

Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva

Fernando Gómez Pomar

Sumari

- La doctrina del Tribunal Suprem
- Les indicacions de la responsabilitat objectiva
- La càrrega de la prova de la culpa i els seus criteris d'inversió
- Una aplicació: la utilització de la regla *res ipsa loquitur*
- Taula de sentències citades
- Bibliografia

• *La doctrina del Tribunal Suprem*

Per qui està familiaritzat amb la jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria de Dret de danys no és una sorpresa la presència d'un bon nombre de doctrines amb fonament teòric més que feble.

Entre elles es compta l'equiparació entre responsabilitat objectiva (o per risc, com sovint agrada al TS d'anomenar-la) i la inversió de la càrrega de la prova de la culpa del causant del dany: "... la doctrina más reciente y constante de este Tribunal se orienta a la objetivación de la culpa extracontractual, por aplicación de la teoría del riesgo, que apareja una inversión de la carga de la prueba" (STS, 1a, 30.9.1986, RAJ 4925). Aquesta identificació s'inicia en els últims anys setanta [SSTS, 1a, 14.3.1978 (RAJ 815), 5.12.1979 (RAJ 3241)], s'intensifica en els vuitanta [SSTS, 1a, 27.4.1981 (RAJ 1781), 10.5.1982 (RAJ 2564), 17.3.1983 (RAJ 1482), 14.2.1985 (RAJ 552), 15.2.1985 (RAJ557), 21.11.1985 (RAJ 5624), 17.7.1987 (RAJ 5801), 19.10.1988 (RAJ 7588) i 20.12.1989 (RAJ 8856)] i s'estén fins a la segona meitat dels noranta [SSTS, 1ª, 22.4.1995 (RAJ 3492), 5.2.1996 (RAJ 1089), 9.2.1996 (RAJ 953), 2.4.1996 (RAJ 2984), 16.4.1996 (RAJ 2954), 25.5.1996 (RAJ 3918), 28.5.1996 (RAJ 3859), 17.7.1996 (RAJ 5676), 22.11.1996 (RAJ 8643), 31.1.1997 (RAJ 253), 12.12.1997 (RAJ 9336), 19.2.1998 (RAJ 636)].

La majoria de processalistes entén que aquesta jurisprudència conté essencialment una exoneració provatòria i no una inversió de càrrega de la prova en sentit estricte: Valentín CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, Tomo I, Volumen 1, Valencia (1996), p. 419; Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, "La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil", 52, *Poder Judicial*, p. 278; Juan F. GARNICA MARTÍN, "Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil", *La Ley* (1999), p. 3.

No obstant, crec preferible fer servir l'expressió "inversió de la càrrega de la prova", en ésser la més usual i, sens dubte, l'emprada pel Tribunal Suprem. A més, es coherent amb la concepció de càrrega de la prova que es defensa en l'apartat III d'aquest treball.

La inversió de la càrrega de la prova no limita el seu camp d'aplicació als sectors de "risc" o d' "objectivització de la responsabilitat", sinó que opera amb caràcter més general com a presumpció (rebatible per prova contrària) de culpa del causant de qualsevol dany i com a conseqüència, en principi, de qualsevol classe d'activitat.

L'evolució d'aquesta doctrina de la inversió de la càrrega de la prova ha estat molt ben analitzada per Santiago CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Pamplona, (1987), p. 65 i ss. : d'una presumpció judicial de fet basada en indicis reveladors de probabilitat de culpa [STS, 1ª, 10.7.1943 (RAJ 856)] i passant per *obiter dicta* al respecte en els anys 60, s'arriba en els 70 a una vertadera presumpció de culpa extracontractual amb un àmbit d'aplicació potencialment universal –no arribà a ser-ho en realitat, perquè hi hagué sectors, el d'accidents mèdics assenyaladament, en els que el Tribunal Suprem mai utilitzà aquesta inversió general de càrrega probatòria.

- ***Les indicacions de la responsabilitat objectiva***

La distinció entre la regla de responsabilitat per culpa i la regla de responsabilitat objectiva és una de les distincions bàsiques del Dret de danys. Una i altra regla constitueixen igualment la dualitat essencial a la que s'enfronten el legislador i el jutge a l'hora de regular amb normes de responsabilitat els comportaments potencialment danyosos.

Els efectes de l'una i de l'altra sobre les conductes de cura del causant (si l'accident és unilateral, això és, la seva probabilitat d'esdeveniment depèn del comportament del danyant i no del de la víctima) o de causant i víctima (si l'accident és bilateral, això és, la seva probabilitat d'esdeveniment depèn del comportament d'ambdós) han estat àmpliament estudiats per l'anàlisi econòmica del Dret de danys i no és necessari reproduir-los aquí. El lector interessat pot trobar el tractament canònic de la matèria a Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.) (1987), p. 6 i ss.

El que sí resulta oportú recordar és el conjunt de resultats de la teoria econòmica dels accidents pel que respecta als possibles avantatges comparatius de la responsabilitat objectiva sobre la responsabilitat per culpa.

- 1) ***Simplificació i menor propensió a l'error en els processos***

En la mesura en què la regla de responsabilitat objectiva permet als jutges i tribunals decidir la responsabilitat del demandat sense consideració vers el nivell de diligència exigible, i sense aturar-se a determinar si la cura realment observada pel demandat s'ha ajustat a aquest nivell, els procediments judicials en la matèria seran, en bona lògica, més simples i menys costosos. En ésser igualment més previsible el resultat (ja que una possible font d'incertesa, que és la decisió de si el demandat ha estat o no negligent, queda per definició obviada) s'incrementarà la taxa de transacció extrajudicial de les reclamacions de danys i perjudicis per responsabilitat extracontractual.

A més a més, si es suposa, com sembla realista fer, que els jutges i tribunals poden cometre errors en la determinació de l'estàndard de la diligència exigible

i/o en la valoració de l'ajust de la conducta del demandat a aquest estàndard, l'atractiu de la regla de responsabilitat objectiva, que elimina d'arrel tota possibilitat d'error al respecte, s'incrementa.

