entre causalidad e imputación objetiva⁸⁹.

⁸⁷ SPIER, pp. 90-91.

⁸⁸ CAVANILLAS MÚGICA, también citado por YZQUIERDO (93), p. 238, que asume la idea.

⁸⁹ Sobre la imputación objetiva, véase el estudio pionero de PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, donde se introduce esta visión en nuestro país. También hay que recordar que la más conocida fórmula de la *condicio sine qua non* debe ser en rigor sustituida por la de la «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica». Para esto, PANTALEÓN (91), p. 1982. Estas teorías sobre imputación objetiva han tenido buena acogida en nuestra doctrina. En este sentido, se puede ver a LACRUZ *et al.* (95), pp. 485-486; Díez PICAZO (99), pp. 340 y ss.; SALVADOR CODERCH (99).

Entre las teorías normativas sobre la relación de causalidad, tiene especial peso la teoría de la *causalidad adecuada*. Consiste en preguntarse por la adecuación *ex ante* entre el comportamiento del demandado y el daño causado. Es una teoría que ha venido gozando de un prestigio y extensión considerable en la doctrina de nuestro país. Su prestigio derivaba, en algún momento, de que era la única alternativa al indeseable entendimiento de la teoría de la *condicio sine qua non* como si fuese un criterio de imputación⁹⁰.

Esta teoría de la causa adecuada se basa, en realidad, en un juicio sobre la previsibilidad del daño, ya que una acción sólo parece que pueda ser causa adecuada de un daño si ese daño era previsible⁹¹. Por esa importancia que juega la idea de la previsibilidad en la determinación de la causalidad conforme a esta teoría, es fácil concluir que tampoco es un buen instrumento para controlar la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. En efecto, como ya dicho visto, siempre es previsible que alguien confíe en propio perjuicio en la corrección de una información, por lo que será difícil negar la imputación objetiva del resultado a la acción. ¿Qué hay más adecuado para causar daños puramente económicos que un informe de auditoría incorrecto?

Además, el test de la previsibilidad que emplea la teoría de la causa adecuada también se presta fácilmente a la manipulación por el intérprete. Unas palabras de Díez-Picazo sirven para aclarar esta idea: «para establecer científicamente un juicio de probabilidad, hay que elaborar una descripción del primero de los eventos y poder así establecer su probable relación con el hecho dañoso. Es claro que esta descripción puede ser más o menos completa y es claro, asimismo, que modificando la descripción se modifica también la relación de frecuencia»⁹².

La poca conveniencia del empleo en nuestro campo de estudio de la teoría de la causalidad adecuada no tiene que ocultar que dicha teoría es sólo parte de las posibilidades que nos ofrece la imputación objetiva. En ésta también podemos encontrar el mucho más conveniente criterio de imputación del *fin de la norma violada*. Este criterio de imputación sí que puede ofrecer buenos resultados en nuestro campo de estudio. Veremos en otro momento en qué

⁹⁰ Entre los penalistas, lo explica bien MIR PUIG, *Derecho Penal: parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996, p. 226. Para un rastro de ese prestigio a que se alude en el texto, véase, por ejemplo, YZQUIERDO (93), p. 237.

⁹¹ Por todos, Díez PICAZO (99), p. 338. Esa idea, en los países de *Common Law*, en SALMOND y HEUSTON, p. 197, entre otros muchos.

⁹² Véase, Díez PICAZO (99), p. 339.

consiste este criterio y las posibilidades y limitaciones que tiene su uso en el campo de los daños causados al usuario de informaciones incorrectas.

3. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROBLEMA

Hemos dicho que, en nuestro Derecho, el cauce del artículo 1902 está abierto para encauzar el tratamiento de los casos de responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de una información falsa. Hemos advertido del principal peligro que acecha en esta vía del artículo 1902, que no es otro que el de que la responsabilidad se nos escape de las manos. Vamos a ver ahora las características presentes en los casos que estudiamos que justifican que la respuesta que el ordenamiento les dé sea especial. Esas características que hacen a nuestro problema tan distinto a los casos de daños físicos que se suelen encuadrar en la responsabilidad extracontractual derivan, justamente, de que la acción que causa el daño es una información o un mensaje y, en segundo lugar, de que el daño causado es puramente económico. Veámoslo por separado.

3.1 La información es especial

3.1.1 Las dificultades para establecer qué responsabilidad debe desencadenarse por un daño causado a través de proporcionar a la víctima una información falsa se deben en parte a las extrañas cualidades de la información como producto. Esas cualidades especiales han sido apreciadas por distintos autores en épocas distintas.

Los autores anglosajones dicen que «las palabras vuelan», para describir el origen de esas dificultades para determinar el alcance correcto de una responsabilidad por informaciones negligentemente falsas⁹³. En efecto, la información puede pasar con poco coste y fácilmente de mano en mano, con lo que el número de posibles víctimas de una información errónea es potencialmente ilimitado⁹⁴. El juez Cardozo captaba el fenómeno hablando del «poder explosivo

⁹³ Se puede ver, PROSSER, pp. 239 y 252; PERLMAN, «Interference with Contract and Other Economic Expectancies: a Clash of Tort and Contract Doctrine», *The University of Chicago Law Review*, 1982, núm. 49, pp. 61-129, p. 74; CRAIG, p. 216; BAKER, p. 104; BRAZIER, p. 206; FLEMING (87), p. 158, entre otros muchos.

⁹⁴ Para el argumento de la responsabilidad potencialmente ilimitada, se puede ver, por ejemplo, FELDTHUSEN, p. 33, entre otras muchas, PROSSER y KEETON, p. 747. Desde otra perspectiva, RIZZO, «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», *Journal of Legal Studies*, junio 1982, vol. XI, pp. 281-310, p. 305, entre otras. En nuestra doctrina, PANTALEÓN (96), p. 128 (entre otras), FERRANDO VILLALBA, p. 200, núm. 137, se hacen eco de estas ideas.

de las palabras», mientras que Lord Pearce destacaba el hecho de que las palabras no se consumen por su uso, con lo que su capacidad de causar daño permanece inalterada aun después de haber sido usadas por multitud de perjudicados⁹⁵.

3.1.2 Las cualidades especiales de la información han sido también señaladas por el análisis económico del derecho, cuyas enseñanzas han sido recogidas por muchos autores en principio ajenos a dicho enfoque metodológico. Según esos estudios, existe una razón económica para que la responsabilidad por informaciones incorrectas sea más restringida, así como para que sí se acabe imponiendo cierto nivel de responsabilidad⁹⁶.

Desde el primer punto de vista, hay que partir de la observación de que los productores de información, en general, no son capaces de apropiarse de todos los beneficios que genera la información que ellos producen costosamente. Esta característica se debe a que la información, una vez producida y suministrada, puede pasar de un usuario a otro de forma fácil y poco costosa y sin que el productor de esa información gane una sola peseta en cada una de esas transacciones subsiguientes⁹⁷.

Para ilustrar esas especialidades de la información, baste pensar en la posibilidad de que alguien lea el periódico que un amigo le presta o, mejor aún, que lea el periódico que lleva el viajero de al lado en el autobús. El ejemplo más claro, ya en nuestro campo de estudio, es el de los múltiples usuarios de un informe de auditoría: el auditor da un informe y el que lo recibe lo puede exhibir ante otros, prestarlo, hacer fotocopias y distribuirlo entre sus amigos, etc.

Así las cosas, el productor de información se enfrenta a la totalidad de los costes de producción, pero, a diferencia de los productores de otros bienes, no va a beneficiarse de todas las potencialidades de su producto⁹⁸. Ante esta situación, se puede esperar que el productor de información produzca poco o nada de un producto por

⁹⁵ La observación de CARDOZO está en su célebre sentencia en *Ultramares v. Touche*, (1931) 174 N.E. 441, y la de Lord PEARCE está en el no menos célebre caso *Hedley Byrne v. Heller*, (1964) A.C. 465.

⁹⁶ Son ideas de BISHOP (80), pp. 363 y ss. que han sido bien acogidas. Se puede ver a FELDTHUSEN, p. 34; SCHWARTZ, «The Economic Loss Doctrine in American Tort Law», en Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure economic Loss*, La Haya, Londres, Boston, 1996, pp. 103-130, p. 120, entre otros muchos, y al lado de algunas sentencias estadounidenses.

⁹⁷ En definitiva, se trata de que la información es lo que en economía se llama un *bien público*. En este tipo de bienes no hay rivalidad en el consumo y no hay posibilidad de exclusión para el que no paga por su uso. El ordenamiento, desde luego, reacciona para dar respuesta a ese dato; pensemos en la propiedad intelectual e industrial, por ejemplo.

⁹⁸ En nuestra doctrina, SALVADOR CODERCH *et al.* *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, p. 50, se hacen eco de la idea. Por otro lado, cfr. GOLDBERG, «Accountable Accountants: Is third-Party Liability necessary?», *Journal of Legal Studies*, junio 1988, vol. XVII, pp. 295-312, p. 299.

el que le resulta difícil obtener un beneficio⁹⁹. De ahí que haya que ser cauteloso al imponer responsabilidad sobre los productores de información.

En efecto, como imponer responsabilidad a esos productores de información supone incrementar sus costes de producción, el incentivo perverso se acentúa, con lo que la sociedad puede empezar a padecer escasez de informaciones que hasta el momento venían siendo útiles.

Esto, en nuestro campo de estudio, puede suceder de dos maneras distintas. En primer lugar, en los casos en los que el informante no está contractualmente obligado a informar y, por lo tanto, informa de manera gratuita, nos podemos encontrar con que esos sujetos reaccionen a un endurecimiento del régimen de su responsabilidad simplemente negándose a informar. En efecto, esos sujetos, que disponen de información útil para los demás, pueden dar gratis la información que poseen porque no incurrir en una responsabilidad excesiva. Si se endurece la responsabilidad, desearán aumentar el nivel de cuidado empleado en elaborarla o transmitirla, pero no podrán hacerlo indefinidamente, dado que no reciben contraprestación por informar. De esta manera, un exceso de rigor en la responsabilidad por informaciones incorrectas puede llevar a producir falta de información en la sociedad.

De nuevo, encontramos un buen ejemplo de este fenómeno que describimos en el caso de los informes sobre solvencia que los bancos dan sobre sus propios clientes. Los bancos no se dedican profesionalmente a elaborar informes de ese tipo, pero lo cierto es que, en el transcurso de su actividad empresarial, hacen acopio de grandes cantidades de información, que son muy estimados por los operadores económicos¹⁰⁰. Si se endureciera el régimen de la responsabi-

⁹⁹ Explica GOLDBERG (88), p. 302, que, en el caso de los auditores que él estudia, hay que tener en cuenta que el productor de información recibe compensación por la información que produce a través del incremento del valor de su imagen de marca. El productor sabe que cuanto mayor sea la calidad de sus trabajos, más clientes querrán contratar con él para beneficiarse de su buena imagen de marca. Esto matiza el argumento de Bishop sobre que la inapropiabilidad de la información produce necesariamente una producción de la misma en cantidad inferior a la ideal. Sin embargo, tampoco parece que las ideas basadas en la propia imagen de marca sean decisivas. Como explica VON BAR (p. 102), si no hay posibilidad de accionar contra él, un mal profesional puede tranquilamente desprestigiar a la profesión entera.

¹⁰⁰ Para esta idea, por limitarnos a nuestra doctrina, FERNÁNDEZ COSTALES, p. 3236; GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, 2.ª ed. Madrid, 1975, p. 54. Cuando hablamos de información y de bancos, no hay que olvidar que el punto de partida es el secreto bancario, como nos recuerda nuestra doctrina (EMBID IRUJO, pp. 110 y 112; FERNÁNDEZ COSTALES, p. 3229; SÁNCHEZ MIGUEL, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, III, Madrid, 1994, p. 2441). Sobre la posición de los bancos desde este punto de

lidad aplicable a este servicio que los bancos suelen dar de manera gratuita, es previsible que los bancos restringieran aún más su disponibilidad para los operadores económicos.

En segundo lugar, si pensamos en los casos en los que sí existe un contrato en virtud del cual se presta la información, pero en el que el perjudicado no es parte, el efecto previsible de endurecer el régimen de responsabilidad será un aumento del precio de los servicios en cuestión. Ese encarecimiento del servicio de informar también acarreará previsiblemente una disminución de la demanda de informaciones y, por tanto, una menor producción.

Acabamos de ver por qué es necesario ser cuidadoso a la hora de imponer responsabilidad sobre los autores de informaciones negligentemente incorrectas. Como habíamos advertido, esa observación debe ser complementada con otra, de signo diverso, que pasamos a exponer: consiste en el hecho de que también parece claro que la posibilidad de imponer responsabilidad sobre los que producen información negligentemente puede generar, aunque sólo sea como efecto reflejo, un mayor cuidado por su parte y, así, una información más precisa y con menos posibilidades de error¹⁰¹.

Es más, parece que es necesario que haya cierta dosis de seguridad en que la información ha sido correctamente elaborada para que la sociedad pueda beneficiarse de esas informaciones. En este sentido, se podría decir que basta con que una persona —que desempeñaría el papel de guardián de la calidad de la información— pueda exigir responsabilidad por incorrecciones de la información, para que el resto de la sociedad pueda confiar en que esa información ha sido cuidadosamente elaborada y la pueda usar con cierta tranquilidad.

No es fácil de determinar cuál de las dos tendencias —que se produzca un cambio en la cantidad de información o que se produzca un cambio en la calidad de la información que se producía a tener mayor incidencia en el mundo real si nos preguntamos por el resultado de una medida consistente en incrementar o limitar la responsabilidad de los productores de información¹⁰². Pero, en esa incertidumbre, se puede defender que lo más adecuado es una solución intermedia. No se tratará, pues, ni de afirmar la plena responsabilidad por negligencia de los productores de información frente a todas las víctimas previsibles, ni de negar toda responsabi-

vista de sus incentivos para informar, es particularmente interesante la exposición de BISHOP (80) pp. 374 y ss. Para Italia, por todos, MIRABILE, p. 403.

¹⁰¹ Completamente en contra, en posición aislada, GOLDBERG (88), p. 300.

¹⁰² En BISHOP (80), pp 368 y 369, se da una explicación más detallada de las predicciones alcanzables. Ideas distintas, pero aisladas, en GOLDBERG (88), p. 300.

lidad por informaciones negligentemente producidas o comunicadas.

La solución intermedia, que es la más adecuada, consiste en hacer responsable al productor de información sólo frente a un tipo de personas y sólo frente a un tipo de usos de esa información. Con esto tenemos parte del incentivo para que aumente la calidad de la información producida (existencia de responsabilidad) sin que ello suponga que se vaya a producir una cantidad de información mucho menor ¹⁰³.

3.1.3 Es necesario que los que en nuestra sociedad procuran información o consejo conozcan con certeza los límites de su responsabilidad, ya que es fundamental que la producción y trasiego de información no esté refrenada por el temor a incurrir en responsabilidad. A este respecto, se puede mencionar la necesidad de respetar la libertad de información. Es claro que en el contexto muchas veces mercantil en el que nos movemos esta idea no tiene el mismo peso que en el campo de la actividad política, pero no deja de tener su importancia, puesto que la información es básica para el funcionamiento del mercado ¹⁰⁴.

3.1.4 En los casos que estudiamos, tenemos que, por las características de la información como producto, prácticamente cualquiera puede usar la información que otro produce costosamente. Eso no debe llevarnos, sin embargo, a permitir ni a incentivar que unas partes se aprovechen de informaciones por las que no han pagado y luego traten de sujetar a responsabilidad a los que la produjeron costosamente. La información es un bien público, pero la responsabilidad es un bien perfectamente privado, que sólo debe reconocerse a favor de determinadas personas ¹⁰⁵. Como dice Von Bar, los perjudicados por falsas informaciones en nuestra economía de mercado deben saber que, en principio, sólo es posible estar asegurado contra el riesgo de que una inversión sea ruinosa si, mediante un precio, se ha contratado en tal sentido ¹⁰⁶.

¹⁰³ Sigue siendo la tesis de BISHOP (80) (p. 369). En esto de que se indemnice sólo parte del daño causado (el sufrido por ciertas personas en ciertas operaciones), este resultado viene a coincidir con el que este mismo autor propone para los casos de daño puramente económico en general; para eso, véase BISHOP, *Economic Loss in Tort*, 1981, vol. 2, pp. 1-29, pp. 4 y ss. También merece la pena destacar que estas ideas parecen ser una justificación en términos económicos de las soluciones alcanzadas con anterioridad por el *Common Law*.

¹⁰⁴ FELDTUSEN, p. 34. También sobre libertad de información, PERLMAN, p. 74. Para ALPA (77), pp. 46-47, es destacable la política legislativa de incentivar el trasiego de informaciones económicas. En nuestro Derecho, PANTALEÓN (96), p. 125.

¹⁰⁵ El profesor Gómez-Pomar me destacó la importancia de esta idea.

¹⁰⁶ VON BAR, p. 102.

3.2 El daño es puramente económico

3.2.1 En nuestro campo de estudio, los daños que se producen son puramente económicos. Este dato es destacable porque hay que reconocer que el ordenamiento debe proteger y protege con mayor intensidad frente a los daños físicos que frente a los puramente económicos¹⁰⁷. En efecto, el daño físico (si nos centramos en el daño personal, la cosa es aún más clara) es absolutamente indeseable, mientras que el daño puramente económico es, por ejemplo, el objeto de la libre competencia¹⁰⁸. No hay duda, por formularlo de otra manera, que la integridad personal goza de una protección máxima en los ordenamientos actuales, mientras que los intereses inmateriales gozan de una protección menor¹⁰⁹.

Está clara la jerarquía entre los daños a la integridad personal y los daños puramente económicos. Desde este punto de vista, la pregunta difícil de contestar es la de por qué se debe dar mayor protección a las cosas materiales que a los bienes inmateriales. Las razones que se aducen por algunos autores son la tradición histórica y las ideas, que tiene más peso, de que los accidentes capaces de causar daños a cosas tangibles o materiales son capaces también de lesionar a las personas y de que, por otro lado, no plantean el problema de una responsabilidad ilimitada. En los sistemas de cláusula general de responsabilidad, no es tan frecuente plantear esa jerarquía de valores, en sede de responsabilidad extracontractual. La doctrina más reciente, sin embargo, sí empieza a aceptar ese planteamiento¹¹⁰.

3.2.2 Una de las características más señaladas de los daños puramente económicos es la de que son capaces de extenderse enormemente, por lo que su indemnizabilidad plantea el problema de cómo manejar una responsabilidad potencialmente ilimitada¹¹¹.

¹⁰⁷ Es destacable que no exista un delito de daños que no sean físicos, por ejemplo. Asimismo, también es un buen ejemplo que el artículo 838 del Código de Comercio ordene, para los casos de abordaje que, «cuando el valor del buque y sus pertenencias no alcanzare a cubrir todas las responsabilidades, tendrá preferencia la indemnización debida por muerte o lesiones de las personas».

¹⁰⁸ Este ejemplo es muy utilizado. Se puede ver, por ejemplo, en FLEMING (87), p. 161.

¹⁰⁹ Esta idea es destacada con especial claridad por las doctrinas de los sistemas de *Common Law*. Se puede ver, entre otros muchos, en JAMES (72), p. 54, núm. 45, y FELDTHUSEN, p. 13.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, ALPA y BESSONE (90), pp. 56 y 59, o LAPOYADE DESCHAMPS, «La réparation du préjudice économique pur en droit français», en Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, La Haya, Londres, Boston, 1996, pp. 89-102, pp. 90 y 97.

¹¹¹ Esta idea frecuentemente se denomina en la doctrina el *floodgates argument* (*floodgates* significa compuertas). Se alude así a la idea de las oleadas de litigantes que se dirigirían a los tribunales a buscar remedio para sus daños en caso de que se reconociese la indemnizabilidad del daño económico; la locución es muy conocida en la doctrina comparatista, hasta el punto de que se usa el subtítulo «Keeping the Floodgates Shut» en un libro titulado *The Limits of Liability*. Véase Spier (ed.). Por otro lado, también se habla de la

Esta aptitud de extenderse enormemente se aprecia con claridad, por ejemplo, en los llamados casos de cables cortados. En estos casos típicamente se corta un cable de suministro eléctrico en el transcurso de unas excavaciones negligentemente desarrolladas; hasta aquí, lo que ha sucedido es un daño físico que no plantea problemas especiales (la compañía eléctrica propietaria de la conducción cortada será indemnizada por el daño al cable de su propiedad y por la corriente que no ha podido vender mientras se realizaba la necesaria reparación). Al lado de ese daño físico, también se pueden producir daños puramente económicos muy extendidos. Pensemos, por ejemplo, que la interrupción del suministro eléctrico afecta a todo un barrio de oficinas o a un polígono industrial que se queda sin corriente. Ahora estamos ante un gran número de daños puramente económicos en forma de ganancias dejadas de percibir por todos aquellos que han visto interrumpida su actividad productiva por el apagón.

También es muy ilustrativo de la forma de extenderse de los daños puramente económicos el complicado caso de una demanda por daños de ese tipo presentada por un grupo de vendedores de carne en un mercado de ganado contra un laboratorio por cuya negligencia se había escapado un virus que había provocado una epizootia que llevó a las autoridades sanitarias a cerrar ese mercado en el que los demandantes desarrollaban su negocio¹¹².

Esta mayor capacidad del daño puramente económico de extenderse hasta lugares muy lejanos es debida a que la causalidad juega de forma distinta a como juega en los accidentes más normales en los que se causa un daño físico. Perlman lo expresa con claridad en un párrafo muy citado: «En casos de daño físico a la persona o a una propiedad, la tarea de poner límites a la responsabilidad la cumplen, o al menos la facilitan, las mismas leyes físicas. La fuerza de la gravedad y el rozamiento hacen que las cosas acaben por detenerse, por lo que el daño que es capaz de generar un automóvil lanzado a toda velocidad o un puñetazo está limitado intrínsecamente [...]. Esas leyes de la física no proporcionan el mismo freno cuando de daños puramente económicos se trata. Las relaciones económicas están interrelacionadas tan íntimamente que la lesión de una de ellas puede tener consecuencias muy lejanas, más aún si tenemos en

«objeción pragmática», en una locución acuñada por JAMES, p. 48, que también ha tenido mucho éxito.

¹¹² El caso fue decidido en una conocida sentencia del Reino Unido. Se trata de *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute* (1966), 1 QB 569. No hace falta aclarar que los dueños del ganado afectado no sufren un daño puramente económico, sino un daño físico a un bien de su propiedad.

cuenta que el daño económico fluye de unas personas a otras sin necesidad de que intervengan fuerzas adicionales»¹¹³.

Sin embargo, esta característica aptitud de los daños puramente económicos de extenderse potencialmente sin límites no creo que sea especialmente interesante en nuestro campo de estudio. Hemos explicado que, como la información pasa de mano en mano fácilmente y no se consume por su uso, puede causar un daño muy extendido cuando es falsa. Es cierto que este peligro de que se produzcan daños muy extendidos y de que la responsabilidad resultante sea, por tanto, potencialmente ilimitada podría verse incrementado aún más por el hecho de que el daño causado sea de carácter puramente económico. Sin embargo, no creo que esta idea pueda ser de utilidad en nuestro campo de estudio.

En efecto, lo decisivo en nuestro caso, desde el punto de vista de la posibilidad de un daño muy extendido, son las características de la información como producto. No creo que se puedan determinar *ex ante* las diferencias, desde el punto de vista de lo potencialmente extendido que sea el daño, entre un informe de auditoría contenido en una carta que circula y un libro que informa que es comestible una seta muy venenosa¹¹⁴.

3.2.3 Como los casos de daño puramente económico son capaces de causar un daño muy extendido, los autores, especialmente los estadounidenses (recordemos que en EE. UU. existen las *class actions*) alertan insistentemente sobre la posibilidad de que abrir la mano y reconocer la indemnizabilidad del daño puramente económico produzca una oleada de litigantes y que eso suponga problemas para los causantes de daños de ese tipo, que se verían sometidos a una responsabilidad desproporcionada y, por imprevisible, difícilmente asegurable. Además, esa oleada de litigantes también causaría problemas al sistema de administración de justicia¹¹⁵. Estos argumentos se pueden repetir aquí, en cuanto las informaciones falsas tienen la misma capacidad de causar daños muy extendidos.

3.2.4 Un argumento muy utilizado para justificar en general la no indemnizabilidad del daño puramente económico es el de que es

¹¹³ PERLMAN, p. 72. Véase, por ejemplo, SCHWARTZ (96), p. 106, y ROBERTSON, p. 742. Véase la misma idea en JAMES (72), p. 50; PALMERI y BARNETT, p. 759; SMILLIE, «Negligence and Economic Loss», *University of Toronto Law Journal*, 1982, pp. 231-280, p. 231; RIZZO, p. 285; RABIN, p. 1532.

¹¹⁴ En Francia se planteó un caso de lesiones físicas a raíz de la publicación en aquel país de un libro sobre hierbas comestibles que llevaba a engaño entre dos plantas, la una comestible y la otra un tipo de cicuta. Lo comenta HUET (87).

¹¹⁵ Sobre este peligro del daño muy extendido (*widespread loss*) se podría citar a incontables autores de los sistemas de *Common Law*, dado que el argumento está muy extendido. Baste con recoger aquí a FELDTHUSEN, pp. 33 y 37.

necesario respetar la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, en el sentido de evitar que esta última deje sin sentido y acabe absorbiendo a la primera¹¹⁶. Es necesario evitar, pues, que una acción de responsabilidad extracontractual pueda destruir la asignación de riesgos pactada por las partes en el contrato.

