

Carga de la prueba y responsabilidad objetiva

Fernando Gómez Pomar

Sumario

- La doctrina del Tribunal Supremo
- Las indicaciones de la responsabilidad objetiva
- La carga de la prueba de la culpa y sus criterios de inversión
- Una aplicación: la utilización de la regla *res ipsa loquitur*
- Tabla de sentencias citadas
- Bibliografía

• *La doctrina del Tribunal Supremo*

Para quien tiene alguna familiaridad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de daños no es una sorpresa la presencia de buen número de doctrinas con fundamento teórico más que endeble.

Entre ellas se cuenta la equiparación entre responsabilidad objetiva (o por riesgo, como gusta de llamarla en ocasiones el Tribunal Supremo) y la inversión de la carga de la prueba de la culpa del causante del daño: "... 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). Esta identificación se inicia en los últimos años setenta [SSTS, 1ª, 14.3.1978 (RAJ 815), 5.10.1979 (RAJ 3241)], se intensifica en los ochenta [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) y 20.12.1989 (RAJ 8856)] y se extiende hasta la segunda mitad de los noventa [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 mayoría de procesalistas entiende que esta jurisprudencia contiene esencialmente una exoneración probatoria y no una inversión de carga de la prueba en sentido estricto: Valentín CORTES DOMÍNGUEZ, 1996, p. 419; Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, p. 278; Juan F. GARNICA MARTÍN, 1999, p. 3.

No obstante, creo preferible usar la expresión "inversión de la carga de la prueba", al ser la más usual y, desde luego, la empleada por el Tribunal Supremo. Además, es coherente con la concepción de carga de la prueba que se defiende en el apartado III de este trabajo.

La inversión de la carga de la prueba no limita su campo de aplicación a los sectores de "riesgo" o de "objetivación de la responsabilidad", sino que opera con carácter más general como presunción (rebatible por prueba contraria) de culpa del causante de cualquier daño y como consecuencia, en principio, de cualquier clase de actividad.

La evolución de esta doctrina de la inversión de la carga de la prueba ha sido muy bien analizada por Santiago CAVANILLAS MUGICA, 1987, p. 65 y ss. : de una presunción judicial de hecho basada en indicios reveladores de probabilidad de culpa [STS, 1ª, 10.7.1943 (RAJ 856)] y pasando por *obiter dicta* al respecto en los años 60, se llega en los 70 a una verdadera presunción de culpa extracontractual con ámbito de aplicación potencialmente universal –no llegó a serlo en realidad, porque hubo sectores, el de accidentes médicos señaladamente, en los que el Tribunal Supremo nunca empleó tal inversión general de carga probatoria.

- ***Las indicaciones de la responsabilidad objetiva***

La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del Derecho de daños. Una y otra regla constituyen igualmente la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos.

Los efectos de una y otra sobre las conductas de cuidado del causante (si el accidente es unilateral, esto es, su probabilidad de acaecimiento depende del comportamiento del dañante y no del de la víctima) o de causante y víctima (si el accidente es bilateral, esto es, su probabilidad de acaecimiento depende del comportamiento de ambos) han sido ampliamente estudiados por el análisis económico del Derecho de daños y no es necesario reproducirlos aquí. El lector interesado puede encontrar el tratamiento canónico de la materia en Steven SHAVELL, 1987, p. 6 y ss.

Lo que sí resulta oportuno recordar es el conjunto de resultados de la teoría económica de los accidentes por lo que respecta a las posibles ventajas comparativas de la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa.

- 1) ***Simplificación y menor propensión al error en los procesos***

En la medida en que la regla de responsabilidad objetiva permite a los jueces y tribunales decidir la responsabilidad del demandado sin consideración hacia el nivel de diligencia exigible, y sin detenerse a determinar si el cuidado realmente observado por el demandado se ha atendido a tal nivel, los procedimientos judiciales en la materia serán, en buena lógica, más simples y menos costosos. Al ser igualmente más predecible el resultado (ya que una posible fuente de incertidumbre, que es la decisión de si el demandado ha sido o no negligente, queda por definición obviada) se incrementará la tasa de transacción extrajudicial de las reclamaciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Por añadidura, si se supone, como parece realista hacer, que los jueces y tribunales pueden cometer errores en la determinación del estándar de la diligencia exigible y/o en la valoración del ajuste de la conducta del demandado a tal estándar, el atractivo de la regla de responsabilidad objetiva, que elimina de raíz toda posibilidad de error al respecto, se acrecienta.

