

# Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común

## Por Sebastian Picasso

Publicado en: RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, 146

**Sumario: I. Introducción.— II. El régimen pretoriano de la obligación "tácita" de seguridad.— III. La positivización de la obligación de seguridad en el derecho del consumo.— IV. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la desaparición de la obligación de seguridad del derecho común.— V. Conclusiones.**

### I. Introducción

En pocos sistemas jurídicos la obligación de seguridad se encuentra tan arraigada como en el derecho argentino. Siguiendo muy de cerca al modelo francés, la doctrina y la jurisprudencia nacionales revelan una verdadera pasión por esa categoría, que hoy en día ha exorbitado en nuestro país el acotado marco del contrato —para el que fue concebida originalmente— para proyectarse a situaciones precontractuales y post-contractuales. Hasta se constata un cierto abuso de la noción, que a veces aparece empleada como un comodín que permite justificar fácilmente una imputación de responsabilidad allí donde de lo contrario no la habría, o bien sería necesario proceder a un análisis jurídico mucho más riguroso y concienzudo.

Probablemente es esa presencia cotidiana y cuasi natural de la obligación de seguridad en nuestro derecho lo que impide muchas veces evaluarla con sentido crítico, a fin de calibrar su verdadera utilidad, sus efectos y sus limitaciones. Tampoco existe —en un sector de la doctrina y en buena parte de la jurisprudencia— la conciencia de que aquella categoría ha experimentado en nuestro sistema cambios sustanciales, y ahora está a punto de desaparecer del derecho común con la inminente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Lejos de ello, algunos autores han intentado denodadamente descubrir dónde se oculta la obligación de seguridad en el nuevo código (1), sin advertir que la total ausencia de referencias a ella en la flamante normativa se explica, precisamente, por la intención de excluirla expresamente del derecho común.

La explicación de los motivos de esa decisión legislativa requiere forzosamente trazar un panorama histórico que dé cuenta de por qué razones surgió la obligación de seguridad, y cuál ha sido la evolución posterior y el estado actual de ese instituto.

Nacida por decisión pretoriana, la obligación de seguridad fue el ariete que permitió la entrada de la protección de la persona y los bienes del acreedor en la fortaleza otrora inexpugnable del contrato, ceñida hasta entonces a una estricta función de intercambio patrimonial entre las partes. (2) La construcción de la responsabilidad contractual como sistema de reparación de daños, en un pie de igualdad con la aquiliana, tuvo entonces a la obligación de seguridad como protagonista central.

La cuestión se relaciona inevitablemente con la distinción de la responsabilidad contractual y la extracontractual, consagrada en todos los códigos decimonónicos, incluido —naturalmente— el código de Vélez. Hasta principios del siglo XX primaron en la doctrina las posturas denominadas "dualistas", que sostenían que la diversa regulación de esos dos sectores respondía a diferencias esenciales entre el contrato y el hecho ilícito. (3) En particular, el alcance de la responsabilidad hoy llamada "contractual" era entonces concebido de manera muy restrictiva, y limitado casi exclusivamente a procurar al acreedor la ventaja patrimonial que esperaba obtener del contrato incumplido. La reparación se confundía así con la ejecución forzada del contrato, y todo lo que estuviera por fuera de ese acotado marco —y en particular, los daños causados sobre la integridad física de uno de los contratantes— era de competencia de la responsabilidad extracontractual.

Esta situación cambió a partir de 1911, cuando la Corte de Casación francesa afirmó la existencia de lo que hoy se denominaría una "obligación de seguridad" en el contrato de transporte. (4) Desde ese momento, la jurisprudencia francesa —seguida luego por la argentina— comenzó a "descubrir" la existencia de obligaciones tácitas de seguridad en infinidad de contratos: los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las

aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etc.

La creación pretoriana de la obligación de seguridad se justificaba por el ánimo de los tribunales de favorecer la situación de las víctimas de daños, en una época en la que los efectos de la Revolución Industrial se hacían sentir con toda su fuerza y provocaban perjuicios en gran escala (ferrocarriles, accidentes de trabajo, accidentes de la circulación, etc.). A principios del siglo XX no se encontraba aún suficientemente desarrollada la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas, razón por la cual la víctima de un daño extracontractual tenía —en principio— que probar la culpa del responsable. El régimen contractual era más favorable, porque en ese terreno se afirmaba que bastaba con la prueba del incumplimiento para que se presumiera la culpa del deudor. De allí que se haya echado mano a la obligación de seguridad como una forma de "contractualizar" una situación (los daños causados a la persona del acreedor con motivo o ejecución del contrato) que, hasta ese entonces, se consideraba regida por la responsabilidad aquiliana. Con el surgimiento del distingo entre obligaciones de medios y de resultado (hacia 1925) la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a sostener que la obligación de seguridad tenía —salvo en casos excepcionales— el carácter de un deber de resultado. (5)

Con la obligación de seguridad se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante, y de ese modo se amplió el ámbito de intereses protegidos contractualmente: ya no solo lo era el interés de prestación (patrimonial) del acreedor, sino también el que este último tiene sobre su integridad física. En otras palabras, la contractualización de la seguridad importó emplazar en la esfera del contrato un equivalente del deber general de no dañar, aunque circunscrito a las partes contratantes. (6) De ese modo, la responsabilidad extracontractual dejó de ser la sede exclusiva de tutela de los derechos absolutos (derechos reales, derechos personalísimos) y se produjo una suerte de "competencia" entre ambos tipos de responsabilidad, que ahora compartían los mismos objetivos.

A partir de ese momento pueden identificarse, en el derecho argentino, tres grandes etapas en el desarrollo de la obligación de seguridad. En la primera —que ocupó la mayor parte del siglo XX— esa categoría aparece como una creación fundamentalmente pretoriana, lo que dio lugar a no pocos inconvenientes derivados de la ausencia de una regulación uniforme del tema en el derecho positivo. Con la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) en el año 1993, y la reforma del art. 42 de la Constitución Nacional en el año siguiente, la obligación de seguridad entró en una nueva etapa, caracterizada por su regulación legal expresa como una obligación de resultado existente en todas las relaciones de consumo. Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial está por inaugurar una tercera etapa que, en puridad, implica simplemente extraer todas las consecuencias de la regulación de la obligación de seguridad en el derecho del consumo y de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho común. Como corolario de ello, la obligación de seguridad desaparece ahora del derecho común y traslada definitivamente su morada al derecho del consumo.

