

# CUANDO LAS COSAS HABLAN: EL RES IPSA LOQUITUR Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL \*

Alfredo Bullard G.\*\*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*En el ámbito de la responsabilidad civil es primordial conocer las circunstancias que provocaron el daño que se pretende resarcir. Mas ¿qué ocurre con aquellos supuestos en los cuales la parte que está en mejor aptitud de revelar esta información no tiene los incentivos para hacerlo? ¿Cómo asignar responsabilidad alguna en un proceso?*

*El presente artículo nos introduce a la doctrina del res ipsa loquitur, doctrina proveniente del Derecho Anglosajón por la cual, bajo determinadas condiciones, se invierte la carga de la prueba, reduciendo así los costos de probar y las posibilidades de errar en la atribución de responsabilidad. Asimismo, el autor hace un interesante análisis de compatibilidad entre esta figura y el sistema de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, lo cual eleva esta discusión de algo meramente teórico a algo de posible aplicación en nuestra sociedad.*

\* El autor desea agradecer sinceramente la valiosa colaboración de Gisella Domecq en la investigación y elaboración de este artículo.

\*\* Columnista del informativo de actualidad jurídica Enfoque Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

El número en el que THEMIS cumple 40 años, coincide felizmente con mi publicación número 20 en esta revista. No participé en la primera época, aquella en la que un grupo de destacados estudiantes (algunos de los cuales serían luego mis profesores) emprendieron la aventura que luego se convertiría en la publicación jurídica más exitosa y respetable del país. Tenía menos de un año de edad cuando apareció el primer número y 22 años cuando publiqué mi primer artículo de Derecho (en THEMIS y en mi vida). Desde entonces he tenido la suerte de publicar en promedio más de una vez al año en esta revista. Siento por ello que THEMIS me ha acompañado toda la vida, compañía que llegó a una especial intimidad académica en los tres años en que participé como miembro y luego Consejo Directivo de la Revista.

La forma THEMIS de ser, aquella que se impregna en todos los que han pasado por la Revista, es fácil de reconocer. Es tan fácil que no voy a perder espacio describiéndola. Ha sobrevivido a cambios de enfoque, formato, extensión, estilo y diagramación. Tiene que ver con el orgullo que se siente cada vez que se abren las páginas de un nuevo número y ver que es mejor que el anterior, y mucho mejor que aquellos que se publicaron cuando uno mismo estaba en la Revista. Tiene que ver con el orgullo que se siente al escuchar los comentarios de profesores y abogados de todas partes del mundo que luego de superar la impresión que les genera la presentación física y estética del número, se impresionan más con el contenido. Y luego quedan deslumbrados al saber que todo lo hacen los estudiantes, desde conseguir los artículos hasta conseguir el financiamiento, lo que no tiene precedentes en otros lugares del planeta. Tiene que ver con el orgullo de reconocer en sus páginas los nombres de los mejores juristas y académicos del mundo o con el orgullo de ver a quienes tienen a cargo hoy la Revista, más orgullosos y comprometidos de lo que estuvo uno mismo.

Es que THEMIS es, paradójicamente, una esperanza que se puede recordar. Basta mirar su pasado para reconocer su futuro. Basta mirarla hoy para saber que será mejor mañana. Y les aseguro que en ese mañana los que están hoy no verán la mejora con envidia, sino con orgullo. Finalmente la Revista siempre seguirá siendo suya.

## I. EN EL MUNDO DE LA BELLA Y LA BESTIA

En la célebre película de Walt Disney basada en el cuento clásico de "La Bella y la Bestia" las "cosas" del castillo de la Bestia "estaban vivas" y hablaban. Así, como consecuencia del hechizo del que fue víctima el príncipe del castillo, no sólo se vio transformado en un monstruo, sino que todos los sirvientes se vieron

convertidos en "menaje" animado, desde teteras, relojes y candelabros, hasta platos, muebles y alfombras. Pero cada una de estas cosas tenía vida, hablaba y podía contarnos qué es lo que había ocurrido en cada momento. Era difícil pasear sin que alguna parte de los bienes del inmueble pudieran decir que te habían visto pasar. Con tanto "testigo" nada puede pasar desapercibido.

¿Se imagina el lector si ocurriera un accidente en el castillo y el acusante intentara eludir su responsabilidad amparándose en la falta de pruebas que acrediten cómo ocurrió el daño? Sin duda, el causante tendría serios problemas en eludir su responsabilidad pues una serie de "testigos" presenciales del accidente declararían cómo fueron las cosas. La alfombra declararían que la caída de la víctima por las escaleras se debió al descuido del propietario de mantenerla estirada para evitar que hubiera un tropiezo, o el microondas diría que efectivamente el manual no explicaba adecuadamente su funcionamiento, o el auto que sus frenos no fueron revisados oportunamente. Si las cosas o las situaciones a ellas vinculadas hablaran, siempre sabríamos qué fue lo que pasó.

Los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho de definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuricidad o el factor de atribución. Pero la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser si se aplican factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas. La mayor orfandad no está por tanto en la teoría, y ante la necesidad de resolver un caso vinculado a un accidente sin duda el juez cambiaría con gusto tomos enteros de doctrina por tener una filmación del momento preciso en el que ocurrió el daño, algo con lo que rara vez se cuenta.

De hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad.

En el sistema anglosajón, una de las instituciones que justamente se han perfilado para reducir los costos de probar es el llamado *res ipsa loquitur* y que no es otra cosa que la creación de una ficción legal que permite

“hablar a las cosas”, casi como en el castillo de la Bella y la Bestia.

Por supuesto que el principio no permite que un sofá declare como testigo, pero sí permite deducir de los hechos y circunstancias ciertas presunciones que alivian los problemas de demostración de los hechos de manera significativa, a través de un simple mecanismo inteligente de inversión de la carga de la prueba. Ello permite superar los problemas de la prueba de la culpa sin apartarse, en estricto, del modelo de la culpa.

## II. ¿QUÉ ES EL *RES IPSA LOQUITUR*?

La doctrina del *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma” es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente.

El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene tendría el incentivo para no producir prueba alguna sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

Quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación del *res ipsa loquitur* es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón. Reseñar algunos de los casos más celebres de aplicación de la doctrina quizás sea la mejor manera de introducirnos a la misma.

Uno primero, bastante gráfico, es el caso *Ybarra v. Spangard*<sup>1</sup>. Al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado. Fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación. Al despertar luego de la operación, el señor Ybarra sintió un intenso

dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el señor Ybarra había sufrido una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Al estilo más propio de “Fuente Ovejuna”, ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó dio ninguna explicación de qué había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todos ellos. La defensa de los demandados fue que el señor Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron entonces el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad “en masa”. Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados dado que, sin perjuicio de que no podía explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión sólo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos<sup>2</sup>.

La Corte se encontró con un dilema difícil de resolver. En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño. Pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar.

La Corte declaró fundada la demanda. Consideró que era evidente que había existido negligencia a pesar de que no era posible especificar los hechos concretos en la que ésta habría consistido. Señaló además que la única forma de crear los incentivos para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacer a todos los demandados conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes.

El principio que comentamos fue propuesto por primera vez en el caso *Byrne v. Boadle*<sup>3</sup>. Se trata de un caso antiguo (1863) en el que el demandante fue

<sup>1</sup> 25 Cal.2d 486, 154 P.2da 687, 162 A.L.R. 1258. Supreme Court of California. 1944.

<sup>2</sup> El caso es muy similar a *Maki v. Murria Hospital* (91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231) con la única diferencia que en este último caso el paciente despertó con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado.

<sup>3</sup> Se puede encontrar una reseña de este caso en: [http://www.indexuslist.de/keyword/Res\\_ipsa\\_loquitur.php](http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php) (1 de abril de 2005).

herido por la caída de un barril de harina desde una ventana en un segundo piso. La Corte presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar que no se supo cómo efectivamente ocurrieron los hechos. El lenguaje de la Corte fue bastante claro al enunciar su razonamiento:

“Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante. (...) es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que tal caso debería, fuera de toda duda, establecer *prima facie* evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado”<sup>4</sup>.

Otro de los casos más citados es *Ristau v. Frank Coe Company*<sup>5</sup>. El empleado de una empresa la demandó por los daños personales ocasionados durante las actividades de carga del producto de la demandada en vagones. La rotura de un caballete le generó serias heridas al demandante. El demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* sosteniendo que demostrada la rotura del caballete no podía sino presumirse que la misma se debía a negligencia de su propietario. Efectivamente, en el expediente no existía prueba que mostrara cómo habían ocurrido los hechos. La Corte acogió la posición del demandante.

En el caso inglés *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*<sup>6</sup> la Corte estableció con mucha claridad el sentido del principio:

“La doctrina depende de la ausencia de explicación, y, en consecuencia es un deber de los demandados, si es que desean protegerse, dar una explicación adecuada de la causa del accidente, sin embargo, si los hechos son suficientemente conocidos, la pregunta deja de ser una referida a si los hechos hablan por sí mismos, y

la solución debe encontrarse en determinar cuándo, sobre la base de los hechos establecidos, debe o no inferirse negligencia”<sup>7</sup>.

Así, se diferencia los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia) de los casos en los que se sabe que hubo un daño pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

En el mismo caso uno de los vocales deja claro que es discutible que se trate propiamente de una doctrina, para ser más una simple aplicación del sentido común:

“La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante pero están o deberían estar en conocimiento del demandado”<sup>8</sup>.

Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una “doctrina”. Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como “si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable”.

Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso *Lloyde v. West Midlands Gas Board*<sup>9</sup>. Así, luego de plantearse la duda sobre si el *res ipsa loquitur* podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una:

“... exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común (...) sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias. (...) Este significa que el demandante establece *prima facie* negligencia cuando: (i) no le es posible probar de manera precisa cual fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero (ii) sobre las pruebas tal como se han determinado en tiempo relevante es más probable que no que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable, cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

<sup>5</sup> 120 App.Div. 478, 104 N.Y.S. 1059. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department. 1907.

<sup>6</sup> [1950] 1 All ER 392, HL..

<sup>7</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

<sup>8</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

<sup>9</sup> 1 WLR 749, CA.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

Como bien se desprende del tratamiento dado por la jurisprudencia, antes que un principio del sistema de responsabilidad civil, se trata de un principio operativo probatorio, destinado a reducir los costos de prueba en un caso en el que se identifican elementos que reducen sustancialmente el costo de un error que atribuya responsabilidad al que no la tiene. En otras palabras, bajo la aplicación del principio se asume que no hacer responsable al demandado tiene un riesgo o costo de error superior al que se enfrenta si se le hace responsable.

La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas<sup>11</sup>, siempre que el demandante cumpla con probar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina. Así, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan lo siguiente:

“... La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al jurado inferir negligencia bajo ciertas circunstancias en la ausencia de una prueba directa”<sup>12</sup>.

Asimismo, Kenneth S. Abraham señala lo siguiente:

“Cuando se cumplen los requisitos del *res ipsa loquitur*, en la mayoría de las jurisdicciones el efecto es que se permite al jurado, pero no se le requiere, encontrar que el demandado fue negligente”<sup>13</sup>.

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur*, y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el juez está en capacidad de declarar la negligencia del demandado y por lo tanto ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos.

La aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur* permite que, aun sin pruebas directas de la negligencia del demandado, la demanda sea admitida, evitando que se genere el efecto *smoking out* (se hicieron humo). Es decir, el demandado no se quedará de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra,

mediante las cuales se pueda probar su negligencia, cargando sobre los hombros de la víctima el peso de una prueba imposible.

Al comprobarse los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina, el juez estará en capacidad (tendrá la facultad) de presumir la negligencia del demandado. Siendo ello así, éste tratará de probar de la mejor forma y mediante todos los medios que tenga a su alcance que su conducta no fue negligente<sup>14</sup>.

Sin embargo, como se puede apreciar, esta doctrina no sólo permite presumir la existencia de negligencia, sino, de cierta manera, incluso del nexo causal. Así, en el caso Ybarra antes citado, es claro que la Corte no se limitó a presumir que la negligencia existió, sino que la misma era imputable a los demandados y que fueron sus acciones las que causaron el daño. Ello es lógico sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica es difícil determinar que la conducta causó el daño. En esta circunstancia basta que el daño se haya producido bajo la esfera de control del demandante para que se presuma no sólo la negligencia, sino que ésta causó el daño.

Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia<sup>15</sup>. La doctrina *res ipsa loquitur* revierte esta situación, tal y como lo explica Abraham cuando señala que bajo esta perspectiva la doctrina del *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar este efecto de *smoking out* (se hicieron humo) de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren. La doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó<sup>16</sup>.

Sin embargo, aun cuando el demandante haya probado los requisitos para la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, el demandado siempre está en capacidad de probar, durante el proceso, que él no fue negligente;

<sup>11</sup> La doctrina *res ipsa loquitur* es aplicada cuando la víctima de un daño demuestra que la evidencia del accidente es inaccesible para él, o simplemente que no sabe ni tiene cómo saber cuáles fueron las causas del accidente.

<sup>12</sup> ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. “Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice”. En: <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>. Traducción libre.

<sup>13</sup> ABRAHAM, Kenneth S. “The Forms and Functions of Torts Law”. New York: The Foundation Press, Inc. 1997. p. 91. Traducción libre.

<sup>14</sup> Es necesario precisar que uno de los requisitos necesarios para invocar la doctrina del *res ipsa loquitur* es que el hecho productor del daño se haya producido dentro de la esfera de control del demandado. Siendo ello así, es el demandado quien tendrá mayor cantidad de elementos que lo ayuden a probar que no fue negligente, y que el accidente no se produjo por esta causa.

<sup>15</sup> Sin este principio, no existen incentivos de ningún tipo para que el demandado señale qué es lo que sucedió realmente, lo que sucederá en la práctica es que el caso se declare infundado por falta de pruebas.

<sup>16</sup> ABRAHAM, Kenneth S. Op. Cit. p. 94.

o en todo caso, intentar probar que no se han cumplido los requisitos necesarios para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur* e inferir su negligencia sobre la base de la misma. Al respecto, el Restatement (Second) of Torts señala lo siguiente:

“Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin un cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo”<sup>17</sup>.

Es necesario precisar que la doctrina del *res ipsa loquitur* sólo debe ser aplicada cuando el hecho generador del daño no pudo haberse producido sin algún tipo de negligencia por parte del demandado. Así lo señala el juez Gaynor en el caso *Ristau vs. Frank Coe Company*:

“... Esta se aplica sólo cuando el accidente aparentemente no podría haber ocurrido salvo a través de alguna negligencia del demandado”<sup>18</sup>.

Así, como ya señalamos, la doctrina bajo comentario parece enmarcarse más que dentro del campo de los conceptos que los tratadistas de Derecho Civil suelen usar, dentro de los principios de carga de prueba. Sin embargo, su importancia es clave para permitir la operación del sistema de responsabilidad civil.

Sin duda, es importante entender los conceptos, pero quizás más importante es cómo organizar los hechos y los elementos de prueba para poder hacer operar el sistema. El *res ipsa loquitur* es una forma de poner en marcha y hacer efectivo el funcionamiento de la responsabilidad civil, más allá de las consideraciones teóricas, y centrándose en la problemática de lo fáctico.

El problema es simple y asombra lo poco que se ha escrito en nuestro sistema para encontrarle solución. Es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta. Si del acceso a dichos elementos se derivan efectos negativos (pago de una indemnización) no habrá

incentivos para facilitar dicho acceso. El resultado es que los causantes serán hechos responsables en menos casos de los necesarios, llevando a que las externalidades producidas sean internalizadas en un número subóptimo de veces.

La forma de resolver ese problema es colocando los costos de la no prueba sobre los hombros de quien enfrenta menos costos para proveer la información necesaria. Sin embargo, hay que tener cuidado con las consecuencias que una aplicación irrestricta del principio puede tener en el sistema de responsabilidad civil.

Los accidentes o daños derivados del incumplimiento de una obligación pueden producirse no sólo como consecuencia de la actividad del causante, sino de la actividad de la víctima o del acreedor. Los atropellos de peatones ocurren no sólo porque los conductores manejan a exceso de velocidad, sino porque los peatones cruzan la calle de manera distraída. Pero si los conductores son siempre hechos responsables sin importar la conducta de los peatones, y estos últimos son plenamente compensados por sus daños, entonces habrá menos incentivos para que tomen precauciones. El resultado es que habrá más peatones distraídos y con ello más accidentes.

Esta idea de que las precauciones son recíprocas en la mayoría de casos explica por qué hay que ser muy cuidadosos con los sistemas de responsabilidad objetiva. Si el conductor es objetivamente responsable, el peatón está literalmente “asegurado” contra accidentes a costa del conductor. Por tanto, se comportará de manera similar a como se comporta el asegurado en un contrato de seguros, tomando precauciones subóptimas. Así, el que tiene un seguro contra robos para su auto tenderá a estacionarlo más frecuentemente en la calle en lugar de en una playa de estacionamiento si es que todo robo le es cubierto por el seguro. O quien tiene un seguro de accidentes tenderá a manejar peor si el seguro cubre todos los daños<sup>19</sup>. Por ello el sistema tiene que trasladarle responsabilidad (o costos) cuando no toma precauciones. Ello explica que se usen sistemas de culpa<sup>20</sup> o que cuando se usen sistemas objetivos, el

<sup>17</sup> En: <http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm> Restatement (Second) of Torts §328D, cmt. o (1965). Traducción libre. Los *Restatement* son compilaciones de principios legales que supuestamente recogen los criterios de decisión usados por las cortes al resolver casos. Son recompilados y estructurados por la American Bar Association.

<sup>18</sup> *Ristau v. E. Frank Coe Company. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department. 1907.* Traducción libre.

<sup>19</sup> Esto es conocido en el lenguaje económico como “riesgo moral” o “azar moral”, y no es otra cosa que la tendencia a desarrollar conductas que aumentan los daños que no voy a asumir. Ello explica por qué las pólizas de seguro nunca dan cobertura completa o perfecta contra siniestros, sino que dejan parte del riesgo en cabeza del asegurado, o que se establezcan premios y castigos en la prima del seguro en función de la siniestralidad para crear incentivos a tomar precauciones.

<sup>20</sup> En el sistema de culpa, dado que los causantes (conductores) sólo pagan si tienen culpa, las víctimas (peatones) asumirán que el daño les puede ser ocasionado por un causante (conductor) sin culpa. En ese caso nadie les pagará los daños. La posibilidad de estar descubiertos llevará a los peatones a prevenir accidentes por el temor que por las reglas de responsabilidad subjetiva no se pueda atribuir responsabilidad al causante (conductor). Con ello se crean incentivos adecuados para la toma de precauciones bilaterales, es decir por las dos partes.

causante no sea responsable cuando la víctima es imprudente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 1972 del Código Civil que contempla la imprudencia de la víctima como una fractura causal<sup>21</sup>.