Esta ventaja “procesal” de la responsabilidad objetiva frente a la culpa es, en buena medida, más teórica que real. Y no sólo porque bajo un régimen de responsabilidad objetiva es esperable que se produzcan más reclamaciones indemnizatorias y, por tanto, mayor número de litigios y de costes procesales globales que bajo un régimen de culpa. La razón es más sutil y procede del hecho de que, con regla de la culpa o sin ella, siempre será necesario examinar en el proceso, además de la causalidad material, la imputación objetiva del daño causado a la conducta del causante. Y como este juicio de imputación objetiva no es conceptualmente distinguible del análisis coste-beneficio de la conducta del causante a la vista de sus costes de precaución, de la probabilidad del accidente y de la magnitud del daño, el proceso no resultará significativamente menos costoso bajo una regla de responsabilidad objetiva. Esto deja como único motivo relevante de preferencia a favor de esta última regla el que se examina a continuación.

2) La peligrosidad de la actividad dañosa

Si el volumen de actividad potencialmente dañosa del causante (cuántos km. se conducen, cuántas horas vuela la compañía aérea, cuánto produce la empresa posiblemente contaminadora), y no sólo su inversión en cuidado o precaución, es un factor influyente sobre la probabilidad de acaecimiento del daño, la regla de responsabilidad por culpa se ve incapaz de inducir en el causante los niveles de actividad socialmente más deseables.

Al causante, a fin de eludir el pago de la indemnización, le basta con alcanzar el nivel de cuidado exigible, esto es, ser diligente. Siendo diligente, pues, no se enfrenta al riesgo de abonar indemnización alguna por los daños resultantes de su actividad, de modo que la regla de la culpa no le incentivará a adoptar el volumen de actividad más adecuado desde el punto de vista de la reducción eficiente de los daños derivados de aquélla. Escogerá, en cambio, el nivel de actividad que le resulta personalmente más ventajoso, y que será superior al más conveniente desde el punto de vista del bienestar social.

La regla de responsabilidad objetiva, por el contrario, sí fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad: como, con independencia de su mayor o menor cuidado, tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social.

Esta ventaja frente a la de la culpa no resulta demasiado relevante cuando la actividad potencialmente generadora de daños no es en sí peligrosa, es decir, cuando se trata de una actividad que, si se realiza con la precaución requerida por el estándar de la diligencia exigible, presenta un riesgo reducido de producir daños (más técnicamente: la probabilidad del daño evaluada en el punto de la diligencia exigible es baja). Aunque el volumen de la actividad del causante supere lo deseable socialmente, el daño resultante no es significativo.

Por contra, la comentada deficiencia de la regla de la culpa sí se convierte en preocupante en relación con actividades que se pueden calificar de intrínsecamente peligrosas: en ellas, el daño esperado es importante aun

cuando el agente actúe con toda la diligencia exigible. Este daño esperado puede ser alto tanto como consecuencia de la elevada probabilidad de que ocurra el daño como por la elevada magnitud de éste, aun siendo reducida la probabilidad del mismo (piénsese, por ejemplo, en una central nuclear: la probabilidad de escape puede ser pequeña si se opera con diligencia, pero si un tal evento de baja probabilidad tiene lugar, el resultado dañoso es verdaderamente catastrófico).

Tratándose de actividades inherentemente peligrosas redundante, pues, con claridad, en interés de la sociedad que quien desarrolla la actividad no exceda los niveles de ésta que son socialmente óptimos. La consecuencia es, en principio, la preferencia de la responsabilidad objetiva como regla de responsabilidad para una actividad de esa naturaleza.

En puridad, en los ámbitos de accidente bilateral es preciso tomar en consideración también el volumen de actividad de la potencial víctima. La incidencia sobre éste de ambas reglas de responsabilidad es, bajo ciertos supuestos, precisamente el opuesto al que se acaba de exponer. Se puede soslayar esta objeción, sin embargo, suponiendo simplemente que el análisis se limita a los accidentes unilaterales (aéreos, medioambientales) y a aquellos bilaterales en los que en relación con el daño esperado el nivel de actividad del causante es más trascendente que el de la víctima.

En términos más técnicos de probabilidad, sean:

X = “falta de cuidado del causante” (en otros términos, “negligencia”)

$\sim X$ = “no X”, (por tanto, “diligencia del causante”)

Y = “acaecimiento del daño”

Prob (Y/X) = probabilidad de Y condicionada a que haya ocurrido X

Prob (Y/ $\sim X$) = probabilidad de Y condicionada a que no haya ocurrido X.

Una actividad se puede definir como intrínsecamente peligrosa si el cociente

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

es sólo ligeramente superior a 1.

Este resultado del cociente indica que la observación o constatación de que ha ocurrido Y, esto es, el daño, no es una buena señal o indicio de si X ha ocurrido o no, es decir, de si el causante actuó con negligencia.

Y, recuérdese, precisamente es en casos como éstos en los que la regla de responsabilidad objetiva aparece como preferible a la regla de responsabilidad por culpa.

Como se podrá verificar a continuación, es justamente la situación opuesta la que puede considerarse como uno de los factores que aconsejan invertir la carga de la prueba de la culpa a favor del demandante, de manera que tenga que ser el demandado quien pruebe la ausencia de culpa por su parte.

