

Hacia una interpretación sistemática del nexo causal en materia de responsabilidad civil

Juan Espinoza Espinoza

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de
Derecho de la UNMSM., PUCP., y de la Universidad de Lima.

Para un sector de la doctrina argentina, "cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes. Sin embargo, cada hecho no es sino un eslabón en una cadena causal en la que se suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia"¹. Con razón, se afirma que la relación de causalidad "no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores insita en la afirmación de responsabilidad"². Debe tenerse en cuenta que, tanto el art. 1969 c.c. y como en el 1970 c.c. se refieren a quien causa un daño, ello quiere decir que tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva está presente este elemento.

Se afirma que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 c.c.) y en inexecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (art. 1321 c.c., segundo párrafo), el cual establece que:

"el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución" (el subrayado es mío).

A propósito del art. 1223 del c.c. Italiano (que ha inspirado el 1321 de nosotros), se sostiene que esta fórmula se refiere a la "determinación del daño" y no a la inmediatez de la causa³. En efecto, "una cosa es emplear la causalidad con

¹ BUSTAMANTE ALSIN, Teoría General de la Responsabilidad Civil, novena edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 267.

² SCOGNAMIGLIO, voz Responsabilità Civile, en Novísimo Digesto Italiano, XV, UTET, Torino, 1968, 651.

³ SCOGNAMIGLIO, op., cit.

el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores, como la culpa, el dolo, la preposición (de un tercero), el ejercicio de una actividad riesgosa, la custodia, el ser propietario (aquí se debe responder a la pregunta: ¿quién ha sido?) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: ¿cuánto debe pagar el responsable?)."

En atención a ello, a propósito de la redacción del art. 1223 del c.c. italiano, autorizada doctrina sostiene que "es claro que se trata de fórmulas metafóricas, las cuales no pueden ser tomadas al pie de la letra"⁵. Un sector de la doctrina italiana sostiene que, a lo que se quiere hacer referencia en el art. 1223 c.c. italiano es "a las hipótesis en las cuales el hecho hipotético dado por la ley, como fuente de responsabilidad, aunque no produzca en línea directa el daño, cree una situación tal, que a falta del mismo, no se habría producido". En consecuencia, "en estos casos, parece justo, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, vincular a dicho acto, más allá de toda consideración sobre su proximidad, el evento dañino"⁶. Ello se ve respaldado por una doctrina que sostiene que esta expresión "no puede tomarse al pie de la letra"⁷, lo cual está en sintonía con aquella autorizada doctrina que afirma que "la función del art. 1223 del Cód. Civil es solamente descriptiva y está contenido en la norma simplemente para indicar la directiva del legislador, según la cual la reintegración del patrimonio del acreedor debe ser integral y atenerse a todos los perjuicios económicos sufridos por el damnificado"⁸. En jurisprudencia, a propósito de la aplicación del art. 1223, no obstante su redacción, se prefiere hablar de "regularidad causal" (o causalidad adecuada), en el sentido que son considerados

⁴ FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, 86.

⁵ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, 20.

⁶ SCOGNAMIGLIO, op., cit.

⁷ DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por MARTINEZ SARRION, Bosch, Barcelona, 1975, 260.

⁸ VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, traducido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de ATIENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA, LONGHIN y WOOLCOTT OYAGÜE, Tomos 1 y 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, 208. En este mismo sentido, se afirma que "la interpretación histórica y la ubicación sistemática del art. 1223 c.c. demuestran, en definitiva, que el criterio de las consecuencias inmediatas y directas, está dirigido a disciplinar el problema del quantum respondeatur, para establecer un límite a la resarcibilidad de los perjuicios, comprendidos en una única serie causal dañina vinculada al acto ilícito o al incumplimiento, por consiguiente, es extraño a la disciplina del concurso de causas y a la imputación del evento dañino a su autor" (PINORI, *Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura de VISINTINI, Giuffrè, Milano, 1999, 78).

resarcibles los daños que entran dentro de las consecuencias normales y ordinarias del hecho dañoso⁹.

De ello se desprende que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia¹⁰:

- a) Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- b) Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

Como correlato de ello, la finalidad de la causa es doble: "imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible"¹¹. Sin embargo, se afirma que este binomio sólo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son "criterios de calificación normativa"¹².