Estudiaremos brevemente esas tres etapas a continuación.

## **II. El régimen pretoriano de la obligación "tácita" de seguridad**

### **A) Nacimiento y desarrollo**

En una escueta pero elocuente definición, dice Radé que la obligación de seguridad es "la obligación hecha a un contratante de asegurar a su compañero contractual que no será dañado en ocasión de la ejecución del contrato". (7) En la doctrina nacional, Vázquez Ferreyra la define como "aquella obligación en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato". (8) Por su parte, Agoglia, Boragina y Meza la caracterizan como "la obligación expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, existente en todo tipo de contrato, por el cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que, durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, no le será causado daño en otros bienes diferentes de aquél que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico". (9)

Ya hemos mencionado que la obligación de seguridad fue inicialmente una creación pretoriana, cuya finalidad fue la de aligerar la carga de la prueba que pesaba sobre la víctima, en una época en cual la responsabilidad

extracontractual objetiva por el hecho de las cosas aún no había sido plenamente desarrollada. En ese marco, emplazar la responsabilidad en el plano contractual (donde regía el principio según el cual la prueba del incumplimiento material de la obligación bastaba para presumir la culpa del solvens) era más favorable para el dañado que mantenerla en la esfera aquiliana (donde la culpa debía ser acreditada por la víctima). (10) Es por eso que la Corte de Casación francesa, en su famosísimo fallo del 21 de noviembre de 1911, afirmaba —avalando una cláusula atributiva de competencia— que: "la ejecución del contrato de transporte [se trataba, en la especie, de transporte marítimo] comporta, para el transportador, la obligación de conducir al viajero sano y salvo a destino". (11) En esta concepción, la obligación de seguridad viene entonces a configurarse como una obligación contractual complementaria, implícitamente estipulada por las partes, que se añade a la obligación principal, de la que constituye una "consecuencia" en los términos del art. 1135 del Code Napoléon. (12)

Cabe señalar, con todo, que la línea jurisprudencial que quedaba así inaugurada no nacía ex nihilo, sino que, por el contrario, era fruto de elaboraciones doctrinales anteriores, que desde 1881 preconizaban la aplicación de esa solución en materia de accidentes de trabajo y de transporte. (13) Sin embargo, lo cierto es que, a la época del fallo antes citado, la opinión doctrinaria prevaleciente en Francia se inclinaba decididamente por encausar la reparación de tales daños por la vía extracontractual, con fundamento en la teoría del riesgo. (14) De allí que la consagración por la Corte de Casación de la tesis contractualista haya sido ciertamente inesperada. (15) De todos modos, el tribunal se encargó de reafirmar esta jurisprudencia poco después, a propósito de un contrato de transporte ferroviario. (16)

La solución parecía completamente lógica en el caso del transporte. Como lo destaca Radé, allí la seguridad del pasajero acompaña naturalmente a la obligación principal, tornando posible su ejecución. (17) Sin embargo, luego de un período relativamente corto durante el cual algunos tribunales circunscribieron su aplicación exclusivamente al caso del transporte, la obligación de seguridad conoció una notable expansión, y fue aplicada respecto de los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, etc. (18) Más modernamente, la jurisprudencia francesa ha pregonado la existencia de una obligación de seguridad, entre otros, en cabeza del explotador de actividades deportivas o lúdicas, del organizador de una colonia de vacaciones, de los establecimientos educativos, de los médicos, del vendedor, de quien suministra medicamentos, etc. (19)

La consagración del distingo entre las obligaciones de medios y de resultado, a partir de la obra de Demogue (20) y los ulteriores desarrollos de Mazeaud (21), iba a conferir un "nuevo rostro" (22) a la obligación de seguridad. (23) En 1949, la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa declaraba que el explotador de aerosillas sólo estaba ligado por una obligación de seguridad de medios, en la medida en que el acreedor había conservado "un rol activo" en la ejecución del contrato. (24) A partir de allí, la obligación de seguridad de medios competiría con la de resultado en paridad de condiciones, generando situaciones ciertamente embarazosas para un buen número de víctimas.

Por otra parte, la jurisprudencia gala es muchas veces oscilante a hora de establecer los confines, o bien la naturaleza (de medios o de resultado) de este tipo de deberes. Así, a partir de 1969, la Corte de Casación consideró que la obligación de seguridad del transportador es de medios en las fases de ascenso y descenso, y de resultado únicamente durante curso del transporte en sí mismo (25), pero, luego de un nuevo giro en 1989, estableció que solo existe tal clase de deber durante el transporte propiamente dicho; antes y después de él, el transportador responderá con fundamento en las normas que regulan la responsabilidad aquiliana. (26) Iguales inconsistencias se presentaron en otros contratos, como es el caso de los juegos de feria y las aerosillas. (27)

En los últimos tiempos, algunos autores franceses constatan un cierto retroceso de la obligación de seguridad, y una extensión correlativa del ámbito de la responsabilidad extracontractual, que es calificada de más favorable para las víctimas. Este movimiento se manifestaría ora por una reducción de la vigencia temporal de la obligación de seguridad (como, según hemos visto, sucede en el transporte de personas), ora por su exclusión en ciertos contratos donde antes había sido admitida. También militaría en este sentido la creación de regímenes especiales de responsabilidad civil que van más allá de la tradicional distinción entre las dos órbitas, como sucede en Francia con el régimen de indemnización de las víctimas de accidentes de la circulación, o el de responsabilidad por

productos defectuosos. (28)

En la Argentina, el instituto tuvo desde temprano amplia recepción en la jurisprudencia, que continúa dándole una nutridísima aplicación. Se ha declarado la existencia de una obligación de seguridad, entre otros, a cargo del médico (29), del odontólogo (30), de las clínicas (31), de las obras sociales (32), del transportista (33); del explotador de juegos de feria (34), del organizador de espectáculos deportivos (35), de los propietarios de casinos (36), bingos (37) y locales bailables (38), de los jardines de infantes (39), de los centros comerciales (40), de los supermercados (41), etc.

