

## ***La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable\****

Por Marcelo J. López Mesa

### **1. Factores de atribución del daño**

Los factores de atribución son las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, que se traslade económicamente a otro<sup>1</sup>.

Un factor de atribución es la respuesta a la pregunta de ¿por qué este agente debe reparar este daño?

Si existe una buena respuesta a tal interrogante, se le asignará a ese agente dañador la obligación resarcitoria; si no, no se le imputará a él. Imponer a un sujeto una obligación resarcitoria implica tanto como cambiar el daño de bolsillo. Y debe haber una muy buena razón para que el juez disponga ese cambio. Ellos son el fundamento de la asignación a una persona del peso de un daño; para cargar a alguien con una obligación resarcitoria, tiene que existir un buen fundamento, como también tiene que concurrir ese fundamento, para que nadie cargue con tal responsabilidad, sino la propia persona perjudicada, siendo en este caso, normalmente, tal fundamento la culpa del perjudicado<sup>2</sup>.

Se ha decidido que el factor de atribución es el fundamento del deber de reparar. Frente a un daño causado, el factor de atribución nos dará la última respuesta acerca de quién y por qué lo debe soportar. Es necesario afirmar que siempre debe estar presente un factor de atribución –subjetivo u objetivo– para que tenga lugar el deber de reparar. Por eso, no es válido afirmar que en la responsabilidad objetiva no es necesario indagar sobre la presencia de un factor de atribución. Por factores subjetivos se entiende a la culpa y el dolo, los que necesitan como requisito previo para su configuración, lo que se conoce como imputabilidad de primer grado, esto es, que el acto sea voluntario. Por el contrario, los factores objetivos constituyen un catálogo abierto que tienen como denominador común que prescinden del análisis de la conducta del causante del daño; entre otros se pueden enumerar la solidaridad social, seguridad social, riesgo creado, equidad, garantía, tutela especial del crédito, igualdad ante las cargas públicas, etcétera<sup>3</sup>.

---

\* Extraído del artículo publicado en “Derecho Civil Argentino”, [www.facebook.com/groups/De-r.Civ.Arg/](http://www.facebook.com/groups/De-r.Civ.Arg/). [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 4, p. 355; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Parellada, Carlos A., *Los factores subjetivos de atribución*, en Mosset Iturraspe, Jorge (dir.) - Kemelmajer de Carlucci (coord.), “Responsabilidad civil”, Bs. As., Hammurabi, 1993, p. 141, § 60; López Mesa, Marcelo, *Presupuestos de la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 2013, p. 475.

<sup>2</sup> López Mesa, *Presupuestos de la responsabilidad civil*, p. 475.

<sup>3</sup> CCivCom LdeZamora, Sala I, 25/9/07, “Klimko, Ana c/Díaz, Carlos A. s/daños y perjuicios”, *JUBA*, sum. B2550829.

Afirma Pizarro que “el factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”<sup>4</sup>.

Agudamente expuso Pantaleón Prieto que “indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo. Por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio y considerando la cuestión como una exclusivamente entre cada dañador y cada dañado, no es razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañador sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa”<sup>5</sup>.

Es decir que, cuando no esté clara la existencia en el caso de uno de los factores de atribución de responsabilidad aceptados, no debe el juez cambiar el daño de bolsillo.

En tal situación, la presencia de un factor de atribución de responsabilidad “es indispensable, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual... La necesidad de factor de atribución constituye... uno de los principios fundamentales del derecho de daños”<sup>6</sup>.

Si falta un factor de atribución, como si no existe relación causal adecuada entre la actuación del presunto dañador y el daño causado, o si falta alguno de los otros dos presupuestos de la reparación, sólo queda en pie la resignación cristiana, pues otorgar a la víctima un premio consuelo, cuando no están reunidos los presupuestos de la responsabilidad significa hacer beneficencia con dinero ajeno, lo que está lejos de la incumbencia de un buen juez, que está atado a las reglas de derecho, que son reglas de conducta para aplicar a las relaciones sociales, generales, abstractas y obligatorias, incluso para el juez<sup>7</sup>.

La magistratura no debe alzarse contra los legisladores; nunca ello ha dado buenos resultados a la larga, pese a las declamaciones emotivas que suelen hacerse en el momento<sup>8</sup>. Y menos aún debe hacerlo pretendiendo que no lo hace, o fingiendo cumplir la ley a cabalidad, lo que significa una indudable muestra de hipocresía.