Resulta importante distinguir¹³:

- a) La causa, que produce el efecto.
- b) La condición, que si bien, no lo produce por sí, de alguna manera permite o descarta un obstáculo. Es "todo antecedente sin el cual el resultado no se habría producido, todo elemento que no puede ser eliminado con el pensamiento sin que haga faltar el efecto"¹⁴.
- c) La ocasión, se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente.

Sin embargo, estos supuestos se suelen confundir y la diferencia, a nivel práctico, no es tan clara. Para la doctrina que vengo citando, la concausa, es aquella causa que desvía o suprime (de manera directa) los efectos de otra causa distinta y coexistente, como sería el caso de la muerte de un herido por una enfermedad que preexiste al hecho del responsable¹⁵. Me permito discrepar de esta autorizada posición, por cuanto creo que se está haciendo referencia a un

⁹ Casación N° 4186, del 23.04.98, en Responsabilità civile e previdenza, con Nota de PELLECCIA, Giuffrè, Milano, 1998, 1409.

¹⁰ SALVI, La Responsabilità Civile, Giuffrè, Milano, 1998, 171.

¹¹ FRANZONI, op., cit., 89.

¹² SALVI, op., cit., 172.

¹³ A.A. ALTERINI, quien sigue a PIRSON y DE VILLÉ, Responsabilidad Civil, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, 139.

¹⁴ VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin u. Leipzig, 1884, 110.

¹⁵ A.A. ALTERINI, op., cit., 140.

supuesto distinto, que es el de ruptura del nexo causal. Cuando se habla de concausa, se está haciendo referencia a una causa concurrente con otra, destinadas a producir el efecto dañino. Tal es el caso de la imprudencia de la víctima que concurre en la producción del propio daño (art. 1973 c.c.), o del acreedor, cuyo dolo o culpa, concurren a ocasionar el daño (art. 1326 c.c.).

Teorías causales, la doctrina civilista, en materia de responsabilidad civil, ha mutado las nociones de causalidad que han circulado en materia penal. A continuación, se desarrollarán las principales teorías propuestas sobre el particular.

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*

Para una autorizada corriente filosófica, la causa es entendida como "el conjunto de todas las condiciones necesarias para que se produzca un hecho"¹⁶. Esta es la premisa conceptual de la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁷. En efecto, para esta teoría¹⁸, es causa toda condición, positiva o negativa, a falta de la cual el evento no se habría realizado, de ahí la locución *conditio sine qua non*. Se advierte¹⁹, con razón, que en esta teoría se debe precisar que:

- a) La reconstrucción del hecho (el juicio de causalidad) se opera con referencia a un criterio de imputación específico (dolo, culpa, etc.).
- b) No es susceptible de aplicación integral, por cuanto admite limitaciones frente a otras causas autónomas que concurren en la producción del evento.

Se critica fuertemente la teoría de la equivalencia de las condiciones, calificándola de "inatendible", por cuanto "de la consideración por la cual la falta de una condición haría venir a menos el efecto, no se deriva -sobre el plano lógico- que tal condición sea la causa del resultado, sino que ésta es necesaria, esencial, para la producción del resultado mismo"²⁰.

Quizá, un ejemplo, nos ayude a entender los alcances de esta teoría: imaginemos a una persona que consume un sándwich en un establecimiento y resulta

¹⁶ STUART MILL, *A Studium of Logic Ratiocinative and Inductive*, III, Londres, 1886, c. V, 3.

¹⁷ Con razón se sostiene que esta teoría "goza de especial consideración, justo porque es considerada como la teoría que menos se aparta de las posiciones lógico naturalistas" (SINISCALDO, voz Causalità (Rapporto di), en *Enciclopedia del Diritto* Giuffrè, Milano, 1960, 641).

¹⁸ Defendida por VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, I.

¹⁹ SALVI, op., cit., 172-173.