No es necesario aclarar que semejante argumento sólo es de aplicación en los casos en los que existe un contrato en la escena. Más adelante se verá que este argumento no significa, en realidad, que nunca se deba imponer responsabilidad extracontractual, sino que sólo tiene el sentido de advertirnos que la responsabilidad que en su caso se imponga debe respetar esa asignación de riesgos expresada en el contrato.

3.2.5 También hay que tener en cuenta, en último lugar, que nuestro campo de estudio es propicio a la aparición de demandas con poco o ningún fundamento y que esas demandas son difíciles de distinguir de las que tienen un fundamento mayor¹¹⁷. Hay que tratar de evitar que el que ha sufrido un daño puramente económico por sus propias decisiones pueda (a posteriori) achacar ese daño a un consejo o información defectuosos.

4. IDEAS PARA UNA SOLUCIÓN

Hasta aquí, hemos visto que está abierta la vía que ofrece el artículo 1902 para encauzar el tratamiento de la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, pero que esa vía puede resultar problemática. También hemos visto las especiales características que tienen los casos que estudiamos y hemos comprobado la necesidad de instrumentos específicos que perfeccionen el tratamiento de los problemas que estudiamos en nuestro ordenamiento, dado que el criterio de la previsibilidad del daño no funciona bien en este sector.

De entre los instrumentos que se nos ofrecen para limitar la responsabilidad en el sector que estudiamos, vamos a ver por qué el mejor y más efectivo es la exigencia de que el informante esté bajo un deber de cuidado (*duty to take care*) que ampare al informado. El empleo de este concepto, que por cierto no soy el primero en proponer que se reconozca en nuestro Derecho, permite retocar el elemento que hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable¹¹⁸. En ese sentido, estará jugando en el mismo terreno que el

¹¹⁶ SCHWARTZ (96); GOBLE, pp. 229-230 y 267; FLEMING (91), p. 27.

¹¹⁷ FLEMING (53), p. 477; MARSHALL, p. 750.

¹¹⁸ PUIG BRUTAU, p. 89, enuncia el concepto, al enumerar los requisitos de la responsabilidad civil. Por su parte, PANTALEÓN (96), pp. 115-118, propone su manejo.

—en nuestro Derecho— pretendido requisito de la antijuridicidad en sentido propio y, por tanto, en competencia con él.

En este epígrafe, voy a presentar el *duty to take care* y voy a explicar por qué no propongo emplear el requisito de la antijuridicidad del daño. Queda para más tarde el examen de otra vía posible de solución: la de dejar las cosas como están en lo relativo al denominado *momento de la antijuridicidad* (es decir, admitir como indemnizable todo el daño previsible) y emplear luego el criterio de imputación objetiva del fin de la norma violada para mantener la responsabilidad dentro de unos límites estrictos. Asimismo, queda para más tarde la crítica de la idea propuesta en las doctrinas francesa e italiana de exigir culpa grave para reconocer la indemnizabilidad de los daños causados al usuario de informaciones falsas.

En nuestro campo de estudio, por el hecho de que la información pasa fácilmente de mano en mano y no se consume por su uso, es patente la insuficiencia de la culpa como criterio de indemnizabilidad de cualquier tipo de daño. Ante esto, se propondrá, primero, insistir en que es necesario desdoblar el contenido de la idea de culpa en las dos vertientes que indudablemente tiene y que nuestra doctrina, habituada al manejo de la idea de ilicitud de la *conducta*, no puede tener problemas en percibir: la idea de existencia previa de un deber de conducta y el juicio de negligencia consistente en la violación de ese deber. En segundo lugar, se destacará la posibilidad y conveniencia de definir el deber de cuidado implícito en la idea de culpa en términos relativos.

De lo que se trata, en definitiva, es de reconocer las dos funciones que ese requisito de la culpa tiene encomendadas en los sistemas que, como el nuestro, son de cláusula general similar a la francesa. Dadas las características descritas del grupo de casos que estudiamos, no podemos permitirnos renunciar a ningún instrumento técnico útil. Como dice Monateri en relación al sistema francés, se trata de poner palabras a una necesidad que, los juristas *franceses* han sentido pero no han sabido verbalizar¹¹⁹. Es decir, poner palabras al hecho de que la culpa está llamada a responder a las preguntas que en la RFA o en el *Common Law* responden dos elementos distintos (los binomios antijuridicidad-culpabilidad y *duty of care-breach of the duty*, respectivamente).

4.1 ¿Se exige en nuestro sistema la antijuridicidad del daño?

Parece excesivo admitir en nuestro país el requisito de que el daño sea injusto para corregir esa insuficiencia de la culpa, dadas

¹¹⁹ MONATERI (98), p. 55.

las rigideces que surgirían en ese camino y dada la ausencia de base legal para esa exigencia. Sin embargo, Busto Lago ha tratado de encontrar base legal para esa exigencia en el artículo 1089 del Código Civil. Sus intentos no parecen muy convincentes.

No es convincente el argumento literal de que, en contra de la apariencia, el legislador no emplea la conjunción «o» en sentido disyuntivo, sino que lo hace para aclarar el sentido de la locución «actos y omisiones ilícitos» en ese precepto. El argumento criticado hace que estos «actos y omisiones ilícitos» se identifiquen con aquellos actos en que «intervenga cualquier género de culpa o negligencia», de manera que la idea de ilicitud alcanza a la responsabilidad extracontractual. Creo que es improbable que eso sea así, dado el carácter parafítico que tendría la frase leída de esa manera, dado que los artículos 1090, 1091, 1092 y 1093 desarrollan respectivamente como algo distinto cada uno de las cuatro fuentes de las obligaciones que enumera ese artículo 1089 y dado el silencio del legislador de tan importante (como pretendido) requisito en el artículo 1902.

Además, los argumentos históricos que utiliza este autor creo que resultan muy limitados si tenemos en cuenta que, en los antecedentes del siglo XIX que rastrea, Busto sólo encuentra la tacha de ilicitud en relación a las acciones (no al daño), lo que está en la lógica del modelo codificado en el *Code* de 1804, en el que la acción culpable (dolosa o negligente) es entendida como acción ilícita por violar un modelo de conducta, cosa que no tiene por qué entenderse como lesión de un interés de determinado tipo¹²⁰.

Además de carecer en nuestro Derecho de base legal, la respuesta a la insuficiencia de la culpa de la que hemos hablado no tiene por qué consistir en la exigencia de que el daño sea injusto. Por el contrario, siempre podemos contar con la idea implícita de deber de cuidado que, de forma perfectamente coherente con la lógica interna de nuestro sistema, puede desempeñar igual o mejor el mismo cometido para el que se ha intentado introducir en nuestro sistema ese requisito de la antijuridicidad.

4.2 El deber de cuidado en el *Common Law*

En los sistemas de *Common Law* existe un cuarto elemento entre los requisitos necesarios para que se imponga responsabilidad extracontractual en el *tort* de negligencia. Junto a la acción dañosa,

¹²⁰ Sobre todo esto, BUSTO LAGO, pp. 180-187. También utiliza la idea de daño injusto en un sentido similar, Díez PICAZO (99), pp. 94 y ss.

la negligencia y la relación de causalidad, aparece el *duty to take care*. Este deber de cuidado es el elemento central del *Tort de Negligence*, básico para entender su funcionamiento y sus confines y se antepone a todos los demás. Es cierto que, en la generalidad de los casos discutidos ante los tribunales, apenas se discute acerca de este elemento y sí sobre cuestiones de causalidad o negligencia, pero también es cierto que las discusiones sobre el deber de cuidado son centrales en algunos casos más difíciles y no tan comunes, como pueden ser los de daño puramente económico ¹²¹.

4.2.1 El deber de cuidado se define como la obligación reconocida por el ordenamiento de comportarse con arreglo a determinado patrón de conducta, en concreto, de comportarse como un honrado padre de familia (*reasonable person*) ¹²². Para que exista responsabilidad, se exige, pues, que el demandado estuviese bajo el deber de ser diligente respecto del demandante, que el primero haya sido negligente al incumplir el patrón de conducta del hombre razonable (que viene a ser lo mismo que violar el deber de diligencia bajo el que estaba) y que esa acción suya haya causado el daño.

Al introducir el deber de cuidado, se reconoce que sólo tiene sentido hablar de comportamiento negligente en relación a determinadas personas y por determinados daños ¹²³. La negligencia es una cuestión de riesgos, es decir, de peligro de daño reconocible, dice Fleming, y eso plantea inmediatamente la pregunta de peligro ¿de qué? y ¿para quién? ¹²⁴. De esta manera, la pregunta de si existe deber de cuidado se desdobra en dos preguntas distintas. En efecto, lo que se responde con el elemento del *duty* es si el caso pertenece al conjunto de casos en los que se puede aplicar la responsabilidad por negligencia y, en segundo lugar, si el demandante era acreedor del deber de cuidado establecido en primer término ¹²⁵. Se pone de esta manera un filtro previo al funcionamiento de la responsabilidad por negligencia, puesto que sólo se pasa a ver si el demandado fue negligente y si el daño está causalmente unido a su acción si, primero, hemos establecido que ese demandado estaba bajo el deber de comportarse de determinada manera hacia el demandante.

¹²¹ FLEMING (53), p. 485; ROGERS, p. 40; BAKER, p. 102.

¹²² PROSSER y KEETON (84), p. 356; FLEMING (87) p 125; SALMOND y HEUSTON, p. 197.

¹²³ LIMPENS, «La théorie de la *relativité aquilienne* en droit comparé», *Mélanges offerts à René Savatier*, París: Dalloz, 1965, pp. 559-581, p. 569; SALMOND y HEUSTON, p. 198; HERBOTS, pp. 7 y 22-23; GREGOIRE, p. 63.

¹²⁴ FLEMING (87), p. 94.

¹²⁵ WINFIELD y JOLOWICZ, p. 73; ROGERS, p. 40; BAKER, p. 103. Las dos perspectivas pueden llegar a solaparse en determinados casos, como explica LIMPENS (63), p. 579. En ocasiones, se denomina *notional duty* a las cuestiones relativas a la primera de las preguntas aludidas en el texto y *duty on the facts* a las relativas a la segunda.

La función primordial del deber de cuidado es, en efecto, la de definir y delimitar el campo en el que es aplicable el *Tort de Negligence*¹²⁶. Esto es fundamental porque, como dice Fleming, a diferencia de los otros *torts* nominados (*battery, assault, defamation...*), el *tort de negligence* no da una idea de a qué tipo de daños es aplicable. Así como la sola enunciación del nombre de la *difamación (defamation)* nos indica qué tipo de bien jurídico se está atacando, en el *tort de negligence* falta toda alusión a los intereses lesionados, creándose así la apariencia de que cualquier daño es accionable con tal de que la conducta que lo causó sea de determinada manera, es decir, sea negligente¹²⁷. En realidad, las cosas son justamente al revés, puesto que, si empleamos la noción de deber de cuidado, se llega a la idea de que ese modelo de conducta sólo puede ser definido atendiendo a la persona sobre la que pesa, la manera de su cumplimiento, la persona a la que se le debe y la naturaleza del interés protegido¹²⁸.

4.2.2 Este elemento del *duty to take care* que estudiamos es de aparición relativamente reciente. Se introdujo a mediados del siglo XIX y, desde entonces, los trabajos de la doctrina y jurisprudencia han consistido en tratar de encontrar la fórmula que permita establecer con un cierto nivel de seguridad cuándo existe ese deber de comportarse de forma cuidadosa y cuándo no.

Sobre el origen histórico de la noción de *duty*, es destacable que el primer papel que desempeñaba era negar que el incumplimiento de un contrato constituyese negligencia respecto a un tercero que no fuese parte en ese contrato. Se pensaba que el demandado no tenía deber de cuidado respecto del tercero. Se aprecia ahí la íntima vinculación, desde sus orígenes, entre el *duty* y la idea de la relatividad de la protección¹²⁹. Para ver esta idea en funcionamiento, se puede recordar el célebre caso *Winterbottom v. Wright*¹³⁰. En ese caso, el demandante era un cochero empleado por una compañía de diligencias que resultó herido en un accidente causado por el mal estado del carruaje que conducía. El demandado no era el empleador del cochero herido, sino que era la compañía que estaba contractualmente obligada a mantener los carruajes en buen estado de uso. El caso fue decidido en el sentido de negar que la compañía obligada a realizar las labores de mantenimiento del vehículo tuviera ningún deber (contractual) de cuidado respecto del herido. La

¹²⁶ HERBOTS, p. 25; GREGOIRE, p. 60. La aportación fundamental desde este punto de vista funcional es la de FLEMING (53).

¹²⁷ FLEMING (87), pp. 95 y 125.

¹²⁸ SALMOND y HEUSTON, p. 198.

¹²⁹ Esta idea es destacada por LIMPENS (65), p. 569.

¹³⁰ 1842, 10 M & W. 109, 152 Eng. Rep. 402.

regla se extendió al campo de la responsabilidad extracontractual e, incluso, se llegó a entender, en un significado que más tarde fue superado (y que se llegó a conocer como *privity fallacy*), que el que actuaba en cumplimiento de un contrato no estaba bajo un deber extracontractual de cuidado respecto a terceros ¹³¹.

También desde el punto de vista histórico, es esclarecedor recordar que la responsabilidad por actos negligentes se originó en el mundo anglosajón poco a poco, y a partir de algunos casos aislados en los que se hacía responder por su comportamiento negligente a los que se presentaban ante el público como poseedores de una habilidad especial (*common callings*) y que sólo más tarde se alcanzó una generalización de la responsabilidad por negligencia que causa daños físicos ¹³². Es importante retener que la generalización de la responsabilidad por negligencia en el mundo anglosajón sólo alcanza a esos casos de daño físico (y no a todo tipo de daño, como ocurre en los Derechos de inspiración francesa), pero que esa generalización sí tiene sentido y es novedad respecto al punto de partida del *Common Law*, punto de partida que estaba constituido por ese conjunto de casos aislados de responsabilidad por negligencia ¹³³.

4.2.3 En el *Common Law*, el funcionamiento del deber de cuidado permite, por un lado, la selección de determinadas personas frente a las que el demandado estaba obligado a ser diligente. Por otro lado, permite la selección y gradación de los intereses que la ley protege a través de la responsabilidad por negligencia.

El mejor ejemplo de la primera función del deber de cuidado —la de seleccionar personas frente a las que el demandado debió ser diligente— lo encontramos en el muy conocido caso *Palsgraf v. Long Island R. R.* ¹³⁴. En este caso, unos trabajadores de la compañía de ferrocarriles demandada estaban ayudando a un viajero a subir a un tren que estaba ya en movimiento y al que el viajero en cuestión llegaba por los pelos. En la operación, los trabajadores hicieron que cayera un paquete en el que el pasajero llevaba petardos y fuegos de artificio que explotaron al caer al suelo, bajo las ruedas del tren en movimiento. La explosión hizo que una balanza, que estaba bastante lejos de donde sucedían estos hechos, se moviese e hiriese y asustase a la demandante. El

¹³¹ PROSSER y KEETON, pp. 667-668; FLEMING (87), pp. 465-466, y SALMOND y HEUSTON, pp. 10-11.

¹³² Sobre esto, por todos, GREGOIRE, p. 60.

¹³³ Sobre esto, se puede ver la polémica que recoge GALLO en pp. 55 y ss., si bien hay que señalar que este autor no es muy certero en sus conclusiones.

¹³⁴ (1928) 162 N.E. 99.

juez Cardozo estableció que los trabajadores habían sido negligentes respecto del pasajero —al menos por el daño al paquete que éste portaba—, pero que la demandante estaba fuera del alcance previsible del peligro creado por los trabajadores de la compañía demandada, por lo que no era acreedora del deber de cuidado bajo el que actuaban los ferroviarios. «El riesgo que se debió razonablemente percibir define el deber que ha de ser obedecido», dijo el famoso juez, en una frase citada una y otra vez. El hecho de que el comportamiento de una persona sea negligente respecto de otra (los ferroviarios frente al viajero) no permite a una tercera persona (Ms. Palsgraf) colocar su demanda al amparo de esa negligencia, sino que cada demandante debe establecer la existencia de un deber de cuidado respecto de sí mismo.

El deber de cuidado permite, de esta manera, sacar de la escena a lo que se denomina el *perjudicado imprevisible*, creando una serie de relaciones en las que se encuentran las personas que justifican la imposición de deberes de cuidado a una parte de la relación, en beneficio de la otra¹³⁵. La tarea que cumple esta dimensión del deber de cuidado la puede desempeñar en nuestro Derecho la relación de causalidad, sin demasiados problemas¹³⁶.

Es destacable que esta función del *duty* se vio en su momento impulsada por el hecho de que el test que se empleaba para juzgar la suficiencia del nexo causal era el de que el daño fuese directo. Esto llevaba a una extensión excesiva de la responsabilidad que se trató de corregir por la manera de emplear el *duty* que estamos comentando¹³⁷.

Al lado de esta capacidad del deber de cuidado de seleccionar a determinados tipos de demandantes como candidatos a la indemnización, el *duty* también es capaz de seleccionar algunos intereses frente a otros. De esta manera, el deber de cuidado va definiendo, según su importancia, la mayor o menor protección que merecen esos intereses que selecciona según las cuestiones de política jurídica que planteen.

De esta manera, se puede decir que el deber de cuidado es definido en términos muy amplios (se utiliza la fórmula de la simple

¹³⁵ También se cita mucho para recoger la idea de que el *duty* selecciona a determinados demandantes, una frase de Lord Esher de que alguien que conduce solo en una explanada puede ser tan negligente como le plazca. También es muy conocida la brillante afirmación de este juez de que un hombre puede ser tan negligente como desee ante el mundo entero en tanto no esté sujeto a un deber de cuidado. Ambas frases son de *Le Lievre v. Gould* (1983) 1 Q.B. 491.

¹³⁶ Así los señala también GREGOIRE, p. 77, para el Derecho francés. En nuestra doctrina, DE ÁNGEL (93), p. 755, e YZQUIERDO (93), p. 235, recogen el caso *Palsgraf* para hablar de causalidad. Quizá con mayor precisión conceptual, Díez PICAZO (99) lo utiliza para explicar cuestiones relativas a culpabilidad.

¹³⁷ Para esto, ROGERS, p. 56.

previsibilidad del daño) para los casos de acción que causa daños físicos a la persona o a los bienes materiales del demandado, mientras que es más restringido respecto de las omisiones, donde es necesario encontrar alguna manera de seleccionar las conductas omisivas que deben dar lugar a responsabilidad frente a las que no. De la misma manera, se puede decir que el deber de cuidado se define de manera más restringida en casos de daño nervioso y de daño puramente económico. En todos estos casos en los que se postula la existencia de un *duty* de alcance más limitado, lo que se hace es considerar la previsibilidad del daño como una condición necesaria pero no suficiente para imponer dicho deber de cuidado. La justificación de todo esto está en que hay razones que aconsejan no indemnizar en estas áreas todo el daño previsible causado por la acción.

Siempre es previsible, por ejemplo, que alguien sufra un *shock* nervioso cuando ve un accidente. La cuestión, que lo es de política jurídica, es si la sociedad está dispuesta a reconocer una acción a todo aquel que pueda alegar un daño psicológico sin haber sufrido de forma simultánea un daño objetivamente apreciable¹³⁸.

Podemos recoger un ejemplo de daño puramente económico para ver cómo funciona el deber de cuidado como instrumento de seleccionar los tipos de daño que deben dar lugar a responsabilidad. Para ello emplearemos un ejemplo de cable cortado similar al que ya hemos empleado con anterioridad. Supongamos que un constructor, en el transcurso de unas excavaciones, corta accidentalmente un cable que proporcionaba electricidad a una fábrica de la vecindad y que el cable pertenece a la red general de suministro correspondiente (es decir, que no es propiedad de la fábrica)¹³⁹. El dueño de la fábrica, a raíz del súbito corte en el suministro, no puede tener sus instalaciones en marcha, con lo que sufre el daño consistente en la ganancia dejada de percibir durante el tiempo que dura el apagón. Estos hechos son, para lo que ahora nos importa, los que sucedieron en *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*¹⁴⁰. El tribunal de este caso absolvió al contratista responsable de las excavaciones por lo que respecta al lucro cesante experimentado por el demandante hasta que fue restablecido el suministro de electricidad. En estas circunstancias, el deman-

¹³⁸ Véase, entre otros, a LAWSON y MARKESINIS (82), p. 96.

¹³⁹ Cuando la compañía propietaria del cable cortado exige una indemnización al responsable de las excavaciones, está pidiendo responsabilidad por daños físicos y por el lucro cesante vinculado a esos daños físicos. Estos últimos derivarían de la energía que no pudo vender debido al corte del cable y, en su caso, la responsabilidad —contractual— en que haya incurrido frente al cliente que no pudo consumir esa energía.

¹⁴⁰ (1973) Q.B. 27. La práctica totalidad de los manuales del ámbito de la *Commonwealth* recogen este caso. Se puede ver, por ejemplo, en WINFIELD y JOLOWICZ, p. 85.

dado estaba bajo el deber de cuidado de no causar negligentemente daños a la propiedad del demandante, pero no tenía deber de cuidado por lo que respecta a las ganancias dejadas de percibir a causa del apagón en desconexión con cualquier forma de daño físico.

4.2.4 El deber de cuidado también ha recibido críticas. La primera, la de que es un elemento tautológico y que repite innecesariamente el juicio de negligencia¹⁴¹. De hecho, como acabamos de ver, para decidir si el demandado estaba bajo el deber de ser diligente en casos de daño físico, se suele emplear un test basado en la previsibilidad del daño. Ese test es el mismo criterio que se emplea para decidir si su comportamiento fue o no negligente. En efecto, si decimos que el demandado estaba bajo un deber de cuidado porque el demandante estaba dentro de la esfera en que previsiblemente se podría causar un daño, parece que nada queda por añadir cuando nos preguntemos si su comportamiento fue conforme a lo que hubiera hecho en esas circunstancias un honrado padre de familia.

Siendo esto así, y produciendo bastantes equívocos en la jurisprudencia, lo cierto es que el deber de cuidado es útil en otros casos en la medida en que nos permite establecer una lista de relaciones entre las partes en las que se puede afirmar la existencia de ese deber de ser diligente. De esta manera, los autores aconsejan que se reserve la pregunta por el *duty* para indagar sobre la relación que *ex ante* vincula a las partes y que justifica la imposición de un deber de cuidado y que se deje para el juicio de negligencia la pregunta de si el demandado hizo lo necesario para cumplir el deber que se le impuso en primer lugar¹⁴².

Explica Baker que cuando el test para establecer la existencia era la simple previsibilidad del daño, el hecho de poder afirmar la existencia de un *duty on the facts* en una nueva situación fáctica implicaba de por sí la existencia de un *notional duty*. Sin embargo, a medida que el test para el establecimiento del *notional duty* se ha ido complicando (al exigir más que la simple previsibilidad del daño), las cosas ya no funcionan así y la idea de *duty on the facts* es previsible que desaparezca, embebida en el juicio de negligencia (*breach of duty*)¹⁴³.

También se ha señalado la dificultad de distinguir entre el deber de cuidado y la cuestión de la imputación objetiva del daño en tér-

¹⁴¹ Esa crítica está muy bien expuesta en FLEMING (53), pp. 487-488. Se hacen eco LAWSON y MARKESINIS, p. 94, donde también colocan más citas. También ROGERS, p. 56; GALLO, p. 32, y, en nuestra doctrina, PANTALEÓN (96), p. 117.

¹⁴² FLEMING (87), pp. 96-97; SALMOND y HEUSTON, pp. 196-197.

¹⁴³ BAKER, p. 103.

minos de relación de causalidad. Ambos elementos, *duty to take care* y *remoteness of damage* (o *proximate cause*) en la expresión anglosajona, sirven a la fundamental cuestión de delimitar la responsabilidad del demandado en casos de daños negligentemente causados y no es fácil distinguir entre ellos. La forma de hacerlo que Fleming recoge, más como tendencia general que como frontera tajante, es la de atender a si la negativa a imponer responsabilidad está justificada por sólidas y estables razones de política jurídica o si no se quiere imponer responsabilidad por motivos más casuísticos, por las concretas circunstancias del caso ¹⁴⁴.

4.3 El deber de cuidado en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual

En el artículo 1902 de nuestro Código Civil, sólo tenemos base legal para afirmar la existencia del daño, de la culpa y de la relación de causalidad como requisitos para imponer (y controlar) la necesaria responsabilidad extracontractual en nuestro sistema.

La idea de culpa puede ser entendida, de manera reduccionista, como sinónimo de juicio de negligencia, es decir, como alusión a la conducta que se aparta de lo que, en las circunstancias del caso, hubiera hecho lo que nuestro Código denomina un honrado padre de familia. Si, en un sistema de cláusula general como el nuestro, empleamos así la idea de culpa, estaremos dando por sentado que todo el daño previsible causado por el demandado será en principio indemnizable y, por otro lado, estaremos dificultando la posibilidad de entender la idea de deber de cuidado como algo distinto al juicio de negligencia.

La idea de culpa puede ser mejor entendida si la explicamos aludiendo a un deber preexistente que es vulnerado por la conducta del demandado. Esta idea es fácil de entender en nuestro sistema porque una parte relevante de la doctrina española es clara en afirmar la existencia de un principio de *neminem laedere* ¹⁴⁵. Ahí tenemos ya expresamente reconocidos los dos elementos que estábamos buscando: el deber de cuidado y, en el juicio de negligencia, la violación de ese deber. La cuestión de con qué alcance definir ese deber de cuidado será objeto de un epígrafe aparte.