Aquest avantatge "processal" de la responsabilitat objectiva enfront la culpa és, en bona mesura, més teòrica que real. I no sols perquè sota un règim de responsabilitat objectiva és d'esperar que es produeixin més reclamacions indemnitzatòries i, per tant, major número de litigis i de costos processals globals que sota un règim de culpa. La raó és més subtil i procedeix del fet que, amb regla de la culpa o sense ella, sempre caldrà examinar en el procés, a més de la causalitat material, la imputació objectiva del dany causat a la conducta del causant. I com que aquest judici d'imputació objectiva no és conceptualment distingible de l'anàlisi cost-benefici de la conducta del causant a la vista dels seus costos de precaució, de la probabilitat de l'accident i de la magnitud del dany, el procés no resultarà significativament menys costós sota una regla de responsabilitat objectiva. Això deixa com a únic motiu rellevant de preferència a favor d'aquesta última regla el que s'examina tot seguit.

2) *El perill de l'activitat danyosa*

Si el volum d'activitat potencialment danyosa del causant (quants km. es condueixen, quantes hores vola la companyia aèria, quant produeix l'empresa que possiblement contamina), i no només la seva inversió en cura o precaució, és un factor influent sobre la probabilitat d'esdeveniment del dany, la regla de responsabilitat per culpa es veu incapaç d'incloure en el causant els nivells d'activitat socialment més desitjables.

El causant, a fi d'eludir el pagament de la indemnització, en té prou amb assolir el nivell de cura exigible, això és, ser diligent. Essent diligent, doncs, no s'enfronta al risc d'abonar cap indemnització pels danys resultants de la seva activitat, de manera que la regla de la culpa no l'incentivarà a adoptar el volum d'activitat més adequat des del punt de vista de la reducció eficient dels danys que en deriven. Escollirà, en canvi, el nivell d'activitat que li resulta personalment més avantatjós, i que serà superior al més convenient des del punt de vista del benestar social.

La regla de responsabilitat objectiva, per contra, sí força al causant a internalitzar el cost extern de la seva activitat: com que, amb independència de la seva major o menor cura, haurà de pagar per tot el dany causat, li convé, per propi interès, escollir el nivell d'activitat que fa màxima la diferència entre la utilitat resultant de l'activitat i el dany produït, i aquest és precisament el nivell que dicta la maximització del benestar social.

Aquest avantatge enfront al de la culpa no resulta massa rellevant quan l'activitat potencialment generadora de danys no és per ella mateixa perillosa, és a dir, quan es tracta d'una activitat que, si es realitza amb la precaució requerida per l'estàndard de la diligència exigible, presenta un risc reduït de produir danys (més tècnicament: la probabilitat del dany avaluada en el punt de la diligència exigible és baixa). Tot i que el volum de l'activitat del causant superi el desitjable socialment, el dany resultant no és significatiu.

Per contra, la comentada deficiència de la regla de la culpa sí es converteix en preocupant en relació amb activitats que es poden qualificar d'intrinsecament perilloses: en elles, el dany esperat és important encara que l'agent actüi amb tota la diligència exigible. Aquest dany esperat pot ser alt, tant com a conseqüència de l'elevada probabilitat que succeeixi el dany com per la seva elevada magnitud, àdhuc essent reduïda la probabilitat del mateix (pensi's, per exemple, en una central nuclear: la probabilitat de fuga pot ser petita si s'opera amb diligència, però si un esdeveniment de baixa probabilitat com aquest té lloc, el resultat danyós és realment catastròfic).

Tractant-se d'activitats inherentment perilloses reverteix, doncs, amb claredat, en interès de la societat que qui desenvolupa l'activitat no n'excedeixi els nivells que són socialment òptims. La conseqüència és, en principi, la preferència de la responsabilitat objectiva com a regla de responsabilitat per a una activitat d'aquesta naturalesa.

En rigor, en els àmbits d'accident bilateral també cal prendre en consideració el volum d'activitat de la potencial víctima. La incidència sobre aquest d'ambdues regles de responsabilitat és, sota certs supòsits, precisament l'oposat al que s'acaba d'exposar. Es pot esquivar aquesta objecció, això no obstant, suposant simplement que l'anàlisi es limita als accidents unilaterals (aeris, mediambientals) i a aquells bilaterals en els que en relació amb el dany esperat el nivell d'activitat del causant és més transcendent que el de la víctima.

En termes més tècnics de probabilitat, siguin:

X = "manca de cura del causant" (en altres termes, "negligència")

$\sim X$ = "no X", (per tant, "diligència del causant")

Y = "esdeveniment del dany"

Prob (Y/X) = probabilitat de Y condicionada a què hagi ocorregut X

Prob (Y/ $\sim X$) = probabilitat de Y condicionada a què no hagi ocorregut X.

Una activitat es pot definir com intrínsecament perillosa si el quocient

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/ $\sim X$)}}$$

és només lleugerament superior a 1.

Aquest resultat del quocient indica que l'observació o constatació que s'ha esdevingut Y, això és, el dany, no és un bon senyal o indicatiu de si X s'ha esdevingut o no, és a dir, de si el causant va actuar amb negligència.

I, recordi's, precisament és en casos com aquests en els que la regla de responsabilitat objectiva apareix com a preferible a la regla de responsabilitat per culpa.

Com es podrà verificar a continuació, és justament la situació oposada la que pot considerar-se com un dels factors que aconsellen invertir la càrrega de la prova de la culpa a favor del demandant, de manera que hagi de ser el demandat qui provi l'absència de culpa per part seva.

- **La càrrega de la prova de la culpa i els seus criteris d'inversió**

- 1) **La noció general de càrrega de la prova**

Les decisions dels jutges i tribunals requereixen l'apreciació i valoració de circumstàncies o successos que no estan a la seva disposició, sinó a la de les parts en el procés o a la de tercers.