Una aplicación irrestricta del *res ipsa loquitur* puede generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva. Si la prueba de la culpa se hace excesivamente fácil para la víctima y muy difícil para el causante, entonces las víctimas tenderán a sentirse aseguradas, y con ello tomarán menos precauciones, lo que aumentará el número de accidentes. Como decíamos, el *res ipsa loquitur* es la antesala a la responsabilidad objetiva, y por tanto puede tener efectos similares<sup>22</sup>.

Ello explica los requisitos que se exigen para que se aplique el principio, en particular, los límites que la doctrina le impone. Por ejemplo, el requisito de que la actividad esté bajo el control del demandado tiende a centrarse en casos de precauciones unilaterales, es decir, en casos en que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Por ejemplo, en el caso Ybarra es claro que el paciente anestesiado no podía tomar precauciones para evitar el accidente justamente porque estaba dormido. Por ello, no hay que preocuparse en crear un incentivo perverso. Está claro que el paciente no podía hacer virtualmente nada para evitar que pasara lo que pasó, con lo que no hay problema de que se le "asegure" contra el daño. De manera similar, si me cae un barril de harina cuando camino por la calle, es poco lo que pude hacer para evitar ese accidente, mientras que quien administra el almacén claramente puede controlar con su conducta que no ocurra ese tipo de daños.

Incluso en los casos en los que la actividad no está en total control del demandado, se exige que las hipótesis de culpa posible del demandante queden razonablemente descartadas, esto es, que las pruebas descarten que la propia víctima pudiera ser causante de sus propios daños. Esto será desarrollado con más detalle en la sección siguiente.

### III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL RES IPSA LOQUITUR

De lo dicho en el punto precedente, se desprende que la aplicación del mencionado principio implica señalar

a determinado sujeto como negligente sin pruebas directas que corroboren la existencia de la misma. Dadas las severas consecuencias de la aplicación del principio, se han establecido una serie de limitantes y requisitos. Por ello, este sólo deberá ser aplicado cuando el demandante pruebe ciertos elementos para la aplicación de la misma. Así:

"Para que esta doctrina se aplique es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y (3) otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia"<sup>23</sup>.

En la misma línea, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan con respecto de los requisitos lo siguiente:

"Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubieran ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado"<sup>24</sup>.

Si se presentan los tres elementos necesarios para configurar la doctrina del *res ipsa loquitur* entonces el juez podrá declarar la negligencia del demandado y por lo tanto estará en capacidad de sentenciar a favor del demandante. Pero ello no quiere decir que siempre que se prueben los requisitos el juez deberá declarar la negligencia del demandado. Así en el caso *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*, el juez señaló lo siguiente:

"La regla del *res ipsa loquitur* no requiere necesariamente que el demandante gane el juicio; es meramente una regla que identifica elementos de prueba indiciaria que son suficientes para llevar el caso ante un jurado y permitir al jurado dar un veredicto a favor del demandante..."<sup>25</sup>.

Para invocar la aplicación de la doctrina, el demandante deberá acreditar lo siguiente:

<sup>21</sup> En ese caso el causante (conductor) será siempre responsable, salvo que la víctima (peatón) tenga culpa. En tal supuesto la víctima (peatón) tomará precauciones, porque si no lo hace se liberará de responsabilidad al causante (conductor) a pesar de la existencia de responsabilidad objetiva. Dado que la víctima que actúa con culpa estará descubierta, se generan incentivos para que se den precauciones recíprocas.

<sup>22</sup> Desarrollaremos este tema con mayor detalle más adelante, cuando analicemos el problema de las precauciones recíprocas y la función del *res ipsa loquitur* de reducir los costos de error.

<sup>23</sup> *Rowe v. Public Service Company of New Hampshire*. 115 N.H. 397, 399 (1975). Traducción libre.

<sup>24</sup> ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. Op. Cit.

<sup>25</sup> *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.* 127 N.H. 397, 400 (1985). Traducción libre.

## A. Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien

Ello significa que sobre la base de las reglas de la experiencia y el sentido común o sobre la base de la opinión de expertos, se pueda llegar a la conclusión que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

Por ejemplo, en el caso *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*<sup>26</sup>, la Corte denegó la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, ya que el demandante no pudo probar que el accidente sólo pudo haber sido causado por un acto negligente.

En el caso, el demandante solicitó que se le pagaran los daños causados en un accidente causado al usar las instalaciones de esquí de la demandada. Al subir a una de las montañas usando un sistema de andanivel ocurrió un accidente en el que sufrió daños físicos.

Así, la Corte señaló:

“... el mecanismo de andanivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente a la del demandado-operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante”<sup>27</sup>.

Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan, comentando el mencionado caso señalan lo siguiente:

“... La Corte encontró que el demandante introdujo apropiadamente testimonios de expertos para satisfacer el primer elemento del *res ipsa*. Sin embargo concluyó que, en este caso, el testimonio de expertos no era suficiente para cumplir con la carga del demandante. En particular, a pesar que el experto describió distintos actos negligentes que podrían haber causado el accidente, él también concedió que éste hubiera podido haber ocurrido ‘por alguna otra razón’. Dado que

‘alguna otra razón’ podrían incluir actos no negligentes la Corte sostuvo que el demandante había fallado en su intento de demostrar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia”<sup>28</sup>.

De lo dicho en el presente punto se desprende que si el acto del cual se desprende el daño causado al demandante pudo haber sido causado sin que “alguien” haya sido negligente, entonces la doctrina del *res ipsa loquitur* no puede ser aplicada al caso. Así, en el caso *Southeastern Aviation, Inc. v. Hurd*<sup>29</sup> se señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no es aplicable cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, inclusive si todas las personas que participaron del proceso hubieran sido diligentes.

Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa.

## B. Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo, evidentemente, la negligencia del demandado.

Por otro lado, también es importante precisar que, si de las evidencias presentadas, se desprende que existen las mismas posibilidades que el accidente se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la doctrina del *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso. Por ejemplo, en el caso de *Bornstein v. Metropolitan Bottling Co.*<sup>30</sup>, la Corte señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no era aplicable por lo siguiente:

“... si es igualmente probable que la negligencia de algún otro distinto al demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente”<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*

<sup>27</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

<sup>28</sup> ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN. Op.Cit. Traducción libre.

<sup>29</sup> *Southeastern Aviation, Inc v. Hurd*. 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962).

<sup>30</sup> *Bornstein v. Metropolitan Bottling Co.*, 26 N.J. 273 (1958).

<sup>31</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

¿Qué otras causas del accidente deben ser excluidas por el demandante para que sea de aplicación la doctrina del *res ipsa loquitur*?

El demandante no tiene que probar que todas “las posibles causas del accidente que se le ocurran” no han producido el accidente. Sólo debe probar que no han sido causa del accidente aquellos supuestos que produzcan una duda razonable, es decir, aquellos supuestos en los cuales la posibilidad de que el accidente sea causado por dicha causa sea probable y genere como hemos mencionado una duda razonable sobre que fue la culpa del demandado la causa. Por ello, posibles causas muy alambicadas o complejas, derivadas de casualidades totalmente inesperadas, deben de ser descartadas.

### C. El hecho debe estar en la esfera de control del demandado

Con respecto de este tercer requisito necesario para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, debemos señalar que el hecho que “el demandado tenga control exclusivo” implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente<sup>32</sup> haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

Por ejemplo en el caso *Hansen v. James*<sup>33</sup>, el demandante sufrió un daño cuando hizo contacto con una línea de poder. El poste de soporte de la línea de poder fue golpeado por el carro del demandado. Éste argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante fue la línea de poder, no su carro. La Corte rechazó este argumento encontrando que el vehículo del demandante fue el instrumento que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente que provocó daños en el demandante. En este caso, la Corte señaló que el golpeado por el vehículo del demandante al poste de soporte creó la situación de peligro, y el mismo estaba en control exclusivo del instrumento que desencadenó el accidente.

Siendo ello así, el demandante deberá comprobar que, la causa<sup>34</sup> del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona.

Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. Por ejemplo, en el caso *Colmenares v. Sun Alliance Insurance Co.*<sup>35</sup>, el demandante sufrió un daño por el mal funcionamiento de una escalera mecánica ubicada en el inmueble del demandado. La Corte concluyó que la evidencia del mal funcionamiento de la escalera no era evidencia suficiente de la negligencia del demandado. Ello, porque el control de la escalera no era exclusivo del demandado. Al respecto el juez Torruela señaló literalmente lo siguiente:

“... Desde mi punto de vista, el solo hecho de que el pasamanos se detuvo y la señora Colmenares se cayó, sin más evidencia sobre por qué o cómo el pasamanos se detuvo, no conduce en sí mismo a la inferencia de negligencia por la Autoridad de Puertos (...) El mal funcionamiento de una escalera presenta un argumento incluso más fuerte en contra de establecer una inferencia de negligencia sin la prueba adicional sobre si la causa del mal funcionamiento es el resultado de la negligencia del operador...”<sup>36</sup>.

En este caso, el juez Torruela señala que no se han eliminado “otras” posibles causas del accidente que trajo como consecuencia el daño. Estas otras causas podrían deberse a que el instrumento que ha producido el daño no está bajo el control exclusivo del demandante, siendo ello así, no se puede inferir que el demandado haya sido negligente en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.