La ideología de la reparación ha traído más problemas que soluciones al derecho<sup>9</sup>. No es la buena senda.

<sup>4</sup> Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, Bs. As., La Ley, 2006, t. I, p. 11.

<sup>5</sup> Pantaleón Prieto, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid”, n° 4 (“La responsabilidad en el derecho”), 2000, p. 175.

<sup>6</sup> Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, t. I, p. 11 y 12.

<sup>7</sup> Jeammaud, Antoine, *La règle de droit comme modèle*, “Recueil Dalloz”, 1990, sec. chroniques, p. 199.

<sup>8</sup> Sainte-Rose, Jerry, *Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé*, “Recueil Dalloz”, 2001, sec. jurisprudence, p. 316.

<sup>9</sup> Mazeaud, Denis, *Réflexions sur un malentendu*, “Recueil Dalloz”, 2001, sec. jurisprudence, p. 332; Le Tourneau, Philippe - Cadiet, Loïc, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1998, p. 232, n°

## 2. Los factores de atribución en la historia

Si trazáramos una línea de tiempo, a lo largo de la historia del hombre, veríamos claramente que cada cierto tiempo fueron apareciendo –porque la realidad lo exigía– nuevos factores de atribución, para encauzar realidades insoslayables de la vida diaria. Y también puede apreciarse fácilmente que cada vez esos factores de atribución aparecen más frecuentemente y su imperio o período de gracia dura menos.

En el derecho antiguo y hasta el período preclásico de Roma, la responsabilidad delictual consistía en un conjunto de ilícitos concretos en el que bastaba con la mera causación del daño prohibido para sufrir la *pœna*, sin que incidiese sobre la decisión del magistrado ninguna consideración en torno a la voluntariedad o negligencia de la conducta<sup>10</sup>.

Los orígenes de la responsabilidad subjetiva prevista en los códigos clásicos se pierden en la noche de los tiempos<sup>11</sup>. Contra la concepción arcaica de la responsabilidad, afincada sobre la causalidad material, reaccionaron los juristas clásicos en sus dictámenes, introduciendo paulatinamente elementos de naturaleza subjetiva, referidos a la conducta del infractor, a la que se le otorgaría desde allí un carácter decisivo en relación con la posibilidad de que de la conducta, y no de la mera materialidad dañosa, surja la obligación a cargo del dañador<sup>12</sup>; el primer elemento subjetivo a considerar fue, sin duda, el *dolus malus* o intención malvada, al que se uniría, posteriormente, la culpa o negligencia, que andando el tiempo habría de convertirse en el criterio de imputación de responsabilidad civil extracontractual por antonomasia<sup>13</sup>.

La consolidación gradual de diversos tipos de culpa, primero, y del concepto de culpa, mucho después, va a significar, posiblemente, el hito más importante de la responsabilidad civil; al causante del daño se le impone la obligación indemnizatoria porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque, de haber actuado bien, el daño no hubiera sobrevenido<sup>14</sup>.

En el derecho clásico la regla era la aplicación de los factores subjetivos de atribución y el eje de este sistema de responsabilidad civil era, indudablemente, la culpa<sup>15</sup>. Excepcionalmente, los ordenamientos del siglo XIX admitieron –siguiendo el precedente romano– algunos supuestos de responsabilidad objetiva<sup>16</sup>.

---

724; Cadiet, Lœic, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, en “Mélanges en l'honneur de Draï”, Dalloz, 1999, p. 495.

<sup>10</sup> Peña López, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, Comares, 2002, p. 12; López Mesa, *Presupuestos de la responsabilidad civil*, p. 477.

<sup>11</sup> Le Tourneau - Cadiet, *Droit de la responsabilité*, p. 15, n° 38.

<sup>12</sup> Peña López, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, p. 12.

<sup>13</sup> Peña López, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, p. 12.

<sup>14</sup> Díez-Picazo, Luis, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid”, n° 4 (“La responsabilidad en el derecho”), 2000, p. 153.

<sup>15</sup> Cabe aclarar con Díez-Picazo que “la idea de culpa, sobre la que se funda la responsabilidad civil, es una idea todavía poco desarrollada, en la que, seguramente, confluyen y se confunden un juicio sobre la causalidad y un juicio de valor sobre la diligencia debida” (*Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, p. 153).