Quan amb referència a aquestes circumstàncies es parla de càrrega de la prova, s'està fent menció a dos aspectes separables en el pla teòric: per poder adoptar una decisió fonamentada el jutge o tribunal ha d'adquirir un cert grau de convicció quant a l'esdeveniment d'aquella circumstància, però per a això és necessari que alguna de les parts li proporcioni els elements provatoris que li permetin assolir-lo. Les regles sobre càrrega de la prova comprenen, doncs, d'una banda, la determinació del llindar de certesa que requereix qui jutja per satisfer la pretensió i, d'altra, la determinació de quina de les parts ha de subministrar les proves per assolir l'esmentat llindar, amb la pena de rebre una decisió adversa sobre el fons de l'afer si no ho fa.

En l'àmbit jurídic nord-americà, tots dos aspectes són analitzats independentment dins de la genèrica "burden of proof": es parla així de "burden of persuasion", "level of confidence" o "standard of proof" (són els termes que empren, respectivament, Richard POSNER, "An Economic Approach to the Law of Evidence", 41 *Stan. L. Rev.* (1999), p. 1477, Bruce HAY i Kathryn SPIER, "Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Analysis", 26 *J. Leg. Stud.* (1997), p. 414 i Michael DAVIS, "The Value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes, 10 *J. L. Econ. & Org.* (1994), p. 346) per referir-se al primer, enfront a "burden of production" o "burden of proof" en sentit estricte.

A Espanya i, en general, a Europa, no es realitza amb nitidesa –o no es realitza en absolut– la distinció entre els dos vessants de la càrrega de la prova. Tal vegada això es degui a què implícitament es considera que només hi ha un nivell de confiança o convicció jurídicament admissible en qui jutja quant a l'esdeveniment d'un cert succés. Aquest nivell seria el de la plena certesa, això és, el corresponent a una probabilitat d'esdeveniment del 100%. No tinc cap dubte que aquest supòsit implícit no reflecteix la realitat del funcionament dels sistemes jurídics i, més encara, no és en absolut desitjable com a objectiu. Pensi's en el nivell de prevenció civil, administrativa o penal que portaria aparellada una exigència d'aquest rigor en el convenciment del jutge, tribunal o autoritat sancionadora.

Es defineix entre nosaltres habitualment càrrega de la prova com a regla de decisió o de judici que permet a qui jutja resoldre la controvèrsia a favor de qui no està sotmès a ella, en cas que la prova aportada no sigui concloent. Seria

essencialment una regla que possibilitaria evitar el *non liquet* quan es produeix un empat entre els litigants quant a la convicció de la veritat o falsedat del succés suscitada en qui jutja.

Aquesta noció, tot i això, presenta una dificultat: en termes estadístics, empat vol dir que la convicció de qui jutja respecte a la producció de l'esdeveniment en qüestió, després del procés i de l'eventual prova presentada en ell, és exactament del 50%. Si la distribució de probabilitat de l'esdeveniment és contínua, la probabilitat efectiva que coincideixi exactament amb el 50% és, a la pràctica, inexistent, i això encara que la convicció de qui jutja prèvia al procés fos precisament d'un 50% (en termes més tècnics, que la probabilitat posterior en sentit bayessià sigui just de 0,5 és pràcticament impossible, encara que la probabilitat prèvia fos de 0,5).

A més, la concepció de la càrrega de la prova dominant en la doctrina espanyola situa el centre d'atenció en el subjecte equivocacat –el jutge o tribunal-, en lloc d'orientar-la vers aquells el comportament dels quals –el probatori, però també l'extraprocessal- és vertaderament rellevant: les parts en el litigi. El decisiu de la càrrega de la prova és que es tracta d'un instrument estratègic a mans del legislador i dels jutges i tribunals que permet induir els comportaments processals i extraprocessals desitjats. En relació amb la càrrega de la prova la preocupació del sistema jurídic no és acadèmica, ni d'epistemologia de la funció judicial, sinó pragmàtica, com ho és en la resta de les matèries. El seu objectiu és el de regular comportaments en el món real.

2) Càrrega de la prova i mesures de cura del causant

Com s'ha indicat en el subapartat anterior, la noció general de càrrega de la prova presenta dos aspectes que han de ser analitzats separatament: un és la fixació del llinar de convicció o confiança requerit per donar per acreditada una circumstància en què es basa una pretensió; l'altre és la determinació de quin dels litigants ha d'aportar els mitjans probatoris que permetin assolir aquell nivell de convicció, de manera que si el gravat per aquella càrrega no satisfà aquesta exigència probatòria, la decisió judicial sobre l'esdeveniment de la circumstància en qüestió serà negativa.

Del primer d'ells se n'ha ocupat àmpliament la literatura de l'anàlisi econòmica del Dret. S'ha analitzat, en una primera etapa, com a mecanisme que (en connexió amb altres, com la magnitud de la sanció) permet regular el comportament processal de les parts (quant al mèrit de la pretensió, a les despeses en matèria probatòria o al tipus de prova emprada): Joel SOBEL, "Disclosure of Evidence and Resolution of Disputes: Who Should Bear the Burden of Proof?", en ROTH (ed.), *Game Theoretic Models of Bargaining*, Cambridge (1985), p. 341; Daniel RUBINFELD i David SAPPINGTON, "Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings", 18 *Rand J. Econ.* (1987), p. 308; Michael DAVIS, "The Value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes", 10 *J. Law Econ. & Org.* (1994), p. 343; Chris William SANCHIRICO, "The Burden of Proof in Civil Litigation: A Simple Model of Mechanism Design", 17 *Int. Rev. L. & Econ.* (1997), p. 431; Andrew DAUGHETY i Jennifer REINGANUM, "On the Economics of Trials:

Adversarial Process, Evidence and Equilibrium Bias”, Working Paper 98-w02, Vanderbilt University (1998).

Tots els models anteriors consideren que el comportament extraprocessal de les parts (el nivell de cura, la comissió o no d'un delictes) ve donat exògenament, de manera que no s'analitza l'efecte que en connexió amb el mateix pugui tenir el llindar de convicció de qui jutja adoptat pel sistema jurídic.