- ***La carga de la prueba de la culpa y sus criterios de inversión***

- 1) ***La noción general de carga de la prueba***

Las decisiones de los jueces y tribunales requieren la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros.

Cuando con referencia a esas circunstancias se habla de carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el juez o tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace.

En el ámbito jurídico norteamericano, ambos aspectos son analizados independientemente dentro de la genérica “burden of proof”: se habla así de “burden of persuasion”, “level of confidence” o “standard of proof” (son los términos que emplean, respectivamente, Richard POSNER, 1999, p. 1477, Bruce HAY y Kathryn SPIER, 1997, p. 414 y Michael DAVIS, 1994, p. 346) para referirse al primero, frente a “burden of production” o “burden of proof” en sentido estricto.

En España y, en general, en Europa, no se realiza con nitidez –o no se realiza en absoluto- la distinción entre las dos vertientes de la carga de la prueba. Tal vez ello se deba a que implícitamente se considera que sólo hay un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca del acaecimiento de un cierto suceso. Este nivel sería el de la plena certeza, esto es, el correspondiente a una probabilidad de acaecimiento del 100%. No me cabe duda de que este supuesto implícito no refleja la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, más aún, no es en absoluto deseable como objetivo. Piénsese en el nivel de prevención civil, administrativa o penal que traería consigo una exigencia de este rigor en el convencimiento del juez, tribunal o autoridad sancionadora.

Se define entre nosotros habitualmente carga de la prueba como regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente. Sería esencialmente una regla que posibilitaría evitar el *non liquet* cuando se produce un empate entre los litigantes en cuanto a la convicción de la verdad o falsedad del suceso suscitada en el juzgador.

Esta noción, sin embargo, presenta una dificultad: en términos estadísticos, empate quiere decir que la convicción del juzgador con respecto al acaecimiento del suceso en cuestión, tras el proceso y la eventual prueba presentada en él, es exactamente del 50%. Si la distribución de la probabilidad del suceso es continua, la probabilidad efectiva de que coincida exactamente con el 50% es ,

en la práctica, inexistente, y ello aunque la convicción del juzgador previa al proceso fuera precisamente de un 50% (en términos más técnicos, que la probabilidad posterior en sentido bayesiano sea justo de 0,5 es prácticamente imposible, aun cuando la probabilidad previa fuera de 0,5).

Además, la concepción de la carga de la prueba dominante en la doctrina española sitúa el centro de atención en el sujeto equivocado –el juez o tribunal-, en lugar de orientarla hacia aquéllos cuyo comportamiento –el probatorio, pero también el extraprocesal- es verdaderamente relevante: las partes en el litigio. Lo decisivo de la carga de la prueba es que se trata de un instrumento estratégico en manos del legislador y de los jueces y tribunales que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. En relación con la carga de la prueba la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática, como lo es en el resto de las materias. Su objetivo es el de regular comportamientos en el mundo real.

2) *Carga de la prueba y medidas de cuidado del causante*

Como se ha indicado en el subapartado anterior, la noción general de carga de la prueba presenta dos aspectos que deben ser analizados separadamente: uno es la fijación del umbral de convicción o confianza requerido para dar por acreditada una circunstancia en que se basa una pretensión; el otro es la determinación de cuál de los litigantes ha de aportar los medios probatorios que permitan alcanzar ese nivel de convicción, de modo que si el gravado por tal carga no satisface esa exigencia probatoria, la decisión judicial sobre el acaecimiento de la circunstancia en cuestión será negativo.

Del primero de ellos se ha ocupado ampliamente la literatura del análisis económico del Derecho. Se ha analizado, en una primera etapa, como mecanismo que (en conexión con otros, como la magnitud de la sanción) permite regular el comportamiento procesal de las partes (en cuanto al mérito de la pretensión, a los gastos en materia probatoria o al tipo de prueba empleada): Joel SOBEL, 1985, p. 341; Daniel RUBINFELD y David SAPPINGTON, 1987, p. 308; Michael DAVIS, 1994, p. 343; Chris William SANCHIRICO, 1997, p. 431; Andrew DAUGHETY y Jennifer REINGANUM, 1998.

Todos los modelos anteriores consideran que el comportamiento extraprocesal de las partes (el nivel de cuidado, la comisión o no de un delito) está dado exógenamente, de modo que no se analiza el efecto que en conexión con el mismo pueda tener el umbral de convicción del juzgador adoptado por el sistema jurídico.