²⁰ SINISCALDO, op., cit.

que se encontraba descompuesto y es tan fuerte el malestar que lo trasladan en ambulancia a un establecimiento clínico, sin embargo, un camionero distraído embiste con su camión a la ambulancia y fallece el desafortunado consumidor. ¿Quién es el responsable? Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo serían todos, vale decir, el camionero, quien manejaba la ambulancia, el que hizo el sándwich e, incluso, habría que remontarse a quien plantó la lechuga, lo cual resulta ser del todo inaceptable. Es por ello que comparto la observación de que, en esta teoría, "el rigor de la lógica no se compadecía con la bondad de la justicia"²¹.

b) Teoría de la causa próxima

Ya se había hablado de esta teoría, cuando se analizó, dentro de la experiencia del common law, la evolución de la responsabilidad civil, que nació siendo exclusivamente subjetiva y se transformó, no sin pocas dificultades, en una responsabilidad civil que admite supuestos de responsabilidad objetiva. La teoría de la causa próxima fue utilizada por los operadores jurídicos como el producto de una policy tendiente a proteger los intereses económicos de los dueños de las fábricas o de las empresas ferroviarias, haciendo que sean responsables (únicamente) sus dependientes en tanto causantes directos o próximos de daño ocurrido, teniendo como consecuencia que la víctima terminaba con asumir los costos de sus daños.

Según esta teoría, se le llama causa solamente a "aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente "condiciones""²². Se afirma que el fundamento de esta teoría se halla en el siguiente pasaje: "sería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las una sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontar a un grado más lejano"²³.

Para una autorizada doctrina del análisis económico del derecho, la causa próxima "comprenderá, por lo general (si bien no siempre), aquellas causas sine qua non, presumiblemente vinculadas causalmente, a las que, en ausencia de ciertas defensas específicas, un sistema legal desea asignar, al menos, responsabilidad parcial por un accidente"²⁴.

²¹ BUSTAMANTE ALSINA, op., cit., 268.

²² BUSTAMANTE ALSINA, op., cit., 268-269.

²³ BACON, *Maximes of Law*, citado por BUSTAMANTE ALSINA, op., cit.

²⁴ CALABRESI, *Acercas de la causalidad y la responsabilidad extracontractual: un ensayo en homenaje a Harry Kalven*, en *Thémis*, Segunda Época, N° 33, PUCP, 1996, 193.

Nótese que admitir esta teoría en supuestos de responsabilidad civil extracontractual, generaría situaciones injustas, y como ejemplo, tenemos el caso del daño causado por el dependiente. Sin embargo, como se advirtió, nuestro Código Civil, en materia de responsabilidad por inejecución de las obligaciones, admite la causa próxima en el segundo párrafo del art. 1321 c.c. ¿Qué quiere decir que el resarcimiento por inejecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante (y en daño moral, de acuerdo al art. 1322 c.c.) "en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución"? Reitero que es necesario distinguir, dentro de la causalidad, dos aspectos:

- a) La relación de causalidad, que vincula el supuesto ilícito al daño ocasionado (causalidad de hecho).
- b) La determinación del quantum resarcitorio, que fija los límites de los montos por los daños ocasionados (causalidad jurídica).

En mi opinión, tanto en el art. 1985 como en el 1321, se han confundido estos niveles, y me temo que ello se ha debido al hecho de asimilar apresuradamente el modelo circulante en el Código Civil Italiano, sin tener en cuenta su interpretación doctrinaria ni su aplicación jurisprudencial. Ya hemos visto que nuestro art. 1321 ha seguido al 1223 del c.c. Italiano, e incluso que hay una doctrina que ha advertido la diferencia que señalo. En materia de responsabilidad aquiliana, el art. 2056 del Codice establece que el resarcimiento debido al dañado se debe determinar debido a las disposiciones de los arts. 1223, 1226 y 1227. ¿Ello quiere decir que, debido a la remisión que hace el art. 2056 al art. 1223, sólo existe la causalidad próxima en el Codice? La respuesta correcta es la negativa: la jurisprudencia italiana acoge la teoría de la causalidad adecuada "llegando a comprender entre los daños resarcibles también a las consecuencias del ilícito que no entran en el ordinario curso de los eventos"²⁵.