En una segona etapa (que es cobreix en part amb la primera), sí que es considerarà la incidència d'aquest aspecte de la càrrega de la prova sobre la conducta dels subjectes prèvia al procés –a més de la processal –, en especial mitjançant l'expedient de suposar que qui ha actuat conforme a Dret en el pla extraprocessal (ha estat diligent o no ha comès el delictes), s'enfronta a menors costos de prova de la seva innocència que qui ha actuat il·lícitament (falsificar documents o subornar testimonis és costós): Louis KAPLOW, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, 23 *J. Leg. Stud.* (1994), p. 358; Chris William SANCHIRICO, “Enforcement by Hearing: An Integrated Model of Evidence Production”, Working Paper, Columbia University Department of Economics (1998), Chris William SANCHIRICO, “Games, Information and Evidence Production with Application to English Legal History”, Working Paper, University of Virginia School of Law (1999); Antonio BERNARDO, Eric TALLEY i Ivo WELCH, “A Theory of Legal Presumptions” Working Paper, University of Southern California Law School (1999); Antonio BERNARDO i Eric TALLEY, “A note on Presumptions with Sequential Litigation”, Working Paper, UCLA (1999).

En la majoria d'aquests models, a més, la determinació del llindar de confiança de qui jutja es determina de forma endògena en funció de les variables que afecten al comportament preprocessal i processal de les parts.

En comparació amb la importància quantitativa i qualitativa del tractament rebut per aquest vessant de la càrrega de la prova, l'altra ha passat molt més inadvertida en la literatura del “Law & Economics”.

Això no obstant, és precisament la qüestió de qui ha d'acreditar el fet controvertit (en l'afer que ens ocupa, la culpa del causant del dany), sota pena de rebre un judici advers, la que es dilucida en la doctrina del Tribunal Suprem sobre la inversió de la càrrega de la prova en les activitats d'elevat risc.

Al contrari del que passa en els models esmentats anteriorment, en els que es pretenia analitzar i es demostrava l'efecte de les regles de llindar de confiança sobre el comportament extraprocessal dels destinataris, en els models sobre aquest segon aspecte de la càrrega de la prova aquest efecte es suposa exclòs (Bruce HAY, “Allocating the Burden of Proof”, *Ind. L. J.* (1997), p. 651) o es nega (almenys en el pla teòric), com a conclusió del model: Bruce HAY i Kathryn SPIER, “Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective”, 26 *J. Leg. Stud.* (1997), p. 423; igualment, Antonio BERNARDO, Eric TALLEY i Ivo WELCH, “A Theory of Legal Presumptions”, p. 4.

Ni com a punt de partida ni com a resultat, la tesi de la irrellevància extraprocessal de la càrrega de la prova és convincent amb caràcter general.

Fins i tot emprant el model simple de HAY i SPIER, que implica informació completa i simètrica entre ambdues parts, i prova unitària i plenament convincent, és possible demostrar com l'assignació de la càrrega de la prova de la culpa a demandant o demandat sí afecta als incentius a la prevenció del potencial causant del dany. I, el que és important als nostres efectes de valorar la jurisprudència del Tribunal Suprem, és possible igualment provar que d'aquesta incidència sobre els incentius a la precaució es dedueix que la inversió de la càrrega de la prova està contraindicada quan l'activitat generadora de riscos és de les qualificables com a intrínsecament perilloses.

El model és substancialment el de Bruce HAY i Kathryn SPIER, cit., p. 430-431.

Siguin:

kc = cost de la mesura de cura (pel causant: per simplicitat, es suposa que l'accident és unilateral);

kp = cost de presentació de prova sobre la culpa del causant (es suposa que aquest cost és idèntic per ambdues parts);

pc = probabilitat d'accident si el causant adopta la mesura de cura;

pnc = probabilitat de l'accident si el causant no adopta la mesura de cura;

D = dany per la víctima derivat de l'accident.

Es suposa igualment:

1. **kc < (pnc - pc) D**, això és, que la mesura de cura està justificada en termes d'eficiència social.
2. **kp < D**.
3. La prova és determinant o, almenys, suficient per assolir el llindar de convicció de qui jutja (amb la qual cosa s'ä llen els efectes de l'assignació de la càrrega de la prova dels que pogués provocar un canvi en dit llindar).

Llavors, si la càrrega de la prova s'atribueix a la víctima-demandant, aquesta decidirà presentar prova, donat el supòsit 3, si i només si la prova acredita la negligència del causant. Per consegüent, el cost esperat pel causant de la no adopció de la mesura de precaució, seria **pnc x D**. El causant, doncs, serà prudent sempre que

kc < pnc D, el que es compleix per definició, donat el supòsit 1.

Quan es fa recaure sobre el propi causant la càrrega de provar la seva falta de culpa, aquest presentarà prova, donat el supòsit 3, si i només si no havia estat negligent (en cas contrari serà, doncs, obligat a indemnitzar el dany, i al ser **kc <**

pnc D, es veurà induït a adoptar la mesura de precaució), amb la qual cosa serà prudent sempre que

kc + pc kp < pnc D, el que, donats els supòsits 1 i 2 es compleix en tot cas.

El model permet concloure que la decisió sobre atribució de la càrrega de la prova pot despreocupar-se dels incentius a la precaució induïts per aquella, ja que aquests incentius seran en tot cas els socialment adequats.

No obstant això, aquesta conclusió del model depèn de forma crucial de l'ús de la regla de la culpa en la seva versió no modificada per la causalitat *sine qua non*. Si s'empra la regla de la culpa modificada (en el sentit de GRADY i KAHAN, això és, incorporant la causalitat *sine qua non*, de manera que la indemnització esperada no serà simplement la probabilitat -avaluada en el nivell de precaució realment observat pel causant- multiplicada per la magnitud del dany, sinó que s'haurà de descomptar el dany esperat avaluat en el nivell de diligència exigible), el resultat s'altera significativament (en un sentit no previst per HAY i SPIER):

Si el causant-demandat afronta la càrrega de la prova, la condició d'adopció de la mesura de precaució passa a ser, amb la regla de la culpa modificada,

kc + pc kp < (pnc - pc) D, que no es compleix sempre donats 1 i 2.