Richard Epstein, no está de acuerdo con el fallo de la Corte, señalando que el requisito de control exclusivo, para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* sí se ha cumplido en este caso, señalando al respecto literalmente lo siguiente:

“... La Corte de distrito encontró que no se había cumplido el requisito, a pesar de la estipulación de la parte ‘que la escalera en cuestión es de propiedad y se encuentra bajo el control de la Autoridad Portuaria de Puerto Rico. Coincidimos que la estipulación no es en sí misma suficiente para satisfacer lo requerido por el *res ipsa loquitur*. Ella no excluye la posibilidad de que alguien más tenga también control sobre la escalera; por el contrario, la estipulación decía que Westinghouse mantenía la escalera. Sostenemos, sin embargo, que

<sup>32</sup> Es preciso recordar que a la hora de analizar este tercer elemento, ya se comprobó que el acto causante del daño no pudo haberse dado sin que alguien haya sido negligente.

<sup>33</sup> *Hansen v. James*. 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993).

<sup>34</sup> La causa del accidente puede ser una persona o un objeto, pero cualquiera que haya sido la causa debe estar dentro de la esfera de control del demandante.

<sup>35</sup> *Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co.* 807. F.2.d 1102 (1 st. Cir. 1986).

<sup>36</sup> *Ibidem*. Traducción libre.

la Autoridad Portuaria efectivamente tenía control exclusivo sobre la escalera porque la autoridad en control del área pública tiene un deber indelegable de mantener las facilidades en condiciones seguras<sup>37</sup>.

El profesor Epstein señala que si bien es cierto que otras personas estaban en contacto directo con el instrumento que causó el accidente, era el Aeropuerto de Puerto Rico el que en última instancia tenía el control de la misma. A su parecer, no es necesario que una sola persona esté involucrada en el hecho para decir que tiene el control exclusivo, basta como hemos señalado líneas arriba, que tenga el control en última instancia. Comentando la resolución de este caso Epstein señala lo siguiente:

“Pocas Cortes han requerido que el control sea literalmente ‘exclusivo’ (...) El propósito del requerimiento es el de restringir la aplicación de la inferencia del *res ipsa loquitur* a casos en los que sólo existe un solo actor que maneja la instrumentalidad, ‘eliminando la posibilidad de que el accidente pueda haber sido causado por un tercero’. No es por tanto necesario, que el demandado, y no un tercero, sea a fin de cuentas responsable por la instrumentalidad. En consecuencia, *res ipsa loquitur* se aplica incluso si el demandado es responsable con alguien más, o si el demandado es responsable por la instrumentalidad incluso si es alguien más el que tiene el control físico sobre ella...”<sup>38</sup>.

Si bien es cierto estos son los tres elementos que la doctrina y la jurisprudencia consideran necesarios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, existen también otros requisitos mencionados de manera más aislada. Dichos requisitos son los que a continuación pasaremos a describir:

#### **D. El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante**

Sería ilógico que sobre la base de indicios se señale que el demandado ha sido negligente, si el acto productor del daño ha sido realizado con contribución del demandante.

En realidad este es un requisito que se desprende de uno ya visto, referido a excluir causas derivadas de la

propia negligencia del demandante. Así debe descartarse la existencia de negligencia de la propia víctima como causa del accidente.

Este requisito se verá satisfecho si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante han sido descartadas. Por ejemplo, si un perro se escapa y muerde a una persona, una hipótesis podría ser que la propia víctima abrió la puerta y dejó salir al animal. Pero si se demuestra que la víctima no podía tener en su poder el candado de la puerta, entonces debería presumirse que si el perro se escapó fue por negligencia del demandado propietario del perro<sup>39</sup>.

#### **E. Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto de la causa del accidente**

Este es un principio que se deriva justamente del control de la actividad causante del daño, que suele dar mayor capacidad de contra con la información relevante. Así lo señaló la Corte en el caso *Christie v. Ruffin*<sup>40</sup>.

Es importante destacar las razones que hacen aparecer esta doctrina. Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente imposible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces surgen incentivos para que esa parte oculte o en todo caso contribuya poco en identificar los elementos que acrediten qué fue lo que lo ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco, esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante ausencia de pruebas.

En realidad, esta doctrina no es otra cosa que el fundamento de la inversión de la carga de la prueba en un supuesto determinado en el que tal inversión resulta aconsejable para hacer viable la investigación de los hechos.

<sup>37</sup> EPSTEIN, Richard A. “Cases and Materials on Torts”. Séptima Edición. Nueva York: Aspen Law & Business. 2000. p. 91.

<sup>38</sup> Ibidem. Traducción libre.

<sup>39</sup> Es interesante ver como principios con efectos similares al *res ipsa loquitur* inspiran algunas normas del ordenamiento peruano. Por ejemplo, está el artículo 1979, según el cual “El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero”. Si bien la redacción refleja un principio de responsabilidad objetiva, la diferencia con el *res ipsa loquitur* aparece como un mero matiz. La norma parte de la idea de que el propietario del animal o el que lo tiene bajo su cuidado (es decir, bajo su control) es responsable del daño que cause, salvo que se pruebe que el evento es atribuible a terceros (que debería obviamente incluir a la propia víctima).

<sup>40</sup> *Christie v. Ruffin*. 824 S.W 2d 534, 536 (Mo. App. 1992).

Como ya indicamos, el *res ipsa loquitur* obedece a los costos de prueba y a la existencia de asimetrías informativas para la producción de dicha prueba. Pero a su vez tiene que velar por evitar que en situaciones en que existen precauciones bilaterales, es decir, que la causa de un accidente puede obedecer a conductas no sólo del causante, sino de la víctima o incluso de terceros.

Así, por ejemplo, el requisito de control se orienta a identificar actividades en las que las precauciones son fundamentalmente unilaterales, es decir, a cargo del causante demandado. De esta manera, se reduce el riesgo de convertir al causante en un asegurador de riesgos atribuibles a la víctima o a terceros. A ello también contribuye el requisito de haber eliminado otras posibles causas para poder aplicar la doctrina.

Un campo especialmente fértil (y también especialmente controvertido) para la aplicación de la doctrina son los casos de responsabilidad médica. Como ocurrió en el caso Ybarra, es usual que el médico fuera el único que podía tomar precauciones porque tiene el control de la actividad, por ejemplo, al interior de la sala de operaciones. Pero si se aceptara que todo daño derivado de una operación es imputable al médico, los costos de la medicina se incrementarían exponencialmente, porque el médico se volvería un asegurador de los pacientes. Por ello deben descartarse otras causas tales como el riesgo propio de una operación, los actos de terceros o de la propia víctima que, por ejemplo, no cumple con las instrucciones dadas por el médico para el proceso *post* operatorio. Si otras posibles causas no son razonablemente descartadas, entonces el *res ipsa loquitur* no puede ser aplicado.

#### IV. ¿SE PUEDE APLICAR EL *RES IPSA LOQUITUR* EN EL PERÚ?

¿Es de aplicación una doctrina como la del *res ipsa loquitur* al sistema legal peruano? Ello podría derivarse simplemente de ser una doctrina general, usada en el Derecho Comparado. Sin embargo, en adición a ello existen una serie de normas expresas que permiten su aplicación tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

El desarrollo del *res ipsa loquitur* se ha dado principalmente en el campo extracontractual. La explicación de ello es relativamente sencilla. Si bien su aplicación no es excluyente de ningún sistema legal, su mayor desarrollo se presenta en el sistema anglosajón, y se usa para generar una suerte de presunción de culpa en contra del causante. Pero en el sistema anglosajón la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es básicamente objetiva, es decir, que no requiere la prueba de culpa, lo que marca una diferencia sustancial con el sistema peruano en el que esta responsabilidad es básicamente subjetiva. Basta la inejecución de la obligación para que exista responsabilidad sin evaluar necesariamente el nivel de diligencia del deudor. Por ello, en líneas generales, el *res ipsa loquitur* es innecesario en la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón. Así, no tiene sentido crear una presunción de culpa en un sistema que no utiliza la culpa. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad contractual subjetiva como el peruano, su aplicación sí se torna en realmente útil. Como veremos, ya existen otras instituciones legales que justamente contemplan la misma lógica. Por ello, en un caso de responsabilidad contractual, si al inejecutarse una obligación se causan daños, puede acudir al *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

De hecho, incluso algunos supuestos de responsabilidad contractual en el caso del sistema anglosajón permiten la aplicación del principio. Como ya dijimos, uno de los campos en los que este principio es invocado con mayor frecuencia es en el de la responsabilidad médica, como se pudo apreciar en el caso Ybarra, antes citado. En estos casos se asume que el médico está en control de la actividad. Si la situación conduce a concluir que el daño no pudo haberse producido sin culpa de alguien (por ejemplo, se dejó unas tijeras al interior del paciente luego de una operación) y se descartan las hipótesis de causas culpables distintas a la del médico, se aplicará el *res ipsa loquitur*. Pero nótese que la responsabilidad médica puede ser considerada como responsabilidad extracontractual<sup>41</sup>.