¹⁴⁴ FLEMING (87), p. 126. Sobre este punto, también LAWSON y MARKESINIS (82), pp. 96-97. También GALLO, pp. 213-214; MONATERI (98), p. 64, y SPIER (98), pp. 90-91. Según LIMPENS (63), p. 578, hay casos –especialmente los que hemos denominado de *demandante imprevisible*– que se solucionan perfectamente bien por medio de la causalidad, de forma que preguntarse primero por el deber de cuidado no es más que un rodeo inútil.

¹⁴⁵ Por todos, DE ÁNGEL (93), pp. 258 y ss. y 285 y ss.

A pesar de que entendamos la culpa en el primero de los sentidos indicados, no por ello podremos negar la existencia del deber de cuidado como instrumento conceptual independiente. El hecho de que la culpa entendida como violación del modelo de conducta del honrado padre de familia funcione con toda normalidad en el grupo de casos en los que se causa un daño físico en nada obsta a lo dicho. En realidad, esa normalidad es posible porque, en ese grupo de casos, coincide el contenido del deber de cuidado con el contenido del juicio de negligencia. En los dos casos, nos estamos preguntando por la previsibilidad del daño físico causado y, por ello, tanto nos da decir que el demandado no estaba bajo un deber de cuidado hacia el demandante porque el daño físico (o el mismo perjudicado) era imprevisible, que formularlo diciendo que el demandado no fue negligente porque tampoco un honrado padre de familia hubiera podido prever el daño físico que finalmente ocurrió. Por esa coincidencia en los contenidos, puede funcionar bien un instrumento –la culpa– que estamos diciendo que está cojo si lo entendemos reducido a una violación de la conducta que hubiera seguido en el caso un honrado padre de familia.

En efecto, el hecho de que la culpa como estándar de conducta pueda funcionar sola en los casos normales de daños físicos no debe llevarnos a engaño sobre el contenido excesivo que estamos dando a esa idea de culpa. Como ya hemos visto, le estamos pidiendo que juegue el papel que en el resto de los ordenamientos se desdobra en dos requisitos distintos (antijuridicidad y negligencia) y lo que ocurre es que el contenido de esos dos requisitos distintos coincide (los dos contenidos se enuncian con la idea de previsibilidad del daño) en el campo de los accidentes que causan daños físicos.

Por el contrario, el contenido de esos elementos –deber de cuidado y juicio de negligencia– debe ser distinto en los casos de daño puramente económico causado al usuario de informaciones incorrectas (en los que, como hemos dicho, la previsibilidad no basta para seleccionar los daños indemnizables) y eso hace que ya no coincida el contenido de cada uno de los conceptos. Cuando esos conceptos ya no se superponen, es más fácil darse cuenta de que son dos y no uno sólo. Ocurre igual en los eclipses: sólo cuando los dos astros no están en línea con el observador, éste puede a simple vista decir que hay dos objetos celestes y no uno sólo.

4.4 El deber de cuidado en nuestro campo de estudio

Empleando ya la idea de deber de cuidado, la situación de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se podría resumir

como sigue: en nuestro sistema, aparentemente, todos estamos bajo el deber de cuidado de evitar a todo el mundo que se le causen daños previsibles. La afirmación de la existencia de un deber general de cuidado a cargo de cada uno de los sujetos de derecho y definido con una fórmula basada en la previsibilidad del daño es, en efecto, lo que subyace, por un lado, en la identificación reduccionista de la idea de culpa con el juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño y, por otro lado, en las ideas de la parte de nuestra doctrina que habla de la ilicitud de la conducta (*neminem laedere*) como requisito autónomo¹⁴⁶.

Ante esto, que sabemos que es impracticable en nuestro campo de estudio, ¿qué podemos aprovechar de este concepto de deber de cuidado que, dentro de la tradición de inspiración francesa, recogemos de la experiencia anglosajona y al que proponemos que le sea dada carta de naturaleza en nuestro Derecho?

4.5.1 Lo principal y más importante que podemos sacar en claro del recorrido que hemos realizado por la idea de deber de cuidado en un epígrafe anterior es la idea de relatividad de la protección y la idea de que detrás de la definición y alcance que demos en cada caso del deber de cuidado hay juicios de política jurídica¹⁴⁷. Veámoslo con más detenimiento.

Una vez que hemos señalado la existencia del deber de cuidado como elemento que el juicio de negligencia lógicamente presupone, lo podemos emplear para nuestros fines. La cuestión que, entonces, salta a la palestra es la de si hay alguna razón por la cual el deber de cuidado tenga que ser definido siempre en términos generales, como hasta ahora se ha venido haciendo tanto en nuestro sistema como en el sistema francés. Y la respuesta es claramente negativa. Cualquier jurista no francés que se asoma al sistema de responsabilidad extracontractual basado en una cláusula general similar a la del *Code* se queda muy sorprendido ante la apariencia de que se pretenda indemnizar todo el daño causado negligentemente¹⁴⁸. Que el legislador aspire a indemnizar cualquier daño previsible es impracticable y, lo que es peor aún, inverosímil¹⁴⁹.

En realidad, detrás de la definición de las condiciones de existencia y del alcance del deber de cuidado, lo que hay es una deci-

¹⁴⁶ Así lo reconocen, sin ningún tono crítico, PUIG BRUTAU, p. 89, o ESPÍN CÁNOVAS, p. 469, entre otros muchos. Que eso es lo natural en un sistema basado en una cláusula general de responsabilidad se ve claro en PLANIOL y RIPERT, núm. 477, p. 660, o también en SAVATIER núm. 6, p. 8.

¹⁴⁷ Entre los comparatistas, BANAKAS (99-2.º), p. 263, también destaca el dato de la relatividad de la protección como el más significativo.

¹⁴⁸ Por todos, BANAKAS (99-2.º), p. 262.

¹⁴⁹ Esto está bien explicado en PANTALEÓN (96), p. 115.

sión de política legislativa. Podemos admitir que el legislador, en el campo de los daños físicos, desee una protección máxima de los intereses lesionados. De ahí que, fijándose en la previsibilidad del daño, sea generoso en el primer filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y se contente con controlar el flujo de responsabilidad que se puede desencadenar a través del requisito de la relación de causalidad entendida con arreglo a alguna teoría normativa (imputación objetiva). En cambio, es claro que, tanto por la mayor importancia relativa de los intereses lesionados en caso de daño físico, de un lado, como por el hecho de que la información pasa fácilmente de mano en mano y no se consume por su uso, por otro lado, hay sólidas razones de política legislativa que llevan a que la responsabilidad extracontractual deba ser más restringida en nuestro campo de estudio que en el campo de los accidentes que causan daños físicos.

Cuando afirmamos la posibilidad de basar el juicio de negligencia en la infracción de un deber de cuidado que no es general ni está exclusivamente definido por la previsibilidad del daño, es cuando tenemos el instrumento ideal para imponer de forma controlada responsabilidad en nuestro campo de estudio. Esto se debe a que superamos la objeción de insuficiencia que tantas veces hemos puesto a la idea de culpa entendida bien como violación de la conducta del honrado padre de familia, o bien como basada en el deber general de no causar daño a los demás. En efecto, de esta manera superamos, por un lado, la idea de que nuestro sistema tenga que indemnizar cualquier tipo de daño previsible y, por otro lado, la idea de que éste sea el único posible contenido del juicio de negligencia. A partir de ahora, podremos decir, cuando sea conveniente desde un punto de vista de política jurídica, que la previsibilidad del daño es un elemento necesario pero no suficiente para definir el deber de cuidado en algunos grupos de casos.

4.5.2 Ese desdoblamiento de la idea de culpa en el deber de cuidado y en la infracción de dicho deber de cuidado a que nos estamos refiriendo permite retocar el filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y hacerlo sin recurrir a la idea de la antijuridicidad del daño, que es ajena a la lógica de nuestro sistema. A través del desdoblamiento que proponemos, operamos, pues, en lo que quizá de forma ambigua o reduccionista se ha llamado *momento de la antijuridicidad*, pero sin necesidad de que tengamos que renunciar –lo que, sin el auxilio del legislador, parece imposible para el intérprete– a lo que es más básico del funcionamiento de nuestro sistema.

Decimos que estamos retocando el elemento que en nuestro sistema hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y

que lo estamos haciendo sin que ello suponga recurrir a la exigencia de que el daño sea antijurídico, pero ¿es esto posible? ¿No habíamos quedado cuando examinamos el *duty to take care* en la experiencia anglosajona que en ese elemento se incluía la exigencia de que el daño fuese físico para que el supuesto entrara en el campo de lo indemnizable a través del *tort of negligence*? La objeción parece seria, más si leemos las siguientes palabras de Fleming: «Podría haber sido más elegante hablar, como hacen en el *Derecho Civil* (en este lugar hay una nota a pie de página en la que se cita el BGB), de los intereses protegidos del demandante en lugar de hablar del deber (de cuidado) del demandado, y aún más cuando se presta especial atención al tipo de daño sufrido por ese demandante, como cuando se estudia si hay responsabilidad por daño puramente económico o daño puramente emocional (*mental distress*). La elección de nomenclatura se debe a una casualidad histórica y carece de implicaciones sustantivas»¹⁵⁰.

Sin embargo, me parece que la objeción es fácilmente superable si destacamos que es cierto que en nuestro sistema no se exige la antijuridicidad del daño como requisito de indemnizabilidad, pero que eso no impide tener en cuenta la naturaleza del interés lesionado a la hora de tomar las decisiones de política legislativa que son decisivas para definir el deber de cuidado que pesa sobre los sujetos de derecho en cada caso. Es más, el tipo de interés en cuestión parece que es de los factores más importantes a la hora de formular los pertinentes juicios de política legislativa.

4.5.3 Es preferible elegir el deber de cuidado que la técnica alemana de exigir la antijuridicidad del daño en el sentido de violación de un derecho subjetivo absoluto, porque, apartando por un momento la objeción radical de que no hay base legal en nuestro sistema para ese entendimiento de las cosas, esta última técnica es demasiado rígida¹⁵¹. En efecto, como destacamos en las líneas generales de Derecho Comparado que trazamos anteriormente, esa técnica limita tanto el campo de la responsabilidad extracontractual que conduce a una hipertrofia del derecho de los contratos y a una hipertrofia del concepto de derecho subjetivo. Además, también es antiintuitivo y críptico solucionar algunos casos de daño puramente económico argumentando sólo si el interés del demandado era un interés real (derivado de un derecho de carácter real) o no. Con razón destacan Alpa y Bessone que los sistemas típicos de respon-

¹⁵⁰ FLEMING (87), p. 126.

¹⁵¹ MARKESINIS (94), p. 46, entre otros muchos, destaca esa rigidez del sistema alemán.

sabilidad atienden casi exclusivamente al aspecto formal del interés que tratan de tutelar¹⁵².

Para ilustrar esta última idea, se puede recordar un célebre caso resuelto en la RFA, en el que el demandante trataba de recuperar el lucro cesante experimentado cuando, por negligencia del demandado, su barcaza había quedado bloqueada en un canal por varios meses. El tribunal afirmó en el caso que impedir el uso de la barcaza era una lesión al derecho de propiedad del demandante¹⁵³.

Una manera similar de razonar se encuentra en algunas sentencias emanadas en los sistemas de *Common Law*. Ejemplo prototípico es el de una larga serie de casos, presentes tanto en EE. UU. como en la *Commonwealth*, en los que los fletadores tratan de ser indemnizados por los daños sufridos (normalmente, un lucro cesante) a consecuencia del daño físico experimentado por el buque al ser abordado negligentemente por un tercero. La regla que se utilizaba para decidir si el fletador podía exigir una indemnización o no era atender a si su derecho suponía o no un interés posesorio en el buque, lo que determinaba que su daño era indemnizable en el primer caso, o que su daño —puramente económico, esta vez— no lo fuera, en el segundo. Esta regla fue muy criticada por arbitraria e injustificable, si bien también se ha defendido esa solución por entender que todas las partes pactan y arreglan sus negocios conforme a sus intereses y eligen lo que quieren¹⁵⁴.

4.5.4 Hemos explicado que el instrumento técnico del deber de cuidado logra filtrar tanto como la técnica de definir derechos subjetivos (o intereses jurídicamente protegidos) y, además, haciendo hincapié en la conducta en lugar de en el daño y que esto es interesante porque es coherente con la manera de funcionar de los sistemas de inspiración francesa, donde se atiende a las características de la conducta para definir el campo de lo indemnizable.

Ahora, decimos que esta técnica del deber de cuidado tiene la ventaja adicional de que permite afirmar la existencia de un deber general de cuidado en el campo de los daños físicos y, al mismo tiempo, ir definiendo subconjuntos homogéneos de casos en los que la puerta de entrada a la indemnizabilidad sea más estrecha por razones de política legislativa. Es decir, que permite encontrar un instrumento específico de solución de los casos que estudiamos sin que ello suponga alterar un ápice las soluciones que hasta el momento se han venido dando en nuestro sistema para los casos habituales de responsabilidad por daños físicos.

También podemos señalar una ventaja más del instrumento técnico cuyas virtudes glosamos. Consiste en decir que el deber de cuidado es

¹⁵² ALPA y BESSONE (90), p. 66.

¹⁵³ BGHZ 55, 153 (1970). Recogida por REIMANN, p. 42.

¹⁵⁴ Sobre esto, ATIYAH, p. 250; STEVENS (73), p. 434; WINFIELD y JOLOWICZ (89), p. 85; HOWARTH (96), p. 44; SMILLIE (82), pp. 244-246.

un buen lugar para formular esas decisiones de política jurídica que están detrás de toda decisión relativa a la responsabilidad extracontractual, porque es transparente (no oculta esas razones) y porque permite alcanzar un equilibrio razonable entre la conveniente seguridad jurídica y la necesaria flexibilidad para que el sistema pueda adaptarse a las necesidades de la práctica. Ya dijimos más atrás que los instrumentos de imposición de responsabilidad crípticos son altamente indeseables por ocasionar mayores cotas de inseguridad en un terreno como el de la responsabilidad extracontractual ya de por sí difícil e inseguro.

4.5.5 Si reflexionamos un poco, nos damos cuenta de que, al destacar que el deber de cuidado también puede ser definido en términos relativos, estamos dándole la vuelta a la manera habitual de imaginarse el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. Se relativizan, de esta manera, algunas de las diferencias entre los sistemas típicos y los basados en cláusula general abierta similar a la incluida en el *Code*. En efecto, ya no se puede decir que un sistema como el nuestro, inspirado en el sistema francés, parte de que todo daño previsible es indemnizable, frente al sistema típico, en el que sólo es indemnizable cierta clase de daño (el daño antijurídico). Ni tampoco parece que se pueda decir —como alguna vez se ha dicho— que, frente al sistema típico que parte de que está permitido (en el sentido de que no desencadena responsabilidad) todo lo que no está expresamente tipificado, nuestro sistema parte de que está prohibido lo no expresamente permitido (causas de justificación).

En nuestro sistema, una vez que se pone sobre la mesa la idea implícita de deber de cuidado relativamente definido, también se parte de la idea de libertad, ya que, para imponer responsabilidad, es necesario encontrar un deber de cuidado sobre el que posteriormente basar un juicio de negligencia. Que este deber de cuidado esté definido en términos muy amplios de previsibilidad en el campo más habitual de los accidentes que causan daños físicos no debe llevarnos al engaño de pensar que ese deber de cuidado tiene la misma extensión en el resto de los casos, de manera que se haga cierta la afirmación de que todo daño previsible (que es lo mismo que decir daño doloso o negligentemente causado, es decir, culpablemente causado) es indemnizable.

La idea de que hay que partir de la libertad de acción, libertad de la que las reglas de responsabilidad serían simples excepciones, es reconocida por nuestra doctrina. Salvador y Castiñeira hablan, desde este punto de vista, de una *función de demarcación* de las reglas de responsabilidad civil¹⁵⁵. Es lógico que esté claro en nues-

¹⁵⁵ Véase, SALVADOR y CASTIÑEIRA, *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997. Recoge sus ideas DÍEZ PICAZO (99), p. 43.

tra doctrina que el punto de partida es la libertad, si tenemos en cuenta que en ella está extendida la, sin embargo, poco precisa idea de que es necesaria la antijuridicidad del daño como requisito para la imposición de responsabilidad; la idea, en definitiva, de que no todo el daño culpablemente causado es indemnizable, sino sólo el daño antijurídico¹⁵⁶. Ya hemos señalado que es claro que no todo daño culpablemente (negligentemente, en el sentido de previsibilidad) causado es indemnizable, pero que para obtener ese resultado no es necesario exigir la antijuridicidad del daño.

Una vez aclarado este extremo, se hace patente que, cuando en un epígrafe siguiente estemos describiendo el deber de cuidado existente en nuestro campo de estudio, estaremos delimitando los únicos casos en los que se deberá imponer responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Es decir, que en nuestro campo de estudio, antes de que decidamos en qué circunstancias existe un deber de cuidado y qué extensión tiene ese deber, reina la más absoluta libertad. Esto es lo mismo que decir que, fuera de los casos comprendidos en el deber de cuidado que definiremos en el epígrafe siguiente, en este campo no puede jugar ninguna otra idea basada en la generalidad de la protección que deriva del, en el campo del daño puramente económico, pretendido principio de *neminem laedere*.

5. DOS ALTERNATIVAS NO TAN BUENAS

Antes de seguir exponiendo los desarrollos posteriores de la idea que proponemos en este trabajo de hacer explícita la existencia en nuestro sistema del deber de cuidado y actuar luego sobre este elemento para controlar la responsabilidad en el sector que estudiamos, nos vamos a detener unos instantes en la exposición de dos caminos alternativos, que son bien distintos, pero que tienen dos cosas en común. La primera, el hecho de que son caminos peores al deber de cuidado. La segunda, el hecho de que ambos admiten que la idea de culpa basada en la indemnizabilidad del daño previsible siga funcionando como frontera del territorio de la responsabilidad extracontractual.

5.1 La exigencia de la gravedad de la culpa

Como mencionamos brevemente en la panorámica general de Derecho Comparado que realizamos en un epígrafe anterior, tanto

¹⁵⁶ La idea también está clara en BUSTO LAGO, pp. 187-188.

en Francia como en Italia, las respectivas doctrinas han manejado la idea de que, en el terreno de las informaciones falsas, sólo se debe imponer responsabilidad en caso de dolo o culpa grave¹⁵⁷. No es, ni mucho menos, una idea mayoritaria y, además, está oscurecida porque, especialmente en la doctrina francesa, no hay un planteamiento claro de los problemas que se plantean en nuestro campo de estudio.

Como normalmente sólo se exige culpa –sin adjetivar– para el juego de la responsabilidad extracontractual en esos sistemas, esta idea de exigir culpa grave supone un intento de limitar la responsabilidad en este sector de las informaciones falsas. En este sentido, la idea es valiosa, como ya señalamos anteriormente, pero también parece una idea bastante limitada y no parece que sirva para mucho más.

En efecto, la idea de exigir la gravedad de la culpa ciertamente limita la responsabilidad en nuestro campo de estudio, pero lo hace de una manera poco transparente, insegura y más fácilmente manipulable por el juez por cuanto no se deja fácilmente recoger en una fórmula sensata. De hecho, parece que lo único que hace esta idea es servir para uno de los dos objetivos que siguen y que tampoco parecen compatibles entre sí.

En primer lugar, si entendemos la culpa grave como aquella en la que incurre el que no hace ningún esfuerzo para evitar el daño previsible y, por tanto, la acercamos al dolo, estaremos imponiendo muy poca responsabilidad por informaciones falsas¹⁵⁸. De hecho, la solución así alcanzada se parece mucho a la solución de entender que el informado sólo puede esperar del informante una respuesta honrada y que éste sólo incurrirá en responsabilidad en caso de dolo; ésta era, justamente, la solución a que inicialmente se llegaba en la RFA o en el *Common Law* y contra la que en ambos sistemas se sintió la necesidad de reaccionar.

En segundo lugar, si entendemos como culpa grave aquella en la que incurre el que incumple el modelo de conducta de una persona muy descuidada y, por tanto, nos alejamos de la equiparación al dolo, la responsabilidad que así impongamos será tan amorfa e insegura como la que estábamos tratando de combatir con la introducción de la idea de limitar la responsabilidad al caso de culpa grave.

¹⁵⁷ Para ambos sistemas, por todos, RANIERI (78), pp. 285-287.

¹⁵⁸ Para esa idea de culpa grave, MONATERI (98), p. 109.

5.2 La imputación objetiva: el fin de protección de la norma violada

Como ya habíamos señalado en un epígrafe anterior, se podría tratar de meter en cintura la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas a través de un uso cuidadoso de la imputación objetiva, es decir, sin necesidad de retocar el filtro de entrada en el campo de lo indemnizable. En este camino, la posibilidad más prometedora la ofrece el criterio de imputación objetiva denominado del *fin de protección de la norma violada*.

Este criterio de imputación objetiva consiste en afirmar que sólo son objetivamente imputables al demandado aquellos daños en prevención de los que se dictó la norma que él ha violado y cuando han sido causados al sujeto para cuya protección se dictó dicha norma violada¹⁵⁹.

Este criterio supone introducir también ideas de relatividad en la protección que se ofrezca a través de la responsabilidad extracontractual. Desde este punto de vista, este criterio puede emparejarse con la idea de deber de cuidado, lo cual nos sirve para destacar el estrecho parentesco entre estos dos instrumentos de control de la responsabilidad¹⁶⁰.

Que el empleo de este criterio del fin de protección de la norma es prometedor y hasta puede hacer sombra al elemento del deber de cuidado en nuestro campo de estudio, ya ha sido puesto de manifiesto por Pantaleón, en su estudio sobre la responsabilidad de los auditores, cuando estudia la situación de los terceros¹⁶¹. Explica este autor cómo para los fines de definir esa responsabilidad frente a tercero es perfectamente intercambiable decir que el auditor no es responsable frente a un tercero cualquiera, porque no tiene respecto a él un deber de cuidado, que decir que el auditor no es responsable porque el daño experimentado por ese tercero no le es imputable al encontrarse fuera del ámbito de protección de la norma violada.

Lo que ocurre es que, como destaca el mismo Pantaleón, el instrumento del deber de cuidado proporciona más seguridad jurídica (a través de él se puede formular lo que algunos autores anglosajones llaman una *bright line rule*). En efecto, como ya vimos que explicaba Fleming, los tribunales del *Common Law* tienden, si bien de forma poco clara e insegura, a formular en término de deber de cuidado aquellos casos en los que hay razones muy claras y esta-

¹⁵⁹ Más datos sobre este criterio en PANTALEÓN (90), pp. 1580 y ss.

¹⁶⁰ Así lo destaca LIMPENS (65), p. 569.

¹⁶¹ PANTALEÓN (96), pp. 112 y ss, especialmente la p. 116.

bles de política jurídica que aconsejan no indemnizar, dejando para el juicio sobre si el nexo causal es bastante aquellos casos en los que la decisión sobre si indemnizar o no se debe basar en datos más circunstanciales e idiosincráticos y, por ello, inhábiles para ser formulados de forma general ¹⁶². De esa manera, la norma de no indemnizar se formula más tajantemente y hay menos riesgo de que se llegue a la solución contraria a través de la manipulación de la relación de causalidad.

Sin embargo, donde creo que se hace patente que sí es necesario actuar sobre el elemento que hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y que, por ello, es preferible, en general, encauzar las cosas a través del deber de cuidado es en el hecho de que, a diferencia del caso de los auditores estudiado por el profesor Pantaleón, en nuestro campo de estudio no necesariamente contaremos con una norma especial por cuyo ámbito de protección nos podamos preguntar de forma significativa ¹⁶³.

Si dijéramos que la norma violada es el deber de cuidado que con tantas cautelas estamos queriendo definir, es cierto que los dos instrumentos técnicos serían prácticamente intercambiables y sólo se diferenciarían en las observaciones de Fleming sobre la estabilidad de las razones de política legislativa que llevan a negar o modular la responsabilidad. Pero también es cierto que parece preferible no forzar así las cosas y dejar a cada instrumento técnico tranquilo en su lugar, dado que en la búsqueda del fin de la norma (especial) violada se trata de definir su ámbito de protección buscando en esa misma norma los datos implícitos que ofrezca, mientras que en la definición de un deber de cuidado para el sector completo de los daños causados al usuario de informaciones incorrectas, la tarea es más abierta y los juicios de política jurídica basados en observaciones más generales.

III. LA REGLA DE FONDO

Hasta ahora, hemos estado tratando de poner a punto nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, para que sea posible

¹⁶² FLEMING (87), p. 126.

¹⁶³ Cfr. LIMPENS (65), pp. 576-578. Más adelante se verá que la idea de preguntarnos por el fin de protección de la norma violada vuelve a aparecer, aunque quizá disfrazada, cuando estudiemos el origen y la extensión del deber de cuidado en los casos en los que la información fue elaborada en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte. Se pone ahí de relieve que la norma violada también puede ser de origen convencional.

mejorar su respuesta a los casos de daño puramente económico causado por informaciones falsas. En esa tarea, el primer paso fue reconocer la necesidad de desdoblar el concepto de culpa en las dos funciones que éste está llamado a cumplir en un sistema que, como el nuestro, está basado en una versión francesa de cláusula general de responsabilidad. De esta manera, hemos separado el deber de cuidado, señalando al paso que no tiene que estar definido necesariamente en términos de previsibilidad del daño, y el juicio de negligencia.