<sup>16</sup> López Mesa, en Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª ed., t. II, p. 490; Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obliga-*

Terre, Simler y Lequette afirman que ello era así, porque al legislador decimonónico le parecía suficiente fundar la responsabilidad del autor de un daño sobre la culpa cometida por él, puesto que, si la víctima probaba esa culpa, obtenía resarcimiento para su daño, y si no alcanzaba a probarla, el daño se atribuía a la mala suerte; se consideraba que los daños sin reparación eran muy excepcionales (daños causados por un rayo o un cataclismo natural) y, en consecuencia, se admitía la canalización de la reparación a través de la culpabilidad del responsable<sup>17</sup>. Y, en efecto, en una visión panorámica, lo era.

Los supuestos de responsabilidad sin culpa eran limitados y circunscriptos (daños causados por dependientes, por cosas inanimadas o por animales feroces)<sup>18</sup>.

El aumento exponencial y en progresión geométrica de los accidentes corporales, por el desarrollo prodigioso de la industrialización y el maquinismo, puso en crisis el dominio absoluto de la culpa, que se había evidenciado hasta entonces. La primera mitad del siglo XX vio nacer, y consolidarse, un factor de atribución nuevo, que habría de lograr primacía a finales del mismo siglo: el riesgo creado<sup>19</sup>.

El fenómeno del cambio de paradigma legal para adaptarse a nuevas realidades económicas y sociales es explicado brillantemente por Pena López: “En la sociedad preindustrial y precapitalista, por tanto, correspondiente a una economía de mera subsistencia, ésta se aseguraba mediante unas estructuras de producción muy simples, poco mecanizadas, con fuentes de energía poco peligrosas, y, por consiguiente, de fácil control; unas estructuras más bien estáticas, en el sentido de que no estaban preordenadas a una producción incesante ni exigían, tampoco, demasiada movilidad en los transportes. Así las cosas, de este tipo de producción resultaban pocos daños, por otra parte, no muy grandes, en general, de los que quedaban sin reparar los menos, puesto que lo más probable era que fueran causados por negligencias, de fácil prueba... Con la llegada de la sociedad industrial, la producción, al perseguir el puro beneficio a ultranza y la multiplicación del capital, se torna mucho más dinámica: se trata de producir y distribuir masiva e incesantemente, se impone la máxima mecanización, rapidez en el funcionamiento de las máquinas y los transportes, a través de la utilización de las más potentes y peligrosas fuentes de energía; y todo ello ocurre en una sociedad más masificada y más consumidora”<sup>20</sup>.

En esta nueva situación, el derecho de daños clásico no daba una respuesta adecuada, debido a la multiplicación de los daños que permanecían sin reparar, al aplicarse el principio de la culpa; dada la complejidad del proceso productivo, los daños eran fortuitos o no se podía probar la culpa del dañador o ni siquiera se podía encontrar a éste, al ser dificultoso encontrar en estas cadenas productivas, tan ex-

---

*ciones*, La Plata, Platense, 1994, t. IV, p. 489 y ss.; López Mesa, Marcelo J., *Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?*, “Revista de Derecho Administrativo”, 1998, año 10, n° 27-29, p. 443; Le Tourneau - Cadiet, *Droit de la responsabilité*, p. 7 y ss., n° 15 a 24.

<sup>17</sup> Terré, François - Simler, Philippe - Lequette, Yves, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 6ª ed., 1996, p. 542, n° 658.

<sup>18</sup> Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. 4, p. 357.

<sup>19</sup> Terre - Simler - Lequette, *Droit civil. Les obligations*, p. 542 y 543, n° 659; López Mesa, en Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 491.

<sup>20</sup> Pena López, prólogo a Peña López, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, p. XXVIII.



tendidas y complejas, su identidad o grado de participación<sup>21</sup>; ello obligó al derecho de daños a cambiar, para adaptarse<sup>22</sup>.

Como bien señala Díez-Picazo, la creación de la denominada *doctrina del riesgo* no puede ser considerada como una singularidad de la literatura y de la jurisprudencia francesas, sino que aparece en toda Europa, en cada lugar con las peculiaridades propias de su ordenamiento<sup>23</sup>.