Molt al contrari, aquesta condició indica que l'atribució de la càrrega de la prova al causant disminueix el seu incentiu a adoptar la precaució òptima, atès que el cost de presentar prova redueix l'atractiu pel causant de l'opció d'adoptar precaució front a l'opció de la negligència. Per tant, com més gran siguin pc (i pc, recordem, és la probabilitat d'accident quan el causant arriba a la precaució socialment òptima) i kp, menys atractiva és la imposició de la càrrega de la prova al causant-demandat. Paral·lelament, pels casos d'accident bilateral, el mateix podria dir-se de la imposició a la víctima de la càrrega de la prova de la seva pròpia culpa amb vista a l'aplicació d'una regla de negligència contributiva o de compensació de culpes.

En definitiva, utilitzant un model simple de càrrega de la prova que suposi informació completa i simètrica d'ambdues parts i que l'evidència probatòria és indivisible en la seva presentació i apreciació i posseeix suficient poder de convicció davant qui jutja, es poden constatar dos efectes:

- i) que les regles d'atribució de la càrrega de la prova sí incideixen sobre el comportament de precaució del causant.
- ii) que aquesta incidència apunta precisament en el sentit següent: com més perillosa és una activitat en termes de probabilitat residual de dany al nivell òptim de diligència, i com més costosa és la presentació de prova pel demandat, menys indicada resulta la inversió de la càrrega de la prova en perjudici del causant del dany.

En l'apartat següent es tracta de demostrar com, tot i ignorant aquest efecte sobre la conducta prudent del potencial danyant, és a dir, encara que l'anàlisi es

restringeixi en exclusiva als comportaments de presentació de prova per les parts, es manté la conclusió ii) anterior: la correlació entre perill de l'activitat i inversió de la càrrega de la prova de la culpa ha de ser negativa.

3) *Incidència de la càrrega de la prova sobre la presentació de prova per les parts*

En un escenari molt similar al que s'ha fet servir en el subapartat precedent, es tractarà d'exposar de quina manera la càrrega de la prova afecta a la decisió dels litigants de presentar o no prova, i com aquests efectes influeixen, al seu torn, en l'assignació òptima de la càrrega de la prova a una o altra de les parts. Per descomptat, també es deduiran les pertinents conclusions per a la relació entre responsabilitat objectiva i càrrega de la prova.

El model torna de nou a caracteritzar-se pels següents supòsits:

i) Existeix una controvèrsia judicial entre 2 subjectes, causant (**C**) i víctima (**V**), la resolució de la qual depèn de l'apreciació d'una certa circumstància (aquí, la culpa o negligència del causant).

ii) La concurrència o no de culpa no és directament verificable per qui jutja la controvèrsia, encara que sí observable per **C** i **V** (la informació és completa i simètrica).

iii) Ambdues parts, **C** i **V**, tenen accés, a un cert cost, igual per ambdues i inferior al valor de la controvèrsia per les parts, a un element probatori de caràcter unitari (no pot ser presentat a qui jutja de forma parcial: o es presenta sencer o no es presenta) i capaç de portar a qui jutja la (correcta) convicció sobre el realment esdevingut, amb el grau de confiança exigida pel propi sistema jurídic.

iv) Per simplificar la presentació del model en format normal s'atribueixen valors numèrics a la suma de la controvèrsia (es suposa que aquesta versa sobre l'atribució o no d'una indemnització, amb càrrec a **C**, de 10 unitats monetàries a favor de **V**) i al cost de presentar prova (es suposa que és de 2 unitats monetàries).

Pensi's, en primer lloc, què passarà si la càrrega de la prova de la culpa es fa recaure sobre el demandant, en aquest cas, **V**. Si el causant, **C**, havia incorregut en culpa, fet que ambdues parts, però no qui jutja, coneixen, les estratègies de presentació de prova es poden apreciar amb l'ajut de la Figura 1.

Figura 1. Càrrega de la prova: Demandant (víctima)

Indemnització=	10
Cost Presentar Prova=	2
Culpa=	Sí

		C	
		Presentar	No presentar
V	Presentar	(8, -12)	(8, -10)
	No presentar	(10, -12)	(0,0)

Per descomptat, al demandat, **C**, no li interessa presentar prova, perquè això perjudica els seus propis interessos, ja que d'aquesta manera convenceria a qui jutja de la seva pròpia culpa. Anticipant aquesta estratègia de **C**, a **V** li interessa presentar prova i obtenir així la indemnització. Tècnicament, hi ha un equilibri de Nash = (Presentar, No presentar): atesa l'estratègia dominant per **C** (No presentar), **V** opta per presentar-ne.

En canvi, si amb càrrega de la prova pel demandant, **V**, no concorregué culpa de l'altra part, les estratègies són diferents, tal i com mostra la Figura 2.

Figura 2. Càrrega de la prova: Demandant (víctima)

Indemnització= 10
 Cost Presentar Prova= 2
 Culpa= No

		C	
		Presentar	No presentar
V	Presentar	(-2,-2)	(-2,0)
	No presentar	(0,-2)	(0,0)

En aquest cas, cap de les parts té incentius per presentar prova. El demandant, **V**, perquè el fer-ho el perjudica. El demandat, **C**, perquè no ho necessita, al ser l'altra part la gravada amb la càrrega de la prova: com que sap que **V** no presentarà prova, es limita a esperar que qui jutja decideixi conforme a l'absència d'elements probatoris i a la regla en vigor sobre càrrega de la prova. En termes tècnics de teoria de jocs, hi hauria un equilibri en estratègies dominants = (No presentar, No presentar): per ambdues parts és estratègia dominant (No presentar).

Sota un règim de càrrega de la prova que gravés al demandat, **C**, els equilibris esperables seran, en bona lògica, diferents. La Figura 3 ens ho mostra quan ha concorregut culpa de **C**.