En esta tercera parte del trabajo, una vez aclarada esa posibilidad de emplear la idea de deber de cuidado y una vez que sabemos que es impracticable definir ese deber de cuidado en términos de previsibilidad del daño en nuestro campo de estudio, vamos a ver de qué manera hay que definir la responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Lo que, en definitiva, vamos a hacer es decidir en qué consiste el plus que vamos a exigir, al lado de la previsibilidad del daño, para abrir la puerta de la indemnizabilidad en nuestro campo de estudio.

De esta manera, la tarea que se abre ante nosotros en este momento es, en primer término, decidir cuándo se ha de reconocer que el informante actúa bajo un deber de ser diligente del que es acreedor el informado y, en segundo lugar y por el hecho de que la información circula fácilmente, qué extensión tiene ese deber. Vamos a ver cómo se pueden hacer estas dos cosas de manera que se respeten las especialidades que anteriormente hemos descrito de la acción (informar) y el daño (puramente económico). En esta tarea, de nuevo, vamos a apoyarnos principalmente en los últimos avances de la doctrina y jurisprudencia del *Common Law*, de reconocido prestigio en esta materia en todos los sistemas actuales.

1. EXISTENCIA Y ALCANCE DEL DEBER DE CUIDADO EN LA EXPERIENCIA DEL *COMMON LAW*

Conviene destacar desde ahora que los problemas que vamos a estudiar han tenido un planteamiento y desarrollo distintos en EE. UU. y la *Commonwealth*¹⁶⁴. La primera diferencia, más formal pero que hay que tener en cuenta para poder seguir el hilo de las explicaciones de las respectivas doctrinas, es la de que en la *Commonwealth* la responsabilidad por el daño sufrido al confiar en informaciones negligentemente erróneas aparece y se desa-

¹⁶⁴ La exposición más esclarecedora está en FELDTUSEN, en pp. 29, 37, 51 y 104.

rolla como una derivación de la acción (*tort*) de *negligence*, mientras que en EE. UU. el origen está en una extensión de la acción de fraude (*fraud* o *deceit*). Aunque pueda sonar como un juego de palabras, se puede decir que, de esta manera, en EE. UU. la negligencia es, junto al dolo y a la responsabilidad objetiva, una de las formas en que se puede cometer el *tort* de *misrepresentation*¹⁶⁵.

La segunda y principal diferencia radica en que, como veremos, la cuestión más estudiada en los EE. UU. consiste en saber hasta dónde se extiende la responsabilidad del hablante que negligentemente produce o comunica información errónea cuando el perjudicado no es parte en la relación contractual en cuyo cumplimiento se produjo o comunicó la información. En cambio, en la *Commonwealth* la jurisprudencia y doctrina se han centrado en saber cuándo un hablante, al margen de toda obligación de origen contractual, está sometido al deber de evitar el daño puramente económico que previsiblemente sufrirá el que confíe en la información errónea producida o comunicada por el primero.

Si nos detenemos un momento a pensarlo, veremos que estas dos cuestiones que acabamos de enunciar son, realmente, las que se plantean en esto de la responsabilidad por informaciones erróneas negligentemente producidas o comunicadas (*negligent misrepresentation*): la cuestión del origen y del alcance de la hipotética responsabilidad¹⁶⁶.

1.1 Introducción histórica y presentación de los casos principales

Históricamente, el origen de las reglas sobre la responsabilidad por daño económico causado a través de informaciones erróneas está en la acción de fraude (*deceit* o *fraud*), que protege el interés en formar la voluntad en el mundo de los negocios sin ser informado incorrectamente por otros¹⁶⁷. Esa acción permite reaccionar al que, por haber sido engañado o mal informado por otro (al principio no estaba claro si se exige engaño doloso o basta engaño negligente), ha tomado alguna decisión que le ha ocasionado un daño económico. En los

¹⁶⁵ De esa manera, se da lugar a la *negligent misrepresentation*, al lado de la *intentional misrepresentation* (que es lo mismo que el *tort* de *fraud* o *deceit*) y de la *innocent misrepresentation*.

¹⁶⁶ Especialmente claro en ROGERS (89), p. 86. También FELDTHUSEN, pp. 31 y 93; CLARK & STEPHENSON (95), p. 134, y WINFIELD y JOLOWICZ (89), pp. 282-283.

¹⁶⁷ HARPER, JAMES y GRAY, *The Law of Torts*, p. 378; JAMES y GRAY, «Misrepresentation-Part I», *Maryland Law Review*, 1977, vol. 37, pp. 286-322, p. 286.

primeros momentos de su desarrollo, tampoco estaba clara la naturaleza contractual o extracontractual de la acción, pero en 1779 se reconoció claramente que se podía exigir responsabilidad incluso en caso de que no hubiera contrato entre las partes, sino que la información incorrecta dada por el demandado hubiese hecho contratar al demandante con un tercero¹⁶⁸. Años más tarde, en *Derry v. Peek*, se limitó esa acción a los casos en los que el demandante había sido engañado dolosamente; es decir, se negó la responsabilidad extracontractual en caso de que el error del demandado hubiese sido causado por una información que resulta ser inexacta debido a la negligencia –no al dolo– del demandado en producirla o comunicarla¹⁶⁹.

En *Derry v. Peek*, los demandantes se habían decidido a invertir en una compañía de transporte público porque confiaron en la información inexacta contenida en un prospecto publicado por la misma compañía. En el prospecto se decía que la compañía tenía licencia para instalar unos tranvías, cuando no era cierto. La acción por *negligent misrepresentation* con la que los demandados tratan de ser indemnizados por los daños sufridos se dirige contra los directivos de la compañía y es desestimada sobre la base de que los demandados creían honestamente en la información que publicaron. Es especialmente destacable que el Tribunal reconoce que los directivos no tenían base razonable para sostener su creencia¹⁷⁰. Es significativo que, al poco de dictarse la sentencia en *Derry v. Peek*, se aprobó una ley que afirmaba la responsabilidad de los directivos por las informaciones publicadas en folletos publicitarios¹⁷¹.

Al lado de *Derry v. Peek*, hay que colocar *Le Lievre v. Gould*, caso esencial también para el desarrollo de la acción¹⁷². En este caso, el demandado era un arquitecto que elabora un informe para el constructor sobre el estado de un edificio en construcción. El constructor, sin consultarlo con el demandado, muestra el informe a un prestamista, el cual accede a prestarle dinero. El prestamista acaba perdiendo el dinero prestado y trata de recuperarlo basándose en que el informe del arquitecto había sido realizado negligentemente y que, por ello, no reflejaba correctamente el estado de las obras. El Tribunal acaba desestimando la demanda, debido a que, en ausencia de un contrato, es inadmisibles una acción de responsabilidad extracontractual si no ha habido dolo¹⁷³.

¹⁶⁸ *Pasley v. Freeman* (1779) 100 E.R. 450. En este caso, el perjudicado había contratado con un tercero debido a que confió en el erróneo informe sobre la solvencia del mismo elaborado por el demandado. Según PROSSER y KEETON, p. 728, en este caso está el origen del derecho moderno sobre *deceit*.

¹⁶⁹ *Derry v. Peek* está en (1889) 14 App. Cas. 337 (H.L.).

¹⁷⁰ Véase, FELDTHUSEN, p. 24; FLEMING (87), p. 601; PROSSER y KEETON, pp. 728 y 740-741.

¹⁷¹ Para esto, GOODHART, p. 290. Véase, también, JAMES y GRAY (77), p. 305.

¹⁷² 1 QB 491 (1893)

¹⁷³ Por todos, GOODHART, p. 291.

A partir de ese momento, las cosas evolucionan de forma distinta en EE. UU. y en la *Commonwealth*. En Inglaterra, se sigue a rajatabla y sin excepciones la norma sentada en *Derry v. Peek*, mientras que en EE. UU. hubo jurisdicciones que rechazaron el caso directamente, mientras que otras lo interpretaron de forma muy laxa, dando por cumplido el requisito del engaño doloso a poco que hubiera algo más que leve negligencia¹⁷⁴. En concreto, se limitaba la norma sentada en *Derry v. Peek* diciendo que existe dolo cuando el informante habla con negligente desprecio de que lo que dice sea verdad o diciendo que es doloso el que es consciente de que le falta información para justificar su creencia en la certeza de lo que afirma¹⁷⁵.

Cuenta Goodhart que Sir Francis Pollock escribió *Derry v. Peek in the House of Lords* incitando a los jueces americanos a que no siguieran las normas sentadas en *Derry v. Peek*¹⁷⁶.

En la *Commonwealth*, *Derry v. Peek* cierra la puerta a la indemnizabilidad del daño económico hasta que en 1964 la Cámara de los Lores decide *Hedley Byrne v. Heller*¹⁷⁷. Es un caso también muy célebre y muy influyente tanto desde el punto de vista del daño económico, como desde el punto de vista general de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁸.

En este caso, el demandante (Hedley Byrne) era una agencia de publicidad que contrataba anuncios publicitarios en televisión y prensa por cuenta de otros y, además, lo hacía de tal forma que él mismo quedaba personalmente obligado a lo que resultara de la operación. Un cliente (de nombre «Easy Power Ltd.») le encarga a Hedley Byrne una gran campaña de publicidad. Ante la importan-

¹⁷⁴ FELDTHUSEN, p. 24; FEINMAN, *Economic Negligence: Liability of Professionals and Businesses to Third Parties for Economic Loss*, Boston, 1993, p. 151; JAMES y GRAY (77), p. 307.

¹⁷⁵ Véase, PROSSER (66), pp. 233 y 235; JAMES y GRAY (77), p. 297. Ideas como las del texto aparecen en la célebre sentencia de CARDOZO en *Ultramares*. Sobre esto de que un *tort* intencional se llegue a convertir en uno para el que basta negligencia, GREEN, «The Duty to Give Accurate Information», *UCLA Law Review*, 1965, vol. 12, pp. 464-485, p. 468, comenta que no es un fenómeno tan extraño.

¹⁷⁶ Véase, GOODHART, p. 290. La referencia es a POLLOCK, *5 Law Quarterly Review* 410 (1889).

¹⁷⁷ (1964) A.C. 465. El fallo en *Hedley Byrne* sigue un muy célebre y enérgico voto particular dictado por Lord DENNING en *Candler v. Crane, Christmas & Co.* (1951) 2 K.B. 164. El voto particular es célebre, entre otras cosas, porque en él Lord Denning llamaba «almas timoratas» a los magistrados de la mayoría.

¹⁷⁸ FLEMING (87), pp. 128 y 162; SALMOND & HEUSTON (96), p. 200; WINFIELD & JOLOWICZ (89), p. 274; HARVEY, «Economic Loss and Negligence, the Search for a Just Solution», 1972, pp. 580-621, p. 603. Para FELDTHUSEN, p. 37, es una de las sentencias más importantes de todos los tiempos en la *Commonwealth*. Según destaca BANAKAS (99-1.º), p. 21, los principios sentados en *Hedley Byrne* han sido recientemente reforzados en *White v. Jones* 2 A.C. 207 (*House of Lords*).

cia del encargo y preocupado por la responsabilidad en que él mismo incurriría, este último se dirige a su propio banco (National Provincial) para que se informe en el banco de Easy Power sobre la solvencia de esta compañía. El banco de Easy Power, que no es otro que el demandado Heller, informó favorablemente sobre la solvencia de su cliente, pero lo cierto es que Easy Power quebró al poco tiempo, con graves pérdidas que tuvieron que ser asumidas por Hedley Byrne. Este último dirige una acción contra Heller, por el daño puramente económico causado por su informe negligente. Los tribunales, coherentemente con la negativa tajante de *Derry v. Peek*, desestiman la demanda. La Cámara de los Lores también desestima la demanda, pero no por la razón dada por el tribunal de instancia, sino por algo que no había sido destacado antes en el proceso: se falla en contra de Hedley Byrne porque el demandado, Heller, había incluido una cláusula de exoneración de responsabilidad en el informe negligentemente elaborado que causó el daño¹⁷⁹.

Al negar la responsabilidad por la existencia de la cláusula de exoneración, la Cámara de los Lores estaba afirmando, en contra de *Derry v. Peek*, que sí existe responsabilidad para el que de forma negligente informa incorrectamente y causa con ello un daño puramente económico. Lo curioso del caso es que, al haberse negado finalmente la responsabilidad, esta parte de la sentencia, que es fundamental, está formada por *obiter dictum*¹⁸⁰. También llama la atención el hecho de que la sentencia se centra en el problema de si existe o no responsabilidad cuando la acción consiste en emitir palabras negligentemente y, paradójicamente, da poca importancia a que el daño sufrido por Hedley Byrne hubiese sido puramente económico y a que admitir la responsabilidad en este caso era contradecir la regla de que ese tipo de daño no es indemnizable a través de una acción de responsabilidad extracontractual¹⁸¹. Por otro lado, tras la decisión en Hedley Byrne, queda claro que ya no se puede deducir de *Derry v. Peek* la inexistencia de responsabilidad por afirmaciones negligentes, sino que la exigencia de dolo sólo marca la frontera entre el *tort* de *negligence* y el *tort* de *deceit* (o *fraud*)¹⁸².

En EE. UU., tras el poco éxito de *Derry v. Peek*, el desarrollo de la acción de *negligent misrepresentation* fue, en un principio, más

¹⁷⁹ Véase, GOODHART, p. 287.

¹⁸⁰ Véanse GREEN, pp. 465-466, y GOODHART, p. 287.

¹⁸¹ STAPLETON, p. 260; BAKER, p. 107; ATIYAH, pp. 256-257. También los autores que se han acercado al *Common Law* desde un punto de vista de Derecho Comparado dan más importancia al hecho de que el daño sea puramente económico que al hecho de que la acción fuese una información falsa. Véase VON BAR, p. 107.

¹⁸² BRAZIER, p. 208.

tranquilo. Sin embargo, ese desarrollo sufrió un parón en seco en la célebre sentencia dictada por el juez Cardozo en *Ultramares Corp. v. Touche, Niven & Co.*¹⁸³. Llama la atención el hecho de que, en pocos años, Cardozo dictara dos sentencias tan decisivas en el campo del daño puramente económico y que, además, fueran dos sentencias de signo tan diverso¹⁸⁴.

En efecto, primero parecía que Cardozo abría la puerta de par en par a la responsabilidad por daño económico negligentemente causado a través de informaciones inexactas cuando dictó la sentencia del caso *Glanzer v. Shepard*¹⁸⁵, pero más tarde dictó la sentencia del caso *Ultramares v. Touche*¹⁸⁶ en la que se afirma que no hay responsabilidad extracontractual de ningún tipo (ni a través de la acción general de negligencia ni a través de una acción de *negligent misrepresentation*) por daño puramente económico negligentemente causado.

En *Glanzer v. Shepard* se discutía sobre la responsabilidad de un profesional que había dado a un vendedor de judías un certificado sobre el peso de la partida de judías vendida. El demandante era el comprador de las judías y el daño por el que se reclamaba era el que el demandante sufrió cuando se descubrió que la cantidad de judías entregada era menor a la debida porque se había cometido un error en el peso que se certificó. En esta decisión el juez Cardozo condenó al demandado razonando que el certificado había sido utilizado en la operación precisamente para la cual se había solicitado. El certificado se realizó a instancias del vendedor y fue pagado por éste, pero el que confió en ese certificado, para su desgracia, fue el comprador, que es el que sufrió el daño. De todas formas, afirmar la responsabilidad del pesador no es difícil porque la transmisión del certificado del peso al comprador de las judías no era uno de los innumerables usos posibles que del mismo se podía hacer, sino que era la «finalidad y propósito» («*end and aim*», dice Cardozo) para los que el tal certificado había sido creado.

En *Ultramares v. Touche* se planteaba la cuestión de la responsabilidad de un auditor, contratado por la entidad auditada, por el informe negligentemente elaborado en el que el perjudicado había basado su decisión de realizar varios préstamos a la compañía auditada. Esta última, que había falsificado sus cuentas, finalmente quebró y causó serias pérdidas que el demandante del caso trata de

¹⁸³ FEINMAN, p. 152; FELDTHUSEN, p. 28; MANNING, «Liability to Third Parties for Economic Injury: Privity as a Useful Animal, or a Blind Imitation of the Past», *Southwestern University Law Review*, 1981, vol. 12, pp. 87-128, pp. 91-92.

¹⁸⁴ Según RIZZO, p. 306, es fácil encontrar una diferencia que justifica las soluciones tan diversas.

¹⁸⁵ (1922), 233 N.Y. 236, 135 N.E. 275.

¹⁸⁶ (1931), 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441.

recuperar del demandado. En esta sentencia, Cardozo condenó a los demandados sobre la base de un concepto amplio de fraude¹⁸⁷; pero lo que nos interesa ahora es su negativa a hacerlos responder por el daño causado negligentemente: si hiciéramos responsable al auditor negligente frente a cualquiera de los usuarios de sus informes (en el caso, los auditores habían proporcionado 50 copias de su informe para que la compañía auditada pudiera exhibirlo a los eventuales prestamistas) y en cualquiera de las operaciones que estos acometan, eso supondría someterle a –en unas palabras de Cardozo citadas una y otra vez– «una responsabilidad por cantidad indeterminada, frente a un número indeterminado de víctimas y durante un tiempo también indeterminado».

Esta decisión cerró la puerta a ulteriores desarrollos de la acción hasta los años 60, cuando aparecen sentencias que se apartan de *Ultramares*, se redacta el parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law*, texto en el que se admite la *negligent misrepresentation*, y hay cierto movimiento doctrinal en apoyo a abrir el campo de aplicación de la acción de *misrepresentation*¹⁸⁸. Como se ve, coincide este movimiento en EE.UU. con el momento en que se decidió en Inglaterra *Hedley Byrne v. Heller*¹⁸⁹.

Dada la importancia del parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law*, adoptado prácticamente en la totalidad de los estados de EE. UU., conviene que nos detengamos en las sentencias que los redactores tuvieron delante para elaborarlo y que han sido muy influyentes y muy citadas en casos posteriores¹⁹⁰.

La primera de esas sentencias es *M. Miller Co. v. Central Contra Costa Sanitary District*, caso al que hicimos referencia ya al comienzo de este trabajo. En este caso, se admitió la reclamación de un contratista a través de una acción general de negligencia¹⁹¹.

¹⁸⁷ CRAIG, p. 230.

¹⁸⁸ FEINMAN, pp. 152-153, y 160, n. 34, y SCHWARTZ (96), p. 105. Entre esos trabajos destaca el de Prosser, especialmente influyente porque este autor fue el encargado de preparar la redacción del segundo *Restatement of the Law*. Respecto a la responsabilidad de los auditores, GOLDBERG (88), p. 298, señala el año 1983, año en el que se decidió *Rosenblum*, como el más significativo en la adopción de una postura contraria a *Ultramares*.

¹⁸⁹ STAPLETON, p. 252; FEINMAN, p. 153.

¹⁹⁰ Véanse las ilustraciones al Comentario h) del par. 552. Sobre la importancia de ese par. 552, véanse, FELDTHUSEN, p. 100; FEINMAN, p. 161, y BERNSTEIN, «Civil Liability for Pure Economic Loss Under American Tort Law», *American Journal of Comparative Law*, 1998, núm. 46, pp. 111-130, p. 116, donde destaca que en 1992 había 19 jurisdicciones en EE. UU. que lo habían adoptado frente a 9 que no lo habían hecho. Para la influencia de ese par. 552 en la *Commonwealth*, FELDTHUSEN, p. 105; SMITH, p. 236.

¹⁹¹ PROSSER, p. 249; CRAIG, p. 230; FEINMAN, p. 153; FELDTHUSEN, p. 102; RIZZO, p. 304; JAMES, p. 57. Esta sentencia empleó una muy conocida batería de seis preguntas, utilizadas por primera vez en *Biakanja v. Irving*, a través de la que el T.S. de California fue desarrollando militadamente una intensa labor de reconocimiento de nuevos campos de

Este contratista había sido encargado de construir un alcantarillado y reclamaba contra el ingeniero que hizo el estudio del suelo que se incorporó a la documentación que sirvió de base a la oferta mediante la que el contratista consiguió que le adjudicaran la obra. Ese estudio del suelo había sido elaborado incorrectamente y eso supuso que el contratista tuviese mayores gastos a los inicialmente proyectados. El tribunal estimó que el ingeniero debía haber sabido que los participantes en el concurso de la obra iban a confiar en el informe que él había elaborado. Aunque el informe del ingeniero encerraba una información errónea, el caso fue solucionado basándose en los principios de la acción general de negligencia.

En realidad, no parece que este caso sea un buen modelo de casi nada, dado que el tribunal primero desestima una reclamación del contratista contra el ingeniero que había hecho el proyecto, debido a la existencia de una cláusula de exoneración de responsabilidad existente en el contrato en cumplimiento del cual se había hecho el informe. Y luego, en el silencio del contrato por lo que respecta al ingeniero que elaboró el estudio del suelo, entiende que se estaba permitiendo que se reclamara contra este técnico¹⁹². La idea no parece muy buena, más si tenemos en cuenta que en el contrato de obra se decía claramente que el contratista elaboraría sus propios estudios sobre el suelo.

La segunda sentencia es la dictada en *Texas Tunneling Co. v. City of Chattanooga*¹⁹³ en un caso similar al anterior pero en el que el demandante era un subcontratista que se quejaba de que el ingeniero no había incluido en la documentación del concurso ciertos estudios sobre el suelo. El Tribunal del Distrito admitió una demanda basada en *negligent misrepresentation*, pero la sentencia fue apelada y parcialmente modificada. Pese a ello, se considera un importante precedente¹⁹⁴.

Tras la redacción del par. 552 del *Restatement*, se deciden dos casos influyentes que nos pueden servir para acabar de describir el panorama de los casos que tenemos que estudiar. El primero de ellos es *Rusch factors, Inc. v. Levin*¹⁹⁵, caso que viene a aplicar el parágrafo 552 citado a un caso de responsabilidad de auditores. Este caso era especialmente claro porque el demandante era el único destina-

responsabilidad, a partir de los años sesenta. El caso que acabamos de citar está en 320 P. 2d.16 (1958).

¹⁹² Estos extremos de la sentencia que comentamos son destacados por FEINMAN, p. 154, n. 12.

¹⁹³ 204 F.Supp. 821 (1962), parcialmente modificado en F. 2d. 402 (1964).

¹⁹⁴ FEINMAN, p. 155; CRAIG, p. 231.

¹⁹⁵ 284 F.Supp. 85 (1968).

tario del informe de los auditores y estos conocían esta circunstancia y habían, pues, previsto que el demandante iba a adoptar una decisión basándose en su informe. El caso, que se parece mucho a *Glanzer v. Shepard*, fue el primero en apartarse de *Ultramares*¹⁹⁶.

El segundo caso es *Rozny v. Marnul*¹⁹⁷, en el que el tribunal declaró responsable de *negligent misrepresentation* a un agrimensor (*surveyor*) frente a un adquirente posterior de la propiedad negligentemente medida que sufrió un daño económico al descubrirse que el terreno era menor a lo que el demandado había establecido en su informe. El tribunal destaca que el agrimensor había incluido en su informe una garantía absoluta de precisión. También señala que no hay aquí ningún peligro de responsabilidad ilimitada ya que el único posible demandante es el que sea dueño de la finca cuando el error del agrimensor se descubre.

1.2 La regla operativa

Como ya sabemos, la práctica totalidad de los Estados de la Unión utilizan el parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law* para decidir sobre la imposición y alcance del deber de cuidado en los casos de daños causados al usuario de una información errónea (*negligent misrepresentation*). Ese parágrafo 552 dice así:

«(1) El que, en el transcurso de su negocio, profesión o empleo o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés económico, proporciona información para que la usen otros, en el transcurso de sus propios negocios, que resulta ser falsa es responsable por el daño pecuniario que sufren esas personas a causa de su razonable confianza en la información de que se trate, si le faltó el cuidado o la competencia razonables al obtener o comunicar esa información.»

La segunda sección de ese parágrafo 552 añade, «(2) Esta responsabilidad está limitada al daño sufrido (a) por la persona o grupo limitado de personas para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la información el receptor de la misma y (b) al confiar en la información y participar en la transacción para la cual el informante había proporcionado esa información, o en una transacción sustancialmente similar».

Antes de estudiar el tenor literal de este texto, conviene explicar algunas cosas sobre dónde poner la frontera entre un comportamien-

¹⁹⁶ CRAIG, p. 231, y FEINMAN, p. 158. Por su parte, MANNING, p. 95, lo cita con aprobación, mientras que FELDTUSEN, p. 104, es más crítico.

¹⁹⁷ 250 N.E. 2d. 656 (1969).

to doloso y otro negligente¹⁹⁸. Ya sabemos que el primero de ellos se encauza a través de una acción de *deceit* y que esa acción fue admitida históricamente mucho antes y con menores problemas que la posibilidad de accionar sobre la base de una información engañosa o errónea producida o comunicada negligentemente por el demandado.

Si el hablante sabe que lo que dice es mentira, no cabe duda sobre a qué lado de la raya estamos. Tampoco cabe duda, si el hablante no cree en la verdad de lo que dice, por mucho que no sepa, positivamente, que lo que dice es falso; en este caso, la falsedad consiste en afirmar como cierto algo cuya certeza desconocemos. Lo mismo sucederá, y esto ya es más refinado, si al hablante le es culpablemente indiferente si la afirmación es falsa o no.

El caso fronterizo más difícil es aquel en el que el hablante afirma honestamente algo que es falso y, además, no tiene motivos objetivos para sustentar su creencia en lo que afirma. Esto es lo que se planteaba en *Derry v. Peek*. En los casos en los que el hablante no tiene motivos objetivos para creer que es cierto lo que afirma, se puede inferir que, entonces, su comportamiento no fue honesto, sino que fue doloso; sin embargo, esa inferencia no se puede tomar como una presunción que no admita prueba en contrario: debe poder llegarse a la conclusión que el demandado fue tonto, pero honrado, si es que queremos seguir manteniendo un distinto tratamiento de los casos de informaciones erróneas según si el informante tuvo un comportamiento doloso o simplemente negligente.