En una segunda etapa (que se solapa en parte con la primera), sí se va a considerar la incidencia de ese aspecto de la carga de la prueba sobre la conducta de los sujetos previa al proceso –además de la procesal-, en especial mediante el expediente de suponer que quien ha actuado conforme a Derecho en el plano extraprocesal (ha sido diligente o no ha cometido el delito), se enfrenta a menores costes de prueba de su inocencia que quien ha actuado ilícitamente (falsificar documentos o sobornar testigos es costoso): Louis

KAPLOW, 1994, p. 358; Chris William SANCHIRICO, 1998; Chris William SANCHIRICO, 1999; Antonio BERNARDO, Eric TALLEY e Ivo WELCH, 1999; Antonio BERNARDO y Eric TALLEY, 1999.

En la mayoría de estos modelos, además, la determinación del umbral de confianza del juzgador se determina de forma endógena en función de las variables que afectan al comportamiento preprocesal y procesal de las partes.

En comparación con la importancia cuantitativa y cualitativa del tratamiento recibido por esa vertiente de la carga de la prueba, la otra ha pasado mucho más inadvertida en la literatura del “Law & Economics”.

Sin embargo, es precisamente la cuestión de quién ha de acreditar el hecho controvertido (en el asunto que nos ocupa, la culpa del causante del daño), so pena de recibir un juicio adverso, la que se dilucida en la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la inversión de la carga de la prueba en las actividades de elevado riesgo.

Al contrario de lo que ocurre en los modelos mencionados anteriormente, en que se pretendía analizar y se demostraba el efecto de las reglas de umbral de confianza sobre el comportamiento extraprocésal de los destinatarios, en los modelos sobre ese segundo aspecto de la carga de la prueba tal efecto se supone excluido (Bruce HAY, 1997, p. 651) o se niega (al menos en el plano teórico), como conclusión del modelo: Bruce HAY y Kathryn SPIER, 1997, p. 423; igualmente, Antonio BERNARDO, Eric TALLEY e Ivo WELCH, p. 4.

Ni como punto de partida ni como resultado la tesis de la irrelevancia extraprocésal de la carga de la prueba es convincente con carácter general. Incluso empleando el modelo simple de HAY y SPIER, que implica información completa y simétrica entre ambas partes, y prueba unitaria y plenamente convincente, es posible demostrar cómo la asignación de la carga de la prueba de la culpa a demandante o demandado sí afecta a los incentivos al cuidado del potencial causante del daño. Y, lo que es importante a nuestros efectos de valorar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible igualmente probar que de esa incidencia sobre los incentivos al cuidado se deduce que la inversión de la carga de la prueba está contraindicada cuando la actividad generadora de riesgos es de las calificables como intrínsecamente peligrosas.

El modelo es sustancialmente el de Bruce HAY y Kathryn SPIER, cit., p. 430-431.

Sean:

kc = coste de la medida de cuidado (para el causante: por simplicidad, se supone que el accidente es unilateral);

kp = coste de presentación de prueba sobre la culpa del causante (se supone que este coste es idéntico para ambas partes);

pc = probabilidad de accidente si el causante adopta la medida de cuidado;

pnc = probabilidad del accidente si el causante no adopta la medida de cuidado;

D = daño para la víctima derivado del accidente.

Se supone igualmente:

1. **kc < (pnc - pc) D**, esto es, que la medida de cuidado está justificada en términos de eficiencia social.
2. **kp < D**.
3. La prueba es determinante o, al menos, suficiente para alcanzar el umbral de convicción del juzgador (con lo cual se aíslan los efectos de la asignación de la carga de la prueba de los que pudiera provocar un cambio en dicho umbral).

Entonces, si la carga de la prueba se atribuye a la víctima-demandante, ésta decidirá presentar prueba, dado el supuesto 3., si y sólo si la prueba acredita la negligencia del causante. Por consiguiente, el coste esperado para el causante de la no adopción de la medida de cuidado, sería **pnc x D**. El causante, pues, será cuidadoso siempre que

kc < pnc D, lo que se cumple por definición, dado el supuesto 1.

Cuando se hace recaer sobre el propio causante la carga de probar su falta de culpa, éste presentará prueba, dado el supuesto 3., si y sólo si no había sido negligente (en caso contrario será, pues, obligado a indemnizar el daño, y al ser **kc < pnc D**, se verá inducido a adoptar la medida de cuidado), con lo que será cuidadoso siempre que

kc + pc kp < pnc D, lo que, dados los supuestos 1 y 2 se cumple en todo caso.

El modelo permite concluir que la decisión sobre atribución de la carga de la prueba puede despreocuparse de los incentivos a la precaución inducidos por aquélla, ya que dichos incentivos serán en todo caso los socialmente adecuados.