En Argentina, el esquema que otorgaba primacía a la culpa comenzó a invertirse en las últimas décadas del siglo XX. En primer lugar, la reforma del Código Civil de 1968 receptó la teoría del riesgo creado en su art. 1113, párr. 2º, supuesto 2º; además, varios de los nuevos textos incorporados se encuadraban dentro de la responsabilidad objetiva (v.gr., actos antifuncionales o abusivos –art. 1071–, daños causados involuntariamente –art. 907, párr. 2º–, inmisiones entre fundos vecinos –art. 2618–, responsabilidad de las personas jurídicas –art. 43–)<sup>24</sup>.

Se puso, así, la primera condición que abría paso a un vendaval de demandas encuadradas en fundamentos objetivos del deber de reparar, reclamos que se irían multiplicando exponencialmente, conforme avanzaban las décadas de los ochenta y los noventa, reduciéndose proporcionalmente las pretensiones fundadas en la culpa y casi desapareciendo las fundadas en el dolo<sup>25</sup>.

Ya Salas había anticipado el fenómeno que en realidad produciría esta norma: en la actualidad, la mayoría de los casos de responsabilidad se sustentan en factores de atribución objetivos<sup>26</sup>.

Pero, además de la modificación legislativa producida por ley 17.711, precondition indispensable, la doctrina y la jurisprudencia completaron el esquema, al llevar al extremo la interpretación de los textos, desequilibrando la situación a favor de la víctima. Diversos aspectos convencen de este aserto.

a) La aplicación extensiva del art. 1119 del Cód. Civil, que contempla la responsabilidad de los dueños e inquilinos de casas por cosas arrojadas, suspendidas o expuestas a caer, a supuestos genéricos de responsabilidad colectiva (v.gr., los daños causados por un miembro no identificado dentro de un grupo).

b) La pretensión doctrinaria y de algún sector de la jurisprudencia de incluir las actividades riesgosas dentro del art. 1113 del Cód. Civil, que sólo menciona las cosas riesgosas, implica una ampliación metajurídica del alcance del art. 1113. No

---

<sup>21</sup> Pena López, prólogo a Peña López, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, p. XXVIII.

<sup>22</sup> López Mesa, en Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 492.

<sup>23</sup> Díez-Picazo, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual*, "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", n° 4, 2000, p. 155.

<sup>24</sup> Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. 4, p. 357 y 358.

<sup>25</sup> López Mesa, en Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 493.

<sup>26</sup> Salas, Acdeel, *Relaciones entre el dueño y el guardián de la cosa inanimada dañosa*, en Alterini, Jorge H., y otros, "Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello", La Plata, Platense, 1981, p. 370.

puede sostenerse válidamente esta postura y por ello nos oponemos a ella, junto con precisa doctrina y jurisprudencia<sup>27</sup>.

c) La consideración de la obligación de seguridad como elemento inseparable de diversos contratos, fundante de una obligación de resultado, en cuya virtud el prestador de un bien o de un servicio responde toda vez que el usuario o consumidor experimenta un daño, sin posibilidad de excusar su responsabilidad (v.gr., daños derivados del transporte).

Como contrapartida a esta extensión doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad, y el auspicio caluroso de numerosos congresos a nuevas formas de responsabilidad no tipificadas legalmente, el legislador reaccionó con cuatro proyectos de reforma sucesivos y frustrados, pero que marcan una tendencia hacia la objetivación, excepto el último de ellos.

Esta tendencia legislativa o tentativamente legislativa fue, a su vez, nuevamente receptada por doctrina y jurisprudencia, considerando los autores objetivistas las soluciones de estos proyectos como la definitiva demostración del acierto de sus posturas doctrinales. Y todo volvió a empezar otra vez<sup>28</sup>.

Este proceso que vimos puede caracterizarse como de retroalimentación de una tendencia objetivista, proveniente de una parte de la doctrina, de la jurisprudencia y de las comisiones de reforma. Y tiene, como manifestación concreta, que las soluciones que no han sido consagradas legalmente, al no ser sancionados los proyectos de reforma respectivos, son consideradas vigentes *de lege lata* en el sistema actual y aplicadas sin texto expreso que las valide, a partir de inferencias y analogías, proceder que hemos ya censurado<sup>29</sup>.