Como ya se dijo, la doctrina del *res ipsa loquitur* es un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la

<sup>41</sup> De hecho la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual no es tan clara en el sistema anglosajón. La responsabilidad médica es un caso de *torts*, término que comúnmente se identifica con la responsabilidad extracontractual y que podría ser traducido como "agravio" o "perjuicio". Si bien nosotros entendemos comúnmente que la responsabilidad contractual se produce cuando hay contrato y la extracontractual cuando no hay, tenemos igual problemas para explicar por qué en un accidente de aviación o de transporte en ómnibus, o incluso de responsabilidad médica, solemos usar como base las normas de responsabilidad extracontractual. Incluso sentimos que esos casos se aproximan más a la lógica extracontractual por más que existe un contrato. Sin embargo, partiendo de la posición de Ronald Coase, es posible hacer una distinción más sutil. Lo relevante no es la existencia de un contrato, sino de costos de transacción significativos, principalmente costos para acceder a información. Así, por ejemplo, un pasajero de un avión difícilmente contará con información adecuada para conocer los riesgos de que un avión tenga un accidente o es poco probable que el paciente que entra a la sala de operaciones conozca cómo deben ejecutarse las obligaciones del médico para que sea diligente. En ese caso la lógica extracontractual parece más adecuada, incluso bajo la existencia de un contrato.

culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal, en cuanto permite demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente siempre que se acredite que el accidente ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

Quizás la primera reacción que se tenga a la aplicación de esta doctrina en el sistema romano germánico, y en particular en el Perú, es que tratándose de una doctrina de origen anglosajón no puede ser utilizada, menos aún para generar una inversión de la carga de la prueba, pues se estaría por la vía de la integración del sistema afectando el derecho de defensa.

Tal aproximación carece por completo de fundamento. Nuestro ordenamiento legal contiene ya inversiones de la carga de la prueba, las que son mucho más gravosas para el causante que el propio *res ipsa loquitur*. En esa línea el mencionado principio puede servir para hacer más razonable y sistemática la operación de la inversión de dicha carga, dándonos un conjunto de pasos y elementos que permiten un mejor análisis del problema. En ese sentido, el *res ipsa loquitur*, lejos de perjudicar al causante, lo favorece al hacer más predecible el análisis de cómo puede superar la carga de la prueba, carga que en nuestro Código, tal como veremos, puede ser agobiante, al menos si la comparamos con el sistema anglosajón.

Veremos también que incluso la doctrina nacional entiende que existen supuestos en los que debe entenderse, sobre la base de los principios de colaboración y solidaridad probatoria, que debe establecerse una carga dinámica de la prueba, dinamismo que justamente sirve de base al *res ipsa loquitur*.

Según las normas contenidas en el Código Procesal Civil la carga de la prueba es de quien alega un hecho. Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

“Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. El subrayado es nuestro.

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas

que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, éste debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil<sup>42</sup>, 1329<sup>43</sup> y 1969<sup>44</sup> del mismo cuerpo legal. Veamos los alcances de estas normas por separado.

Según el artículo 1229, la prueba del pago (es decir del cumplimiento de la obligación) incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Dicha prueba comprende acreditar, sobre la base de los principios de integridad e identidad del pago, que no sólo se ejecutó la prestación, sino que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación, es decir, según lo pactado. Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones contractuales. Así, el principio de que es el deudor el que debe demostrar que cumplió su obligación conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados.

En este sentido, puede ser excesivo exigir al acreedor que presente prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación, cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado. Así, si un abogado asume la defensa de una empresa en un caso, le corresponde demostrar que cumplió su obligación, demostrando no sólo que se encargó del patrocinio, sino que se ajustó a los términos pactados en el mismo<sup>45</sup>. Ello porque su cliente no está en capacidad de monitorear continuamente su conducta y, por lo tanto, de tener las pruebas que acrediten que cumplió su obligación. Nótese que ésa es justo la razón de la existencia del *res ipsa loquitur*, que busca evitar colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En segundo lugar debe considerarse el artículo 1329 del Código Civil, que como vimos establece una

<sup>42</sup> Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

<sup>43</sup> Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

<sup>44</sup> Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

<sup>45</sup> Como se puede ver, esta presunción puede ser especialmente útil para la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios, aspectos en los que justamente la prueba del incumplimiento es bastante más difícil.

presunción relativa de culpa en beneficio del acreedor y, por tanto, en perjuicio del deudor de la obligación:

“Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. El subrayado es nuestro.

Según esta norma, y como regla general, el deudor será responsable por los daños y perjuicios que resulten de la inexecución de una obligación o de su cumplimiento irregular. Si de las pruebas actuadas no se llegara a determinar qué causó la ejecución defectuosa, se presumirá que ésta fue causada por culpa leve del deudor.

Ello no significa que el deudor tendrá que acreditar con exactitud el motivo que causó el incumplimiento. Sólo tendrá que acreditar que actuó diligentemente. Sin embargo, es evidente que se liberará de toda responsabilidad si demuestra que el motivo fue una causa que no le es imputable. Como señala Osterling, “en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inexecución de la obligación”<sup>46</sup>. Así, las consecuencias del principio de la ausencia de culpa determinan que bastará que demuestre que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular no le era imputable para que se vea eximido de la responsabilidad, tal como establece el artículo 1314 del Código Civil<sup>47</sup>.

En palabras de Messineo, la causa no imputable debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo. De otro lado, el caso fortuito o fuerza mayor son hechos positivos que en determinadas circunstancias se exigen de manera más gravosa por la ley o por pacto para la exoneración<sup>48</sup>.

El tercer supuesto, aplicable esta vez de manera específica a la responsabilidad civil extracontractual, es el artículo 1969, según el cual:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de

dolo o culpa corresponde a su autor”. El subrayado es nuestro.

El supuesto no es muy distinto al caso de responsabilidad contractual. La norma asume que quien desarrolla la conducta que causa el daño está en mejor aptitud para producir prueba de cómo ocurrió éste. Así, quien deja caer de una ventana un barril de harina está en mejor aptitud de demostrar que no tuvo culpa que la que tiene el peatón que recibió el barrilazo en la cabeza de demostrar quién fue el culpable. Por ello se coloca la carga de la prueba sobre los hombros del demandado.

Es importante notar un punto común entre las tres normas citadas: son bastante más exigentes con el potencial causante de lo que es el *res ipsa loquitur*, colocando la responsabilidad por culpa en una antesala mucho más próxima a la responsabilidad objetiva que la propia doctrina que estamos comentando. En el caso del *res ipsa loquitur* ello sólo ocurre en acciones que no podrían haber ocurrido en ausencia de culpa y siempre que el agente tenga control de la actividad. Pero el 1229 invierte la carga de la prueba del pago a todos los deudores sin excepción<sup>49</sup>. Por su parte, si se inexecuta una obligación y con ello se genera un daño se va a presumir por el 1329 que el deudor tuvo culpa, incluso si se demostrara que se trata de un daño que podría haber ocurrido sin culpa de alguien o que no había un control absoluto sobre la actividad que generó el daño. Finalmente, según el artículo 1969 el causante de un daño fuera de la esfera de un contrato, será considerado culpable en todos los casos, salvo que supere la carga de probar que no tuvo culpa.

En cambio, de acuerdo a los requisitos reseñados para la aplicación del *res ipsa loquitur*, la presunción genera una carga de la prueba menos pesada. No sólo restringe el número de individuos sobre los que se invierte la carga de la prueba, pues sólo selecciona los casos en los que el daño no podría haber ocurrido sin la culpa de alguien y en los que el obligado tiene control de la actividad, sino que para liberarse le basta al obligado demostrar que pudo haber participación de otra culpa, mientras que en el Código Civil peruano debe demostrar con certeza que sí fue diligente o que hubo otra causa. En uno basta una posibilidad para revertir la carga, en el otro se exige una certeza.

<sup>46</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1995. p. 201.

<sup>47</sup> Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

<sup>48</sup> MESSINEO, Francesco. Citado por: OSTERLING PARODI, Felipe. Op. Cit. p. 201.

<sup>49</sup> Esta afirmación hay que tomarla con cuidado. No tengo tan claro que la regla sea aplicable en el caso de obligaciones de no hacer. Es claro que en una obligación de hacer o de dar, que implican una actividad positiva, es más simple demostrar qué se hizo y cómo se hizo. Pero en las obligaciones de no hacer la regla parece inadecuada. ¿Cómo hace el deudor de la obligación de no vender en determinado mercado un producto para demostrar que no lo vendió? Es una prueba diabólica. En tal supuesto parece más lógico que la carga de la prueba recaiga en el acreedor que demostraría el incumplimiento de la obligación probando que se produjo una venta, es decir, un acto positivo.

En otras palabras mientras el *res ipsa loquitur* "hace hablar a las cosas" y les permite de una manera dinámica dar explicaciones y "decirnos" qué pudo haber pasado, el Código Civil peruano hace que el silencio de las cosas sea usado en contra del demandado. Por eso es que el Código coloca la responsabilidad, con las inversiones de la carga de la prueba referidas, en el umbral más próximo imaginable a la responsabilidad objetiva. El *res ipsa loquitur* lo coloca en una sala algo más alejada.

Lo que hacen las normas señaladas es colocar la carga de la prueba en quien esté en mejor aptitud de probar que cumplió su obligación o que, en todo caso, actuó diligentemente. Pero lo hace de una manera tan drástica, que debemos de reconocer que la doctrina del *res ipsa loquitur* nos da un marco de análisis más adecuado, flexible y ajustado al tipo de problema que estamos analizando.

Esta idea de la razonabilidad del *res ipsa loquitur* se aprecia mejor al analizar los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo Bustamante<sup>50</sup> señala:

"... el principio de colaboración exige que las partes, los terceros legitimados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba (...) cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla...". El subrayado es nuestro.

Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, Morello<sup>51</sup> señala:

"[La carga de la prueba debe tenerla] aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado". El agregado es nuestro.