Sin embargo, esta conclusión del modelo depende de forma crucial del uso de la regla de la culpa en su versión no modificada por la causalidad *sine qua non*. Si se emplea la regla de la culpa modificada (en el sentido de GRADY y KAHAN, esto es, incorporando la causalidad *sine qua non*, de modo que la indemnización esperada no será simplemente la probabilidad -evaluada en el nivel de precaución realmente observado por el causante- multiplicada por la magnitud del daño, sino que habrá que descontar el daño esperado evaluado en el nivel de diligencia exigible), el resultado se altera significativamente (en un sentido no previsto por HAY y SPIER):

Si el causante-demandado afronta la carga de la prueba, la condición de adopción de la medida de cuidado pasa a ser, con la regla de la culpa modificada,

$kc + pc \cdot kp < (pnc - pc) D$, que no se cumple siempre dados 1 y 2.

Muy al contrario, esta condición indica que la atribución de la carga de la prueba al causante disminuye su incentivo a adoptar el cuidado óptimo, dado que el coste de presentar prueba reduce el atractivo para el causante de la opción de adoptar cuidado frente a la opción de la negligencia. Por tanto, cuanto mayor sean pc (y pc , recordemos, es la probabilidad de accidente cuando el causante alcanza el cuidado socialmente óptimo) y kp , menos atractiva es la imposición de la carga de la prueba al causante-demandado. Paralelamente, para los casos de accidente bilateral, lo mismo podría decirse de la imposición a la víctima de la carga de la prueba de su propia culpa con vistas a la aplicación de una regla de negligencia contributiva o de compensación de culpas.

En definitiva, utilizando un modelo simple de carga de la prueba que suponga información completa y simétrica de ambas partes y que la evidencia probatoria es indivisible en su presentación y apreciación y posee suficiente poder de convicción ante el juzgador, se pueden constatar dos efectos:

- i) que las reglas de atribución de la carga de la prueba sí inciden sobre el comportamiento de cuidado del causante.
- ii) que esta incidencia apunta precisamente en el sentido siguiente: cuanto más peligrosa es una actividad en términos de probabilidad residual de daño al nivel óptimo de diligencia, y cuanto más costosa es la presentación de prueba para el demandado, menos indicada resulta la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del causante del daño.

En el apartado siguiente se trata de demostrar cómo, aun ignorando este efecto sobre la conducta precautoria del potencial dañante, es decir, aun cuando el análisis se restrinja en exclusiva a los comportamientos de presentación de prueba por las partes, se mantiene la conclusión ii) anterior: la correlación entre peligrosidad de la actividad e inversión de la carga de la prueba de la culpa debe ser negativa.

3) *Incidencia de la carga de la prueba sobre la presentación de prueba por las partes*

En un escenario muy similar al que se ha empleado en el subapartado precedente, se va a tratar de exponer de qué modo la carga de la prueba afecta a la decisión de los litigantes de presentar o no prueba, y cómo estos efectos influyen, a su vez, en la asignación óptima de la carga de la prueba a una u otra de las partes. Desde luego, también se deducirán las pertinentes conclusiones para la relación entre responsabilidad objetiva y carga de la prueba.

El modelo vuelve de nuevo a caracterizarse por los siguientes supuestos:

- i) Existe una controversia judicial entre 2 sujetos, causante (**C**) y víctima (**V**), cuya resolución depende de la apreciación de una cierta circunstancia (aquí, la culpa o negligencia del causante).

ii) La concurrencia o no de culpa no es directamente verificable por el juzgador de la controversia, aunque sí observable por **C** y **V** (la información es completa y simétrica).

iii) Ambas partes, **C** y **V**, tienen acceso, a un cierto coste, igual para ambas e inferior al valor de la controversia para las partes, a un elemento probatorio de carácter unitario (no puede ser presentado al juzgador de forma parcial: o se presenta entero o no se presenta) y capaz de llevar al juzgador la (correcta) convicción acerca de lo realmente acaecido, con el grado de confianza exigido por el propio sistema jurídico.

iv) Para simplificar la presentación del modelo en formato normal se atribuyen valores numéricos al montante de la controversia (se supone que ésta versa sobre la atribución o no de una indemnización, con cargo a **C**, de 10 unidades monetarias a favor de **V**) y al coste de presentar prueba (se supone que es de 2 unidades monetarias).

Piénsese, en primer lugar, qué pasará si la carga de la prueba de la culpa se hace recaer sobre el demandante, en este caso, **V**. Si el causante, **C**, había incurrido en culpa, hecho que ambas partes, pero no el juzgador, conocen, las estrategias de presentación de prueba se pueden apreciar con ayuda de la Figura 1.

Figura 1. Carga de la prueba: Demandante (víctima)

Indemnización=	10
Coste Presentar Prueba=	2
Culpa=	Sí

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

Desde luego, al demandado, **C**, no le interesa presentar prueba, porque ello perjudica sus propios intereses, ya que de ese modo convencería al juzgador de su propia culpa. Anticipando esta estrategia de **C**, a **V** le interesa presentar prueba y obtener así la indemnización. Técnicamente, hay un equilibrio de Nash = (Presentar, No presentar): dada la estrategia dominante para **C** (No presentar), **V** opta por presentar.