Respecto de este tema, Ray dijo que “cabe preguntarse si es posible desprenderse de las ideologías y si no se está en presencia de una corriente de este tipo en la generalización que se hace alrededor de un texto, el art. 1113 del Cód. Civil, y en la tendencia a responsabilizar a una persona con prescindencia de su culpa, en casos en que frente a un enfoque realista estimamos que la responsabilidad ilimitada no se justifica. Más aún, no se pueden hacer generalizaciones al margen de las circunstancias de lugar y de tiempo... sin intentar prever su funcionamiento en la realidad”<sup>30</sup>. Suscribimos sin duda esta expresión.

---

<sup>27</sup> En la tesitura correcta se ha juzgado que el art. 1113 del Cód. Civil, posterior a la reforma de 1968, no incorporó un sistema de responsabilidad que contemple el denominado riesgo de actividad profesional; dicho artículo atribuye responsabilidad al dueño o guardián de una cosa riesgosa cuando el daño es producido por la intervención de esa cosa. Si la controversia versa en la teoría del riesgo creado, debe demostrarse que el caso encuadra en alguno de los supuestos contemplados en la segunda parte del art. 1113 del Cód. Civil, pues la “actividad riesgosa” no puede enmarcarse en la definición de cosa riesgosa referida en el precepto legal, no obstante que el carácter de “cosa” no pueda circunscribirse al concepto que enuncia el art. 2311 del citado cuerpo legal (C2ªCivCom La Plata, Sala III, 3/5/90, “Pereyra, Epifanio c/provincia de Buenos Aires –Policía–”, *JUBA*, sum. B350399).

<sup>28</sup> López Mesa, en Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 494.

<sup>29</sup> López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 495.

<sup>30</sup> Ray, José D., *Derecho y realidad (En la tarea del legislador, el juez y la doctrina)*, “Derecho y Realidad”, n° 22, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie II (Obras), 1990, p. 69 y 70.

El extremismo con que se ha aplicado el art. 1113 del Cód. Civil ha llevado a un vaciamiento del ámbito legítimo de aplicación de la culpa, extremo que sin duda no estaba en la mente del reformador de 1968<sup>31</sup>.

Este tipo de tendencias deformantes de conceptos jurídicos indeterminados, por vía de interpretación extensiva, ha sido llamado agudamente, por una prestigiosa jurista francesa, un “vals de palabras”, definición exacta para encuadrar a las tentativas de cambio de sentido de las palabras o de alteración de conceptos jurídicos clave, por vía hermenéutica sesgada o voluntarista<sup>32</sup>.

La reciente media sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por el Senado, deja en esta materia un sabor agrí dulce, por un lado el art. 1721 *in fine* del Proyecto de la Comisión designada por decr. 191/11, establece que en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa, lo que conceptualmente nos deja contentos a quienes somos devotos confesos de la culpa, como eje del sistema de responsabilidad.

Pero, seguidamente el Proyecto de nuevo Código, desgrana múltiples supuestos en que expresamente dice que la responsabilidad es objetiva (responsabilidad de los padres –art. 1755–, responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes –art. 1753–, responsabilidad de tutores y curadores –art. 1756, primera parte–, responsabilidad de guardianes y propietarios por el riesgo o vicio de las cosas de que se sirven –art. 1757–).

Pero lo más preocupante es que la norma mencionada en último término, extiende dicha responsabilidad objetiva no sólo al hecho de las cosas sino a las actividades riesgosas, por lo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Y, no sólo eso, sino que otras normas del mismo Proyecto remiten a este art. 1757; tales los arts. 1243, 1286, 1685, 1759, y 1769 (aunque este último sin nombrar el artículo, pero remitiendo a su régimen), volviendo ultraobjetivos a supuestos de responsabilidad en casos de leasing, daños causados por animales, por automotores, etcétera.

Ello implica una hiperobjetividad de la responsabilidad conforme el nuevo texto legal, porque no faltarán jueces o doctrinarios que sostendrán que toda actividad es riesgosa –o *incluso más fácilmente que toda actividad es peligrosa*–, llevando el mandato legal al infinito, por conducto de la interpretación del concepto indeterminado “por las circunstancias de su realización”.