Ahora bien, el origen pretoriano de la obligación de seguridad, y la multiplicidad de situaciones a las cuales el instituto fue aplicado, determinaron que tanto su fundamento como su régimen se hayan encontrado rodeados de no pocas oscuridades, que estudiamos a continuación. (42) Señalamos, preliminarmente, que si bien todas estas disputas carecen mayormente de sentido en la actualidad —ante la existencia de una obligación de seguridad expresa y de resultado en todas las relaciones de consumo— todavía son abordadas por la doctrina, y se reflejan en no pocos fallos que aún siguen hablando de obligaciones de seguridad tácitas, sin hacerse cargo de su expresa regulación legal en la LDC.

## **B) Los aspectos debatidos**

Ante todo, se discute en qué contratos existe la obligación de seguridad. Naturalmente, ningún problema se presenta en los casos en que la ley prevé expresamente la existencia de tal clase de deber calificado (arts. 1117 y 1118, Código Civil; 184, Código de Comercio; 75, Ley de Contrato de Trabajo; 139, Código Aeronáutico; 5° y 40, ley 24.240, etc.), pero la polémica comienza a la hora de determinar en qué otros supuestos puede considerarse tácitamente pactada en el convenio. Al respecto, mientras que algunos autores —en una posición minoritaria— entienden que la obligación de seguridad debe considerarse tácitamente incluida en toda clase de contratos, pues "nadie ingresa a un contrato como acreedor admitiendo la posibilidad de recibir un perjuicio con motivo de su ejecución, sino todo lo contrario" (43), la doctrina mayoritaria y la casi totalidad de la jurisprudencia afirman en cambio que ella solo existe en ciertos contratos caracterizados por someter al acreedor a riesgos particulares a los cuales los terceros no están normalmente expuestos. (44)

Más allá de ello, tampoco está claro cuál es el fundamento de la obligación de seguridad cuando se la considera tácitamente incorporada a los contratos. Si bien la postura tradicional tiende a fundarla en la voluntad presunta de las partes, en el ámbito nacional se advierte, en general, una marcada preferencia por considerarla una suerte de obligación ex lege que se integra al convenio con fundamento en la fuerza "jurígena" del principio de buena fe que prevé el art. 1198 del Código Civil argentino. (45)

Se debate asimismo si se trata de una obligación principal, secundaria o accesorio. Aunque es usual calificarla como accesorio (46), se ha señalado que no se reúnen en esos casos las notas típicas de la accesoriedad, pues la obligación de seguridad no es contraída para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, y bien podría concebirse que ésta se extinga por pago pero se vulnere, en cambio, el deber de seguridad. Por eso se ha dicho que sería una obligación "secundaria y autónoma". (47)

También se controvierte si la obligación tácita de seguridad debe considerarse de medios o de resultado, o bien si ello depende de cada caso. Al igual que en Francia, impera en la Argentina un criterio casuista, que depende —en particular— de la aleatoriedad que revista en cada caso la tutela de la persona o los bienes del acreedor. (48) De todos modos, se aprecia una tendencia a considerarla en general un deber de resultado, salvo en determinadas hipótesis más o menos puntuales. (49) Algunos autores sostienen, por su parte, que la obligación tácita seguridad debe considerarse, en todos los casos, un deber de resultado (50), mientras que otros, inversamente, la califican siempre como de medios. (51)

Por lo demás, tampoco existe unanimidad acerca de cuál sería el factor de atribución en aquellos casos en que la obligación de seguridad es caracterizada como de resultado. Un sector del pensamiento jurídico argentino parece fundar esos supuestos en el riesgo creado (52), mientras que otros prefieren referirse a la garantía. (53)

En lo atinente a la clase de intereses tutelados por la obligación de seguridad, algunos autores entienden que sólo el interés en salvaguardar la vida o integridad física del acreedor amerita o da origen a una imposición de tanta severidad, por lo que descartan la posibilidad de que tal tipo de deber exista respecto de las cosas de

propiedad del acreedor. (54) La mayoría de la doctrina entiende en cambio que ella constriñe al deudor a mantener indemnes "la persona y bienes" del acreedor. (55)

Finalmente, tampoco está claro qué clase de vinculación debe mediar entre el daño y el cumplimiento de la obligación principal para que pueda considerarse vulnerada la obligación de seguridad. Algunos autores señalan que debe haber "un nexo necesario" entre el hecho dañoso y la ejecución del contrato (56), mientras que otros postulan que es preciso haya entre ellos una relación causal adecuada. (57) Finalmente, un tercer sector doctrinal parece contentarse con que el cumplimiento de la obligación principal constituya el motivo o la ocasión del daño. (58)

Como se advierte, son numerosos los interrogantes que planteaba el instituto, que conducían, a su vez, a una aplicación práctica no exenta de contradicciones. Es el resultado lógico de un régimen no estructurado expresamente por la ley, sino manejado discrecionalmente por la jurisprudencia. No es de extrañar, entonces, que la obligación de seguridad sea actualmente objeto de fuertes embates por parte de un sector doctrinal, que brega —con sus matices— por su depuración o, directamente, su desaparición del mundo del derecho.