En cambio, si con carga de la prueba para el demandante, **V**, no concurrió culpa de la otra parte, las estrategias son distintas, tal y como muestra la Figura 2.

Figura 2. Carga de la prueba: Demandante (víctima)

Indemnización=	10
Coste Presentar Prueba=	2
Culpa=	No

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

En este caso, ninguna de las partes tiene incentivos para presentar prueba. El demandante, **V**, porque el hacerlo le perjudica. El demandado, **C**, porque no lo necesita, al ser la otra parte la gravada con la carga de la prueba: como sabe que **V** no presentará prueba, se limita a esperar que el juzgador decida conforme a la ausencia de elementos probatorios y a la regla en vigor sobre carga de la prueba. En términos técnicos de teoría de juegos, habría un equilibrio en estrategias dominantes = (No presentar, No presentar): para ambas partes es estrategia dominante (No presentar).

Bajo un régimen de carga de la prueba que gravara al demandado, **C**, los equilibrios esperables serán, en buena lógica, distintos. La Figura 3 nos lo muestra cuando ha concurrido culpa de **C**.

Figura 3. Carga de la prueba: Demandado (causante)

Indemnización=	10
Coste Presentar Prueba=	2
Culpa=	Sí

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

Aquí vuelve a darse una situación en la que ninguno de los litigantes tiene interés en presentar prueba. **C**, sobre quien pesa la carga de la prueba, carece de incentivo a presentarla porque aportar evidencia sólo supondría acreditar su propia culpa. Al demandante, por su parte, sabiendo que le beneficia la carga de la prueba, le basta con aguardar la decisión favorable que adoptará el juzgador a la vista de que nadie presenta prueba. Hay de nuevo un equilibrio en estrategias dominantes (No presentar).

La Figura 4 nos refleja el resultado esperable bajo un régimen de carga de la prueba para el demandado y ausencia de culpa en el causante **C**.

Figura 4. Carga de la prueba: Demandado (causante).

Indemnización= 10
 Coste Presentar Prueba= 2
 Culpa= No

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

Al demandante, **V**, no le resulta atractiva la presentación de prueba, ya que perjudica su posición y es, además, costosa. Anticipando esta línea de actuación, le interesa al demandado, **C**, gravado por la carga de la prueba, ofrecer la evidencia necesaria para que el juzgador se convenza de la ausencia de culpa y desestime la demanda. Se trata de un equilibrio de Nash en (No presentar, Presentar): para **V** es estrategia dominante (No presentar), lo que impulsa a **C** a escoger (Presentar).

Como se deduce de los equilibrios descritos en las figuras precedentes, la regla de carga de la prueba no siempre logra obtener el resultado más eficiente en el sentido de hacer mínimos los costes procesales de prueba para alcanzar la solución correcta. Así, cuando la carga de la prueba recae sobre el demandante, y el causante del daño había actuado realmente con negligencia, conseguir sentencia favorable a la indemnización requiere que el demandante presente prueba, con un coste que, idealmente, sería deseable evitar. Hubiera sido mejor, dada la culpa del demandado, tener una regla de carga de la prueba de sentido opuesto, y así alcanzar el equilibrio pareto-óptimo. El problema es que precisamente quien podía haber alterado la carga de la prueba – el juez o tribunal – ignoraba el hecho – la culpa del causante – que hacía deseable la inversión de la carga probatoria. Y si lo hubiera sabido de antemano, no hubiera necesitado que nadie le aportara elementos probatorios. Bajo una regla de carga de la prueba del demandado, lo mismo ocurre si el hecho real de base es la ausencia de culpa del demandado.

Lo máximo a lo que puede aspirar un sistema jurídico orientado hacia la eficiencia (lo cual, en este contexto, es sinónimo de minimizar los costes procesales de presentación de prueba, dado que se prescinde de la incidencia sobre el comportamiento precautorio de las partes) es atribuir la carga de la prueba en términos de la probabilidad de reducir al mínimo esos costes probatorios.

En términos más técnicos, si se denomina

Prob (X/Y) = probabilidad de que el causante haya sido negligente, condicionada al acaecimiento del daño.

Prob (~X/Y) = probabilidad de que el causante no haya sido negligente, condicionada al acaecimiento del daño.

C Pv = coste de presentar prueba para la víctima.

C Pc = coste de presentar prueba para el causante,

se debería atribuir la carga de la prueba al demandante si y sólo si se cumple la siguiente desigualdad:

$$\text{Prob}(X/Y) \times C_{Pv} < \text{Prob}(\sim X/Y) \times C_{Pc}$$

Por la regla de Bayes esta condición equivale a la siguiente:

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

que sería, por tanto, la condición para que resultara eficiente atribuir la carga de la prueba al demandante (víctima), y donde el cociente entre Prob (X) y Prob (~X), es simplemente la *ratio* general en la sociedad entre negligencia y diligencia en la actividad dañosa de que se trate.