Como quiera que sea, de hecho, la responsabilidad por culpa reduce hoy su esfera de actuación a las obligaciones contractuales de medios, constituyendo éste un continente excesivamente estrecho para el eminente principio de la culpa, que mal que les pese a muchos, sigue siendo el principio general en materia de responsabilidad, como incluso han debido reconocer autores notoriamente objetivistas, co-

---

<sup>31</sup> López Mesa, en Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 496.

<sup>32</sup> Douchy-Oudot, Méline, *Quelque mot en hommage*, en “Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau”, Paris, Dalloz, 2008, p. 381.

mo Mosset Iturraspe<sup>33</sup> y la propia Comisión de reformas, que lo plasmó en el art. 1721 del nuevo Código.

Es de esperar que se vuelva a un equilibrio en la aplicación de los factores de atribución, aplicándose el que corresponda a cada caso, sin generalizaciones indebidas ni inferencias extrañas a nuestro sistema<sup>34</sup>.

### 3. La causación de un daño evitable

En el inicio de este aporte decíamos que los factores de atribución aparecían cada vez más frecuentemente y su influjo duraba cada vez menos, en plenitud y eficacia. Pues bien, hemos detectado un nuevo factor de atribución.

En un voto nuestro reciente descubrimos la existencia de un factor de atribución novedoso, no desarrollado hasta aquí orgánicamente por la doctrina y la jurisprudencia argentina y presente en el art. 64 de la ley 24.449 segundo y tercer párrafos, los que edictan: *“Se presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron.*

*El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito”.*

A través de la norma citada, la ley de tránsito establece una responsabilidad especial para aquellos que circulan respetando las disposiciones pero que, pudiendo haber evitado el siniestro, voluntariamente no lo hicieron. Es patente que la circunstancias de que la víctima de una embestida o atropellamiento, no observe estrictamente las disposiciones del tránsito no autoriza a que se la embista imprudentemente ni faculta al conductor a pasar por sobre ella, sobre todo si éste estaba en condiciones de evitar fácilmente el desenlace dañoso<sup>35</sup>.

La regla del art. 64, ley 24.449 in medio se corresponde con el principio de evitación del daño. En el derecho moderno, la responsabilidad civil a la par de resarcir daños, busca evitarlos. La faceta preventiva de la responsabilidad civil está adquiriendo cada vez mayor importancia, dado que si se suprime el daño antes de producirse se logra un importante ahorro de medios, tiempos y costos<sup>36</sup>.

Agregamos en el voto que esta norma es una –de varias– en que el derecho de la responsabilidad civil opera en función preventiva. En este caso puntual, por sobre quien circulaba reglamentariamente, el derecho atribuye la responsabilidad a quien pudo evitar el daño y voluntariamente no lo hizo. Y de la respuesta a la quinta posi-

<sup>33</sup> Un adalid de la objetivación de la responsabilidad, Mosset Iturraspe, reconoció en una importante obra suya que “el principio general sigue siendo que no hay responsabilidad sin culpa” (*Responsabilidad por daños*, t. I, p. 130, n° 53, especialmente nota 179).

<sup>34</sup> Parece ser el mismo inconveniente que vive el derecho francés y que ha hecho decir a Le Tourneau y Cadiet que la evolución de la responsabilidad civil, por la ley y la jurisprudencia, su crecimiento desmesurado y desordenado, entraña un extremismo inconveniente de los conceptos (*Droit de la responsabilité*, p. 4, n° 10).

<sup>35</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin, María I. y otro c/Díaz Godoy, Diego H. y otros s/daños y perjuicios”, expte. 114, *elDial* y sistema “Eureka”, voto del doctor López Mesa.

<sup>36</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.



ción del pliego de fs. 289 surge que el demandado desde el automóvil que colisionó a los actores advirtió su presencia. Si a ello se suma que venía a baja velocidad como dice, y que siguió avanzando, fuerza es concluir que no buscó evitar el daño, sino que voluntariamente asumió la posibilidad de causarlo continuando la marcha, pese a la presencia de peatones en la calle<sup>37</sup>.

En tal situación, su conducta es penada por el derecho no ya sobre la base del factor de atribución culpa –pues circulaba reglamentariamente– sino sobre la base de un factor novedoso –no haber evitado el daño pudiendo hacerlo–<sup>38</sup>.