### C) Las críticas doctrinales

Varias son las críticas que se han dirigido en la doctrina francesa contra la obligación de seguridad. Gran parte de ellas tiene por común denominador la idea de que se trata, en realidad, de una "falsa obligación contractual", que ha sido artificialmente introducida en las convenciones por los jueces, y que jamás fue realmente contemplada por las partes. (59) Para Bloch, por ejemplo, la obligación de seguridad es "una obligación contractual artificial", dado que la voluntad de las partes no influye ni en su nacimiento —pues los jueces suelen considerarla de orden público, y sancionan con la nulidad las cláusulas exoneratorias que pudieran pactarse (60)— ni en su vida. (61) Tampoco sería posible deducirla de la buena fe, porque se trata de una verdadera obligación, que no podría reducirse a una mera consecuencia, un simple "ajuste de la ejecución" del contrato. (62)

A su turno, dice Faure Abbad que la obligación de seguridad es artificial, porque no interesa a la realización de la operación económica querida por las partes. Añade que la obligación contractual, cuyo contenido es concreto (dar, hacer o no hacer alguna cosa), nace para ser ejecutada, y que, contrariamente, se ha creado la obligación de seguridad para ligar ciertos efectos, no a su cumplimiento, sino a su violación: ella no tiene ningún contenido positivo y solo interesa en caso de incumplimiento; no se trataría, pues, de una verdadera obligación. Asimismo, destaca la autora que la obligación de seguridad tampoco puede ser cedida, que su ejecución forzada es materialmente imposible, y que no es susceptible de cumplimiento en tanto un daño no pruebe su violación. (63) Las mismas ideas son sostenidas por Bellissent, quien afirma que, tratándose de la obligación contractual de seguridad, resulta imposible saber a qué se obligó exactamente el deudor. (64)

Otro argumento —emparentado con el anterior— que suele repetirse entre los detractores de la obligación de seguridad es que ella sería extraña a la "esencia" del contrato. Cabe traer a colación, al respecto, la afirmación de Carbonnier según la cual es artificial hacer entrar en los contratos "brazos rotos y muertes de hombres". (65) Son muy elocuentes, en ese sentido, las palabras de Rouvière: "El contenido del contrato no supone encerrar normas generales de seguridad. Imponer a priori el respeto de la integridad física no corresponde a la lógica contractual. Por definición, la ley de las partes es particular, pues tiene en miras un fin preciso cuya realización necesita de los compromisos adecuados. El querer regular las relaciones sin referencia al vínculo contractual se acerca entonces a un procedimiento propio de los deberes legales sancionados por la responsabilidad delictual". (66)

En el derecho latinoamericano esta posición ha sido defendida recientemente por Gamarra, quien afirma: "No deben formar parte del contrato reglas que son propias de derechos tutelados en la responsabilidad aquiliana. La protección de la integridad física del co-contratante es un deber que el deudor de la obligación tiene respecto de cualquier persona, el de no dañar culposamente a otro (...), deber general de prudencia y diligencia hacia todos los sujetos, sean contratantes o no. La materia de los accidentes corporales es ajena al contrato; no es adecuado introducir en contratos como la compraventa (cuya causa es el intercambio de cosa por precio) una obligación del vendedor de proteger la integridad corporal del comprador". (67)

Algunos autores sostienen ya esta postura de lege lata. Es el caso de Wayar, quien estima que, cuando el contrato recoge deberes que le son preexistentes, eso constituye una mera contingencia formal que no cambia su

naturaleza, razón por la cual el incumplimiento de la obligación de seguridad emplazará la responsabilidad resultante en la órbita aquiliana. (68) Alguna corriente jurisprudencial se ha enrolado también en esa línea de pensamiento, como ocurre, particularmente, con la emanada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en materia de daños sufridos por el pasajero transportado. (69)

También se enrostra a la obligación de seguridad la imprecisión de su régimen, y la inseguridad jurídica que ello trae aparejada. Al respecto, Bloch indica que no existe un criterio preciso que permita concluir en qué casos existe esta clase de obligación, y afirma la insuficiencia de los que normalmente se mencionan (criterio de la dependencia física del acreedor, de la exposición del acreedor a un peligro particular nacido del contrato, del contrato que tiene por objeto a una persona, etc.), lo que llevaría a la jurisprudencia a proporcionar soluciones incoherentes entre sí. (70) Por otra parte —siempre según este autor—, la obligación de seguridad puede superponerse con otras obligaciones contractuales, como ocurriría en los contratos por los cuales una persona es confiada a otra para su guarda, los contratos médicos, o la garantía de vicios ocultos. (71) Finalmente, su combinación con la teoría de las obligaciones de medios y de resultado llevaría a un casuismo jurisprudencial muchas veces contradictorio, en atención a la imprecisión de los criterios de distinción entre los deberes de medios y de fines. (72)

Por último se señala que, al admitirse la existencia de obligaciones de seguridad de medios, se termina perjudicando a las víctimas en aquellos casos en los cuales, de no existir ese deber contractual, éstas podrían recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas. En esa línea de pensamiento dice Bellissent que el juego ordinario de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, aplicado a la obligación de seguridad, terminó por producir efectos totalmente contrarios al objetivo inicialmente buscado, y operó en perjuicio de las víctimas, por la vía de calificar en muchos casos a la obligación de seguridad como un deber de medios. (73) Y Bloch señala: "A fuerza de ignorar la construcción paralela de la responsabilidad delictual por el hecho de las cosas, la jurisprudencia forjó un 'monstruo jurídico' cada vez más embarazoso. Originalmente concebido para facilitar la indemnización de las víctimas de daños corporales, el crédito de seguridad se convirtió poco a poco en un obstáculo mayor para esa indemnización. Calificada como de medios, la obligación de seguridad coloca efectivamente a sus 'acreedores' en una situación bien curiosa. Los desafortunados deberán probar la culpa del deudor allí donde, sobre un plano delictual, les habría bastado con establecer un nexo de causalidad entre su perjuicio y la cosa cuya guarda tenía este último. Demasiado ocupados en buscar un criterio satisfactorio de distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, los jueces habían perdido de vista el fundamento político indemnitario de la obligación de seguridad". (74)

En la doctrina argentina, Prevot y Chaia se hacen eco de estas ideas. Dicen estos autores: "aunque la responsabilidad delictual por el hecho de las cosas y la obligación contractual de seguridad hayan nacido casi a la vez, con el objetivo de dispensar a las víctimas de accidentes corporales de tener que probar la culpa del agente, poco a poco han devenido en antagónicas, y la obligación contractual de seguridad se presenta en la actualidad como el principal obstáculo que debe traspasar la víctima para valerse de los beneficios del art. 1113 del Código Civil". (75)