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos

sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo Bustamante<sup>52</sup>:

"... el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante (...). Este, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso".

Siguiendo la misma línea, Jorge Mosset y Carlos Soto<sup>53</sup> señalan:

"(...) se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla". El subrayado es nuestro.

En el mismo sentido, David Esborraz, Mónica Fresneda y Carlos Hernández<sup>54</sup>, advierten:

"En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" según la cual, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la distribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandando según fuere las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preconceptos".

Es importante destacar la íntima vinculación existente entre los principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba reseñados y las normas que colocan la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (es decir, los artículos 1229, 1329 y 1969). Dicha vinculación llega a tal nivel que puede afirmarse que son consecuencia de la misma lógica, lógica que es justamente la que inspira una doctrina como la del *res ipsa loquitur*. Es claro que en las obligaciones de hacer o de dar, que implican conductas positivas, quien desarrolla la conducta se encuentra en mejor posibilidad de acreditar que efectivamente la realizó y la forma como la realizó. El

<sup>50</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El Derecho a Probar". Lima: Ara Editores. 2001. pp. 275-277.

<sup>51</sup> MORELLO, Augusto. "La Prueba, Tendencias Modernas". Buenos Aires: Editora Platense-Abeledo-Perrot. 1991. p. 58.

<sup>52</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit. p. 279.

<sup>53</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. "El Contrato en una Economía de Mercado". Lima: Editorial Normas Legales. 2004. p. 219.

<sup>54</sup> ESBORRAZ, David; SAIEG, Mónica y Carlos HERNÁNDEZ. "El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato". En: "Procedimiento Probatorio". Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana. 1998. p. 97.

ejemplo más claro es el pago de una cantidad de dinero. El deudor está en aptitud, al efectuar el pago, de exigir el recibo que le sirve para acreditar que efectivamente entregó el dinero adeudado y de conservarlo para demostrar que efectivamente cumplió su obligación. Pedirle al acreedor que acredite que nunca se le efectuó el pago implicaría una “prueba diabólica”. Por ello, el deudor debe colaborar de manera solidaria (desde el punto de vista probatorio) para demostrar que efectivamente cumplió con su obligación. Como dijimos, ello comprende no sólo la realización del pago, sino su identidad e integridad, es decir, que pagó lo mismo y completo, lo que es especialmente relevante en las obligaciones de medios. Por ejemplo, si la obligación era entregar dinamita, y durante la descarga de la mercadería ésta explota, no bastará probar que entregó el bien, sino que lo hizo siguiendo los estándares contractuales y legales que resulten aplicables. Si no lo hace, se presumirá que incumplió su obligación de ajustarse a tales estándares, y por tanto, será hecho responsable.

El principio recogido en la presunción de culpa leve del artículo 1329 también tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad probatoria antes anotados. Quien desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud de demostrar cómo se llevó a cabo ésta y a qué estándares se ajustó. Por tanto, le es más fácil al deudor poder acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la ley impone a quien inejecuta una obligación la carga de demostrar que no tuvo culpa. Si el señor Ybarra sale de la sala de operaciones con una lesión (lo que es en principio una inejecución de la obligación de cuidarlo mientras estaba inconsciente) en el Perú se presumirá que la inejecución obedece a culpa leve del médico.

La situación del artículo 1969 no es muy distinta. En la responsabilidad extracontractual se asume que corresponde a la parte que desarrolla una conducta acreditar, a menor costo, que no fue culpable. Dentro de esa lógica, es el que debe cargar con la demostración de lo ocurrido.

Quizás podemos concluir en este extremo que nuestro Código, de manera análoga al *res ipsa loquitur* busca

al *cheapest information supplier*, es decir, al más barato suministrador de información sobre cómo ocurrieron los hechos. En otras palabras, ambos esquemas tratan de resolver el problema de asimetría informativa (y probatoria) sobre la conducta causante del daño. La diferencia está en que mientras nuestro Código asume que cualquier nivel de asimetría entre causante y dañado justifica la inversión de la carga, el *res ipsa loquitur* parece exigir un nivel de asimetría más severa. Efectivamente, al pedir que el causante esté en control de la actividad y no sólo que la haya desarrollado, el principio le da al causante más posibilidades de escabullirse a la responsabilidad. Ello, porque permite, a través de la exigencia de los requisitos anotados anteriormente, que la carga no sea excesivamente pesada sobre el deudor, pues nos arroja una metodología dirigida justamente a determinar si superó o no la carga, tal como veremos a continuación.

Ello no impide el uso del principio del *res ipsa loquitur* en el Perú. Por el contrario sirve para entender y aplicar conceptos de carga dinámica de la prueba. Y es muy útil en un país en el que por la pobreza de recursos, probar es caro. El principio nos permite tener criterios de decisión útiles a costos razonables.

El *res ipsa loquitur* ha sido ya aplicado en el Perú, aunque sin usar ese nombre. Así, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI en temas de protección al consumidor lo ha hecho justamente al definir los criterios a seguir para determinar cuándo el proveedor de un bien o servicios cumplió con su obligación de idoneidad (es decir, de pago íntegro e idéntico de su obligación).

En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI aplicó, de forma restringida, los criterios del *res ipsa loquitur* en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.<sup>55</sup>. Así, su razonamiento fue, en concordancia con el marco legal peruano, muy exigente con el proveedor. En el mencionado caso el señor Fernández denunció a Kouros E.I.R.L. (en adelante, “Kouros”) toda vez que, uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló que uno de los puntos de análisis necesarios para resolver el caso era determinar la carga de la prueba del origen del defecto y la responsabilidad por el deterioro del zapato.

Es interesante anotar que el Tribunal ni siquiera pudo ver el zapato porque el mismo se perdió en la discusión previa al inicio del procedimiento administrativo,

<sup>55</sup> Resolución 085-96-TDC/Indecopi, de fecha 13 de noviembre de 1996.

cuando estaba en poder del proveedor que intentó repararlo. Por tanto, no había pruebas sobre qué había producido la rotura del zapato. Sólo se sabía que había estado roto porque ambas partes lo reconocieron como un hecho cierto. El Tribunal se encontraba, por tanto, ante una absoluta orfandad de pruebas sobre qué había ocurrido.

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló literalmente lo siguiente:

“... De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello, porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.

Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.

(...) De las expresiones vertidas por las partes durante el procedimiento queda claro que son hechos aceptados por ambas que uno de los zapatos se rompió luego de dos meses de uso. La discrepancia no está en el hecho, sino en la causa del mismo. Dado que según lo establecido anteriormente la carga de la prueba de la idoneidad corresponde al proveedor, no habiendo probado éste que el zapato era idóneo según lo expresado anteriormente, entonces debe concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo”.

Es claro que, a efectos de invertir la carga de la prueba en el presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI utilizó de forma restringida la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que la empresa Kouros debía probar que el zapato era idóneo según lo expresado ya que, de lo contrario, debería concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo. En otras palabras, ante la falta de pruebas de quién era responsable, hizo responsable al que tenía menores costos para probar<sup>56</sup>.

Así, el caso analizó la existencia de control sobre el proceso productivo del zapato, lo que justifica depositar sobre el deudor la carga de probar qué fue lo que ocurrió y si efectivamente cumplió su obligación. Sin embargo, la carga de la prueba es más fuerte que la impuesta por el *res ipsa loquitur*, pues exige que el proveedor demuestre que fue diligente y por tanto el defecto del zapato no le es imputable. Bajo el *res ipsa loquitur* bastaría simplemente demostrar que pudo existir otra causa, sin llegar a demostrar que esa fue la verdadera causa.

En conclusión el principio no sólo es aplicable dentro del marco legal peruano, tomando en cuenta las particularidades que impone el alto nivel de exigencia de la carga de la prueba en el Código Civil peruano para los casos de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, sino que ha sido en los hechos aplicado. En ese sentido, la jurisprudencia de INDECOPI citada refleja la tendencia que se ha venido usando en una serie de casos hasta la actualidad para resolver ese tipo de casos.

## V. EL RES IPSA LOQUITUR Y LA REDUCCIÓN DEL MARGEN DE ERROR EN LA PRUEBA

Para aplicar el *res ipsa loquitur* debemos encontrarnos en la imposibilidad o frente a una dificultad extrema de determinar cuál fue el hecho generador del daño y cómo se desarrolló la conducta del individuo al que pretendemos imputar responsabilidad.

Ello explica por qué usualmente, el *res ipsa loquitur* se aplica en aquellos casos en los cuales la evidencia desaparece con el evento o accidente mismo, es decir, la evidencia se destruye en el momento en el cual se produce el daño, razón por la cual no es posible probar cómo se causó el daño o, sin destruirse, no es posible determinar qué pasó sin la colaboración del demandado.

<sup>56</sup> Podemos entrar al interesante debate si la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva o subjetiva, pero para efectos prácticos el tema no es realmente relevante. Finalmente, el factor de atribución “defecto” implica, como en el caso de la culpa, la demostración de que los hechos se ajustaron a un estándar (el de un producto razonablemente idóneo, en comparación con una conducta razonablemente adecuada como en la culpa). En ese extremo el tipo de razonamiento es el mismo.