²⁵ BIANCA, *Diritto Civile*, 5, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, 131. El autor cita el caso, visto por el Tribunal de Milano, del 13.07.89, del conductor de una motocicleta, embestido e internado en un hospital, que sufre ulteriores lesiones, por haberse caído desde una ventana en un intento de fuga originado por las alteraciones psíquicas provocadas por el accidente (cit.). En el ámbito contractual, según Casación No. 4236, del 19.07.82, el daño "está circunscrito, en la exigencia de la búsqueda de un principio idóneo a seleccionar, entre las varias condiciones del daño, la que constituye una relación de causalidad, por el criterio de la causalidad adecuada (o regularidad causal), en el sentido que son resarcibles los daños inmediatos y directos y aquellos que, aún siendo mediatos e indirectos, entran, sin embargo, en la serie de las consecuencias normales y ordinarias del hecho: y tal criterio tiende a coincidir con el de la previsibilidad del daño, entendida ésta como el juicio de probable suceso futuro, según la apreciación del hombre de diligencia normal, en el ámbito en el cual son conocidas, conocibles y previsibles las posiciones del hecho y las concausas que inciden en la producción y en el desarrollo del daño" (cit., 130).

En suma: propongo una interpretación del segundo párrafo del art. 1321 c.c. que, más allá de su literalidad, se entienda que no regula el aspecto de la relación de causalidad, sino el límite del quantum resarcitorio (causalidad jurídica), el cual, incluso, no debe ser interpretado *ad pedem literae*²⁶.

Quizá un caso nos ayude a entender cómo opera un adecuado análisis causal: una persona compra un pasaje aéreo y luego demanda por un millón de dólares americanos a la compañía de aviación. El pasajero se queja de que había dos escalas no informadas (lo que le ocasionó malestares de salud), así como que llegó tarde a una cita de negocios (no concretada) en New York, que al regreso no encontraron una de sus dos maletas, en la cual justamente estaba su libreta electoral (y por ello no pudo votar) y que, como consecuencia de ello, lo despidieron de su trabajo (por pedir dos permisos para regularizar su situación de omiso, por cuanto la maleta se la devolvieron dos días después de su arribo a Lima). En primera instancia, con resolución diez, del 29.10.99, se declara infundada la demanda. El análisis causal fue el siguiente:

"a que, respecto del daño personal alegado, debemos tener presente que del tenor de la carta que corre a fojas trece se advierte que en ella no se señala causa alguna de despido ni se ha aportado medio probatorio idóneo que vincule dicho despido al actuar de la demandada; además, que si el actor consideró arbitrario su despido tenía expedita la vía correspondiente para accionar por indemnización contra su empleadora ante el fuero correspondiente; también, concordando con el criterio asumido, debe tomarse en cuenta lo señalado en el artículo mil trescientos veintiuno del Código Civil, en el sentido, que el daño indemnizable debe ser consecuencia directa de la acción del demandado, lo que no se cumple en el presente caso, pues no existe relación alguna entre el transporte aéreo ejecutado y el despido arbitrario del actor, más aún si de su propia declaración de parte obrante en el acta de audiencia de pruebas de fojas ciento cuarenta a ciento cuarentidós, el demandante por intermedio de su apoderado judicial, reconoció que el despido se produjo por varias incidencias entre ellas al alegado permiso para regularizar su omisión al sufragio; que más aún, resulta contradictorio que el demandante alegue que se le despidió por haber solicitado dicho permiso cuando el texto de la demanda se advierte, que los permisos solicitados

²⁶ Es bueno tener en cuenta que, cuando se redactó la exposición de motivos (auténtica, no oficial) se afirmó que el segundo párrafo del art. 1321 c.c., consigna el precepto que "la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, trátase de daños y perjuicios previstos o no previstos" (el subrayado es mío) (OSTERLING PARODI con la colaboración de CARDENAS QUIROS, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), en COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN EL CODIGO CIVIL, Código Civil, V, Exposición de Motivos y Comentarios, compilado por REVOREDO DE DEBAKEY, s/e, Lima, 1985, 448).

le fueron otorgados por su empleadora sin que ello significase problema alguno en dicho momento; consideraciones por las cuales, tampoco, es procedente amparar este extremo del petitorio de la demanda" (el subrayado es mío).