Figura 3. Càrrega de la prova: Demandat (causant)

Indemnizació= 10
 Cost Presentar Prova= 2
 Culpa= Sí

		C	
		Presentar	No presentar
V	Presentar	(8,-12)	(8,-10)
	No presentar	(10,-12)	(10,-10)

Aquí torna a donar-se una situació en la que cap dels litigants té interès en presentar prova. **C**, sobre qui pesa la càrrega de la prova, manca d'incentiu a presentar-la perquè aportar evidència només suposaria acreditar la seva pròpia culpa. El demandant, per la seva part, sabent que el beneficia la càrrega de la prova, en té prou amb esperar la decisió favorable que adoptarà qui jutja a la vista que ningú presenta prova. Hi ha de nou un equilibri en estratègies dominants (No presentar).

La Figura 4 ens reflecteix el resultat esperable sota un règim de càrrega de la prova pel demandat i absència de culpa en el causant **C**.

Figura 4. Càrrega de la prova: Demandat (causant).

Indemnització=	10
Cost Presentar Prova=	2
Culpa=	No

		C	
		Presentar	No presentar
V	Presentar	(-2,-2)	(-2,0)
	No presentar	(0,-2)	(10,-10)

Al demandant, **V**, no li resulta atractiva la presentació de prova, ja que perjudica la seva posició i és, a més, costosa. Anticipant aquesta línia d'actuació, li interessa al demandat, **C**, gravat per la càrrega de la prova, oferir l'evidència necessària perquè qui jutja es convenci de l'absència de culpa i desestimi la demanda. Es tracta d'un equilibri de Nash en (No presentar, Presentar): per **V** és estratègia dominant (No presentar), fet que impulsa a **C** a escollir (Presentar).

Com es dedueix dels equilibris descrits en las figures precedents, la regla de càrrega de la prova no sempre aconsegueix obtenir el resultat més eficient en el sentit de fer mínims els costos processals de prova per assolir la solució correcta. Així, quan la càrrega de la prova recau sobre el demandant, i el causant del dany havia actuat realment amb negligència, aconseguir sentència favorable a la indemnització requereix que el demandant presenti prova, amb un cost que, idealment, seria desitjable evitar. Hauria estat millor, atesa la culpa del demandat, tenir una regla de càrrega de la prova de sentit oposat, i així assolir l'equilibri pareto-òptim. El problema és que precisament qui podia haver alterat la càrrega de la prova –el jutge o tribunal– ignorava el fet –la culpa del causant– que feia desitjable la inversió de la càrrega probatòria. I si ho hagués sabut anticipadament, no hauria necessitat que ningú li aportés elements

probatoris. Sota una regla de càrrega de la prova del demandat, passa el mateix si el fet real de base és l'absència de culpa del demandat.

El màxim al que pot aspirar un sistema jurídic orientat cap a l'eficiència (cosa que, en aquest context, és sinònim de minimitzar els costos processals de presentació de prova, atès que es prescindeix de la incidència sobre el comportament preventiu de les parts) és atribuir la càrrega de la prova en termes de la probabilitat de reduir al mínim aquests costos probatoris.

En termes més tècnics, si es denomina

Prob (X/Y) = probabilitat que el causant hagi estat negligent, condicionada a l'esdeveniment del dany.

Prob (~X/Y) = probabilitat que el causant no hagi estat negligent, condicionada a l'esdeveniment del dany.

C Pv = cost de presentar prova per la víctima.

C Pc = cost de presentar prova pel causant.

S'hauria d'atribuir la càrrega de la prova al demandant si i només si es compleix la següent desigualtat:

$$\text{Prob (X/Y)} \times \text{C Pv} < \text{Prob (~X/Y)} \times \text{C Pc}$$

Per la regla de Bayes aquesta condició equival a la següent:

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/ ~ X)}} \times \frac{\text{Prob (X)}}{\text{Prob (~ X)}} \times \frac{\text{C Pv}}{\text{C Pc}} < 1$$

que seria, per tant, la condició perquè resultés eficient atribuir la càrrega de la prova al demandant (víctima), i on el quocient entre Prob (X) i Prob (~X), és simplement la *ratio* general en la societat entre negligència i diligència en l'activitat danyosa de què es tracti.

Si considerem llavors la inversió de la càrrega de la prova de la culpa en perjudici del demandat, la condició d'eficiència serà:

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/ ~ X)}} \times \frac{\text{Prob (X)}}{\text{Prob (~ X)}} \times \frac{\text{C Pv}}{\text{C Pc}} > 1$$

El segon multiplicand de la part esquerra de la desigualtat serà, ordinàriament, molt inferior a 1 (en cas contrari, s'estaria davant una activitat en la que, amb independència que es produeixi un dany, la negligència és més freqüent que la diligència). Si es recorda l'apartat II anterior, l'expressió del primer multiplicand és molt més pròxima a 1 com més inherentment perillosa és una activitat, cosa que vol dir que, *ceteris paribus*, és molt més difícil que es compleixi la condició d'eficiència per la inversió de la càrrega de la prova en perjudici del demandat com més intrínsecament perillosa és una activitat. Per tant, la identificació realitzada pel Tribunal Suprem entre objectivització de la responsabilitat i inversió de la prova de la culpa contra el causant no es

compadeix amb les exigències de l'eficiència, tant en l'aplicació de la responsabilitat objectiva com en el manteniment dels costos processals en la presentació de prova.

D'acord amb el model, no és inviable que pugui resultar eficient invertir la càrrega de la prova en cas d'activitat perillosa, però per això és necessari que els costos de presentar prova de la negligència fossin notablement més elevats per la víctima que pel causant. Aquesta gran diferència de cost no és, per descomptat, imaginable, però depèn de factors aliens al perill intrínsec de l'activitat, de manera que no pot revertir, en cap cas, en suport de la criticada identificació patrocinada pel Tribunal Suprem.