Para interpretar el tenor literal del par. 552 del *Restatement (Second) of the Law*, podemos descomponerlo en los siguientes elementos, siguiendo a Feinmann¹⁹⁹:

1.2.1 El primer requisito que encontramos en este párrafo 552 es el de que la información errónea se haya proporcionado «en el transcurso de su (del informante) negocio, profesión o empleo o en cualquier transacción en la que tenga un interés económico». En los casos que se estudian en EE.UU. no es difícil que se cumpla este requisito pues, normalmente, existe un contrato que obliga al demandado a proporcionar esa información y lo que ocurre es que el demandante no es parte en ese contrato²⁰⁰. De hecho, como ya advertimos antes, la experiencia estadounidense se centra

¹⁹⁸ Sobre todo esto, JAMES y GRAY, pp. 297-298.

¹⁹⁹ FEINMAN, pp. 162-163.

²⁰⁰ Observación de FELDTHUSEN, p. 66. Se ve claramente hasta qué punto esta observación es cierta en la manera en que el tratado de Feinman (p. 3) delimita en EE. UU. el campo de estudio que denomina «*economic negligence*»: la responsabilidad del que incumple un contrato respecto a un tercero cuando éste sufre un daño puramente económico a raíz de ese incumplimiento.

más en estudiar la posible extensión de la responsabilidad por *negligent misrepresentation* porque la cuestión del origen del deber de cuidado la tienen solucionada de antemano ya que el demandado informa –aunque lo haga mal– porque está contractualmente obligado a hacerlo respecto de un tercero²⁰¹.

Este requisito hace que quede fuera de la responsabilidad establecida en el párrafo 552 el llamado *curbstone advice*, que es el consejo o información gratuitamente prestado por un profesional fuera de su círculo de actividad profesional o empresarial, en un contexto de contacto social informal²⁰². El ejemplo más usual es el de un consejo o información brindado por un abogado en una fiesta.

Este requisito que estamos analizando también excluye el caso en que se presta información o consejo de forma gratuita, incluso si el que da la información o el consejo es un profesional actuando en su círculo de actividad²⁰³. Esto se debe a que el elemento en que se fija el párrafo 552 para desencadenar el deber de cuidado que, más tarde, se extenderá a quien se extienda, es la existencia de un interés pecuniario en la transacción. De esta manera, estar en el campo de actividades empresariales o profesionales es un indicio de que existe un deber de cuidado, pero no es lo decisivo²⁰⁴.

Por otro lado, me parece destacable que el Comentario c) del párrafo 552 del *Restatement*, para aclarar esto del interés pecuniario, establece una analogía con el caso del que presta o da gratuitamente un bien mueble, cuya responsabilidad se limita a advertir de las características peligrosas del bien en cuestión²⁰⁵. Es un argumento de alguna forma similar al argumento presente en la doctrina italiana consistente en decir que el hecho de que la información sea proporcionada como una cortesía, a título gratuito, se debe traducir en una minoración de la responsabilidad, por analogía con lo que ocurre en el *Codice* vigente en el caso del mandato y del depósito²⁰⁶.

²⁰¹ De hecho, desde el punto de vista del origen del deber de cuidado, se puede decir que ese interés económico es el único criterio empleado en EE. UU. Se puede ver FELDT-HUSEN, pp. 64-65, y los Comentarios c) y d) del par. 552 del *Restatement*.

²⁰² FELDT-HUSEN, pp. 65 y 69; PROSSER, p. 236; FEINMAN, p. 163, texto y nota 13; FLEMING (87), p. 612, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 279, ROGERS, p. 88. Véase también el comentario d) al 552 del *Second Restatement of Torts*; y PROSSER, p. 236.

²⁰³ Está claro en el Comentario d) del par. 552 del *Restatement*. Para JAMES y GRAY, p. 310, n. 20, sólo se excluye la responsabilidad cuando no existe un interés pecuniario directo ni indirecto.

²⁰⁴ FELDT-HUSEN, p. 66, señala que esto puede ser discutible desde el punto de vista de la *Commonwealth*, pero que es perfectamente explicable dada la experiencia estadounidense. El mismo autor explica (en p. 65) cómo se llegó a la actual redacción del par. 552 a partir de una primera versión que hacía más hincapié en el carácter profesional o empresarial de la actividad.

²⁰⁵ También lo destacan JAMES y GRAY, p. 310.

²⁰⁶ LUMINOSO, p. 201.

Una de las bases que utilizaron para su trabajo los redactores del párrafo 552 es el caso *Renn v. Provident Trust Co.*²⁰⁷, caso que también colocan como ejemplo sobre este requisito del interés pecuniario. En este caso, el demandado proporciona una copia de un testamento al demandante y este sufre un daño al actuar sobre esa base porque, en realidad, el testamento era de otra persona que, sin embargo, tenía el mismo nombre. El tribunal absuelve al demandado destacando que el demandado (*Provident*) no estaba en la línea de negocio de proporcionar copias de testamentos, cosa que sí hace el *Registro de Testamentos* mediante el pago de una tasa, y que si entregó al demandante la copia del testamento en cuestión fue por una simple cortesía. A estas consideraciones, Feldthusen añade el argumento de que como *Provident* no se dedicaba profesionalmente a proporcionar copias de testamentos, no estaría asegurado contra el riesgo que se acaba materializando en este caso. En estas circunstancias, no parece justo que sea *Provident* la que soporte el daño²⁰⁸.

Al fijarse en el interés económico en la transacción como elemento que desencadena el deber de cuidado, el párrafo 552 plantea el problema de determinar el alcance de ese elemento. En concreto, si es necesario que exista un interés pecuniario directo o si basta con un interés indirecto para que el demandado esté bajo el deber de cuidar por los intereses del demandante desde el punto de vista de los daños económicos previsibles²⁰⁹. Por un lado, si se exigiese que el interés pecuniario fuese siempre directo, la regla del párrafo 552 parece que se vería limitada a casos similares a *Glanzer v. Shepard*, en los que un tercero paga para que la información sea suministrada al demandante²¹⁰; casos, en definitiva, que bien pudiera decirse que son casos de contrato en beneficio de tercero o con eficacia protectora para tercero, como más abajo se verá. Con esta manera de entender las cosas, se ganaría en claridad, pero se cerraría mucho la posibilidad de someter al autor de informaciones erróneas a responsabilidad por negligencia.

Por otro lado, parece que si entendemos que basta un interés pecuniario indirecto, perderemos en claridad de forma innecesaria ya que hay otras alternativas que también son más abiertas que la del interés pecuniario directo, pero que son más precisas que la del

²⁰⁷ 328 Pa. 481, 198 A. 8 (1938).

²⁰⁸ FELDTHUSEN, p 67, con abundantes citas jurisprudenciales en nota 178.

²⁰⁹ FELDTHUSEN, pp. 67-68.

²¹⁰ De hecho, para MANNING, p. 94, n. 45, el movimiento de los años 60 en el que se encuadra la redacción de este par. 552 del *Restatement* acaba por rescatar la visión de las cosas de *Glanzer v. Shepard* frente a *Ultramares v. Touche*.

interés pecuniario indirecto. Lo veremos al analizar la experiencia sobre la materia en los sistemas de la *Commonwealth*. Lo que, sin embargo, debe de quedar claro es que en muchos de los casos que estudiamos existe ese interés pecuniario indirecto. De hecho, en el mismo *Hedley Byrne v. Heller*, a pesar de que el banco que informa sobre la solvencia de su propio cliente no cobra por ese informe, está clarísimo que *Hedley Byrne* sí pagó por la información que obtuvo, aunque lo hiciera de forma indirecta y sin que hubiera unos billetes que físicamente cambiaran de manos²¹¹.

Por estas consideraciones, se puede decir que la presencia de un interés pecuniario directo señala la presencia indubitable de un deber de cuidado, pero que no es un requisito imprescindible para que podamos afirmar la existencia de ese deber, sino que existen otras posibilidades que estudiaremos más abajo. Para EE. UU., esas posibilidades pueden quedar abiertas por la posibilidad de entender este primer elemento del parágrafo 552 del *Restatement* como un interés pecuniario indirecto.

1.2.2 El requisito de que la información sea falsa y que ello se deba a la negligencia del demandado no ha planteado dificultades especiales, sino sólo las que pueden aparecer en cualquier otro caso de responsabilidad extracontractual.

Sí puede tener su interés recoger el argumento que se ha utilizado en ocasiones en defensa del demandado de que el mensaje emitido por éste no contenía información que pudiera ser falsa o no, sino que era una simple opinión. A este argumento se suele contestar diciendo que en las opiniones está implícita la afirmación de que son ciertos los hechos sobre los que esa opinión se basa²¹².

1.2.3 El parágrafo 552 que estamos analizando exige que el perjudicado haya sufrido el daño a causa de haber confiado razonablemente en la información errónea que el demandado le proporcionó. Este requisito muchas veces se estudia al mismo tiempo que se estudia la exigencia de la sección segunda del parágrafo 552, es decir, la exigencia de que el demandante pertenezca al grupo de personas para el cual se elaboró la información²¹³. Se entiende, pues, que sólo es razonable la confianza experimentada por ese grupo de personas.

Como es fácil de entender, este requisito de la confianza razonable también alude a la relación de causalidad entre la acción de emitir la información errónea y el daño sufrido al actuar en consecuen-

²¹¹ BISHOP (80), pp. 374-375, donde estudia detenidamente la situación de los bancos y sus clientes desde el punto de vista de los informes sobre la solvencia.

²¹² FEINMAN, p. 164, n. 15; información también útil en PROSSER y KEETON, pp. 755 y 761.

²¹³ FEINMAN, p. 164.

cia, pues malamente se puede decir que la información errónea causó el daño si el perjudicado la adoptó como base de sus decisiones contra todo lo que le aconsejaba la prudencia y el buen sentido. Así, el requisito del que hablamos puede ser utilizado para juzgar sobre si la información errónea proporcionada por el demandado versaba sobre asunto de tal relevancia como para entender o justificar que la víctima basara en ella su decisión²¹⁴.

Para juzgar si la confianza del demandante fue o no justificable, hay que adoptar un punto de vista subjetivo para poder tener en cuenta las circunstancias que hicieron posible su confianza. Por otro lado, también se señala que no se admitirá la alegación de confianza de los que por razón de su formación u oficio no deberían haber confiado en la información proporcionada por el demandado²¹⁵.

1.2.4 Según el parágrafo 552, la responsabilidad que define la sección primera con los requisitos que acabamos de ver queda limitada en la forma en que lo hace la doble exigencia contenida en la sección segunda, es decir, la exigencia de que el perjudicado pertenezca al grupo para cuya guía se proporcionó la información y la exigencia de que el daño haya sido sufrido al participar en la operación para la que se elaboró la información.

Observa Fleming que, si el daño que causa la información errónea hubiese sido físico, al potencial demandante no se le exige ningún requisito especial, sino que se aplican los requisitos normales: ser la víctima probable de la falsa información²¹⁶. Esto pone de manifiesto nuevamente la idea de que es conveniente tener cauces técnicos que den respuesta al hecho de que son distintas las consideraciones de política legislativa que se esconden detrás de la protección contra el daño físico y detrás de la más limitada protección contra el daño puramente económico.

En pura teoría, es perfectamente posible que se den casos en los que se cumple uno de los requisitos y no el otro. De hecho, los redactores del parágrafo 552 ponen dos ejemplos al respecto²¹⁷. Imaginemos que un auditor prepara un informe para que su cliente consiga un préstamo de un tercero determinado y que éste, en lugar de prestar, se decide a comprar acciones de la compañía que encargó ese informe; en este ejemplo, se cumple el requisito de ser la persona «para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la

²¹⁴ PROSSER y KEETON, p. 753; JAMES y GRAY, pp. 518 y ss.

²¹⁵ PROSSER y KEETON, p. 751.

²¹⁶ FLEMING (87), p. 160.

²¹⁷ Son las ilustraciones 14 y 5, respectivamente.

información el receptor de la misma» [par. 552.2.a)], pero no se cumple el requisito de que el daño se produjera al «participar en la transacción para la cual esa información se había dado, o en una transacción sustancialmente similar» [par. 552.2.b)]. Imaginemos ahora que el informe en cuestión es mostrado a un tercero distinto a aquél para el que el demandado elaboró ese informe y que este otro tercero accede a prestar la cantidad en cuestión. En este segundo ejemplo, la situación sería la inversa: no se cumple el requisito a) del párrafo 552.2 y sí el requisito b).

Sin embargo, en los casos más conocidos, es más frecuente que se den los dos requisitos sin que ello genere demasiados problemas. A pesar de todo, en la práctica el primero de los requisitos del párrafo 552.2 ha tenido mucho más éxito. En efecto, tanto los tribunales estadounidenses como los de la *Commonwealth*, fijan su atención preferentemente en el primer requisito del párrafo 552.2, tratando así de poner coto al potencial carácter ilimitado de la responsabilidad principalmente a través de limitar el grupo de personas en cuyo favor se extiende el deber de cuidado²¹⁸.

Al fijarse preferentemente en el requisito de que el demandante sea la persona o pertenezca al limitado grupo de personas para cuyo uso se proporcionó la información, los tribunales se encuentran con el problema de cómo de limitado es el «grupo limitado de personas» que se exige en el párrafo 552.2.a)²¹⁹. Por ello, Feldthusen opina que este requisito no cumple bien la tarea –poner límites razonables a la responsabilidad– para la que estaba pensado y que sería mucho mejor hacer mayor hincapié en el requisito b), es decir, en la idea de que el daño se haya producido en la operación para la cual la información se proporcionó. De esta manera, se determina al potencial demandante a través de la operación en la que participa y, además, se evita el problema de la determinación de la idea de «grupo limitado de personas»²²⁰.

En la jurisprudencia de los EE. UU. se encuentran distintas interpretaciones de los requisitos a) y b) de la sección segunda del párrafo 552, unas más amplias y otras más estrictas. En un extremo, encontramos una interpretación muy estricta de ambos requisitos que consiste en exigir que tanto el usuario de la información como la operación para la que se proporciona estén identificados.

²¹⁸ FELDTUSEN, pp. 97 y 101, y FEINMAN, p. 167. Esto se aprecia con especial claridad en WINFIELD & JOLOWICZ, p. 282.

²¹⁹ FELDTUSEN, pp. 97-98 y 100; ROGERS, p. 89; CLARK & STEPHENSON, p. 134.

²²⁰ FELDTUSEN, p. 107. Este autor ofrece (pp. 108-109) un interesante resumen de jurisprudencia que demuestra que la idea de hacer hincapié en la operación en lugar del potencial demandante lleva a los mismos resultados favorables y lo hace más claramente.

Esta interpretación viene a hacer coincidir la regla del párrafo 552 con una regla basada en que el usuario de la información sea un tercero beneficiario del contrato o, al menos, un tercero incluido en su ámbito de protección en cuyo cumplimiento se proporcionó la información errónea ²²¹. En el otro extremo estaría el dar por cumplido los requisitos que estamos estudiando por el mero hecho de que el autor de la información errónea conozca la siempre abierta posibilidad de que alguien más confíe en su información. En este extremo de una amplitud excesiva también estaría la idea de admitir que cualquier tipo de motivo para conocer al usuario y la operación sirviese como criterio para delimitar la responsabilidad; ésta, que es la forma de funcionar en los casos de informaciones erróneas dolosas, tampoco parece que se pueda admitir ²²².

La interpretación más frecuente consiste en entender que basta con que el perjudicado y la operación en la que se produce el daño sean previsibles desde el punto de vista del caso concreto o desde el punto de vista de las prácticas específicas del sector de que se trate ²²³. No se trata tanto, pues, de que el demandado conozca la identidad del usuario de la información y la operación en la que esa información va a ser usada, como de que tenga motivos para conocerlos, aunque no baste cualquier motivo.

Esta última manera de entender las cosas es muy usada en casos en los que un prestamista encarga a un tasador un informe sobre el valor de un bien inmueble, el informe es incorrecto y eso daña al comprador de la finca, que la había comprado con el dinero prestado y basándose en ese informe incorrecto del tasador. En estos casos, es destacable que la responsabilidad del tasador está limitada de antemano por el valor de la finca negligentemente tasada, con lo que no se presenta el problema de responsabilidad ilimitada que tanto preocupa en el campo de los daños puramente económicos ²²⁴. Hay otros casos de este tipo que son incluso más claros porque es el comprador el que paga los honorarios del tasador ²²⁵.

²²¹ El ejemplo más conocido de esta manera de entender las cosas es *Bily v. Arthur Young*.

²²² Observaciones tomadas del Comentario h) del par. 552. Véanse las mismas ideas en FLEMING (87), pp. 613-614. Más información sobre frente a quiénes responde el autor de una información dolosamente engañosa en, por ejemplo, PROSSER y KEETON, pp. 744-745.

²²³ FEINMAN, pp. 169 y 170-171. Véase también, para el caso de los auditores, RABIN, p. 1528.

²²⁴ PROBERT, p. 496; PROSSER y KEETON, p. 747; JAMES, pp. 57-58. En la *Commonwealth*, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 280, recogen casos y soluciones similares, más claros cuando se trata de compras de viviendas del sector más barato del mercado. También BRAZIER, p. 210. Es destacable que en ambos se deja ver el problema que plantea la inexistencia en el Derecho inglés de la figura del contrato en beneficio de tercero.

²²⁵ Como el citado por FEINMAN, p. 171, de *Alva v. Cloninger*, o, para la *Commonwealth*, el citado por BRAZIER, p. 211, de *Smith v. Bush*.

Este enfoque también se usa frecuentemente con los agrimensores (*surveyors*) y con los encargados de rastrear los títulos de propiedad (*title abstracters*)²²⁶. En estos casos la responsabilidad también está normalmente limitada de antemano por el valor de la finca y por el hecho de que la víctima del daño será una sola persona que lo sufrirá una sola vez: el que resulte ser dueño de la cosa cuando se descubra el error del demandante²²⁷. Sin embargo, estos casos sí presentan un problema de responsabilidad ilimitada, por lo que respecta al tiempo en que se puede plantear el conflicto. De hecho, no es infrecuente que el error del *title abstracter* se descubra años más tarde o que el que reclame sea un adquirente sucesivo de la cosa²²⁸.

Según el párrafo 552.2.b) el daño se tiene que haber producido en la operación para la cual se proporcionó la información o en una operación «sustancialmente similar». Sobre esto, los redactores del párrafo 552 explican que para que una operación sea sustancialmente similar a otra es necesario que la cuantía de las operaciones sea de magnitud similar²²⁹.

Lo más importante de la interpretación de estos requisitos de la sección segunda del párrafo 552 es seguramente su justificación. Según sus redactores, esa justificación está en la idea de que quien confía en una información en relación a una operación comercial razonablemente sólo puede esperar que el otro esté sujeto a un deber de cuidado cuando ese otro está claramente sobreaviso acerca del uso que se va a dar a su información y haya tenido la intención de suministrarla con ese propósito. Lo fundamental es, pues, que el informante no se vea sorprendido por la imposición de una responsabilidad y que, por otro lado, pueda conocer de antemano la magnitud aproximada de la responsabilidad que arriesga en caso de decidirse a hablar para así tomar la decisión de informar o no y en qué circunstancias hacerlo (añadiendo, por ejemplo, una cláusula de exoneración)²³⁰. Desde luego, si la responsabilidad es ilimitada, mal se puede decir que el hablante asumió responsabilidad por lo que dijo ni que el perjudicado haya confiado en su certeza de forma razonable²³¹.

Tras las ideas del párrafo anterior se esconde probablemente el hecho de que en los casos de información errónea negligeramente

²²⁶ FEINMAN, p. 172, donde cuenta *Williams v. Polgar* y *Rozny v. Marnul*.

²²⁷ PROSSER y KEETON, p. 747; JAMES y GRAY, p. 311; FEINMAN, pp. 172-173, y FELDTHUSEN, pp. 103 y 113; JAMES, p. 58; RIZZO, p. 304, maneja ideas similares, insistiendo en que el daño económico esté concentrado y que no exista una víctima de daño físico a través de cuya reclamación sea posible encauzar las cosas.

²²⁸ FELDTHUSEN, p. 112. En *Williams v. Polgar*, por ejemplo, la información se proporciona en 1926 y la demanda se entabla en 1971.

²²⁹ Véase el Comentario h) del par. 552. También PROSSER, p. 240.

²³⁰ Ideas similares en BISHOP (80), p. 374.

²³¹ FELDTHUSEN, pp. 94-95.

producida o comunicada no estamos, por definición, ante un comportamiento doloso. El estándar de comportamiento doloso es absoluto, existirá o no, pero no depende del uso que se vaya a hacer de la información. En cambio, en los casos en los que media sólo negligencia, el estándar de conducta es relativo: sólo puede determinarse teniendo en cuenta el uso de la información en comparación a la magnitud del daño y la probabilidad de que ocurra en ese uso caso de que la información sea incorrecta²³². De esta manera, el hablante deberá emplear más o menos diligencia según sea la responsabilidad que asume.

1.3 El origen del deber de cuidado

El supuesto del que partimos es un supuesto en el que una persona da a otra una información que resulta no ser verdadera y el receptor de la información, al darla por buena, actúa basándose en la misma y, por ello, sufre un daño puramente económico. La pregunta inicial es la de saber cuándo un hablante responde de la veracidad de las informaciones que proporciona a otras personas.

La respuesta a la pregunta anterior que se propone en los EE. UU. es la de que el emisor responde siempre que, en palabras del párrafo 552 del *Restatement*, haya emitido la información «en el transcurso de su negocio, profesión o empleo, o en el transcurso de cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario».

En los sistemas de la *Commonwealth*, la respuesta a la pregunta que acabamos de plantear es algo más difícil de resumir porque hay más discusión. En concreto, se utilizan las siguientes propuestas, según el esquema expositivo de Feldthusen:

1.3.1 Hay un buen número de sentencias, empezando por la misma dictada en *Hedley Byrne*, que acuden al muy amplio y difuso concepto de «relación especial». El emisor responde ante el receptor de la información por los daños sufridos por éste al creérsela y actuar en consecuencia, cuando entre ellos hay una *relación especial*. Esa relación se suele formular en términos muy amplios y muy vagos, tanto que a duras penas puede servir como base para decidir o prever la decisión de las hipótesis que se nos planteen²³³.

²³² Esto es el Comentario a) del par. 552. Véanse también GOODHART, pp. 295-296; FLEMING (87), p. 612, y FEINMAN, p. 167, donde explica que se trata de un modelo de conducta del tipo de la fórmula recogida por Learned HAND.

²³³ Como muestra de esa falta de concreción se puede ver BAKER, p. 105, donde está bien reflejada la diversidad de opiniones entre los Lores jueces de *Hedley Byrne* sobre el origen de esa relación especial.

Esta idea de la relación especial, sin embargo, sí tiene la virtud de hacernos ver que el hablante no está obligado a guardar un comportamiento diligente respecto a todos en lo tocante a daños puramente económicos, sino que su obligación se ciñe a unos pocos: los que están con él en una relación especial²³⁴. Es decir, que esta idea sirve, aunque de forma no muy ventajosa, a dos finalidades que, en sí, resultan interesantes: destaca la necesidad de que exista previamente al daño una cierta relación entre emisor y receptor de la información y, por otro lado, destaca la existencia del problema de una responsabilidad potencialmente fuera de límites²³⁵.

1.3.2 La segunda propuesta consiste en decir que el deber de cuidado nace para el hablante cuando debería haber previsto que el receptor tenía la intención razonable de confiar en la información o el consejo como base de su actuación. Este es el criterio más seguido en la jurisprudencia de la *Commonwealth*, si bien es cierto que muy a menudo se usa en conjunción con el criterio de la asunción voluntaria de responsabilidad que se explica más abajo²³⁶.

Como señala Feldthusen, el mayor inconveniente de este criterio de la confianza razonable como base para el reconocimiento de un deber de cuidado está en que fija mucho su atención en la conducta del receptor de la información: en cualquier momento en que un experto produce una información, es perfecta y razonablemente previsible que otras personas confíen en ella para actuar en consecuencia. Con esto, además, se autoriza o fomenta la actuación de los terceros que se aprovechan de la información sin haber contribuido a los costes de generarla. El resultado previsible de imponer responsabilidad por los daños que se produzcan a través de la infracción de un deber de cuidado así establecido es bien una menor cantidad de información disponible, o bien obligar al emisor a introducir una cláusula de exoneración de responsabilidad cada vez que abra la boca.

Además, el empleo de este criterio puede hacer que seamos incapaces de distinguir entre lo poco, mucho o nada razonable con-

²³⁴ En la doctrina italiana, se pueden ver ideas similares en FANELLI, p. 425; PIRAINO LETO, p. 443; ALPA y BESSONE (90), p. 196; RANIERI, p. 651; MICCIO, p. 1013.

²³⁵ Son observaciones de FELDTHUSEN, pp. 31 y 37-42. Véase también SALMOND & HEUSTON, p. 210. Por su parte, BISHOP (80), p. 376, propone una lectura del requisito de que exista esa relación especial que consiste en utilizarlo para distinguir entre quienes han pagado —aunque sea de forma indirecta— y quienes no han pagado por el uso de la información.