Frente a esta situación, se encuentran en la doctrina diversas propuestas de solución, que podemos clasificar en cuatro grupos. (76)

En primer lugar, están quienes se inclinan por una "descontractualización" parcial de la obligación de seguridad, que limite su existencia solo a aquellos casos en que su régimen es más favorable para la víctima que la responsabilidad extracontractual. En esa concepción, únicamente las obligaciones de seguridad de resultado deberían ser mantenidas, mientras que aquellos supuestos en que se predica su carácter de obligación general de prudencia y diligencia podrían ser regidos por las normas delictuales. (77)

En segundo término, pueden mencionarse las opiniones que bregan por una "descontractualización" parcial fundada en la solidez del vínculo de la obligación de seguridad con el contrato. Desde este punto de vista, solo debería postularse la existencia de esa clase de deber calificado en aquellos casos en que la seguridad corporal del contratante guarda una estrecha relación con la ejecución de las prestaciones emergentes del convenio. (78) En esa senda, señala Savaux: "La idea según la cual la seguridad está siempre fuera del contrato nos parece inexacta.

Existe ciertamente un deber general de no atentarse contra la integridad física de otro. Pero ese deber no excluye toda vinculación de la seguridad de las personas al contrato. Incluso si ella solo es muy raramente el objeto de la obligación principal, la seguridad debe seguir siendo contractual cuando la ejecución del contrato expone a la persona del acreedor (o sus bienes) a un peligro que los terceros no corren", y añade: "Nada obliga a montar en un tobogán en una feria o sobre un tobogán acuático, y no vemos por qué la seguridad debida al cliente no sería contractual". (79)

En tercer lugar, aparecen los autores que consideran innecesaria la inclusión de una obligación de seguridad en aquellos contratos en los que la prestación principal se relaciona de tal manera con la integridad física del deudor, que debe considerarse comprendida en ella. Tal cosa ocurriría en los contratos médicos, en el transporte de personas, en los jardines de infantes, o en el contrato de trabajo. En estos casos, en los cuales "la persona es el objeto principal del contrato" —y por lo tanto el deber de indemnidad viene ya incluido en el contenido de la obligación principal—, hablar de obligación de seguridad implicaría una innecesaria fragmentación de un plan prestacional único y complejo. (80)

Finalmente hay quienes reclaman, pura y simplemente, la desaparición de la obligación de seguridad del mundo del derecho, y el sometimiento al régimen delictual —en todos los casos— de los daños sufridos por el acreedor con motivo de la ejecución del contrato. (81)

Por nuestra parte, hemos sostenido que los críticos del instituto aciertan en un punto central: la afirmación de la existencia de obligaciones de seguridad de medios es contraria a la protección de las víctimas, y termina traicionando la finalidad que inspiró en su momento la creación pretoriana de la figura. Coincidíamos, entonces, con quienes predicaban el abandono de esa categoría, señalando que la única obligación de seguridad admisible es la de resultado. (82) Como bien lo señala Lambert-Faivre, hay que "renunciar totalmente a la clasificación inadecuada (...) de las obligaciones de seguridad en 'obligación de medios' u 'obligación de resultado': la obligación de seguridad es por naturaleza una obligación determinada, siendo su objeto la seguridad debida en cualquier caso por el autor del daño". (83) Por eso hemos afirmado que, antes de persistir en la idea de que existen obligaciones de seguridad "de medios", más valdría eliminar directamente el instituto, trasladando la cuestión a la esfera extracontractual y permitiendo al acreedor que sufra daños como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que conforman el objeto del contrato accionar —cuando se configuren sus presupuestos— con fundamento en las normas que regulan la responsabilidad aquiliana por el hecho de las cosas. (84)

Sin embargo, también hemos señalado que el interrogante referido a la conveniencia o no de proceder a una "descontractualización" —total o parcial— de la seguridad debía tener en cuenta que en la actualidad existen numerosas obligaciones de seguridad de origen legal, entre las cuales se destaca particularmente la que surge de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5º y 40 de la ley 24.240, para el ámbito de las relaciones de consumo. (85) Es que, en puridad, la enorme mayoría de los supuestos donde la jurisprudencia "descubría" tácitamente obligaciones de seguridad están ahora sometidos a la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios, lo que implica, en realidad, una nueva etapa de desarrollo del instituto de la obligación de seguridad. La analizaremos a continuación.

### **III. La positivización de la obligación de seguridad en el derecho del consumo**

Entre muchas otras consecuencias, el advenimiento del derecho del consumo condujo en la Argentina a un replanteo completo de la obligación de seguridad tal como era concebida clásicamente. Merced a la nueva normativa constitucional y legal que protege a los consumidores, aquel especial deber de protección aparece ahora expresamente previsto por la ley (con lo que no puede decirse ya —al menos, en el ámbito del derecho del consumo— que se trata de una obligación "tácita") para todas las relaciones de consumo (lo que da por tierra con la discusión acerca de en qué contratos existiría ese especial deber calificado, y en cuáles no). Esta última característica implica también que la obligación de seguridad ha exorbitado el ámbito estricto de los contratos, para abarcar también aspectos precontractuales y para-contractuales. Finalmente, es claro que se trata de una obligación de resultado en todos los casos, lo que termina con la discusión atinente a si existen o no obligaciones de seguridad de medios.

Vamos por partes. Ante todo, que la obligación de seguridad ha dejado de ser tácita en el ámbito del derecho

del consumo resulta con toda nitidez tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como del art. 5° de la LDC. El texto constitucional establece, en lo que aquí interesa, que los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado, en numerosos precedentes, que esto implica consagrar una verdadera obligación constitucional de seguridad en cabeza de los proveedores de bienes y servicios. (86) Lo mismo resulta, ya a nivel infra-constitucional, del art. 5° de la LDC, a cuyo tenor "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

Ante la existencia de esta verdadera obligación de seguridad expresa en el ámbito de las relaciones de consumo, continuar hablando para esos casos de la obligación "tácita" de seguridad —como lo hacen todavía, inexplicablemente, muchos autores y fallos—, con fundamento en el art. 1198 del Código Civil, resulta claramente *contra legem*. La LDC no es una norma facultativa a la que los jueces son libres de acudir o no según su criterio, sino una ley de orden público que debe ser aplicada en todo el ámbito de su vigencia, y que desplaza, naturalmente, lo que pueda considerarse previsto por el derecho común en tales supuestos (a menos que la solución establecida por este último sea más favorable al consumidor, lo que obviamente no sucede en el supuesto en análisis).