Si consideramos entonces la inversión de la carga de la prueba de la culpa en perjuicio del demandado, la condición de eficiencia será:

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

El segundo multiplicando de la parte izquierda de la desigualdad será, ordinariamente, muy inferior a 1 (de lo contrario, se estaría ante una actividad en la que, con independencia de que se produzca un daño, la negligencia es más frecuente que la diligencia). Si se recuerda el apartado II anterior, la expresión del primer multiplicando es tanto más próxima a 1 cuanto más inherentemente peligrosa es una actividad, lo cual quiere decir que, *ceteris paribus*, es tanto más difícil que se cumpla la condición de eficiencia para la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado cuanto más intrínsecamente peligrosa es una actividad. Por tanto, la identificación realizada por el Tribunal Supremo entre objetivación de la responsabilidad e inversión de la prueba de la culpa contra el causante no se compadece con las exigencias de la eficiencia, tanto en la aplicación de la responsabilidad objetiva como en la contención de los costes procesales en la presentación de prueba.

De acuerdo con el modelo, no es inviable que pueda resultar eficiente invertir la carga de la prueba en un caso de actividad peligrosa, pero para ello es necesario que los costes de presentar prueba de la negligencia fueran notablemente más elevados para la víctima que para el causante. Esta gran diferencia de coste no es, desde luego, inimaginable, pero depende de factores ajenos a la peligrosidad intrínseca de la actividad, de modo que no puede redundar, en ningún caso, en apoyo de la criticada identificación patrocinada por el Tribunal Supremo.

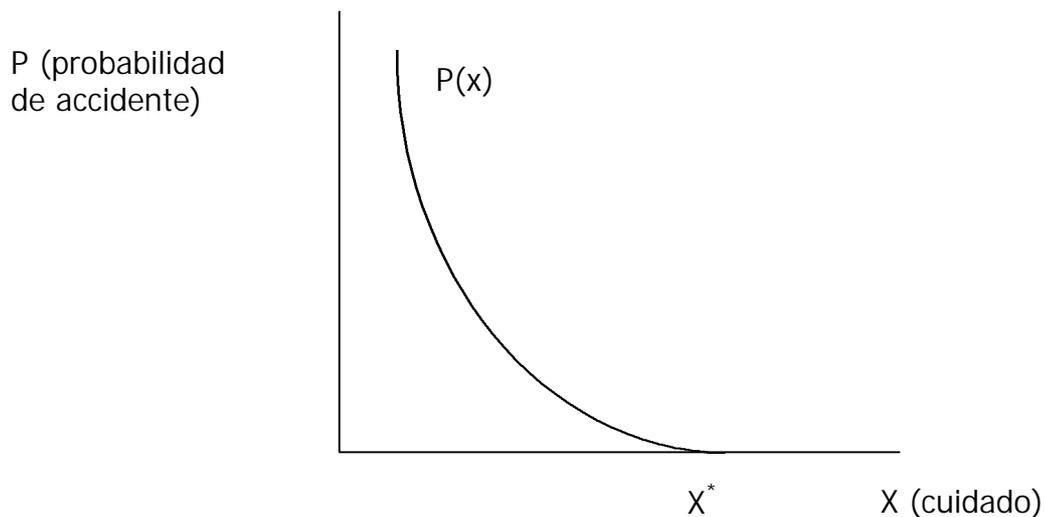
- **Una aplicación: la utilización de la regla *res ipsa loquitur***

Con el fin de ilustrar de forma complementaria las ideas expuestas en el apartado precedente puede resultar útil un breve análisis de la doctrina de la *res ipsa loquitur*. Esta doctrina, originaria del *Common Law*, autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha acogido esta regla en 2 sentencias recientes en materia de responsabilidad médica. La STS, 1ª, 9.12.1988 (RAJ 9427), resolvió la demanda del viudo de una anciana señora que ingresó en una clínica barcelonesa para operarse de juanetes y falleció de tétanos postquirúrgico unos días después de la intervención. La STS, 1ª, 15.6.1999 (Nº 593) condenó al INSALUD a pagar 30 millones de pesetas por la muerte de una mujer de 44 años que tras una sencilla operación de vesícula falleció súbitamente a los 15 días de la intervención.

Una versión extrema de la doctrina *res ipsa loquitur* (que no es la empleada por el Tribunal Supremo) es la que presume la culpa sin posibilidad de prueba en contrario. Esta presunción irrefragable sólo tiene sentido si la relación entre cuidado y probabilidad del accidente es como la que representa la Figura 5.

Figura 5



En la misma se observa cómo en el nivel de cuidado socialmente óptimo, denominado x^* la probabilidad de accidente y acaecimiento del daño es cero. En otras palabras, la materialización del accidente es señal inequívoca de que el causante no ajustó su comportamiento a toda la diligencia social y legalmente requerida. Una presunción *iuris et de iure* de culpa, que vendría a ser un caso extremo de inversión de la carga de la prueba de la culpa, resulta justificada sólo bajo tales condiciones.