²³⁶ Para la afirmación sobre el carácter mayoritario de esta visión en la jurisprudencia, FELDTHUSEN, pp. 43 y 46; CANE, «The Metes and the Bounds of Hedley Byrne», *The Australian Law Journal*, diciembre 1981, vol. 55, pp. 862-875, p. 864. Véase también SALMOND & HEUSTON, pp. 202 y 211; ROGERS, p. 88; HARVEY, p. 620; BAKER, p. 106; HOWARTH, p. 33; BANAKAS (99-2.º), p. 273, y WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276. Un ejemplo del uso de ambos criterios en combinación en BRAZIER, p. 208.

fianza del dañado en la corrección de la información y la cuestión de si debe imponerse responsabilidad al emisor de la misma. Hay casos en los que la confianza del demandante está perfectamente justificada por este criterio, en el sentido de que fue perfectamente razonable, y sin embargo, no parece que se deba imponer responsabilidad al hablante. La idea es también de Feldthusen, que pone el ejemplo de *Hedley Byrne*: en este caso, era perfectamente razonable que el agente de publicidad confiara en la afirmación de la solvencia de su cliente que le hace llegar el banco de ese cliente, pero también es clara la irresponsabilidad del banco que informa sobre la solvencia ya que en el informe había incluido una cláusula en la que advertía que no asumía responsabilidad por la información. En resumen, que hay veces que el dañado confía razonablemente en la corrección de la información, que el emisor de la misma conocía o podía razonablemente prever esa confianza y, sin embargo, no debemos dar lugar a responsabilidad porque el dañado confió, pero a su propio riesgo. Hay muchos casos en que es razonable confiar en la información producida por otros, pero confiar asumiendo los riesgos de la decisión.

Sea como sea, tampoco hay que llegar al extremo de menospreciar la importancia del elemento «razonable confianza» en los casos de daño puramente económico que aquí estudiamos. En estos casos, el dañado ha tenido que confiar en la información recibida para que podamos decir que esa información negligentemente producida o comunicada fue la *causa* del daño. Si esa confianza fue razonable, será más fácil que el demandante convenza al juez de que el daño fue causado por el hecho de confiar en el emisor de información y, por otro lado, que la confianza del dañado era previsible para el emisor. El elemento «confianza razonable» es un requisito necesario, pero no suficiente, para que podamos afirmar la existencia de un deber de diligencia a cargo del emisor de información²³⁷.

1.3.3 El tercer criterio con el que decidir cuándo vamos a dar lugar a responsabilidad por la negligente producción o comunicación de informaciones incorrectas se puede enunciar de la siguiente manera: cuando se pueda decir que el emisor asumió voluntariamente responsabilidad respecto de la información o el asesoramiento que presta. También es un criterio ampliamente respaldado por doctrina y jurisprudencia²³⁸.

²³⁷ Para todo esto, FELDTUSEN, pp. 43-45. Por su lado, BANAKAS (99-2.º), p. 280, también señala el doble papel (como posible base para afirmar la existencia de un *duty* y como elemento de la relación de causalidad) de la idea de razonabilidad de la confianza del perjudicado.

²³⁸ Para esto, FELDTUSEN, p. 46, con abundantes referencias. También SALMOND & HEUSTON, p. 211; ROGERS, p. 88; HARVEY, p. 620. Por su parte, BAKER, p. 106; HOWARTH,

Lo que el juez debe llegar a saber, según este criterio, es cuándo una persona razonable, manejando todos los datos de la concreta situación y el comportamiento del emisor, habría llegado a la conclusión de que ese emisor estaba asumiendo responsabilidad por lo que decía²³⁹.

Esto no es lo mismo que decir que se impone responsabilidad cuando el hablante voluntariamente asume responsabilidad. Por un lado, la asunción de responsabilidad por el hablante normalmente será implícita, no expresa²⁴⁰. Por otro lado, la verdadera y secreta intención del emisor, si es que se puede llegar a descubrir, no es lo decisivo de este criterio (salvo que, en sentido negativo, se haya plasmado en una cláusula de exoneración de responsabilidad). Lo decisivo es que el dañado pueda llegar razonablemente a la conclusión de que sí, de que el hablante está asumiendo responsabilidad por lo que dice. Este criterio es muy parecido al anterior, se construye sobre las mismas ideas y en él también juega cierto papel la idea de que el dañado confió razonablemente en la veracidad de la información²⁴¹. Pero también existen diferencias entre ellos, diferencias que nos hacen preferir éste: fundamentalmente que se hace hincapié en la actitud del emisor y se impide la imposición a este de responsabilidad por acto (confiar) unilateral del receptor y usuario de la información.

Este criterio nos permite respetar la idea de que la información o el asesoramiento son productos comerciales que tienen un valor que depende del grado de cuidado que el productor haya puesto en ellos. En efecto, si afirmamos la existencia de un deber de cuidado sobre el productor de información lo que estaremos haciendo es reconocer la transmisión de propiedad comercial. En este sentido, es importante destacar que el productor es el que tiene que consentir la transmisión de su derecho. Y hay que reconocer que, frente al criterio anterior de la «confianza razonable», este criterio impide que por un acto unilateral del dañado (confiar en la información como base para actuar) se pueda llegar a imponer un deber de cuidado al emisor de información; por ello, este criterio de la asunción voluntaria de res-

p. 33, y WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276, destacan que todos los Lores que decidieron *Hedley Byrne* aceptaron y utilizaron esta idea de la asunción de responsabilidad. Según HOWARTH, p. 38, esta idea, que era la preferida por Lord Goff en *Hedley Byrne*, ha sido profundizada en cualquier caso posterior en que pudiera venir a cuento. En pp. 40-41, este mismo autor da noticia sobre la polémica en que este criterio ha estado envuelto.

²³⁹ FLEMING (87), p. 608.

²⁴⁰ BAKER, p. 106. También, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276; ROGERS, p. 88; HOWARTH, p. 38, y CLARK & STEPHENSON, p. 139. También se puede ver GOODHART, p. 295, y CRAIG, p. 216.

²⁴¹ Ambos criterios son normalmente intercambiables y llegan a los mismo resultados, dice FELDTHUSEN, p. 54.

ponsabilidad cumple mejor con esta idea de que es él –productor y propietario– el que decide el destino de su producto²⁴².

Donde se ve clara la importancia de mantener y emplear el criterio 3.º en vez del criterio 2.º, y donde se pueden ver claras las diferencias entre ellos, es en la cuestión de establecer el régimen de las cláusulas por las que el emisor trata de exonerarse de responsabilidad²⁴³.

En efecto, en el mismo caso *Hedley Byrne*, el demandado no fue condenado, precisamente, porque había incluido en el informe sobre la solvencia que emitió una cláusula en la que expresamente manifestaba que ni el banco ni sus empleados asumían responsabilidad por las afirmaciones vertidas en el mismo²⁴⁴. Hay que destacar que la confianza del dañado en el informe de *Heller* (el banco) es igualmente razonable con o sin la inserción de esa cláusula, a menos que la inserción de cláusula semejante fuese algo extraordinario, poco frecuente, que debía haber alertado a la víctima²⁴⁵. Esta idea se ve muy clara si comparamos un informe sobre la solvencia del deudor redactado con o sin una cláusula de exoneración de responsabilidad, con un informe sobre la solvencia del deudor en la que se incluye una cláusula de contenido similar a éste: «Este informe se emite sin haber comprobado mis datos de los últimos seis meses, pero estimamos que sí, que el señor X es solvente y su empresa seria y respetable». Este segundo tipo de cláusula sí que pone límites a la razonabilidad de la confianza que cualquier persona prudente puede depositar en el informe así emitido.

La idea es muy clara. Como dice Blom, a diario confiamos de forma rutinaria en la veracidad de informaciones sin por ello tener razón alguna para asumir que, si resulta que fueron negligentemente producidas o comunicadas, se dará lugar a responsabilidad

²⁴² Para esto, FELDTHUSEN, pp. 46-52. También destaca este autor que este tercer criterio para el establecimiento del deber de cuidado es el que también juega en otros casos de daño puramente económico en los que, sin embargo, no juega para nada la confianza del perjudicado. El ejemplo más claro de este último tipo de caso es el del que iba a ser llamado a heredar pero que no llega a hacerlo por la negligencia del notario que interviene en la redacción del testamento. Es un tipo de caso muy conocido sobre el que no podemos entrar ahora porque eso supondría alejarnos del camino que seguimos en este trabajo. Podemos añadir, sin embargo, que la observación de Feldthusen es innecesaria en el preferible enfoque consistente en distinguir entre informaciones falsas (*misrepresentation*) y deficiente prestación de servicios (*negligence*) que ha adoptado sobre la cuestión la versión estadounidense del *Common Law*.

²⁴³ Las ideas que siguen son de FELDTHUSEN, pp. 52 y ss.

²⁴⁴ Textualmente, el informe emitido por el Banco decía, «*For your private use and without responsibility on the part of the bank or its officials*»; véase *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* (1964) A.C. 465, en, p. 579.

²⁴⁵ Sobre el papel de estas cláusulas como aviso a la otra parte de que el hablante está informando con una diligencia inferior a la habitual, BISHOP (80), p. 372.

por daños puramente económicos. La cuestión no es, por tanto, saber si una persona prudente habría confiado en la veracidad de la información o el consejo; lo que hay que saber es si una persona prudente habría concluido que la información conllevaba convicción no sólo de la calidad de la misma (lo que parece que equivale a buena fe), sino además, convicción de estar asumiendo una responsabilidad²⁴⁶.

Concluimos con Feldthusen, por tanto, que el criterio de la asunción de responsabilidad es, en algunos casos, preferible a su directo competidor basado en la confianza razonable²⁴⁷.

1.3.4 Al lado de estas ideas, se pueden encontrar otras que pueden funcionar como indicios de que sí se estaba asumiendo responsabilidad por la veracidad de lo que se decía.

a) Un indicio estupendo de que estamos en una situación en la que existe un deber de diligencia a cargo del hablante es el que representa el hecho de que la información o el consejo se haya proporcionado en el transcurso del negocio o actividad profesional o empresarial del hablante. La idea, mencionada incluso en el párrafo 552 del *Restatement*, es, en primer lugar, un magnífico indicio de que el receptor de la información va a confiar razonablemente en la veracidad de la misma y de que el emisor conocía o podía prever esa confianza. También es un indicio de que el receptor ha confiado razonablemente en que el emisor estaba asumiendo responsabilidad por lo que decía. Es, por último, un indicio de que el emisor tenía un interés pecuniario en la operación. Además, los profesionales tienen acceso a un seguro que les cubra de las responsabilidades en que pudieren incurrir²⁴⁸.

Este criterio para el establecimiento de un deber de cuidado, que supone restringir este tipo de responsabilidad a los profesionales y excluir de ella a los simples particulares, está directamente emparentado con otras ideas bastante interesantes. Una de ellas es la idea de que el demandado ha de tener una *cualificación especial* en relación con la información que proporciona y cuya negligente incorrección ha causado el daño. La idea puede funcionar bien como

²⁴⁶ Véase, BLOM, pp. 293-294, citado por FELDTHUSEN, p. 54.

²⁴⁷ FELDTHUSEN, pp. 53-55, también destaca que adoptar uno u otro punto de vista puede ser fundamental desde el punto de vista de establecer la carga de la prueba en estos casos de existencia de una cláusula de exoneración de responsabilidad; en concreto, se trata de que saber si la cláusula impide que el receptor dé por hecho que el emisor está asumiendo responsabilidad, con lo que no nace un deber de cuidado, o, por el contrario, se trata de que, pese a la cláusula, el receptor puede confiar razonablemente y será el emisor el que tenga que probar que la cláusula sirvió efectivamente para excluir la responsabilidad que sí había nacido.

²⁴⁸ FLEMING (87), p. 609.

complemento de los criterios que hemos ido examinando, pero no debe entenderse que el demandado siempre tenga que haber afirmado una habilidad especial para dar esa información (o, lo que para el caso es lo mismo, se haya presentado ante él como integrante de una profesión que tiene especial cualificación) como base necesaria para que podamos afirmar la existencia de un deber de cuidado²⁴⁹.

b) Que la información haya sido la respuesta a una petición de información realizada por el dañado puede servir de indicio –aunque hay que reconocer que un indicio ya bastante devaluado– de que el hablante está sometido a un deber de diligencia. No está claro si es un simple indicio, si es una condición necesaria o si simplemente es un dato que facilita la labor de dar por cumplido el requisito de que el hablante había asumido responsabilidad²⁵⁰.

c) Si la información o el asesoramiento se prestó en un entorno de simple intercambio social, estaremos ante un indicio de que estamos ante un *curbstone advice* y, por tanto, fuera del campo en el que existe un deber de diligencia. De todas formas no es siempre fácil saber si estamos ante una información u opinión informal. Se puede tratar, por ejemplo, de una comida de negocios o, incluso, de una conversación seria pero mantenida en el transcurso de una partida de golf. Sea como sea, la inexistencia de un deber de diligencia ha de quedar clara en los casos del llamado *curbstone advice* para que, así, los profesionales puedan relajarse en su tiempo libre.

2. LA RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES FALSAS, EN NUESTRO DERECHO

Acabamos de recoger con cierto detenimiento la experiencia anglosajona en torno al punto central de la responsabilidad por informaciones falsas, esto es, en torno a la cuestión de establecer en

²⁴⁹ FELDTHUSEN, pp. 70-75. Explica FLEMING (87), p. 609, que estas ideas fueron introducidas en *Mutual Life & Citizens' Assur. Co. v. Evatt* con pretensiones de que fuera un dato decisivo, pero con escaso éxito. De hecho, la negativa a la responsabilidad del hablante en ese caso estaba completamente justificada porque la confianza del perjudicado no había sido razonable, dado que malamente se puede decir que el demandado hubiese asumido responsabilidad por la información que proporcionó y porque el perjudicado buscaba la información en cuestión, pero no estaba dispuesto a pagar una peseta por ella (cfr., en cambio, HARVEY, p. 609). Destaca BAKER, p. 107, que al restringir la responsabilidad por informaciones erróneas negligentes a los profesionales, el *Privy Council* estaba tratando de volver a la situación anterior a *Hedley Byrne*, pues lo normal será que esos profesionales actúen porque han celebrado un contrato y nunca nadie ha dudado de que exista responsabilidad contractual por *negligent misrepresentations*. Sobre todo esto, también BRAZIER, p. 208; SALMOND & HEUSTON, p. 213; ROGERS, p. 87; SMILLIE, p. 255, n. 76, y, con más matices, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 278-279; Cfr. PROSSER y KEETON, p. 761.

²⁵⁰ FLEMING (87), p. 608; CANE, p. 871.

qué circunstancias surge el deber de informar con diligencia y qué alcance tiene ese deber. Creo que la mayor parte de esa experiencia es trasladable a nuestro ordenamiento, en los términos que luego se expondrá. En este epígrafe, dando ya por hecho que hemos probado la posibilidad de desdoblar en nuestro Derecho la idea de culpa en sus elementos de deber de cuidado e infracción de ese deber, me propongo aprovechar las experiencias de Derecho Comparado que hemos ido recogiendo para describir, con la máxima profundidad de que sea capaz, las circunstancias en que la responsabilidad surge, las limitaciones que tiene y las principales especialidades de su régimen jurídico. De esta manera, espero poder ofrecer algunas soluciones útiles en un campo, como es el de la responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas, necesitado de estudio en nuestra doctrina y, en general, todavía falto de firmeza en las soluciones que ofrece el Derecho Comparado.

En esta tarea, es necesario recordar que el *leit motiv* que dirige este trabajo es la necesidad de romper la ecuación entre uso de la información incorrecta y posibilidad de imponer responsabilidad a su autor. Esa necesidad deriva de que, como ya hemos señalado en repetidas ocasiones, la información se caracteriza por el hecho de que pasa de mano en mano fácilmente –sin que ello reporte ninguna ventaja directa al autor– y por el hecho de que no se consume por su uso, mientras que la responsabilidad no debe compartir esas características. Por eso, no podemos ni debemos aspirar a indemnizar a todos los usuarios previsibles de esa información (que serían incontables), sino que es necesario encontrar instrumentos técnicos que sirvan para seleccionar a algunos de esos usuarios. Si logramos que esos instrumentos seleccionen los casos que deben ser indemnizados conforme a las exigencias de justicia y eficiencia que están en la base de la responsabilidad extracontractual, y que esa selección se haga de forma transparente, habremos alcanzado nuestros objetivos de la forma más satisfactoria posible.

Para ello, empezaremos recogiendo algunas ideas sobre la acción dañosa y la relación de causalidad presentes en los casos de responsabilidad que estudiamos. A estas alturas, algunas de las ideas que recogeremos ahí serán ya conocidas. Sin embargo, creo que es útil tenerlas reunidas sistemáticamente y desde el punto de vista de nuestro Derecho. Después, entraremos en la decisiva cuestión de cómo definir en nuestro Derecho el cuándo y el cómo del surgimiento del deber de ser cuidadoso a la hora de elaborar y/o proporcionar informaciones falsas. Por último, esbozaremos algunas rasgos especiales del régimen jurídico aplicable.

2.1 La acción dañosa

La descripción de la acción que causa el daño tiene ese interés al que antes aludíamos de ayudar a ordenar un panorama un tanto descuidado por nuestra doctrina, tarea que emprendemos a continuación, utilizando las enseñanzas de las doctrinas de nuestro entorno.

En los casos incluidos en nuestro campo de estudio, la acción que desencadena la responsabilidad consiste en proporcionar una información falsa.

2.1.1 Para profundizar un poco más en torno a la acción que desencadena la responsabilidad por informaciones falsas, se puede recordar que es habitual en las doctrinas de nuestro entorno distinguir entre *informaciones*, *consejos* y *recomendaciones*²⁵¹. El primer tipo consistiría en la comunicación de simples datos históricos. Sería el caso, por ejemplo, de la confirmación telefónica de cheques entre bancos: un banco informa al otro de la existencia de fondos bastantes en la cuenta del librador cuando el primer banco está pensando si conceder disponibilidad inmediata al tomador del cheque.

Frente a la comunicación de simples datos históricos en que consiste la *información*, el *consejo* y la *recomendación* contienen, en cambio, un juicio de valor que está basado en los datos históricos que también contienen o implican; el exhorto a seguir determinado comportamiento es más fuerte en la *recomendación* que en el *consejo*. Como ejemplos de estos dos tipos de comunicaciones, se podrían citar el caso de un informe sobre la solvencia de un sujeto, o el caso de una recomendación de suscribir acciones de una determinada sociedad que un banco dirige a sus clientes.

En el caso de los informes sobre la solvencia de un sujeto emitidos por un banco, se puede destacar la idea de que el informe consistirá normalmente en un juicio de valor, por la necesidad de respetar el secreto bancario; es decir, por la muy limitada posibilidad de comunicar al solicitante de la información datos numéricos completos sobre los que ese mismo solicitante pudiera basar una opinión propia.

²⁵¹ MARSHALL, p. 784; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, 1998, p. 491; SINDE MONTEIRO (89), p. 14. En Francia, LUCAS DE LEYSSAC, «L'obligation de renseignements dans les contrats», *L'information en Droit Privé*, París, 1978, p. 306; VINEY y JOURDAIN, núm. 498, p. 414; VEZIAN, pp. 230 y 231. Es de señalar que, en Francia a menudo, esta diferencia se teoriza tratando de obligaciones contractuales de información y consejo, que es una de las líneas de trabajo a través de las que la jurisprudencia francesa ha ido encauzando ciertos problemas recientes. En nuestro país, LLOBET I AGUADO, p. 34, o STIGLITZ, p. 49.

La manera de hacer estas distinciones que acabamos de mencionar no es unánime en la doctrina²⁵². Por el contrario, sí está clara la distinción entre mensajes con contenido valorativo o mensajes sin ese contenido valorativo²⁵³. Esta distinción es interesante porque nos permite atender al hecho de que es más fácil decidir sobre la falsedad o no de una comunicación de meros datos históricos que sobre mensajes que contengan juicios de valor, como por ejemplo una opinión o un pronóstico.

Además, conviene tener clara esta distinción porque la cosa puede complicarse cuando hay entremezclados elementos de los dos tipos en el mismo mensaje²⁵⁴. También conviene destacar que en los mensajes con contenido valorativo, es decir, aquellos que contienen una opinión, también tienen un contenido implícito de simples datos históricos, en la medida en que esa opinión los presupone²⁵⁵. Sobre esos datos históricos implícitos, se puede basar, en su caso, un juicio de falsedad sin especiales problemas. Asimismo, también es relevante la mayor o menor concreción del mensaje, que permitirá medir el grado de confianza razonable que sobre él podrá depositar el informado²⁵⁶.

En ocasiones, también puede ser relevante si el informado fue el que solicitó la información o, por el contrario, fue el informador el que la adelantó al receptor de forma espontánea. En el primer caso, por regla general, la imposición de responsabilidad está más justificada²⁵⁷. En el segundo caso, hay que atender prefentemente a la idea de autorresponsabilidad, tanto del informador que se adelante a difundir mensajes, como del informado que hace uso de una información que no ha solicitado y que en la mayor parte de las veces será gratuita.

Sobre estos extremos se discute, y parece lógico que así sea. Por un lado, Ranieri cree que la responsabilidad debe limitarse al caso del dolo en caso de que el tercero no la haya solicitado. No está de acuerdo Miccio, por otro lado, al entender que el que adelan-

²⁵² Según MOLLE, p. 40, el consejo es solicitado por el cliente (del banco), mientras que la recomendación la da el banco espontáneamente. LUMINOSO, p. 194, dentro de los mensajes que contienen un juicio de valor, prefiere distinguir entre los que son una valoración de un cliente (por ejemplo, sobre su solvencia) y los que implican la recomendación de acometer alguna operación (por ejemplo, comprar acciones de determinada sociedad). Cfr. MIRABILE, p. 405; FERRARINI, p. 95; ideas MICCIO, p. 1012. Cfr., por otro lado, FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, París, 1992, pp. 7-10. En Francia, es usual advertir que estas categorías se entremezclan y que es difícil distinguir entre ellas; sobre esto, por todos, VINEY y JOURDAIN, núm. 498, pp. 414-415. En España, GÓMEZ CALLE, p. 119.

²⁵³ Muy claro en SALVADOR *et al.*, p. 27, n. 12.

²⁵⁴ LUMINOSO, p. 195; RANIERI, p. 631; FERRARINI, p. 99.

²⁵⁵ FEINMAN, p. 164, n. 15, y PROSSER y KEETON, pp. 755 y 761.

²⁵⁶ ALPA y BESSONE (90), p. 196.

²⁵⁷ FLEMING (87), p. 608; CANE, p. 871.

ta una información (está pensando en la presentación de un comerciante a otro) asume un cierto compromiso sobre la veracidad de lo que dice. En realidad, la cuestión así planteada no parece posible que sea decidida por sí misma y sin más datos adicionales²⁵⁸.

2.1.2 En principio, no se plantean problemas especiales para aceptar que la conducta del demandado sea meramente omisiva²⁵⁹. Para ver más claro qué ocurre en estos casos de comportamiento omisivo es necesario, en primer lugar, tener en cuenta que no parece conveniente englobar aquí los casos en los que la «omisión» consiste en que la información proporcionada es inexacta por incompleta. En segundo lugar, es conveniente distinguir entre los casos en los que no hay relación contractual alguna y los casos en los que la información se presta en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte.

Cuando, en primer lugar, el informador no proporciona la información en cumplimiento de contrato alguno, es muy claro que la pura negativa a proporcionar la información no puede dar lugar a responsabilidad frente al que aspiraba a ser usuario de esa información. En segundo lugar, cuando el informador sí está obligado contractualmente a proporcionar la información, podrá reclamársela y, en su caso, exigir responsabilidad (contractual) por su no entrega, aquél que sea parte en el contrato y los terceros beneficiarios de ese contrato. No podrá reclamarla y no podrá quejarse del incumplimiento el que sólo sea un tercero incluido en el ámbito de protección del contrato en cuyo cumplimiento se iba a proporcionar la información.

2.2 La relación de causalidad y la imputación objetiva

Para estudiar la relación de causalidad en los casos que estamos estudiando, no debemos olvidar cuál es el punto de partida: de lo que estamos hablando es de daños puramente económicos. Es decir, que no estamos hablando de daños físicos a la persona o bienes materiales de la víctima. Por ello, la causalidad natural, la que pueden describir las ciencias de la naturaleza, no juega aquí más que

²⁵⁸ Véanse, RANIERI, p. 653, y MICCIO, p. 1011. Por su parte, ALPA y BESSONE (90), pp. 196 y 198 n. 228, comparten la opinión de Miccio. Para la RFA, algunos datos más en VON BAR, p. 114.

²⁵⁹ SAVATIER, núm. 46, p. 59; LALOU, núm. 674, p. 422 (también núm. 692, p. 425); MAZEAUD y TUNC, núm. 501, p. 156, n. 1 bis; VEZIAN, p. 233. Por su parte, GAVALDA y STOUFFLET (p. 838) plantean la posibilidad de que el banco que se niega a dar información sobre su propio cliente a un tercero incurra en responsabilidad (me imagino que contractual) ante su cliente por el hecho de que esa negativa puede ser entendida por el tercero como una mala señal sobre la solvencia de aquél.

un papel muy limitado. No se trata de saber si la caída de una rama de un árbol es capaz de ocasionar una fractura de cráneo, sino de saber, por ejemplo, si es razonable confiar en la opinión emitida gratuitamente por un asesor financiero. Lo que hay que estudiar es una relación de causalidad puramente social y humana. La dimensión normativa de la causalidad está, pues, muy presente.