En segundo lugar, y como lo venimos diciendo, el ámbito de aplicación de aquella obligación de seguridad es la relación de consumo, noción ésta indudablemente más amplia que la de contrato. El art. 1° de la LDC establece, en ese sentido, que consumidor no es sólo quien adquiere (contrata) bienes y servicios para su consumo final, sino también quien sin haberlos adquirido los utiliza, o quien de cualquier modo está expuesto a una relación de consumo. Por eso se ha afirmado con razón que la relación de consumo se configura mediante el mero "contacto social" entre consumidor y proveedor. (87) Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la obligación de seguridad del art. 42 de la Constitución Nacional "se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales". (88)

Por consiguiente, y en atención a la laxitud que alcanza la relación de consumo, quedan abarcados en el ámbito de dicha obligación de seguridad, entre muchos otros supuestos no contractuales, los daños sufridos por el consumidor ante la sustracción de su automóvil de una playa puesta a su disposición por un establecimiento mercantil (89), o por accidentes en cualquier parte del perímetro del local o cetro comercial (90), o por los perjuicios sufridos en una ruta u autopista concesionada, como consecuencia de la presencia de animales sueltos, aun por quienes utilizan el servicio sin pago directo, como las personas transportadas o los pasajeros de un colectivo. (91)

Por último, poca duda cabe de que la obligación de seguridad así delineada tiene en todos los casos el carácter de un deber de resultado, pues la ley hace garantes a los proveedores de bienes y servicios de que las cosas y servicios que comercializan no dañen al consumidor. (92) La mera presencia de un daño en el ámbito de la relación de consumo —naturalmente, por fuera de los que puedan ocasionarse mediante el incumplimiento de los deberes de prestación a cargo del proveedor— basta entonces para tener por incumplido este especial deber calificado, lo que obliga al proveedor a acreditar la existencia de una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta, causada por caso fortuito, para eximirse de responder. (93)

Cabe insistir una vez más en que la obligación de seguridad expresa y de resultado que dimana de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5° de la LDC, aplicable —como se ha dicho— a todas las relaciones de consumo, rige en la enorme mayoría de los supuestos que tradicionalmente se consideraban sujetos a la obligación tácita de seguridad creada por la jurisprudencia (espectáculos públicos, juegos de feria, daños en locales comerciales,



daños durante la práctica de deportes —cuando los servicios son suministrados por un proveedor—, daños sufridos por el paciente en el ámbito de las clínicas o la medicina prepaga —más allá de las prestaciones médicas propiamente dichas—, daños en establecimientos educativos, en el ámbito de la hotelería, del transporte, del turismo, etc.).

Esta última constatación llevaba, ya antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, a preguntarse qué utilidad podía seguir teniendo la obligación de seguridad en el muy reducido número de supuestos en que pudiera seguirse predicando su existencia fuera del derecho del consumo (es decir, en el ámbito del derecho común). A partir de la sanción de aquel nuevo cuerpo normativo, que unifica —en principio y con matices— la responsabilidad contractual y la extracontractual, aquel interrogante ha recibido una adecuada respuesta en la supresión lisa y llana de la obligación de seguridad, y el sometimiento de los casos otrora regidos por ella a las normas y principios de la responsabilidad extracontractual. Nos ocuparemos seguidamente de esta última etapa, aún por inaugurarse.

#### **IV. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la desaparición de la obligación de seguridad del derecho común**

Dado que, como queda dicho, el ámbito de aplicación de la normativa de defensa del consumidor —y de la obligación de seguridad consiguiente— es muy vasto, y abarca la mayoría de los supuestos en los que una de las partes se encuentra en una situación de vulnerabilidad que requiere de una particular tutela, lo cierto es que las hipótesis restantes en las que podría sostenerse su existencia estarán constituidas por casos que, o bien no plantean una real necesidad de protección de una parte débil (como sucede en los contratos paritarios), o bien están expresamente excluidos del ámbito del estatuto del consumidor. Este último es particularmente el caso de los profesionales liberales, a tenor de lo establecido por el art. 2º de la LDC.

Frente a este panorama, nosotros habíamos advertido hace algún tiempo que existían dos opciones posibles para encarar el problema de la protección de la persona y los bienes del acreedor contractual (va de suyo, por fuera de los supuestos en los que esos bienes ya están tutelados mediante la sanción del incumplimiento de los deberes de prestación). En ese sentido, señalamos que una opción consistiría en extender el instituto de la obligación de seguridad a todos los contratos, mientras que la otra pasaba por "descontractualizar" la seguridad y someter al régimen aquiliano el resarcimiento de los daños que no deriven propiamente del incumplimiento de las obligaciones principales que emanan del contrato. Esta tesitura —añadimos— tendría la ventaja de permitir a la víctima acudir al sistema de responsabilidad objetiva del art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código de Vélez (ahora arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación), en la medida en que el daño haya sido causado con el empleo de cosas riesgosas o viciosas, sin perjuicio de que puedan concurrir también otros factores objetivos de atribución, según los casos (arts. 907, segundo párrafo, 1071, 1113, primer párrafo, etc., código citado, equivalentes —respectivamente— a los arts. 1750, 10, y 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación). [\(94\)](#)

Pues bien, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —en cuya elaboración tuvimos el honor de colaborar en tanto integrantes, junto a los Dres. Graciela Messina, Adela Seguí, Silvia Tanzi, Jorge M. Galdós y Fernando Sagarna, del equipo de trabajo sobre responsabilidad civil, nombrado por la Comisión de Reformas— ha optado explícitamente por esta última alternativa, que se ve sustancialmente reforzada por la unificación de la responsabilidad civil contractual y aquiliana.