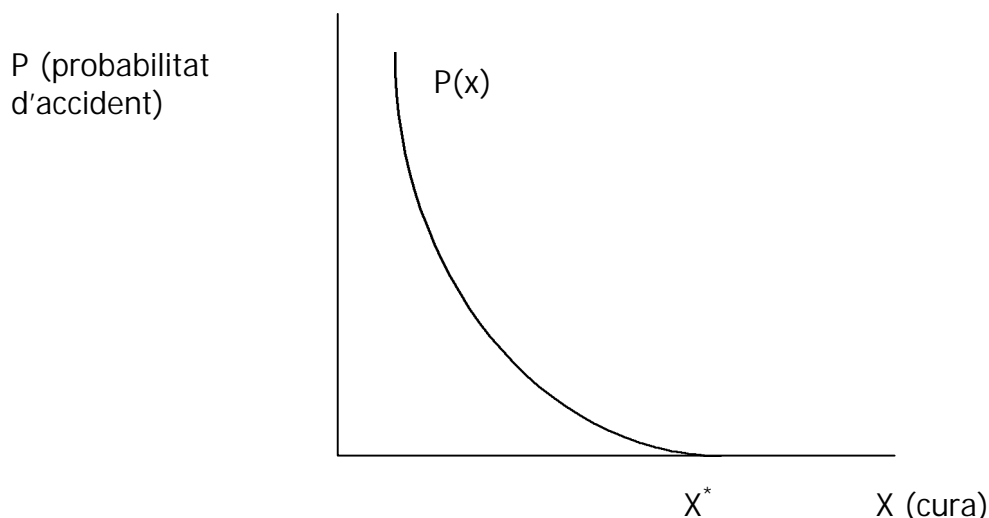
- **Una aplicació: la utilització de la regla *res ipsa loquitur***

Amb la finalitat d'il·lustrar de forma complementària les idees exposades en l'apartat precedent pot resultar útil una breu anàlisi de la doctrina de la *res ipsa loquitur*. Aquesta doctrina, originària del *Common Law*, autoritza al demandant d'una indemnització per responsabilitat extracontractual a obtenir la compensació dels danys i perjudicis sense necessitat d'aportar prova de la negligència del demandat, si les circumstàncies de producció del dany fan impossible o molt difícil pensar que el dany podria haver-se produït d'haver observat el causant les exigències de la diligència deguda.

La Sala 1a del Tribunal Suprem ha acollit aquesta regla en 2 sentències recents en matèria de responsabilitat mèdica. La STS, 1a, 9.12.1988 (RAJ 9427), va resoldre la demanda del vidu d'una senyora anciana que ingressà en una clínica barcelonina per operar-se de galindons i morí de tètanus postquirúrgic uns dies després de la intervenció. La STS, 1a, 15.6.1999 (núm. 593) va condemnar a l'INSALUD a pagar 30 milions de pessetes per la mort d'una dona de 44 anys que després d'una senzilla operació de vesícula morí sobtadament als 15 dies de la intervenció.

Una versió extrema de la doctrina *res ipsa loquitur* (que no és l'emprada pel Tribunal Suprem) és la que presumeix la culpa sense possibilitat de prova en contrari. Aquesta presumpció irrefutable només té sentit si la relació entre cura i probabilitat de l'accident és com la que representa la Figura 5.

Figura 5



En la mateixa s'observa com en el nivell de cura socialment òptim, anomenat x^* la probabilitat d'accident i esdeveniment del dany és zero. En altres paraules, la materialització de l'accident és senyal inequívoca de què el causant no ajustà el seu comportament a tota la diligència social i legalment requerida. Una presumpció *iuris et de iure* de culpa, que vindria a ser un cas extrem d'inversió de la càrrega de la prova de la culpa, resulta justificada només sota les esmentades condicions.

Tot i això, és difícil imaginar que la probabilitat d'accident resulti completament eliminada, fins i tot extremant les mesures de precaució. Per això és més lògic que l'aplicació de la doctrina de la *res ipsa loquitur* suposi una inversió probatòria rebutible per prova en contrari. Aquesta inversió te sentit si el quocient

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/~X)}}$$

és suficientment elevat com per fer complir la condició d'eficiència de la inversió de la càrrega de la prova que es va introduir en l'apartat III.3) anterior. I això serà molt més probable, *ceteris paribus*, com menys intrínsecament perillosa sigui l'activitat generadora de dany. La utilització de la doctrina pel Tribunal Suprem en el sector de responsabilitat mèdica, en el que no s'aplica, en principi, la responsabilitat objectiva, sembla confirmar aquesta conclusió de l'anàlisi teòrica.

En aquest sentit, serà més factible que es satisfaci la condició d'eficiència de la inversió de la càrrega probatòria si es pensa en l'esdeveniment Y no com el mer esdeveniment de l'accident i el dany, sinó com la producció envoltada de certes circumstàncies concomitants que precisament fan que la probabilitat de l'esdeveniment, donada la negligència del causant - això és, Prob (Y/X) - sigui apreciablement superior a la probabilitat de l'esdeveniment donada la diligència del causant - això és, Prob (Y/~X) - . Com ho expressa el Tribunal Suprem en la STS, 1a, 9.12.1998, que l'esdeveniment danyós s'hagi produït de tal manera o rodejat de tals circumstàncies que es converteixi en un esdeveniment danyós dels que normalment no es produeixen sinó per raó d'una conducta negligent del causant. I això serà molt més probable, *ceteris paribus*, com menys intrínsecament perillosa sigui l'activitat generadora de dany. La utilització de la doctrina pel Tribunal Suprem en el sector de responsabilitat mèdica, que el propi Tribunal considera com una activitat que no ha de ser regulada, en principi, per la responsabilitat per risc, sembla confirmar aquesta conclusió de l'anàlisi teòrica.

• **Taula de sentències citades**

Sala i Data	Ar.	Magístrat Ponent	Parts
1a, 10.07.1943	856		José O. V. c. José A. M.
1a, 14.03.1978	815	Manuel González-Alegre i Bernardo	Juan N. C. c. Antonio R. A.
1a, 05.10.1979	3241	Manuel González-Alegre i Bernardo	Encarnación B. R. c. «Compañía Gas Madrid»
1a, 27.04.1981	1781	José Antonio Seijas Martínez	Pedro B. C. i José T. D. c. Saturnino L. S. i Ismael O. P.
1a, 10.05.1982	2564	Cecilio Serena Velloso	José Luis G. H. c. Pilar G. C. i fills (com hereus de José Manuel S. R.)
1a, 17.03.1983	1482	Cecilio Serena Velloso	Ángeles Ll. S. c. Asunción C. S., Manuel A.