Existen muchos supuestos en los cuales la evidencia se destruye, y es primordialmente en estos casos en los que el *res ipsa loquitur* se utiliza dándole a la víctima una oportunidad de ver resarcido de alguna manera el daño que ha sufrido. Un caso en el que es típica la aplicación de *res ipsa loquitur* es el de las explosiones o los incendios. Producida una explosión o un incendio, lo usual es que el material probatorio desaparezca. En esos casos probar la causa y, más aún, la culpa se vuelve algo realmente difícil. Ante esa circunstancia no hacer responsable a quien con su culpa causó el daño, porque no se llega a determinar quién fue, constituye un error del sistema. Pero hacer responsable a quien no lo causó por ser muy ligeros con la evaluación de las pruebas, es también un error. Como veremos el *res ipsa loquitur* persigue reducir los riesgos de error.

Como lo señala claramente Kenneth S. Abraham:

“... Las cortes en algunas ocasiones encuentran que el transporte de material altamente inflamable que tiene la probabilidad de destruir la evidencia cuando explota cae en esta categoría. Esto se asemeja mucho al tipo de análisis que nos conduce al *res ipsa loquitur*, que es por supuesto una doctrina de negligencia. Recordemos, sin embargo, que una de las funciones de la doctrina es reducir el rango de error, y que algunos casos de *res ipsa loquitur* se asemejan a casos de responsabilidad objetiva. No sería por tanto sorpresa, en consecuencia, que *res ipsa* y la responsabilidad objetiva tengan en común su capacidad potencial de reducir el rango de error del sistema de negligencia convencional...”<sup>57</sup>.

La explicación de Abraham es bastante gráfica y pone el problema en su contexto y al *res ipsa loquitur* en su función.

Los abogados solemos olvidar que la aplicación de reglas cuesta y la aplicación de unas reglas cuesta más que la aplicación de otras. Ello explica por qué las normas de carga de la prueba son relativamente escasas, mientras los abogados hacen grandes esfuerzos por tratar extensamente el contenido sustantivo-conceptual de las reglas.

Así, existe un debate mucho más intenso (legal y doctrinariamente) en torno a si tenemos responsabilidad objetiva o subjetiva, haciendo girar la discusión en torno a principios más abstractos y conceptuales, que el debate que gira en torno a cómo deberían ser las cargas de la prueba y cómo deben analizarse los casos a la luz de dichas cargas. El *res ipsa loquitur* es un buen ejemplo

de una excepción a esa tendencia, y ello quizás se deba a su origen judicial, en el que los jueces antes que enfrentar teorías, enfrentan hechos.

La relación que hace Abraham entre el *res ipsa loquitur* y la regla de responsabilidad objetiva justamente tiene que ver con ese problema. Bajo la regla del *res ipsa loquitur* se busca reducir el riesgo de error en el juicio, pues al colocar la carga de la prueba sobre el que mejor puede probar, se hace más probable que la verdad surja en el procedimiento. En esa línea no es extraño colocar la responsabilidad objetiva en los casos en que una de las partes está en mejor posibilidad de tomar precauciones para evitar un accidente<sup>58</sup>. Al hacerlo se reduce el costo de error porque lo más probable, al hacerlo responsable, es que esté resolviendo lo correcto.

Pero ahí no se agota el problema. Como ya vimos, si establezco una responsabilidad objetiva y estoy ante una situación donde ambas partes pueden tomar precauciones, entonces una de ellas (la que no es objetivamente responsable) dejará de tomar precauciones porque está literalmente “asegurada” por la otra que cubrirá todos sus daños. Como explicaremos ahora, el *res ipsa loquitur* es un principio que trata de conciliar el riesgo de error con la creación de incentivos adecuados para la toma de precauciones por ambas partes. Tratemos de explicarlo con más detalle.

#### A. El problema de las precauciones recíprocas

Cuando uno caracteriza un accidente de tránsito puede usar dos formas para describirlo, ambas ciertas, aunque suenen diferentes. Uno puede decir “el automóvil le rompió la pierna al peatón”. Pero también puede decir “el peatón le rompió el faro al carro”. Ambas descripciones son estrictamente ciertas y describen el mismo accidente, pero partiendo de perspectivas distintas. Lo que muestra el ejemplo es que ambos causan mutuamente la externalidad, es decir, que el daño es causado por las dos partes en su actuación simultánea. Si el automóvil no hubiera estado circulando por la calle específica donde ocurrió el accidente, éste no hubiera sucedido. Pero si el peatón no hubiera cruzado la vía en ese momento, tampoco tendríamos un accidente. Ambas conductas deben sumarse para que el accidente ocurra.

Veamos lo que nos dice el premio Nóbel de economía, Ronald Coase:

“La Naturaleza Recíproca del Problema. La aproximación tradicional ha tendido a obscurecer la

<sup>57</sup> ABRAHAM, Kenneth S. “The Form and Functions of Tort Law”. Nueva York: The Foundation Pres, Inc. 1997. pp. 162-163. Traducción libre.

<sup>58</sup> El célebre *cheapest cost avoider* o más barato evitador del daño de Guido Calabresi.

naturaleza de la elección que tiene que hacerse. La pregunta se plantea comúnmente como una en donde A causa un daño a B y lo que tenemos que decidir es: ¿cómo deberíamos controlar a A? Pero ello es equivocado. Estamos lidiando con un problema de naturaleza recíproca. El evitar el daño a B le causaría un daño a A. La pregunta real a ser respondida es: ¿debería permitirse a A dañar a B o debería permitirse a B dañar a A? El problema es evitar el daño más serio<sup>59</sup>.

Lo que Coase nos dice es justamente que el concepto de causante y víctima es relativo, y en realidad no existe hasta que la ley toma partido. En otras palabras, uno no es víctima hasta que la ley lo define como destinatario de una indemnización. O, dicho en otros términos, en un caso de responsabilidad, ambos son causantes y ambos son víctimas, pero, es la ley la que finalmente define quién le paga a quién. Y la ley debe, al escoger quién paga, buscar que se minimice la pérdida social.

Pero como ya vimos, en esa línea de razonamiento, si en un accidente de tránsito establecemos un sistema de responsabilidad objetiva del conductor del auto, y las indemnizaciones compensan plenamente, los peatones perderán los incentivos para tomar precauciones<sup>60</sup>.

Ello explica por qué, en general, los sistemas de responsabilidad suelen ser subjetivos (al menos en el campo extracontractual). Bajo la regla de la culpa, el peatón corre el riesgo de ser atropellado por un chofer que no tuvo culpa. Si eso le ocurre tendrá que soportar los daños sin poderlos trasladar a otro. Ello generará los incentivos en el peatón para tomar precauciones. Por otro lado, si el conductor no toma precauciones adecuadas será culpable y pagará los daños. En consecuencia, tomará las precauciones. Como vemos, el resultado de una regla como la de la culpa es que ambas partes de la relación tomarán precauciones adecuadas.

Pero no es la única solución. Podría tenerse una regla objetiva del lado del conductor, de manera que éste siempre pague. Pero para corregir el incentivo del peatón de no tomar precauciones, se debe usar un sistema de concurrencia de culpa de la víctima. En ese sistema, el conductor paga siempre, salvo que el juez encuentre que el peatón fue culpable. En ese caso, el conductor tomará precauciones porque asumirá que puede atropellar a un peatón diligente. Y el peatón tomará precauciones porque si no, no le pagarán sus daños. El resultado será que ambos tomarán precauciones<sup>61</sup>.

El lector suspicaz se habrá dado cuenta que en realidad toda la explicación anterior es un mero juego de palabras. Bajo la idea de la responsabilidad objetiva y subjetiva he reseñado en realidad un solo sistema. Ello es consistente con la posición coasiana sobre la naturaleza recíproca del problema, es decir, sobre la idea que ambos son causantes y ambos son, simultáneamente, víctimas. Lo que llamamos responsabilidad objetiva es objetiva del lado del causante pero subjetiva del lado de la víctima, porque si la víctima tuvo culpa el causante no paga. Y lo que llamamos responsabilidad subjetiva, es subjetiva del lado del causante y objetiva del lado de la víctima, pues si el causante es diligente, la víctima carga objetivamente con sus propios daños.

Pero si, como vimos, los conceptos de víctima y de causante son relativos (porque los dos son causantes y los dos son víctimas) entonces estamos frente al mismo sistema pero visto al revés<sup>62</sup>. Y ello se explica porque la culpa es necesaria en algunos de los dos extremos de la relación, justamente para evitar que una de las partes se sienta asegurada por la otra y deje de tomar precauciones<sup>63</sup>.

Así, en conclusión, usualmente es necesario recurrir a la culpa de alguien precisamente para crear incentivos de conducta adecuados para ambas partes.

<sup>59</sup> COASE, Ronald H. "The Problem of the Social Cost". Citado por: Levmore. "Foundations of Torts Law". Foundation Press. 1994. p. 2. Traducción libre.

<sup>60</sup> Ello explica por qué en países que conceden indemnizaciones altas no sea extraño que las víctimas se "autocausan" los daños. Así, saltan sobre un vehículo o fingen resbalarse en el piso encerado de una tienda y luego demandan por los daños sufridos.

<sup>61</sup> Ese es el sistema del Código Civil peruano en que la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 permite al causante liberarse según el 1972, entre otros supuestos, si existe imprudencia de la víctima. Para un análisis más detallado del problema de las precauciones recíprocas en los casos de responsabilidad revisar POLINSKY, A. Mitchell. "An Introduction to Law and Economics." Segunda Edición. Aspen Law & Business. 1989. p. 39 y siguientes.