En efecto, ya hemos visto que el desarrollo histórico de la obligación de seguridad se explica, en buena medida, por la imposibilidad de aplicar directamente al contrato las normas del código (en nuestro caso, el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del código de Vélez) que regulan la responsabilidad por riesgo. Frente a esa dificultad, el recurso a una obligación de seguridad de resultado sirvió muchas veces como un subterfugio para lograr una protección equivalente (responsabilidad objetiva) frente a los daños a la persona del acreedor contractual.

La cuestión cambia por completo en un código que, como sucede con el que comenzará a regir en nuestro país el 1º de agosto, unifica la responsabilidad civil y la somete —en principio— a un régimen unitario (art. 1716), sin perjuicio de ciertas diferencias de regulación que subsisten en aras de respetar la particular estructura de las

obligaciones y de la forma en que se configura su incumplimiento, o —en su caso— la autonomía de la voluntad. [\(95\)](#)

En ese marco unificado, ningún impedimento existe para aplicar directamente a los daños sufridos por el acreedor con motivo u ocasión de la ejecución del contrato (lo aclaramos una vez más: con exclusión de los derivados del incumplimiento de los deberes de prestación) las normas que estructuran la responsabilidad extracontractual, y en particular las que se refieren a la responsabilidad por riesgo. Por consiguiente, si el deudor ha dañado al acreedor mediante el empleo de una cosa riesgosa o viciosa, o una actividad peligrosa, se aplicarán los arts. 1757 y 1758 del nuevo código, y aquel responderá objetivamente. Esto último también sucederá si los perjuicios han sido causados por un dependiente del deudor (art. 1753), o incluso por el propio deudor mediante un acto involuntario (art. 1750). Si, por el contrario, no se configura ninguna situación que dé lugar a responsabilidad objetiva, regirán los arts. 1721, 1724 y 1749, y será menester probar la culpa del deudor para configurar su responsabilidad, a menos que el juez decida invertir la carga de la prueba —comunicándolo oportunamente a las partes— en los términos del art. 1735.

Frente a ese clarísimo esquema, carecería totalmente de utilidad seguir manteniendo la existencia de supuestas obligaciones tácitas de seguridad, lo que volvería a llevarnos al terreno de las incertidumbres que ya hemos estudiado, atinentes a en qué contratos existe ese especial deber calificado, cuál es su naturaleza (de medios o de resultado), etc. Y todo eso, por la sola insistencia en mantener un instituto que ha rendido sus frutos en el pasado, pero que en el derecho común es ahora simplemente un resabio inútil que conlleva inseguridad jurídica antes que soluciones justas y predecibles.

Esta decisión de desechar la obligación de seguridad en el derecho común se ve reflejada claramente en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, mientras que los arts. 1668 y 1669 del proyecto de 1998 —que como es sabido inspiró muchas de las disposiciones del nuevo código, particularmente en materia de responsabilidad— se ocupaban expresamente de tratar acerca de la obligación de seguridad, el Código Civil y Comercial de la Nación ha omitido por completo hacer referencia a ella. Se trata de una omisión deliberada, que se ve ratificada por el hecho de que, en situaciones otrora resueltas sobre la base de la existencia de una obligación de seguridad, el nuevo texto, lejos de referirse a ella, prevé ahora expresamente la aplicación de las normas que estructuran la responsabilidad extracontractual por riesgo.

Uno de esos casos está constituido por el empleo de cosas en el ámbito de la responsabilidad médica. Es conocido el problema que se plantea cuando el médico, para tratar al paciente, utiliza instrumental o aparatos que lo dañan. En Francia, la jurisprudencia declaró desde hace tiempo que existe en estos casos una obligación de resultado respecto de la inocuidad de las cosas empleadas por el facultativo [\(96\)](#), que fue caracterizada como obligación de seguridad en épocas más recientes. [\(97\)](#) Actualmente, en virtud de la reforma introducida por la ley del 4 de marzo de 2002 al Código de la Salud Pública, este último dispone expresamente que los profesionales de la salud asumen una obligación de resultado en cuanto a los "productos de salud" (art. L. 1142—1, I, primer párrafo), que comprenden los "dispositivos médicos" (art. L. 5211—1).

En nuestro medio también suele afirmarse que cuando el facultativo emplea cosas riesgosas o viciosas para cumplir su cometido y daña con ellas al paciente, existiría responsabilidad objetiva de su parte, con fundamento en el incumplimiento de una obligación de resultado. [\(98\)](#) A ese fin, se distingue entre el "acto médico puro" y el "hecho de la cosa" propiamente dicho. En el primer caso, la cosa cumple un rol secundario, su utilización está supeditada al hecho científico, y el acto médico absorbe la incidencia de la cosa (v.g., corte con un bisturí en una zona distinta a aquella que debía ser operada), mientras que en el segundo la cosa causa el daño como resultado de su riesgo o vicio, superando el control que la conducta humana pudiera tener sobre ella (v.g., bisturí eléctrico que provoca una descarga anormal y ocasiona quemaduras al paciente). [\(99\)](#) En este último supuesto, suele afirmarse que el facultativo responde objetivamente por los daños causados por el hecho de la cosa en virtud de una obligación de seguridad de resultado, fundada en el factor garantía. [\(100\)](#)

De ese modo, la obligación de seguridad era empleada en este caso como un subterfugio para trasladar al ámbito contractual la distinción que en la responsabilidad extracontractual surgía de los arts. 1109 (para el acto

médico puro) o 1113, segundo párrafo, segundo supuesto (para el hecho de la cosa) del Código de Vélez. Y a tal punto llegaba el paralelismo que así quedaba establecido, que algunos autores afirmaban que los galenos no responden contractualmente por el hecho de la cosa si no son guardianes de ella. [\(101\)](#)

Pues bien, el Código Civil y Comercial de la Nación trata expresamente acerca de la responsabilidad médica por el empleo de cosas que dañan al paciente, pero se cuida bien de recurrir a la noción de obligación de seguridad para regular esa situación. Le basta, mucho más simplemente, con disponer la aplicación directa del art. 1757, referido a la responsabilidad extracontractual objetiva por riesgo o vicio de la cosa, aunque —en virtud de una decisión de política legislativa que nos parece prudente— limita la vigencia de ese factor de atribución únicamente a los casos en que el riesgo de la cosa deriva de la existencia de un defecto. En ese sentido, el art. 1768, referido a la responsabilidad de los profesionales liberales, dispone en su parte pertinente: "Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo [responsabilidad por riesgo], excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757".