			C. i Miguel, José i Javier A. C.
1a, 14.02.1985	552	José Luis Albácar López	Dorita M. G. c. «Unión E., SA»
1a, 15.02.1985	557	José Luis Albácar López	Piensos y Ganados, S. A.» i La Estrella, S. A. c. «Distribuidora Polo, S. L.», «Unión Popular de Seguros» i «Centro Hispano de Aseguradores y Reaseguradores»
1a, 21.11.1985	5624	Matías Malpica González-Elipe	Luis H. V. c. «RENFE»
1a, 30.09.1986	4925	José María Gómez de la Barcena i López	Manuel M. P. c. «Mutua Nacional del Automóvil»
1a, 17.07.1987	5801	Antonio Sánchez Jáuregui	Antonio R. G. c. Manuel Angel P. B. i «La Vasco Navarra, Sociedad Anónima Española de Seguros y Reaseguros»
1a, 19.10.1988	7588	Francisco Morales Morales	Otilia C. V. c. María Isabel F. D., Porfirio M. R., «Mutua Madrileña Automovilista», José Luis V. S. i «Consorcio de Compensación de Seguros»
1a, 20.12.1989	8856	Pedro González Poveda	Agustín F. S. c. María del Carmen M. M. i «Compañía Aseguradora Unión Assurance de París, U. A. P.»
1a, 22.04.1995	3492	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Rufino A. M. c. L'Estat i hereus declarats o herència jacent de don Fidel V. T.
1a, 05.02.1996	1089	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade	José G. M. c. «FECSA»
1a, 09.02.1996	953	Francisco Morales Morales	María-Luisa B. P. i María-Asunción T. B. c. «Sociedad Mercantil Eléctrica Reunidas Zaragoza, SA» i Ajuntament de Borja
1a, 02.04.1996	2984	Pedro González Poveda	Varis demandants (no consten) c. «Hulleras del Norte de España, SA» (HUNOSA) i Ajuntament de Mieres
1a, 16.04.1996	2954	Teófilo Ortega Torres	Pablo C. P. c. «Proinsur, SA», «Construcciones Livalco, SA», Juan M. V., Ignacio V. M., Miguel L. B., Rafael G. M. i Manuel C. A.
1a, 25.05.1996	3918	Alfonso Villagómez Rodil	(no consta) c. «Apolo Cía Anónima de Seguros»
1a, 28.05.1996	3859	Teófilo Ortega Torres	Gabriel L. J. c. «Industrias Metálicas de Navarra, SA», Gobierno de Navarra, Ayuntamiento de Pamplona, FENSA, PRONAVISA, NADESA i FIPARINSA
1a, 17.07.1996	5676	Jesús Marina Martínez-Pardo	Ildefonso T. R. c. Eduardo R. G. i «Compañía de Seguros Lepanto, SA»
1a, 22.11.1996	8643	Jesús Marina Martínez-Pardo	Fernando M. G. c. «Turbomóvil, SA» i «Porsche España, SA»
1a, 31.01.1997	253	Francisco Morales Morales	Jesús P. S. i Margarita A. R. c. «Banco Vitalicio de España, Compañía de Seguros y Reaseguros»
1a, 12.12.1997	9336	Alfonso Villagómez Rodil	Olivia K. C. Domingo G. Q. i «Mutua Nacional del Automóvil»
1a, 19.02.1998	636	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Gumersindo A. M. i Concepción P. F., c. «Iberduero, SA.»
1a, 09.12.1998	9427	Xavier O'Callaghan Muñoz	Atilano R. P. c. Juan María C. S., Rodolfo M., «Hospital San Rafael» i «Mutua General de Seguros»
1a, 15.06.1999		Xavier O'Callaghan Muñoz	D ^a . C. I. M. D. i D ^a . M ^a E. M. D. c. D. J. M. A., D. E. D. E. L. F., D. R. S. E. I INSAUD

- **Bibliografia**

Antonio BERNARDO, Eric TALLEY i Ivo WELCH, “A Theory of Legal Presumptions” Working Paper, University of Southern California Law School (1999).

Antonio BERNARDO i Eric TALLEY, “A note on Presumptions with Sequential Litigation”, Working Paper, UCLA (1999).

Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, “La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil”, 52, *Poder Judicial*.

Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Pamplona, (1987).

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, Tomo I, Volumen 1, Valencia (1996).

Andrew DAUGHETY i Jennifer REINGANUM, “On the Economics of Trials: Adversarial Process, Evidence and Equilibrium Bias”, Working Paper 98-w02, Vanderbilt University (1998).

Michael DAVIS, “The Value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes”, 10 *J. L. Econ. & Org.* (1994).

Juan F. GARNICA MARTÍN, “Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil”, *La Ley* (1999).

Bruce HAY, “Allocating the Burden of Proof”, *Ind. L. J.* (1997).

Bruce HAY i Kathryn SPIER, “Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Analysis”, 26 *J. Leg. Stud.* (1997).

Louis KAPLOW, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, 23 *J. Leg. Stud.* (1994).

Richard POSNER, “An Economic Approach to the Law of Evidence”, 41 *Stan. L. Rev.* (1999).

Daniel RUBINFELD i David SAPPINGTON, “Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings”, 18 *Rand J. Econ.* (1987).

Chris William SANCHIRICO, “The Burden of Proof in Civil Litigation: A Simple Model of Mechanism Design”, 17 *Int. Rev. L. & Econ.* (1997).

Chris William SANCHIRICO, “Enforcement by Hearing: An Integrated Model of Evidence Production”, Working Paper, Columbia University Department of Economics (1998).

Chris William SANCHIRICO, “Games, Information and Evidence Production with Application to English Legal History”, Working Paper, University of Virginia School of Law (1999).

Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.) (1987).

Joel SOBEL, "Disclosure of Evidence and Resolution of Disputes: Who Should Bear the Burden of Proof?", en ROTH (ed.), *Game Theoretic Models of Bargaining*, Cambridge (1985).