Esta resolución fue confirmada por resolución del 12.04.00, de la Sala Especializada en lo Civil Corporativizada en Procesos Abreviados y de Conocimiento. El órgano colegiado enfatizó que:

"estando a que la indemnización por daños y perjuicios por inejecución comprende el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la ejecución, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo mil trescientos veintiuno del Código Civil; en el presente caso no se advierte, máxime la inexistencia de relación de causalidad, el vínculo entre los hechos ocurridos y los perjuicios alegados por el demandante (sic); además de que las escalas programadas por la empresa de aviación aparecen en la revista Tráfico, conforme se aprecia de fojas cuarentidós a cuarentitrés; así como el accionante reconoce que los dolores aducidos provienen de lesiones ocurridas por el impacto de un proyectil de arma de fuego que se produjo el treintiuno de Julio de mil novecientos noventaiocho, tal como fluye de fojas ciento cuarenta y uno a ciento cuarentidós; agregándose también que el demandante no ha probado que la referida Libreta Electoral se haya encontrado en las maletas que le entregaron con retraso, así como los demás daños y perjuicios aducidos" (el subrayado es mío).

Solamente me permitiría observar que el hecho que los datos respecto de las escalas consten en una revista, no exonera de la responsabilidad por falta de información que le corresponde a la compañía de aviación respecto de sus usuarios. Sin embargo, esta omisión, tampoco sería fuente de responsabilidad civil por los malestares de salud ocurridos, ya que estos son consecuencia de un accidente sufrido anteriormente.

c) Teoría de la causa adecuada

Esta teoría entiende como causa de un evento, aquella conducta que, según un juicio ex ante, resulte adecuada para determinar el efecto sobre la base del *id quod prelumque accidit*²⁷. Así, en la causalidad adecuada, "la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producido por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquel efectivamente verificado"²⁸. Hay causalidad adecuada, "entre un acto o actividad y un daño, cuando con-

²⁷ VON KRIES, Über der Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im strafrecht, en Zeitschrift ges. strw., 1889.

²⁸ SALVI, op., cit., 173.

cluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá"²⁹. Para esta teoría "no es causa cada condición del evento, sino sólo la condición que sea "adecuada", "idónea" para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse"³⁰.

Así, "para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto"³¹.

Como ya se señaló, el art. 1985 cc., en materia de responsabilidad extracontractual, recoge la teoría de la causalidad adecuada. En efecto, este numeral, al prescribir que debe "existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido", está refiriéndose a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Sin embargo, la primera parte del mismo establece que "la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral" aquí se hace referencia a la causalidad jurídica.

¿Se puede proponer una interpretación sistemática de los arts. 1321 y 1985 c.c.? Creo que sí: el art. 1321 c.c. se refiere al quantum indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el art. 1985 c.c. a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones. En mi opinión, no es correcta la fórmula que obliga al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, sino el modelo legislativo adoptado por el código civil debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, éste utilizará la teoría más idónea al caso en particular. Curiosamente, las diferencias entre las mismas, no

²⁹ CALABRESI, op., cit., 192.

³⁰ SINISCALCO, op., cit., 645.

³¹ BUSTAMANTE ALSINA, op., cit., 270.

resultan ser tan antagónicas. Así, si bien se afirma que la interrupción del nexo causal reduce las distancias entre la teoría de la equivalencia y la de la causalidad adecuada³², lo mismo sucedería con la teoría de la causalidad adecuada y la de la causa próxima. Incluso, no se debe olvidar el principio básico de reintegración del patrimonio en beneficio del dañado y, de ello se deriva, que el enunciado del art. 1321 c.c. no debe ser entendido como taxativo (en cuanto al límite del resarcimiento), sino de tipo descriptivo. De otra manera, se mantendría una injustificada disparidad de tratamiento frente a lo prescrito en el art. 1985 c.c. En esta posición, se encuentra quien sostiene que "si bien el Art. 1321 segundo párrafo, parece adherirse a la teoría de la causa próxima por la referencia a "consecuencia inmediata", ésta debe entenderse como la que ocurre de acuerdo al orden normal de los acontecimientos, lo que nos aleja de la literalidad del término "inmediato" y así de la concepción de "causa próxima", facilitando este razonamiento una interpretación sistemática y teleológica de las normas del Código Civil, asumiéndose en general la "tesis de la causalidad adecuada"³³.