2.2.1 Sobre el necesario nexo causal entre el comportamiento del autor y el daño, a estas alturas ya casi ni hace falta aclarar cuál es la secuencia causal de estos casos de responsabilidad por informaciones falsas. Esa secuencia causal es siempre la misma: se trata de un informador que proporciona información a un sujeto que sufre un daño al tomar una decisión basándose en la corrección de los datos recibidos.

Es destacable el papel que en esta secuencia causal juega la confianza del perjudicado. Si el perjudicado no actuase en determinado sentido, el daño no se habría producido. Por eso, es clave que la confianza del perjudicado se pueda calificar de razonable o justificada. Si, por el contrario, el perjudicado confió en la corrección de los informes contra todo lo que aconsejaba la prudencia, difícilmente podremos decir que la acción del demandado haya causado el daño, sino que el mismo perjudicado habrá sido el autor de su propia desgracia. No parece, en definitiva, que el daño sufrido por el demandante pueda ser objetivamente imputable al comportamiento negligente del demandado.

En efecto, si se admitiera la alegación por el demandante de que confió en una información errónea de una clase en la que ninguna persona razonable hubiese confiado, lo más probable es que en realidad no haya existido tal confianza y que aquél demandante sólo esté tratando de encontrar a alguien de quien obtener indemnización por los daños sufridos a causa de una decisión propia que resultó inadecuada. Si lo que ocurre es que, a pesar de lo irrazonable de su confianza, el demandante sigue siendo de buena fe, tampoco puede dársele satisfacción a costa del demandado, pues podemos decir que el demandante ha sido autor de su propia desgracia o, incluso, que había asumido el riesgo²⁶⁰.

Desde el punto de vista de la causalidad y de la confianza del perjudicado, se debe exigir que la información que luego se reveló como incorrecta versara sobre aspectos que puedan resultar esenciales (causales) en la decisión que tomó el perjudicado. De lo contrario, parece difícil que podamos atribuir causalmente el daño a la acción del demandado.

²⁶⁰ Estas ideas, muy claras, en PROSSER y KEETON, p. 750.

El carácter gratuito con que normalmente se proporciona la información en nuestro campo de estudio también tiene su reflejo en el grado de confianza razonable que puede depositar el perjudicado en la información que, más tarde se revela como incorrecta. En efecto, un informe que se ofrece gratuitamente no es la mejor base para entender que el informante está asumiendo responsabilidad acerca de la corrección del mensaje que emite, asunción que más abajo se verá que también en nuestro Derecho puede operar como umbral de entrada al campo de lo indemnizable.

Conviene destacar la idea de que, en ocasiones, los informes sobre solvencia, por ejemplo, tienen un distinto alcance según su contenido sea favorable o desfavorable. El valor que pueden tener estos informes, si son negativos, es el de advertencia para el que planeaba la celebración de un contrato con el sujeto sobre el que versa la información. Si son positivos, en cambio, no son el dato esencial que se tiene en cuenta para decidirse a contratar, sino que tienen el valor de ser uno de los muchos controles que el informado debe realizar para asegurar el buen fin de la operación que planea.

2.2.2 Hay un caso en el que parece fácil alcanzar la conclusión de que no existe relación de causalidad entre el daño y la acción del demandante. Se trata del caso en que la solicitud de la información se dirige al informante con posterioridad a la decisión tomada por el perjudicado y de la que proviene el perjuicio. Es muy claro que, en ese caso, no podemos siquiera preguntarnos si fue razonable que el perjudicado confiara en una información incorrecta para tomar la decisión que acabó por volverse en su contra: lo que en realidad sucede es que nos detenemos antes al comprobar que la información falsa ni siquiera fue condición necesaria del daño, por lo que ya no queda lugar para la posterior pregunta de si el daño le es objetivamente imputable al demandante.

En la jurisprudencia italiana, se hace una aplicación de esta idea en una sentencia en la que se discutía sobre una confirmación telefónica de un cheque. Finalmente, se da la razón al banco demandado, a pesar de que había confirmado telefónicamente el cheque y lo había hecho mal, porque se atendió al hecho de que la llamada telefónica se había realizado cuando el demandante ya había concedido disponibilidad inmediata al sujeto que le había presentado el cheque.

En los países de la *Commonwealth*, se puede encontrar un caso en el que también fue decisiva la ausencia de la adecuada relación de causalidad. Se trata de una compañía que había comprado acciones de una segunda compañía y que demandaba a los auditores que habían preparado un informe incorrecto sobre el estado de esa segunda compañía. Frente a la alegación de la demandante de que había confiado en el incorrecto informe elaborado negligentemente por los auditores,

el tribunal estableció que no había existido esa confianza y que no había relación de causalidad entre el daño y la acción porque la demandante estaba decidida a comprar las acciones en cualquier caso, dado que el interés que le había movido a la adquisición era el de poder contar con los servicios de dos directivos que trabajaban en la compañía adquirida²⁶¹. En realidad, faltan datos para juzgar sobre la corrección de esta decisión, ya que la mala descripción de la situación de la compañía desde luego ha tenido que tener influencia sobre el precio pagado por la demandante por los directivos que deseaba tener en plantilla. Cabe la sospecha de que el Tribunal expresa en términos de ausencia de causalidad una decisión basada en otros motivos.

2.3 La información dolosamente incorrecta

Como quedó claro al estudiar las líneas generales de Derecho Comparado, el caso de la información dolosamente inexacta es más sencillo de solucionar y en ningún sistema se duda de que se debe imponer responsabilidad²⁶². Partiendo de esa claridad, en este epígrafe me propongo recoger los argumentos que mejor la justifican y que también se pueden utilizar en nuestro Derecho.

Desde ese punto de vista, podemos decir que también en nuestro sistema parece claro que, cuando el comportamiento del informante fue doloso, el daño ha sido culpablemente causado y que será indemnizable. En este camino, encontraremos grandes problemas de prueba –comunes a todos los casos en los que, entre los requisitos de la acción, hay que probar la intención del autor– y algún posible cruce con el Derecho Penal. El dolo del que hablamos consiste en la consciencia de la falsedad de la información, no necesariamente en la intención de dañar²⁶³.

En nuestro caso, no hay problema ninguno en admitir como dolosa la conducta en la que concurre un mero dolo eventual²⁶⁴. En el mundo anglosajón se repite una y otra vez la idea de que se puede tachar de doloso el comportamiento del que habla con negligente desprecio hacia lo que sea verdad o del que afirma algo como cierto siendo consciente de que no tiene todos los datos necesarios para afirmarlo²⁶⁵. Una idea muy parecida es aquella de afirmar como

²⁶¹ Se trata de *J E B Fasteners Ltd. v. Marks Bloom & Co.* (1983) 1 All ER 691, CA. También se puede consultar BAKER, p. 183, y BRAZIER, p. 211, n. 8.

²⁶² Por todos, VON BAR, p. 103.

²⁶³ Claramente explicado en PROSSER y KEETON, p. 741, y FEINMAN, p. 167.

²⁶⁴ RANIERI, pp. 642-643.

²⁶⁵ El juez CARDOZO, en *Ultramares v. Touche*, lo formulaba diciendo, «Fraud includes the pretence of knowledge when knowledge there is none». La idea también está, por ejemplo, en PROSSER, pp. 233 y 235; JAMES y GRAY, p. 297. También está presente en la RFA. Para esto, VON BAR, pp. 104 y 115.

dolosa la ignorancia inexcusable por un profesional de las habilidades mínimas de su profesión o la que equipara dolo a culpa grave.

Afirmar la responsabilidad del que conscientemente da una información falsa es relativamente más fácil que cuando nos encontramos con un comportamiento simplemente negligente²⁶⁶. Esa diferencia, que es sentida en todos los ordenamientos de nuestro entorno, es fácil de entender hasta desde un punto de vista emocional: es distinto engañar que equivocarse. Como dice Salvador Coderch, en otro contexto, «(la mentira) no enseña, engaña»²⁶⁷.

Esa diferencia de trato entre el comportamiento doloso y el negligente se explica muy bien en la forma en que lo hacen los autores anglosajones. En esos sistemas, se parte de que hay que distinguir entre un deber de cuidado, que es relativo y se define por el propósito para el cual se produce y emite la información, y el deber de honestidad, que es absoluto en el sentido de que la falta de buena fe no depende del propósito para el que se da esa información. De esta manera, la justificación última del distinto trato que el ordenamiento da a las informaciones dolosas puede ponerse en la idea de que la sociedad se beneficia de un trasiego de informaciones sobre el mundo comercial que pueden ser ciertas o no, pero que son propagadas de buena fe, mientras que no hay ningún beneficio social en la transmisión e intercambio de informaciones de cuya falsedad el autor es consciente²⁶⁸. Por otro lado, la intención de engañar sirve de freno y definición de la responsabilidad que se impone²⁶⁹. Además, cuando la actuación del demandado fue sólo culposa, el interés contrario de mantener la libertad de acción pesa relativamente más en la decisión de cuándo imponer responsabilidad²⁷⁰.

Hablando de comportamiento doloso, también merece la pena detenerse en la idea de que es más fácil apreciar la concurrencia de dolo cuando el informante tiene interés en que el informado siga el consejo recibido. En este caso, desaparecen las razones que históricamente llevaron a la idea de que no se debe imponer responsabilidad por consejos o informaciones (la idea de que el consejo se da en interés del *mandatario*). Si el informado no es consciente de la presencia de ese interés, el silencio del hablante al respecto impide a la otra parte ponerse en guardia, con lo que recibe la información

²⁶⁶ Se puede ver ATIYAH, p. 248. También en general, ROBERTSON, p. 739. En la doctrina italiana, MONATERI (98), pp. 576-577.

²⁶⁷ SALVADOR CODERCH *et al.*, p. 31.

²⁶⁸ Estas dos ideas están en el comentario a) al par. 552 del *Restatement (Second) Torts*.

²⁶⁹ ROGERS, p. 52; MARSHALL, p. 748, y, en EE. UU., PERLMAN, p. 76.

²⁷⁰ FLEMING (87), pp. 4 y 607. Sobre la responsabilidad por informaciones dolosas de los auditores, cfr. GOLDBERG (88), p. 308.

o el consejo como si fuese una información o consejo neutrales, sin estar apercebido de la existencia de intereses contrapuestos. En estos casos de flagrante deslealtad, además, siempre estará presente la razonable sospecha de que concurre dolo, puesto que el hablante conseguirá realizar sus propios intereses si el oyente sigue el consejo o actúa sobre la información de que se trate²⁷¹.

2.4 Existencia del deber de cuidado, en nuestro Derecho

El problema consiste aquí en determinar cuándo pesa sobre el informante el deber de ser diligente en relación con el informado. En un segundo momento y dado el hecho de que la información es fácilmente transmisible entre las personas, se planteará el problema de saber hasta dónde se extiende el deber de cuidado cuya existencia hayamos afirmado en primer lugar.

No hay duda de que pesa sobre el informante un deber de diligencia cuando ese deber tiene origen contractual que ampara al informado. Así, el abogado al que se hace una consulta en su despacho profesional incumple su obligación e incurre en responsabilidad cuando contesta mal negligentemente. De igual modo, el arquitecto al que se pide opinión sobre la estabilidad de unos cimientos incurre en responsabilidad, si da una opinión errónea de forma negligente. También es clara la existencia de un deber de cuidado cuando es la ley la que concretamente lo impone sobre el demandado y para la protección del demandante respecto del concreto daño sufrido. En el otro extremo, es fácil excluir la responsabilidad del que, en el transcurso de una conversación informal, propociona cierta información que resulta ser negligentemente falsa²⁷². El ejemplo usual en la doctrina es el del abogado que da opiniones o consejos en una fiesta.

Hay que advertir que, como se ha señalado, no siempre es fácil saber si estamos ante una información u opinión informal. Se puede tratar, por ejemplo, de una comida de negocios o, incluso, de una conversación seria pero mantenida en el transcurso de una partida de golf. Sea como sea, la inexistencia de un deber de diligencia ha de quedar clara en estos casos –casos de *curbstone advice*, en el mundo anglosajón– para que, así, los profesionales puedan relajarse en su tiempo libre.

²⁷¹ SINDE MONTEIRO (89), pp. 573-575.

²⁷² La idea es introducida en nuestra doctrina por PANTALEÓN (96), p. 115. Este supuesto de irresponsabilidad es aceptado en todas las doctrinas que se ocupan de estas cuestiones. Se puede ver FELDTHUSEN, pp. 65 y 69; PROSSER, p. 236; FEINMAN, p. 163, texto y nota 13; FLEMING (87), p. 612; WINFIELD & JOLOWICZ, p. 279; ROGERS, p. 88. Véase también el comentario d) al 552 del *Second Restatement of Torts*, y PROSSER, p. 236.

En la amplia zona central entre estos casos extremos, existe toda una serie de casos en los que no es fácil saber si pesaba o no sobre el informante el deber de informar con diligencia.

Para tratar de abordar esa zona más difícil podemos recordar que, como vimos cuando se expusieron los principales casos que se plantean como problemáticos en nuestro campo de estudio, hay dos grupos bien diferenciados de casos: aquellos en los que la información se proporciona sin que hubiera un contrato que obligase al informante a su producción y, en segundo lugar, aquellos en los que la información se presta en cumplimiento de un contrato en el que el informado no es parte. Para este último grupo de casos, se puede acudir a la idea de echar mano de la relación contractual en virtud de la que se elaboró la información para basar un deber de cuidado; en estos casos, el problema principal va a ser definir el alcance del deber de cuidado. En el primer grupo de casos, no hay base contractual posible, por lo que el problema de la responsabilidad por información falsa se presenta en toda su crudeza. También está claro que la respuesta que demos para este caso más general debe valer también para el caso especial en el que sí existe un contrato involucrado.

2.4.1 Examinaremos en primer lugar los casos de informaciones falsas que no podemos decidir utilizando un deber de cuidado originado en un contrato celebrado entre el informante y persona distinta al perjudicado. ¿Cómo definir el deber de cuidado en estos casos?, es decir, ¿en qué consiste la ilicitud del comportamiento del causante?

Para definir cuándo el informante está bajo el deber de emplear diligencia al dar una información (teniendo en cuenta que la negligencia grave se puede agrupar con el dolo en otro conjunto de casos) se pueden manejar las siguientes ideas inspiradas en ideas cuyo desarrollo completo hemos hecho al exponer la doctrina surgida en los países de *Common Law*.

Recordemos que las distintas opciones que se abren ante nosotros en este punto, una vez que hemos apartado los casos en los que existía un contrato en cumplimiento del cual se proporcionaba la información, eran las que en la *Commonwealth*, se formulaban con las ideas de (a) que exista entre informante e informado una *relación especial*, (b) que el informante debiera haber previsto que el receptor tenía la intención razonable de confiar en la información o el consejo como base de su actuación y (c) que se pueda decir que el emisor asumió voluntariamente responsabilidad respecto de la información o el asesoramiento que presta. Estos dos últimos son

los más conocidos e importantes²⁷³. El primero no es muy útil porque, como ya hemos señalado, nadie acaba de precisar qué hay que entender por *relación especial*.

De entre estos dos criterios preferidos por la doctrina anglosajona, creo que también nosotros debemos elegir el consistente en juzgar si el informante había asumido responsabilidad por la corrección de la información que proporcionaba. Además, podemos destacar que, al final, lo que parece que se quiere aprehender con el uso de este criterio son situaciones en las que el informante, por ejemplo, por su carácter de experto o profesional serio o por la contundencia de su afirmación, crea la apariencia de estar asumiendo responsabilidad por lo que dice. En esas situaciones, parece que se debe reconocer la presencia de un deber de cuidado a menos que el informante se preocupe de destruir la apariencia creada a través de la advertencia de que no asume responsabilidad por lo que dice.

La ventaja principal de este criterio es la de que permite distinguir entre la cuestión de si la confianza del perjudicado fue razonable y la cuestión de si se debe reconocer o no un deber de cuidado. De esta manera, podemos llegar a decir que hay situaciones en que es razonable confiar en la información, pero haciéndolo a propio riesgo, por lo que seremos capaces de distinguir con precisión un mayor número de supuestos.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta idea. Pensemos en un inversor que, por claro y reconocible error del remitente, recibe por correo un informe de auditoría realizado para otro destinatario²⁷⁴. Si la empresa de auditoría es seria y el informe es favorable, parece que es razonable que el inversor se decida, por ejemplo, a comprar acciones de la empresa auditada. Sin embargo, no parece que pueda aspirar a sujetar a responsabilidad a los auditores dado que el inversor de nuestro ejemplo está claramente fuera del deber de cuidado de dichos auditores: ellos no podían estar asumiendo responsabilidad ante el usuario de nuestro caso. El ejemplo, que quizá pueda sonar un poco truculento, se convierte en cotidiano si recordamos que algunos informes de auditoría son publicados en el Registro Mercantil.

Otra ventaja de esta visión de las cosas es que permite el flujo de informaciones sin responsabilidad. Estas informaciones, asumiendo que el destinatario no se llame a engaño sobre si su calidad va respaldada por una asunción de responsabilidad que le ampare a él, tienen innegable utilidad social. Además, como ya hemos desta-

²⁷³ El criterio que expresan viene a coincidir con la solución propuesta en la RFA. Para esto, GALLO, p. 286, y VON BAR, pp. 111 y ss.

²⁷⁴ Este ejemplo surgió en el transcurso de una discusión con el profesor Pintos Ager y fue perfeccionado en otra conversación con el profesor Pantaleón.

cado con anterioridad, si endurecemos a través de una exigencia estricta de responsabilidad el régimen de las informaciones que los operadores ofrecen de forma voluntaria y gratuita, es previsible que se restrinja el flujo de esas informaciones ya que, si la información se da gratuitamente, es porque se puede dar tal como se tiene.

También representa, por último, una ventaja del criterio que comentamos el hecho de que permite que los informantes no se vean sorprendidos por la imposición de responsabilidad. Como, por un lado, imponemos responsabilidad cuando una persona, manejando todos los datos de la situación, habría concluido que el informante estaba asumiendo responsabilidad por el contenido de su mensaje y, por otro lado, permitimos el juego de cláusulas de exoneración de responsabilidad, los informantes podrán, primero, percibir el hecho de estar aparentando que asumen responsabilidad y, después, tomar la decisión que prefieran. En concreto, pueden decidirse a informar, informar añadiendo una cláusula de exoneración de responsabilidad o bien no informar.

Al lado de las ventajas que hemos señalado en el uso de la idea de imponer al informante el deber de informar con diligencia cuando se pueda decir que está asumiendo responsabilidad por lo que dice, vamos a ver ahora cuál es el principal inconveniente de la idea alternativa de la previsibilidad de la confianza razonable del perjudicado. Consiste en el hecho de que, si bien tiene alguna dosis de acierto, falla en lo fundamental. Su dosis de acierto consiste en que es claramente preferible al criterio de la previsibilidad del daño, que ya hemos explicado por activa y por pasiva que es insostenible en el campo de la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. Supera claramente a la idea de previsibilidad del daño porque introduce la idea de razonable confianza entre lo que debe ser previsible y, de esa manera, recoge la descripción de la relación de causalidad en el elemento llamado a filtrar los casos que entran en el campo de lo indemnizable.

Su principal inconveniente consiste en que no responde bien a la idea básica en nuestro campo de estudio, que no es otra que la de que hay que romper la ecuación entre uso de la información, es decir, confianza en la información (sea razonable o sea, por el contrario, culpable), y responsabilidad por incorrección de esa información. Los que usan la información (en la forma en que lo hagan) son siempre muchos más que los que deben estar amparados por la responsabilidad por incorrecciones en dicha información. ¿Por qué?, pues porque para romper la ecuación entre el uso del producto defectuoso (información) y responsabilidad del productor en un bien que, como la información, circula fácilmente de mano en

mano y no se consume por su uso, no es buena idea formular el requisito desde el punto de vista del uso (que ya sabemos que va a ser potencialmente ilimitado), sino que es mejor atender directamente a la responsabilidad.

Esto que estamos comentando, se deja ver con claridad en la cuestión del uso de las cláusulas de limitación de responsabilidad. A través de ellas, el productor de la información, que no puede controlar eficazmente quién usa de (o confía en) su producto —que es lo que los economistas llaman un *bien público*—, sí puede controlar perfectamente ante quién y de qué va a responder (la responsabilidad por defectos no es un *bien público*).

2.4.2 Hay casos en los que el informante, a la vez que causa el daño, está incumpliendo una obligación contractual de informar que le une a otra persona distinta del que se ve perjudicado por esa información. Es el caso del auditor, contratado por una empresa, que sabe que su informe (negligentemente defectuoso) va a ser entregado a un banco, por ejemplo, para solicitarle un préstamo. También es el caso del tasador que tasa (incorrectamente, por su culpa) un inmueble a petición del banco que va a financiar la adquisición de ese inmueble, cuando el que le exige responsabilidad por la incorrección de la valoración es el adquirente de la finca, perjudicado porque había pagado por ella más de lo que valía. En estos casos, el problema de determinar el origen del deber de cuidado es relativamente sencillo y lo que ocurre es que se plantea el problema de determinar la extensión de ese deber de cuidado.

En estos casos, el problema puede ser enunciado de dos maneras distintas que llevan a soluciones que, en principio, también aparentan ser distintas. Más abajo se verá que esas diferencias no son tantas desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, lo que vuelve a poner de manifiesto que estamos en un terreno que es fronterizo entre el territorio de la responsabilidad contractual y el de la responsabilidad extracontractual²⁷⁵.

a) En primer lugar, se puede plantear por vía extracontractual y el problema, entonces, consiste en determinar si el demandante puede argüir que, si el demandado hubiese sido diligente en el cumplimiento de su obligación contractual, él no hubiese resultado dañado; esto es, decir que el daño que sufrió el perjudicado se debe al comportamiento culpable del demandado consistente en violar un contrato que une a ese demandado con otra persona. Lo decisivo,

²⁷⁵ Para encontrar esta idea de que estamos en una zona fronteriza, se puede ver a BUSNELLI, p. 563; MIRABILE, p. 407; RANIERI, p. 633; ALPA (77), p. 43. También a VON BAR, p. 120; MARKESINIS (94), p. 48.

desde este punto de vista, es saber si el perjudicado estaba amparado por el deber de cuidado que el informante infringió. Es decir, saber si el perjudicado estaba protegido por el contrato violado.

Esta manera de plantear las cosas es frecuente en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, en las que se aprecia una tendencia hacia la imposición de responsabilidad por vías extracontractuales, pero usando como criterio para decidir el de si el perjudicado puede ser visto o no como un tercero incluido en el ámbito de protección de un contrato²⁷⁶.

En Francia, esta idea puede que no esté bien estudiada, pero sí parece que las cosas se pueden encauzar, respecto de profesionales, como responsabilidad extracontractual basada en el comportamiento culpable de incumplir un contrato²⁷⁷. Como en la doctrina francesa no ha sido desarrollada la idea de la relatividad de la protección de la responsabilidad extracontractual que nosotros estamos proponiendo para nuestro propio sistema, esa posibilidad es muy poco significativa²⁷⁸. En efecto, si partimos de que todo daño previsible es indemnizable, el sistema no filtra nada en el momento de delimitar el contorno del campo de juego de la responsabilidad, con lo que no hay problema alguno en dejar pasar en ese momento la violación de la obligación contractual como hecho ilícito (culpable o, lo que así entendida la culpa es lo mismo, negligente) potencialmente capaz de desencadenar la responsabilidad extracontractual. Se ve muy claro en las siguientes palabras de Savatier, cuando comenta la posibilidad de que una violación de un contrato sea al mismo tiempo constitutiva de culpa extracontractual: «...el daño supone la responsabilidad de su autor desde el momento en que no sólo ha violado su compromiso contractual, sino que, al mismo tiempo, ha violado un deber moral o legal o, simplemente, su deber general de no causar daño a nadie»²⁷⁹.

b) En segundo lugar, estos casos también se pueden resolver planteándolos desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Este es un punto de vista especialmente estudiado en la RFA²⁸⁰.

La idea consiste en recurrir a la noción de *contrato con eficacia protectora para tercero*²⁸¹. Este tipo de contrato es una modalidad

²⁷⁶ Para esto, por todos, FEINMAN, pp. 106-109.

²⁷⁷ VINEY y JOURDAIN, p. 374, texto y n. 283.

²⁷⁸ En Francia no se aprovechó la posibilidad de que se reconociera abiertamente esa relatividad de la protección que, en un momento determinado, había planteado PLANIOL, aunque sólo fuera desde el punto de vista de lo que ahora se denomina imputación objetiva. Sobre esto, pero de acuerdo con excluir la idea de relatividad, LIMPENS (65), pp. 571-572, y VINEY y JOURDAIN, núm. 441, p. 318.

²⁷⁹ SAVATIER, núm. 140, p. 184.

²⁸⁰ VON BAR, pp. 101 y ss.

²⁸¹ PANTALEÓN (96), p. 81; JORDANO FRAGA, pp. 239-243; SANTOS BRIZ, p. 215; SINDE MONTEIRO (89), pp. 518 y ss.; GALLO, p. 287; VON BAR, p. 119.

del más conocido *contrato en beneficio de tercero*, pero con eficacia de menor alcance. Así como en estos últimos, el contrato entre estipulante y promitente es capaz de crear derechos de los que es titular el beneficiario, en la modalidad que ahora nos interesa se trata de incluir al tercero en el ámbito de protección del contrato que celebran los contratantes. Es decir, no se trata de crear prestaciones de las que el tercero sea acreedor, sino de legitimar al tercero para exigir una responsabilidad contractual porque se ha extendido hasta él el ámbito de protección del contrato. Dicho de otro modo, este tipo de contrato crea para el acreedor deberes de conducta respecto a tercero que no son deberes de prestación sino que son deberes de protección. Esta figura, ideada en la doctrina alemana en los años sesenta (Larenz), no parece presentar problemas desde el punto de vista de su admisibilidad en nuestro Derecho, ya que, si se admite que las partes pacten contratos en favor de tercero, malamente se va a poder poner obstáculos a que pacten una figura análoga y con efectos de menor intensidad.