Sin embargo, es difícil imaginar que la probabilidad de accidente resulte completamente eliminada, incluso extremando las medidas de precaución. Por ello es más lógico que la aplicación de la doctrina de la *res ipsa loquitur* suponga una inversión probatoria rebatible por prueba contraria. Esta inversión tiene sentido si el cociente

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

es suficientemente elevado como para hacer cumplir la condición de eficiencia de la inversión de la carga de la prueba que se introdujo en el apartado III.3) anterior. Y ello será tanto más probable, *ceteris paribus*, cuánto menos intrínsecamente peligrosa sea la actividad generadora de daño. La utilización de la doctrina por el Tribunal Supremo en el sector de responsabilidad médica, en el que no se aplica, en principio, la responsabilidad objetiva, parece confirmar esta conclusión del análisis teórico.

En este sentido, será más factible que se satisfaga la condición de eficiencia de la inversión de la carga probatoria si se piensa en el suceso Y no como el mero acaecimiento del accidente y el daño, sino como el acaecimiento rodeado de ciertas circunstancias concomitantes que precisamente hacen que la probabilidad del suceso, dada la negligencia del causante - esto es, Prob (Y/X) - sea apreciablemente superior a la probabilidad del suceso dada la diligencia del causante - esto es, Prob (Y/~X) -. Como lo expresa el Tribunal Supremo en la STS, 1ª, 9.12.1998, que el evento dañoso se haya producido de tal modo o rodeado de tales circunstancias que se convierta en un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente del causante. Y ello será tanto más probable, *ceteris paribus*, cuánto menos intrínsecamente peligrosa sea la actividad generadora de daño. La utilización de la doctrina por el Tribunal Supremo en el sector de responsabilidad médica, que el propio Tribunal considera como una actividad que no debe ser regulada, en principio, por la responsabilidad por riesgo, parece confirmar esta conclusión del análisis teórico.

• **Tabla de sentencias citadas**

Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
1ª, 10.07.1943	856		José O. V. c. José A. M.
1ª, 14.03.1978	815	Manuel González-Alegre y Bernardo	Juan N. C. c. Antonio R. A.
1ª, 05.10.1979	3241	Manuel González-Alegre y Bernardo	Encarnación B. R. c. «Compañía Gas Madrid»
1ª, 27.04.1981	1781	José Antonio Seijas Martínez	Pedro B. C. y José T. D. c. Saturnino L. S. e Ismael O. P.
1ª, 10.05.1982	2564	Cecilio Serena Velloso	José Luis G. H. c. Pilar G. C. e hijos (como herederos de José Manuel S. R.)
1ª, 17.03.1983	1482	Cecilio Serena Velloso	Ángeles Ll. S. c. Asunción C. S., Manuel A. C. y Miguel, José y 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.» y La Estrella, S. A. c. «Distribuidora Polo, S. L.», «Unión Popular de Seguros» y «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 y 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. y «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. y «Consorcio de Compensación de Seguros»
1ª, 20.12.1989	8856	Pedro González Poveda	Agustín F. S. c. María del Carmen M. M. y «Compañía Aseguradora Unión Assurance de París, U. A. P.»
1ª, 22.04.1995	3492	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Rufino A. M. c. el Estado y herederos declarados o herencia yacente 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. y María-Asunción T. B. c. «Sociedad Mercantil Eléctrica Reunidas Zaragoza, SA» y Ayuntamiento de Borja
1ª, 02.04.1996	2984	Pedro González Poveda	Varios demandantes (no constan) c. «Hulleras del Norte de España, SA» (HUNOSA) y Ayuntamiento 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. y 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 y FIPARINSA
1ª, 17.07.1996	5676	Jesús Marina Martínez-Pardo	Ildefonso T. R. c. Eduardo R. G. y «Compañía de Seguros Lepanto, SA»
1ª, 22.11.1996	8643	Jesús Marina Martínez-Pardo	Fernando M. G. c. «Turbomóvil, SA» y «Porsche España, SA»
1ª, 31.01.1997	253	Francisco Morales Morales	Jesús P. S. y 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. Y «Mutua Nacional del Automóvil»
1ª, 19.02.1998	636	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Gumersindo A. M. y 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» y «Mutua General de Seguros»
1ª, 15.06.1999		Xavier O'Callaghan Muñoz	Dª. C. I. M. D. y Dª. Mª E. M. D. c. D. J. M. A., D. E. D. E. L. F., D. R. S. E. e INSALUD

• **Bibliografía**

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

Antonio BERNARDO y 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 MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*, Pamplona, (1987).

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

Andrew DAUGHETY y 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 y 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 y 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).