Un ejemplo de análisis causal lo tenemos en un caso que se presentó entre la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) y Telefónica del Perú. En efecto, la última demandó a la primera por los daños ocurridos el 16.03.96, ascendientes a la suma de catorce mil quinientos cincuenta y ocho nuevos soles y noventa y ocho centavos, por una inundación de agua como consecuencia de la rotura de tuberías de agua potable a cargo de la demandada, originando la inundación de una cámara subterránea de cables telefónicos, ocasionando el corte del servicio en la zona. El Trigésimo Octavo Juzgado Civil, con resolución diecisiete, del 17.07.98, declaró infundada la demanda por lo siguiente:

"que, como aparece de la demanda incoada la única prueba ofrecida y actuada por el demandante con la cual se pretende acreditar la existencia del evento es la copia certificada corriente en fojas siete consistente en la constatación Policial, donde aparece que se verificó daños en una cámara de empalmar líneas telefónicas, según el acto ocasionado por la inundación de agua a consecuencia de la tubería de agua; (...) Que, la prueba antedicha es insuficiente para determinar o acreditar la existencia del hecho presuntamente dañoso, y menos con el mismo se puede acreditar que la rotura de la tubería se haya ocasionado o producido por culpa (o dolo) del demandado, y en todos los casos tampoco se ha probado la relación de causalidad prevista en el numeral mil novecientos ochenta y cinco del Código sustantivo conforme al cual debe existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño producido" (el subrayado es mío).

³² SALVI, op., cit., 174.

³³ WOOLCOTT OYAGUE, La Responsabilidad Civil de los Profesionales, ARA, Lima, 2002, 553.

Esta decisión fue confirmada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 24.12.98, enfatizando que:

"en el presente caso, si bien con la certificación de fojas siete se acredita la inundación de agua en el lugar que se precisa en dicho documento, empero el dictamen pericial de fojas noventa y nueve es convincente cuando concluye que no existen pruebas objetivas ni documentos técnicos que demuestren la fecha en que ocurrió el evento dañoso, las causas que lo ocasionaron, la magnitud de los perjuicios y el responsable de los mismos. La certificación policial de fojas siete es insuficiente para tales efectos".

No hay relación de causalidad entre el hecho que un ex-empleador envíe cartas a otros centros de trabajo informando que un ex-empleado ha sido despedido por pérdida de confianza y los daños que pueda sufrir. Así, la resolución veintidós del Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 24.11.99, que precisa que:

"el hecho que la demandante haya cursado las cartas que corren de folio treintitrés a treinta y seis, comunicando a la AFP UNION, entre otras entidades, en la cual da cuenta que el demandante y otros han sido despedidos por pérdida de confianza; por si solas no acredita que exista una relación de causa-efecto que genere un daño económico ni moral en la persona del demandante y su familia; puesto que, siempre en un despido encierra una pérdida de confianza entre el empleador y el trabajador; máxime si como está probado se ha encontrado irregularidades al desempeño de la función como trabajador del demandado Banco; y además, el que ingrese o no a laborar en otro centro de trabajo depende directamente de la decisión del empleador en donde se pretende laborar; y una carta de esta naturaleza no le impide ni le obliga a ningún empleador a que no contrate los servicios de una persona; esta situación queda dentro de su esfera de su decisión" (el subrayado es mío).

Esta decisión fue confirmada por la resolución veintinueve de la Sala Civil de la Corte Superior del Santa, del 16.05.00.

d) Causalidad probabilística

Un sector de la doctrina norteamericana entiende a la causa como un concepto funcional³⁴. El fundamento de la causalidad probabilística reside en desplazar la carga probatoria del nexo causal al demandado como agente dañante, frente

³⁴ CALABRESI, op., cit., 194. En este orden de ideas "es posible redefinir la causa adecuada y la causa sine qua non de modo que vayan, no de la "acción" al daño, sino de la riqueza, el status, la casta o inclusive del mérito generalizado (siempre que no se defina el "mérito" en términos de evitar accidentes) al daño" (cit., 196).

a casos excepcionales en los cuales la víctima se encuentra en imposibilidad de probar el nexo causal. La determinación del quantum resarcitorio se puede dar, (se entiende, en casos de pluralidad de agentes dañantes), de manera solidaria, si es que no hay un criterio que permita delimitar la responsabilidad de cada uno, individualmente considerada, o (en caso de productos defectuosos) sobre la base del market share (la cuota del mercado), ello, en la medida de establecer una correspondencia entre la circulación que se hizo del producto defectuoso y la probabilidad de haber ocasionado el daño.