Si las partes del contrato se han preocupado de incluir al tercero en el ámbito de protección del contrato expresamente, no habrá mayor dificultad. En todos los demás casos, el problema estriba en saber cuándo el tercero afectado por la prestación contractual se ha de considerar que ocupa semejante posición. Para determinarlo, nos basaremos en una integración del contrato conforme con la buena fe (art. 1258 CC). De esa manera, habrá que considerar que el tercero está incluido en el ámbito de protección del contrato si, de acuerdo al contenido y finalidad del contrato y sabiéndolo el acreedor, el tercero es alcanzado por la prestación de una manera que le hace ocupar una posición comparable a la que ocupa el acreedor respecto de esa prestación²⁸².

Desde un punto de vista más concreto, parece que lo decisivo, para poder concluir que el tercero está incluido en el ámbito de protección del contrato, es poder llegar a la conclusión de que el acreedor de la prestación está dispuesto a pagar el sobreprecio que, en su caso, el deudor incluirá en el contrato debido a la responsabilidad adicional frente al tercero que le están pidiendo que asuma²⁸³. Este hecho deja ver claramente lo excepcional que debe seguir siendo esta figura.

No es fácil elegir entre estas dos maneras (extracontractual y contractual) de plantear el problema, pero, paradójicamente, tam-

²⁸² MUSIELAK, citado por SINDE MONTEIRO (89), p. 527. Por otro lado, ZUGENHÖR, p. 1603, y REINMANN, pp. 38-39. Hay también información útil sobre las propuestas alemanas en VON BAR, pp. 122 y ss.

²⁸³ SCHWARTZ, «Economic Loss in American Tort Law: the Examples of J'Aire and of Products Liability», *San Diego Law Review*, enero-febrero 1986, núm. 23, pp. 37-78 (86), p. 47; JONES, p. 1091.

poco parece importar mucho, dado que el régimen aplicable por ambas vías es bastante similar. La dificultad para realizar esa opción se puede apreciar en el hecho de que la experiencia comparada no es de mucha ayuda en ese trance.

En efecto, que se opte por el planteamiento extracontractual en el *Common Law* no nos puede sorprender si recordamos, por un lado, la exigencia estricta de la relatividad de los contratos todavía existente en la *Commonwealth* y el poco desarrollo de la idea de contrato en beneficio de tercero que ha hecho la jurisprudencia estadounidense en este terreno y, por otro lado, recordamos que en todo el *Common Law* el Derecho de los Contratos es bastante rígido por la exigencia de que haya existido algún tipo de intercambio (*consideration*) entre las partes. Que se opte por la idea de contrato en beneficio de tercero —o por la modalidad más débil de contrato con eficacia protectora para tercero— en la RFA tampoco nos puede sorprender si recordamos que en este sistema es la vía de la responsabilidad extracontractual la que es prácticamente intransitable por la combinación de la idea de que no hay responsabilidad (contractual) por el hecho de que una persona aconseje a otra y la idea de que no es indemnizable el daño puramente económico a través de vías extracontractuales.

Sin embargo, sí parece que hay un argumento para decidirse por el punto de vista extracontractual. Se trata de la idea simple de que, nuestro legislador, para el caso de la responsabilidad de los auditores ante terceros, parece remitir al operador a las reglas del artículo 1902 (art. 11.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas)²⁸⁴. Se puede decir, por tanto, que del hecho de que el legislador considere extracontractual la responsabilidad de un auditor ante un tercero, se puede deducir un argumento a favor de este planteamiento de las cosas en nuestro Derecho. En efecto, parece que debe ser tenido en cuenta que el caso de la responsabilidad de los auditores ante tercero, que es un caso paradigmáticamente incluido en el subconjunto de casos en los que se presta la información en cumplimiento de un contrato en el que el perjudicado, sin embargo, no es parte, haya sido solucionado en nuestro sistema por cauces extracontractuales.

Además de ese argumento y antes de que acabemos por decidernos por la vía extracontractual, es interesante detenernos a exponer los trazos que se puedan ir recogiendo del régimen jurídico de la responsabilidad que debe ser impuesta en este subconjunto de casos a que me acabo de referir. En esa exposición creo que se hará patente la idea de que, en realidad, las diferencias en los respectivos regí-

²⁸⁴ Así lo entiende nuestra doctrina. Por todos, PANTALEÓN (96), pp. 67 y 112.

menes jurídicos no son tantas²⁸⁵. Hay que señalar, por otro lado, que es una lástima que ese régimen jurídico no se pueda recoger, en el desarrollo actual del problema, más que a grandes rasgos. Se trata de una materia que todavía no está asentada, ni mucho menos, en las diferentes doctrinas²⁸⁶. Por ello, hay todavía grandes espacios que permanecen en la sombra y poco terreno en el que la doctrina se muestre confiada.

i) La diligencia o no del demandado se mide, en todo caso, con el patrón de la conducta contractualmente exigible. Esta conclusión es evidente cuando la acción se plantea bajo los esquemas de una responsabilidad contractual derivada de un contrato con eficacia protectora para tercero. Además, deber ser también la solución de los casos que se encaucen por vía de responsabilidad extracontractual.

En el sistema estadounidense, Schwartz explica muy bien por qué, sirviéndose del siguiente caso: un arrendador contrata a un contratista para que haga unas obras de renovación en los locales que tiene arrendados y en los que el arrendatario ejerce un negocio de hostelería. Para el arrendatario, es costoso que las obras mantengan cerrado su negocio, por el alto lucro cesante que padece. Imaginemos que en el contrato de obra se establece un plazo de cumplimiento dado y que el contratista lo cumple, ¿tendría sentido una reclamación extracontractual del arrendatario en la que se consiguiese probar que, actuando diligentemente, el contratista hubiera podido acabar dos semanas antes del plazo establecido en el contrato? Queda claro que la diligencia debida por el autor del daño al perjudicado viene determinada por el contrato violado²⁸⁷.

ii) En cuanto al plazo de prescripción, por una idea de simple coherencia, parece aconsejable acudir al plazo propio de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esta conclusión se ve matizada por el hecho de que tampoco parece haber nada en nuestro ordenamiento que impida realizar un planteamiento contractual de la cuestión.

²⁸⁵ En la doctrina italiana se encuentra muy clara la idea de que, por el carácter fronterizo de nuestro campo de estudio, se pueden aplicar las mismas ideas y principios tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. Así lo hace expresamente LUMINOSO, p. 205, y BUSNELLI, p. 566. RANIERI, p. 644, advierte que, también por ese carácter fronterizo, tampoco en Alemania, donde la responsabilidad que se impone es contractual, se aplican con todo rigor las normas de esta última.

²⁸⁶ BANAKAS (99-2.º), p. 274, destaca igualmente ese dato de que la doctrina sobre la materia está en formación.

²⁸⁷ SCHWARTZ (86), p. 47; ROBERTSON, p. 756; núm. 106, y DIAS y MARKESINIS, p. 44. El ejemplo del texto está tomado del célebre caso estadounidense *J'Aire Corp v. Gregory*, 598 P.2d. 60 (1979).

iii) Planteando el supuesto como caso de responsabilidad extracontractual, el demandante es el que soporta la carga de la prueba del daño, la culpa y la relación de causalidad²⁸⁸. No parece que las cosas varíen mucho si planteamos la controversia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, dado que la obligación contractual de informar es de medios y no de resultado.

iv) Es fundamental que la solución que finalmente acojamos respete la distribución del riesgo pactada entre las partes del contrato bajo cuyo manto protector intenta colocarse el tercero. Esto es algo así como la contrapartida necesaria al hecho de que hayamos colocado al tercero bajo el manto protector del contrato. Esto es claro si explicamos la situación en los esquemas del contrato con eficacia protectora para tercero, en la medida en que la pretensión del tercero se basa en el contrato. Por eso, si, por ejemplo, la responsabilidad estaba limitada a través de alguna cláusula de limitación en el contrato, la acción contractual del tercero deberá respetar esa limitación.

La misma conclusión debemos alcanzar incluso si construimos la acción del tercero con mimbres extracontractuales. La explicación, ahora, deriva del hecho de que la culpa del demandado consiste en la violación de la norma contenida en un contrato, es decir, que el demandado fue negligente por infringir el deber de cuidado (contractual) bajo el que actuaba y por ninguna otra cosa.

2.5 Extensión del deber de cuidado

Una vez que, aplicando las ideas del anterior epígrafe, hemos llegado a la conclusión de que sí pesa sobre el informante un deber de ser cuidadoso en el caso que tengamos que enjuiciar, se plantea la cuestión de determinar hasta dónde se extiende tal deber. En efecto, una vez sentada la posibilidad de que aparezca una responsabilidad por informaciones negligentemente erróneas, se plantea el problema de determinar qué ocurre cuando la información es utilizada por persona distinta a la que inicialmente la solicitó o recibió. Esto puede ocurrir cuando la información se incorpora en un certificado, o cuando la información es solicitada en nombre propio pero por cuenta de otro, principalmente²⁸⁹.

Como la respuesta de hasta dónde se extiende el deber de cuidado es relevante para saber si el demandante está o no bajo su manto protector, la respuesta consistirá en tratar de seleccionar a esos

²⁸⁸ Muy claro sobre esto, SINDE MONTEIRO (89), p. 531.

²⁸⁹ La observación es de RANIERI, p. 654.

demandantes. Para esta tarea, también en el ámbito del *Common Law* se han realizado los mayores avances.

La doctrina italiana también ha destacado este problema, pero el estado de la cuestión en ella no parece muy satisfactorio. En la doctrina de ese país, se puede encontrar la opinión de que no debe existir responsabilidad alguna en el caso de que la información circule²⁹⁰. Sin embargo, para otra posición, el hecho de que la información sea hecha circular no tiene especial relevancia²⁹¹.

La mejor manera de acercarse a ese enfoque es hacerlo a través del *Restatement of Torts*, donde el *American Law Institute* recogió de forma completa y acabada, como vimos en su momento, los avances a que antes se aludía²⁹². Así, en el párrafo 552 del *Restatement* se atiende a un criterio doble que por adición nos da buena cuenta de las aportaciones de doctrina y jurisprudencia.

Para ver si el deber de cuidado se extiende hasta alcanzar al demandante, ese párrafo 552 del *Restatement* exige, por un lado, que el perjudicado pertenezca a un grupo limitado de personas, en concreto, que pertenezca al grupo para cuya guía se proporcionó la información; por otro lado, se exige que el perjudicado haya experimentado el daño en cuestión al participar en la operación para la que se elaboró la información que resultó ser errónea²⁹³. Ya señalamos que esta segunda parte de la norma en cuestión no debe ser ni olvidada ni oscurecida por la utilización en exclusiva de la primera parte de la norma que recogemos.

Empleando estas ideas, se pueden alcanzar buenos resultados. De hecho, con estos resultados lo que se hace es explicitar o concretar lo que, en último extremo, parecen ser simples consecuencias de los criterios con los que se juzga la conveniencia de reconocer un deber de cuidado. En efecto, parece que sólo el destinatario conocido (en persona o como integrante de un grupo) por el infor-

²⁹⁰ MIRABILE, p. 408. Recordemos que este autor es bastante poco partidario de la protección del usuario directo de la información, por lo que su postura aquí tampoco es muy sorprendente.

²⁹¹ MOLLE, p. 44. Un tratamiento más sucinto y mejor en LUMINOSO, pp. 212-213; RANIERI, pp. 657-658. Por su parte, VISINTINI (67), p. 246, recoge una sentencia en la que se dice que en caso de una información que va de mano en mano, se interrumpe la causalidad.

²⁹² Estas ideas ya han sido empleadas por PANTALEÓN (96), cuando estudia la responsabilidad del auditor frente a tercero.

²⁹³ El citado párrafo 552 del *Restatement* define primero un deber de cuidado y, en su segunda sección, define la extensión de ese deber a través del siguiente tenor: «(2) Esta responsabilidad está limitada al daño sufrido: a) por la persona o grupo limitado de personas para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la información el receptor de la misma, y b) al confiar en la información y participar en la transacción para la cual el informante había proporcionado esa información. o en una transacción sustancialmente similar».

mante puede confiar razonablemente en la corrección del informe; de la misma manera, en segundo lugar, parece que sólo se puede esperar que un informante haya asumido responsabilidad por la información cuando esa información se proporciona para un uso y un destinatario conocidos, dado que para que el informante pueda decidir el grado de diligencia que va a emplear es necesario que la operación esté bien definida. Por último, si el usuario de la información y la operación proyectada son conocidos, puede que ese tercero esté incluido en el ámbito de protección del contrato en cuyo cumplimiento se proporcionó la información.

2.6 Notas sobre el régimen jurídico de la acción

Conviene recoger algunos extremos relativos al régimen jurídico de la acción de responsabilidad extracontractual con la que se va a pedir la indemnización de los daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, con el ánimo de aclarar el planteamiento y solución de algunas cuestiones.

2.6.1 Creo que se puede dar por cierta la idea de que, en nuestro campo de estudio, se responde no porque la información fuese falsa, sino porque se elaboró o comunicó con negligencia. Es decir, que no se responde si la información es falsa o incorrecta pero el informante había hecho todo lo que era esperable desde una exigencia normal de diligencia para asegurarse de la corrección de esa información. Cuando nos movemos en el mundo de las obligaciones contractuales de informar, esta idea que comentamos se puede expresar diciendo que la obligación de informar correctamente es de medios y no de resultado. No hay que confundir con esto la idea de que la obligación contractual de informar es de resultado porque se atiende a la entrega o no del informe solicitado, y no a su corrección.

2.6.2 Sobre cómo determinar el estándar de diligencia exigible, es decir, el juicio de negligencia basado en la infracción del deber de cuidado afirmado en primer lugar, podemos decir que:

a) Cuando, como ocurrirá a menudo, estemos ante un informante que es un profesional actuando en el sector de su actividad, se aplicará el modelo del honrado comerciante o el buen profesional, en vez de acudir al criterio general del buen padre de familia.

b) Es relevante el grado de control que ejerce el informante sobre la información que proporciona. Cuanto mayor sea el control que el informante ejerce sobre la información que proporciona, mayor será la dificultad para que podamos excusarle de la falsedad de dicha información. Lo mismo ocurrirá si estamos ante un infor-

mante que es un profesional del sector sobre el que versan las informaciones²⁹⁴.

c) Por regla general, será bastante, para el informante que no esté ligado por un contrato, dar los datos de los que disponga, sin necesidad de que incurra en el coste adicional que supone emprender una investigación adicional sobre el asunto.

d) El grado de concreción y seguridad de la información proporcionada también debe ser tenido en cuenta para juzgar sobre si el informador fue negligente. Es claro que la firmeza y concreción del informe debe responder a la profundidad de la investigación realizada.

2.6.3 Anteriormente dijimos que, a través de las cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, el informante era capaz de ajustar el nivel de responsabilidad que deseaba para, así, dar respuesta al hecho de que no iba a poder controlar quién usaba la información producida por él. Se trata de una cuestión de capital importancia, así destacada en las doctrinas que han estudiado estas cuestiones.

Aunque algún autor presente estas cláusulas entre las estrategias (como dar la información oralmente, o en un papel sin membrete) que un banco puede emplear para escapar a su responsabilidad por informaciones falsas, su consideración no siempre está cargada de connotaciones negativas²⁹⁵. Se ha señalado que admitir su validez con generosidad refleja el interés de la sociedad en que se intercambie información económica²⁹⁶.

En efecto, el punto de partida es muy claro: por regla general, el informante no está obligado a proporcionar la información que se le solicita. Con ello, siempre se corre el riesgo de que responda a un endurecimiento relativo del régimen jurídico aplicable, con una simple negativa a dar la información que se le pide. Por eso, se le debe permitir que no tenga necesariamente que optar entre informar bajo estricta responsabilidad o no informar. Para ese objetivo, las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad desempeñan un papel esencial, pues permiten al informante excluir su responsabilidad o modularla.

²⁹⁴ ALPA y BESSONE (90), pp. 196 y 199; BUSNELLI, p. 567.

²⁹⁵ Como estrategia las presenta LUMINOSO, p. 209. Una idea similar en FERRANDO VILLALBA, p. 169.

²⁹⁶ ALPA (77), p. 49. Sobre estas cláusulas, también, MOLLE, pp. 40 y 42; ALPA y BESSONE (90); p. 201, RANIERI, pp. 638-639; BORSSELLI, «La responsabilità bancaria per le informazioni», *Il Nuovo Diritto*, 1971, pp. 112-114, p. 114. Para los sistemas de *Common Law*, FELDTHUSEN, pp. 52 y ss.

Las cosas cambian cuando el informante proporciona la información en cumplimiento de un contrato que le vincula a persona distinta a la del perjudicado. Ahí parece claro que una cláusula del tipo de las que estudiamos puede jugar con normalidad con el significado de limitar o excluir el alcance protector para tercero de ese contrato. La pregunta relevante, entonces, es la de si eso se puede hacer en algunos casos especiales, principalmente, si se puede hacer en condiciones generales y la de si eso es compatible con la finalidad del contrato mismo en cuyo cumplimiento se proporciona la información.

No parece que se deba permitir el uso de estas cláusulas si el informante estaba legalmente obligado a dar la información. En esos casos, el alcance del deber y el grado de diligencia debe hacerse por referencia a la ley.

También es interesante destacar el papel de estas cláusulas desde el punto de vista del deber de cuidado que antes definimos atendiendo a la razonabilidad de la conducta y a la idea de la asunción de responsabilidad por el informante. En efecto, parece que el hecho de que se dé un informe que contiene una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad debe limitar el grado de confianza razonable que el destinatario de la información puede depositar en el citado informe. Desde luego, parece claro que el informado no podrá suponer que el informante está asumiendo responsabilidad por lo que dice, cuando éste expresamente está excluyendo su responsabilidad.

En la doctrina italiana, se ha dicho que estas cláusulas serán nulas en caso de dolo o culpa grave por razón del artículo 1229.1.º del *Codice*, pero que pueden utilizarse como dato relevante a la hora de aplicar el principio de compensación de culpas, puesto que estas cláusulas sí pueden servir para poner de relieve al usuario de que debe controlar él mismo la calidad de la información²⁹⁷. En nuestro Derecho, la solución será similar, puesto que ya hemos dicho que los casos de informaciones dolosas deben dar lugar a responsabilidad en cualquier caso.

2.6.4 Es conveniente también destacar algunas ideas generalmente compartidas, dentro del muy pantanoso terreno del alcance de lo indemnizable a través de estas acciones con las que se exige responsabilidad por daños causados al usuario por informaciones falsas.

²⁹⁷ LUMINOSO, p. 209. Sobre esas cláusulas, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (arts. 1218-1229) (Commentario Scialoja-Branca)*, Milán, 1979, pp. 474 y ss., o ALPA y BESSONE (90), pp. 265 y ss.

La idea mayoritaria de partida es la de que sólo se debe indemnizar lo que se denomina interés negativo o gastos de confianza²⁹⁸. Es decir, que se debe acoger la idea propia de la responsabilidad extracontractual de que la indemnización debe hacer que el perjudicado vuelva a la situación en que estaría en caso de que el demandado no hubiese cometido el acto dañoso de que se trate. Esta idea se opone a la de que, en la responsabilidad contractual, se debe indemnizar el interés positivo —o de cumplimiento—, de forma que la indemnización deje al demandante en la misma posición en que estaría en caso de que el demandado hubiese cumplido escrupulosamente lo pactado²⁹⁹.

En nuestro campo de estudio, pues, se indemnizará al perjudicado hasta que quede en la situación en la que estaría de no haberse proporcionado la información incorrecta. Como se ha observado, la diferencia entre esta medida de la indemnización y la que resultaría de atender a la situación del perjudicado si la información falsa hubiese sido correcta se difumina, si se considera que, de no haberse proporcionado una información incorrecta, el perjudicado hubiese realizado otra inversión alternativa pero igualmente ventajosa.

IV. CONCLUSIONES

1. Cabe utilizar la vía de la responsabilidad extracontractual para exigir la responsabilidad derivada del daño que sufre un sujeto al tomar una decisión de negocios desacertada sobre la base de una información incorrecta negligentemente elaborada o proporcionada por un sujeto con el que el primero ni planea celebrar un contrato ni está unido por una relación contractual en cuyo cumplimiento se proporcionara la información errónea. En nuestro ordenamiento, no tiene sentido recurrir a la ficción de un contrato de información para basar la responsabilidad que el informado exige del informante en estos casos.

2. Para utilizar la vía de la responsabilidad extracontractual sin incurrir en graves problemas, hay que partir de reconocer que, en nuestro campo de estudio, la previsibilidad del daño como criterio de indemnizabilidad da unos resultados impracticables por excesivos. Por ello, a la hora de solucionar los problemas planteados, debemos descartar el empleo de los instrumen-

²⁹⁸ Para el *Common Law*, por todos, FELDTHUSEN, pp. 128-129.

²⁹⁹ Estas ideas las recoge, por ejemplo, Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4.ª ed. Madrid, 1993, p. 280, tratando la responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

tos técnicos que en nuestro Derecho se basan exclusivamente en ese criterio de la previsibilidad del daño: principalmente la idea de la causalidad como causa adecuada. Además, por el mismo motivo, debemos denunciar la falacia de que nuestro sistema aspire a indemnizar todo el daño negligentemente causado (entendido como daño previsible), vístase esta falsa aspiración en términos de culpabilidad o en términos de antijuridicidad como desvalor de resultado en sentido impropio. Es importante que ese reconocimiento no nos lleve a introducir en nuestro sistema, en el que no hay base legal para ello, la exigencia de la antijuridicidad del daño.

3. El instrumento que necesitamos para llegar a superar la idea de que es indemnizable todo el daño negligentemente causado se encuentra, paradójicamente, en la idea misma de culpa. De lo que se trata es de desdoblar la idea de culpa en dos elementos diferenciados, para que a cada uno se le pueda encomendar la tarea que en otros sistemas cumple la exigencia de antijuridicidad del daño (con el papel de ser un filtro de entrada en el campo de lo indemnizable) y el juicio de negligencia (con el papel de realizar una imputación subjetiva del daño al responsable).

En efecto, en la idea de culpa existen dos facetas implícitas: la cuestión de la existencia o no de un deber de ser diligente respecto al demandante en las circunstancias del caso y el juicio de negligencia, es decir, la infracción de ese deber. Parece fuera de toda duda que cuando decimos que un comportamiento dado es negligente lo que estamos haciendo es afirmar que ese comportamiento infringe un modelo de conducta, es decir, un deber de conducta. Que ese deber esté formulado con gran amplitud en el campo de los daños físicos (*neminem laedere*), que lógicamente son la mayor preocupación del legislador, no debe llevarnos a afirmar que el deber de cuidado siempre haya de estar definido en términos de previsibilidad del daño. La cuestión de cómo se define el deber de cuidado, en cuya infracción consiste el juicio de negligencia, es una cuestión de política jurídica y eso significa, en nuestro campo de estudio, que hay que recordar y atender al hecho de que la información es especial: puede pasar fácilmente de mano en mano (y sin que su autor gane nada en cada una de esas transacciones) y no se consume por su uso.

4. La acción del autor del daño consiste, en estos supuestos, en proporcionar un mensaje incorrecto, sea el contenido de ese mensaje una simple información (entendida como relato acríptico de hechos históricos) o una opinión o un consejo (entendidos como juicios de valor sobre unos datos históricos implíci-

tos). La secuencia causal que origina el daño es siempre la misma: el perjudicado confía, y su confianza ha de ser razonable para que pueda aspirar a ser protegido, en la corrección de la información o el consejo recibido y toma una decisión económica que acaba perjudicándole.

5. La responsabilidad es indudable y muy clara si concurre dolo (basta el dolo eventual) en el que informó incorrectamente. Como caso de responsabilidad dolosa, se puede destacar la idea de que también es una información dolosa la que transmite aquel que es consciente de que le faltan datos serios para afirmar lo que afirma como indudable.

6. Para definir los casos en los que hay que reconocer que existe un deber de ser diligente que pesa sobre el informante, conviene distinguir entre:

a) Situaciones en las que el perjudicado confía inculpablemente en una información proporcionada en un contexto de negocios serio que haga ver al informante que está colocándose en una situación tal que un observador razonable entendería que asume responsabilidad por lo que dice. En tal caso, el informante será responsable del daño causado a menos que advierta al informado de que no está asumiendo responsabilidad por lo que dice.

b) Situaciones en las que la información (incorrecta) se proporciona en cumplimiento de un contrato en el que el perjudicado no es parte. En estos casos, se debe imponer responsabilidad extracontractual al informante siempre que podamos considerar que el perjudicado es un tercero que entra en el ámbito de protección del citado contrato. A estos fines, es muy instructiva la doble exigencia de que, por un lado, el perjudicado sea una persona para la que, como individuo o como miembro de un grupo determinado, se diera la información que resultó ser falsa y, por otro lado, la exigencia de que dicha información haya servido de guía justamente en la operación para la que se elaboró.

7. En estos casos de daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, se debe admitir con generosidad el empleo de cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, con el único límite del comportamiento doloso. A través de esas cláusulas, el autor de informaciones, que es consciente de que no va a poder controlar quién usa la información que él costosamente produce, puede al menos ajustar el nivel de responsabilidad con que respalda su mensaje.