Quien, pudiendo hacerlo, no evita el daño cambia el esquema de la responsabilidad civil a través de un acto volitivo, asumiendo un rol que pudo haber dejado atrás voluntariamente, el de dañador. No se trata de una decisión indiferente ni neutra para el derecho, sino que el ordenamiento basa en esa decisión –aún eventual, pues la norma no exige plena decisión, lo que implicaría dolo directo– la atribución de responsabilidad por sobre la antijuridicidad previa<sup>39</sup>.

Es que esta indiferencia ante el daño torna insustancial la juridicidad previa de la conducta, porque se trata de una conducta causalmente hábil para absorber a la falta de antijuridicidad previa. Al conjuro de este factor de atribución del art. 1113, párr. 2° *in fine* la antijuridicidad se produce en el momento en que el daño pasa de ser previsible a ser altamente probable. La alta probabilidad del daño torna a la conducta del obligado en displicencia o en indiferencia o neutralidad ante el daño, que es imputable a quien así actúa, y genera un supuesto de antijuridicidad especial<sup>40</sup>.

El daño obviamente debe ser previsible para aplicar este factor de atribución. En rigor, el daño debe ser previsible para aplicar cualquiera y todos los factores de atribución de responsabilidad. Es que, allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe ni culpa ni responsabilidad; esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo a las circunstancias del dañador. Y que para llenar el requisito de previsibilidad no se requiere que efectivamente se haya previsto el resultado antijurídico, pero sí que ello fuera exigible al autor del daño<sup>41</sup>.

Quien ante la probabilidad advertida de un daño no modifica su conducta para evitarlo, está tornando su conducta objetivamente antijurídica, desde que la previsibilidad muta en probabilidad calificada. Ello ocurrió en autos en el instante en que se advierte al conductor del vehículo embistente que hay peatones sobre la calzada y decide continuar la marcha tal cual venía circulando<sup>42</sup>.

El factor de atribución que venimos analizando y que está cobijado en el art. 64, párr. 2° *in fine* de la ley 24.449 no ha sido tratado por la doctrina y jurisprudencia, vegetando en la norma citada desde su sanción. Profundizando un poco su análisis

<sup>37</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

<sup>38</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

<sup>39</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

<sup>40</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

<sup>41</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa; cfr. en igual sentido nuestro voto de la causa “Asmus, Osvaldo R. c/Asociación Civil A. C. y/u otro s/daños y perjuicios” (expte. 22.842), en sentencia del 18/12/08 y nuestro aporte, en Trigo Represas, Félix - Compagnucci de Caso, Rubén, *Código Civil comentado. Obligaciones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 145, nota al art. 512 del Cód. Civil.

<sup>42</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

se trata de un factor de atribución que permite cobijar diversas intencionalidades, que van desde el dolo eventual hasta la displicencia o indiferencia imputable. El dolo eventual que carece de la posibilidad de encuadrarse en el art. 1072 del Cód. Civil –que exige intención de dañar– puede perfectamente tener entrada a través de esta norma, cuyos perfiles son muchos menos nítidos y filosos que los de esa norma<sup>43</sup>.

Con la indiferencia ante el daño ocurre lo mismo, ya que cabe con comodidad en el esquema de un factor de atribución que imputa responsabilidad a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron. Este factor es plenamente aplicable a los demandados de autos, dadas las circunstancias del caso, ya suficientemente referidas<sup>44</sup>.

La reforma del Código Civil –de producirse– no incidirá en este factor, el que se encuentra plenamente vigente en la actualidad, ya que el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial nada ha dispuesto sobre la reforma de la ley 24.449 con lo que lo dicho a su respecto mantendría absoluta vigencia incluso en caso de derogarse el Código de Vélez.

Al no estar mencionada como derogada la ley 24.449 en la norma de sanción a la que el Senado sancionara parcialmente, debe ubicarse dentro de las que mantienen idéntica vigencia, pese a la eventual sanción de la nueva ley reformadora, lo que hace que cuanto dijéramos supra sobre este nuevo factor de atribución de responsabilidad tenga vigencia, aún luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil.

© Editorial Astrea, 2014. Todos los derechos reservados.

---

<sup>43</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.

<sup>44</sup> CApel Trelew, Sala A, 5/7/11, “Nagüelquin c/Díaz Godoy”, voto del doctor López Mesa.