Creo que el planteamiento teórico de la causalidad probabilística se entenderá mejor a partir del siguiente caso: el DES o diethylstilbesterol era un fármaco compuesto por hormonas femeninas que servía para prevenir el aborto, que circuló entre 1941 y 1971. En 1947 la Food and Drug Administration (F.D.A.) de los Estados Unidos autorizó la comercialización del DES sólo para fines experimentales y bajo la condición que tal comercialización fuese precedida de una adecuada información. Sin embargo, este medicamento se comercializó, trayendo como consecuencia su incremento en las posibilidades de sufrir cáncer (en el cuello cervical o en la vagina) en las niñas cuyas madres lo habían utilizado durante el embarazo. El cáncer que padecían era denominado "adenocarcinoma" y los síntomas aparecían entre los 10 y 12 años. También ocasionó otros tipos de anomalías en los órganos genitales femeninos. En las décadas de los '70 y '80 las Cortes norteamericanas tuvieron que tratar numerosos casos de DES³⁵.

En 1971 la F.D.A. prohibió la comercialización del DES y advierte a la comunidad científica y a los consumidores acerca de la necesidad de no utilizar este fármaco.

Varias mujeres, hijas de consumidoras de DES y que venían sufriendo cáncer, demandan a los laboratorios que produjeron este medicamento. Las víctimas sostenían que los demandados conocían o debían conocer que la sustancia comercializada por ellos producía efectos cancerígenos. No obstante ello, los convenidos no retiraron del mercado dicho fármaco. Las demandantes afirmaron, además, que los demandados no habían experimentado con el fármaco antes de introducirlo en el mercado; pero que habían confiado en los tests realizados por otros. Todo ello contribuyó a considerar que el fármaco no era seguro ni eficaz en la prevención del aborto³⁶.

³⁵ WOOLCOTT OYAGUE, *Causalità e danno da prodotti difettosi a proposito dei casi D.E.S. negli Stati Uniti*, en *I fatti Illeciti*, III. Causalità e danno, a cura de VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, 866.

³⁶ WOOLCOTT OYAGUE, *op. cit.*, 882.

Las víctimas se organizaron en class actions. En algunos casos el resultado del proceso judicial fue favorable; pero en otros, los jueces no concedieron la indemnización solicitada. El más sonado de los casos fue *Sindell v. Abbott Laboratories*, seguido ante la Corte Suprema de California. La razón por la que se demandó a los laboratorios era que "por el transcurso del tiempo era imposible determinar de cuál de estos laboratorios provenía el medicamento consumido por cada una de las madres, sea porque las madres no lo recordaban (pues había transcurrido toda una generación desde que los productos fueron consumidos) o habían fallecido. La disyuntiva ante que se encontraba la Corte era trágica, pues era imposible establecer la vinculación causal entre la producción del laboratorio y el daño de cada una de las víctimas. Sin embargo la solución fue ingeniosa: cada empresa fue hecha responsable por una parte de los daños equivalentes a su participación porcentual en el mercado. Así, por ejemplo, si una empresa vendió el 15% del DES, esta debía cancelar el 15% de la indemnización. De esta manera se reconocía que cada empresa había generado un riesgo equivalente a la cantidad de DES que había puesto en el mercado, independientemente de si ese DES había o no producido el daño específico por el cual se demandaba"³⁷. Este criterio es denominado como el de la "cuota de mercado" (Market share liability).