<sup>62</sup> El concepto es tan relativo que a veces lo resolvemos intuitivamente de una manera bastante poco sistemática. Si una bicicleta atropella a un peatón, el peatón es la víctima y la bicicleta el causante. Si un auto atropella a un ciclista definimos al auto como causante y al ciclista como víctima. Y si un camión impacta a un auto, el auto es la víctima y el camión el causante. Lo definimos por tamaño, pero en realidad el tamaño es irrelevante para determinar quién causó el daño. Finalmente, estamos buscando un culpable, y ese culpable es normalmente hecho responsable. Por eso, la distinción entre culpa y causa adecuada puede volverse realmente sutil, hasta poderse llegar a pensar que son virtualmente lo mismo. Son finalmente dos formas que se usan simultánea e integradamente para encontrar, en términos de Coase, si hacer pagar a A minimiza la pérdida social más que si se hace pagar a B.

<sup>63</sup> Ello explica por qué la responsabilidad objetiva suele usarse en supuestos en los que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Un buen ejemplo es el de los accidentes de aviación, que si bien es calificado usualmente por la ley como un caso de responsabilidad subjetiva, en la práctica opera como un sistema de responsabilidad objetiva. En esos casos sólo la aerolínea puede tomar precauciones porque un pasajero virtualmente no puede hacer nada para evitar un accidente. También explica por qué virtualmente ningún sistema del mundo ha podido eliminar la culpa, pues siempre habrán casos de precauciones recíprocas.

## B. El riesgo de error

Pero una vez definido por qué necesitamos de la culpa, necesitamos probar que existió (o que no). Si consideramos que hay culpa cuando no la hay, entonces tenemos un error de tipo 1, en el que quien paga no debería pagar. Pero si consideramos que hay culpa cuando no la hay, cometemos un error de tipo 2, en el que paga quien no debería pagar<sup>64</sup>.

Los errores del juzgador pueden depender de una serie de problemas, pero para nuestros fines la razón principal del error es el costo de probar quién tuvo la culpa. Y la culpa no es necesariamente fácil de probar porque implica retroceder en el tiempo para ver cómo ocurrieron hechos que se encuentran en el pasado.

Hay casos en que la culpa es más fácil de probar que en otros. Si tenemos una filmación de una acción que causó un daño, es fácil concluir quién tuvo la culpa. Pero si se produce una explosión, un incendio, un derrumbe u otras circunstancias especialmente destructivas de evidencia, entonces la prueba de la culpa (y de la causa) será difícil.

Una segunda constatación es que los costos de la prueba no son necesariamente simétricos entre las partes. Una parte puede estar en mejor posibilidad de producir prueba que otra. Si yo controlo una actividad que se realiza a dos pisos de altura (como, por ejemplo, almacenar harina) y otra persona se encuentra a nivel de piso (como un peatón distraído) entonces es probable que si cae un cuerpo del segundo piso el que está arriba tiene más posibilidades de saber lo que pasó en relación al que está abajo. En el caso del barril de harina es evidente que el almacenero está en mejor posibilidad de saber qué hacer y qué pasó.

Otro ejemplo que demuestra lo mismo es el caso Ybarra. Es evidente que los médicos y auxiliares del hospital enfrentan menos costos de probar que los pacientes anestesiados.

En casos como los descritos la ley puede crear incentivos para reducir los costos de probar de una manera muy fácil, creando incentivos para que sea el que está en mejor posibilidad de probar quien "pague los platos rotos" si es que no prueba qué es lo que pasó. Con ello se reduce la posibilidad de error porque se hace más barato el camino a la verdad.

En cambio, si la ley coloca la carga de la prueba en quien enfrenta mayores costos para probar, será más

largo y difícil el camino a la verdad y por tanto la posibilidad de error se incrementa.

Una forma de reducir los costos de probar, y con ello reducir la posibilidad de error, es justamente la responsabilidad objetiva. Si el legislador hace objetivamente responsable a quien tiene menores costos de probar, le creará incentivos para demostrar cómo ocurrieron los hechos y así buscar la culpa en la otra parte que lo liberaría. Así, si el propietario del almacén del que cayó la harina es hecho objetivamente responsable por la caída de objetos de los segundos pisos, tratará de demostrar qué es lo que ocurrió para evitar ser responsable si la causa le es ajena.

Nótese que usualmente los casos en que evitar un accidente depende de precauciones unilaterales (es decir, a cargo de una sola de las partes) coinciden con los casos en que una de las partes puede probar mejor que la otra. La razón es obvia. Si el médico de Ybarra es el único que puede tomar precauciones es porque maneja la actividad que puede causar el daño. Y si maneja la actividad plenamente quiere decir que tiene más información de lo que pasó. Ello explica, como veremos, por qué Abraham nos sugería que la responsabilidad objetiva y el *res ipsa loquitur* son hermanos cercanos. Ambos tratan de reducir el costo del error. El segundo es la antesala del primero.

El problema es más serio en los casos en los que las pruebas desaparecen por completo. Si durante la entrega de dinamita en una mina el camión que la llevaba explota, es posible que nunca sepamos qué es lo que ocurrió. Si ello es así, entonces sólo tenemos dos posibilidades: hacer responsable al que entregaba dinamita o hacer responsable al dueño de la mina que sufrió los daños (o dejar simplemente que soporte los daños, que es lo mismo). Pero si se determina que las precauciones eran principalmente unilaterales (lo que parece recaer en la persona del transportista porque controla la descarga) se reduce el riesgo de error si uno hace responsable a quien habría podido tomar esas precauciones. Si bien el riesgo de error no se reduce a 0, es mucho más probable que nos estemos equivocando si dejamos la responsabilidad sobre los hombros de la mina. Así, un sistema de culpa en estos casos equivale a la responsabilidad objetiva de la víctima. Y si la víctima no puede tomar muchas precauciones, tendremos más accidentes.

El problema que surge es obvio. Si hacemos responsable al dueño del camión bajo un principio de responsabilidad objetiva la mina se sentirá aliviada de

<sup>64</sup> En realidad los errores de tipo 1 y de tipo 2 son lo mismo. Dada la naturaleza recíproca del problema es simplemente no encontrar a quién le corresponde pagar.

responsabilidad y no tomará precauciones (por ejemplo, no hacer un fuego cerca al lugar de descarga). Si bien las precauciones son principalmente unilaterales, siempre hay algún nivel de precaución que la otra parte puede tomar. En esos casos, una solución es usar la negligencia contributiva, como ya señalamos.

Una regla menos rígida y más dinámica que la responsabilidad objetiva es justamente el *res ipsa loquitur*. Tal regla nuevamente busca a quien tiene más información y, justamente, puede también tomar más precauciones. El requisito que la actividad esté bajo el control de alguna de las partes apunta justo a identificar situaciones en que las precauciones son unilaterales y la información está en cabeza justamente de quien puede adoptar tales precauciones. Lo mismo sucede con la exigencia de descartar que otros hayan podido tener culpa en la esfera de los eventos dentro de los que ocurrió el accidente. Por ejemplo, las precauciones pueden aparecer como bilaterales hasta que se descarta por completo que la mina haya prendido un fuego en las inmediaciones. Con ello, bajo el *res ipsa loquitur*, el propietario del camión es responsable así no se llegue a acreditar qué es lo que realmente ocurrió si es que demuestra que pudo haber razonablemente ocurrido.

La regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones. Pero también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente porque sino será responsable de sus consecuencias.

En esa línea el *res ipsa loquitur* es una forma ingeniosa de lidiar con situaciones en las que pueden existir precauciones bilaterales, es decir, a cargo de ambas partes (como lo hace todo sistema de culpa del que el *res ipsa loquitur* es una expresión) pero en las que existen costos asimétricos de probar los daños que exigen un mecanismo que reduzca el costo de error que se deriva de la prueba de la culpa.

Esta idea se encuentra también, aunque de manera menos sofisticada, detrás de los artículos 1229, 1339

y 1969, que al invertir la carga de la prueba tratan también de enfrentar el problema de la asimetría de costos de prueba.

Decimos menos sofisticada porque, a diferencia de los requisitos de aplicación del *res ipsa loquitur*, que tratan de separar, como con un bisturí, los casos en que una parte tienen control de los que no los tiene realmente, nuestro Código lo hace de una manera más burda, como usando un hacha, con el riesgo consiguiente de arrastrar hueso con la carne al hacer el corte.

En todo caso, lo que resulta de este análisis es que no hay incompatibilidad entre la doctrina del *res ipsa loquitur* y las reglas aplicables en el Perú. Por el contrario, esta doctrina puede contribuir a perfilar análisis más precisos y adecuados de la carga de la prueba en la responsabilidad civil.

## VI. CONCLUSIÓN

Como en la historia de la Bella y la Bestia, el Derecho puede tener la magia para hacer hablar a las cosas o, lo que es más importante, a las circunstancias. Multiplicar a los testigos de un accidente o de un acto de incumplimiento contractual para que los bienes inanimados nos digan qué es lo que pasó permitiría menos impunidad en el pago de los daños que se causan y contribuiría a la internalización de las externalidades, lo que a su vez incrementa el bienestar social.

El Derecho es, ante todo, un sistema de solución de problemas prácticos. Por eso quedarnos en el análisis meramente teórico y conceptual, sin analizar los efectos operativos de las cargas de la prueba, es alejarnos de la solución real de los problemas.

El *res ipsa loquitur* es una herramienta realmente útil para resolver problemas reales. Ordena nuestro razonamiento y permite entender mejor el alcance de nuestras normas. Siempre se alzarán voces que pedirán que las doctrinas extranjeras se dejen de lado, sobre todo si son anglosajonas. Pero los abogados debemos aprender que lo útil lo es porque sirve, no por de dónde viene.