La Corte Suprema de California tuvo en cuenta el precedente *Summers v. Tice* (1948), que establecía que, en casos excepcionales, "es más fácil imponer al demandado la carga de probar no haber ocasionado el daño o de probar que lo ha ocasionado otro"³⁸. Asimismo, se afirmó que:

"La razón más convincente a favor de la pretensión de la víctima es aquella utilizada en el caso *Summers*: entre una víctima inocente y algunos demandados culpables, estos últimos deben soportar el costo del daño. En este caso, como en *Summers*, la víctima no está en culpa por el hecho de no haber suministrado la prueba de la causalidad y si bien la ausencia de tal prueba no sea tampoco imputable a los demandados, ello no significa que su comportamiento en la

³⁷ BULLARD GONZALEZ, *Causalidad Probabilística*, en *Estudios de análisis económico del derecho*, ARA, Lima, 1996, 112-113.

³⁸ En un pasaje de la resolución de la Corte Suprema de California, se observa que en este precedente "la víctima sufre un daño mientras dos cazadores disparan en la misma dirección. No es posible determinar cual de los dos cazadores haya disparado ocasionando una grave lesión en el ojo de la víctima; pero los demandados son considerados responsables solidariamente por todo el daño. Nosotros razonamos en el sentido que ambos cazadores han sido negligentes respecto a la víctima y hubiera sido injusto pedirle a la víctima individualizar al demandado responsable, porque si uno de ellos podía excluir su responsabilidad, de la misma manera podía hacerlo el otro demandado y la víctima hubiera quedado sin tutela. Frente a estas circunstancias, se ha sostenido que la carga de la prueba se desplaza a los demandados" (WOOLCOTT OYAGUE, op., cit., 883).

comercialización del fármaco cuyos efectos han sido latentes por tantos años, no haya jugado un rol determinante en la dificultad de atribuir la prueba.

(...) El productor se encuentra en una mejor posición para descubrir y para protegerse contra los defectos de sus productos, así como para informar sobre los efectos dañinos; la imputación de una responsabilidad por los defectos y por la falta de información sobre los efectos dañinos, determina un incentivo a los efectos de la seguridad de la producción (...).

Nosotros enfrentamos la cuestión de la causalidad en una óptica diversa: nosotros consideramos razonable valorizar la probabilidad que cualquier demandado haya suministrado el producto que presumiblemente ha dañado a la víctima en un porcentaje que representa las ventas del D.E.S. destinadas a la prevención del aborto realizadas por cada productor con relación a toda la producción del fármaco vendido por todos los productores con el objetivo señalado³⁹.

En este caso, el hecho de haber transcurrido tanto tiempo desde el consumo del DES y los daños producidos, hizo que se diera el requisito de la excepcionalidad. Ello, aunado al hecho que se trataba de empresas-responsables difícilmente individualizables, hacía que las víctimas se encontraran en una situación particularmente desfavorable. Se observa, con razón, que, "esta teoría considera el daño como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad"⁴⁰ y que, en estos casos, "en lugar de tener un sistema de responsabilidad que entra en operación *ex post* al daño, se debe recurrir a un análisis *ex ante*"⁴¹.

Un sector de la doctrina norteamericana, propone que las indemnizaciones "no vayan *ex ante* a las víctimas sino *ex post*, sin perjuicio de que sean exigidas *ex ante* a la producción del daño. Así las indemnizaciones pueden ir a formar un fondo que, debidamente depositado en una institución financiera, irá compensando a las víctimas finales del daño conforme éstas vayan apareciendo"⁴².

Esta experiencia jurídica nos revela que, frente a la *camisa de fuerza* que puede poner un código civil, en materia de nexo causal, imponiendo una teoría (de las varias que circulan), el operador jurídico tiene que ir más allá de la literalidad legislativa e imaginar nuevos y creativos modelos interpretativos.

³⁹ WOOLCOTT OYAGUE, op., cit., 886.

⁴⁰ BULLARD GONZALEZ, op., cit., 115, quien sostiene que se podría hablar de "daño probabilístico" (cit.).

⁴¹ BULLARD GONZALEZ, op., cit., 114.

⁴² SCHROEDER, Corrective Justice and liability for Increasing Risks, en UCLA Law Review, vol. 37, 466-469, citado por BULLARD GONZALEZ, op., cit., 118.