La misma lógica, consistente en reemplazar el recurso a la obligación de seguridad por la aplicación directa de las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por riesgo, se observa nada menos que en materia de daños al pasajero en el contrato de transporte, supuesto regido hasta ahora por el art. 184 del Código de Comercio, que suele interpretarse como estableciendo una obligación de seguridad de resultado. Una vez más el Código Civil y Comercial se aparta de esa solución, pues, aunque establece que el transportista está obligado a garantizar la seguridad de los pasajeros (art. 1289 inc. "c"), no somete la responsabilidad resultante al art. 1722 (responsabilidad objetiva por el incumplimiento de una obligación de resultado), sino al art. 1757. Es prístino en tal sentido el art. 1286: "Responsabilidad del transportista. La responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas está sujeta a lo dispuesto en los arts. 1757 y siguientes". En otras palabras, el transporte es considerado una actividad riesgosa, y es por eso que los daños al pasajero son resarcidos de conformidad con las normas que regulan la responsabilidad extracontractual por riesgo. [\(102\)](#)

Estos ejemplos, así como la ya aludida comparación con el proyecto de 1998, demuestran claramente que el silencio del nuevo código en lo atinente a la obligación de seguridad no implica una admisión de la posibilidad de seguir "descubriéndola" como incorporada tácitamente a ciertos contratos, sino, muy por el contrario, una expresa decisión de excluirla del ámbito del derecho común. En ese sentido, las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 25, 26 y 27 de octubre de 2012) declararon: "El Proyecto de 2012 no trata la obligación de seguridad, que pasa a estar regulada específicamente en el ámbito de las relaciones de consumo" (conclusiones de la Comisión nro. 3, punto 6).

Como lo venimos señalando, creemos que esta decisión tiene efectos clarificadores. Ilustrémoslo con un ejemplo singular donde, por no estarse ante una relación de consumo, se echó mano recientemente al instituto de la obligación tácita de seguridad con fundamento en el art. 1198 del Código de Vélez. Un actor (doble de riesgo) que había sufrido daños como consecuencia de una caída al realizar un salto durante un casting publicitario demandó a la productora que lo había contratado. En la causa se probó que el arnés que le había sido colocado era defectuoso, pero el tribunal consideró que la responsabilidad era contractual, y entendió —por mayoría— que se estaba ante una obligación de seguridad de medios. De todos modos, tuvo por probada la culpa de la demandada, e hizo lugar a la demanda. En nuestro voto concurrente dijimos que, a nuestro criterio, la obligación de seguridad debía considerarse en ese caso como de resultado, y no de medios. [\(103\)](#)

El ejemplo muestra nuevamente las dificultades que suscita la obligación tácita de seguridad de cuño jurisprudencial. Nótese en particular que el voto mayoritario analizó la causa desde el prisma de una obligación de medios, lo cual podría eventualmente haber llevado al rechazo de la demanda si no se hubiera llegado a acreditar la culpa de la demandada. En cambio, si la cuestión hubiera podido enmarcarse en el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código de Vélez, ninguna duda cabe de que la responsabilidad habría sido objetiva, en tanto el defecto en el arnés constituye un caso típico de vicio de la cosa. Si, en cambio, analizamos este caso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ninguna duda cabe de que resultaría aplicable directamente el art. 1757, lo que conduce, precisamente, a una responsabilidad objetiva con base en el riesgo creado.

Solo nos resta exponer sintéticamente el resultado de nuestras indagaciones.

## V. Conclusiones

La obligación "tácita" de seguridad de origen jurisprudencial conoció sus tiempos de gloria, pero éstos han quedado ya irremediablemente atrás. Sin duda ella constituyó en su momento un mecanismo valioso, que permitió contractualizar en muchos casos la tutela de la persona y objetivar la responsabilidad. Sin embargo, el régimen de esa obligación, sometido a los vaivenes de la jurisprudencia, distaba mucho de ser preciso, y dio lugar a permanentes idas y venidas, a criterios encontrados y a intensos debates doctrinales. En particular, la idea de que en ciertos casos la obligación de seguridad puede ser de medios terminó volviendo contra las víctimas un instituto que originalmente había sido concebido para protegerlas.

Estas dificultades se vieron superadas mediante la consagración de una obligación de seguridad expresa y de resultado en todas las relaciones de consumo (arts. 42, Constitución Nacional y 5°, LDC). De ese modo se despejan las incertidumbres propias de la regulación pretoriana de ese deber calificado, y en especial, las atinentes a en qué contratos existe y cuál es su naturaleza.

Dado que la enorme mayoría de los casos que tradicionalmente suscitaban la aplicación de la obligación "tácita" de seguridad se encuentran ahora regulados por el derecho del consumo, aquella ha perdido ya todo su atractivo. Máxime luego de la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que consagra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Por ese motivo, el nuevo código ha optado por suprimir lisa y llanamente del derecho común la obligación de seguridad, y ha preferido, en cambio, someter la reparación de los daños a la persona del acreedor contractual (causados al margen del incumplimiento de la o las obligaciones principales) a las normas atinentes a la responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, habrá responsabilidad objetiva si el daño proviene del riesgo o vicio de una cosa o de una actividad —o si se trata de daños causados por dependientes, o por actos involuntarios—, y subjetiva en caso contrario. Este método aporta una indudable claridad en la materia, pues la solución que se adopte no dependerá, en esos supuestos, de la determinación de la existencia de una inasible obligación "tácita" de seguridad —de contornos imprecisos—, sino de criterios uniformes y objetivos, previstos expresamente por la ley y válidos para todos los casos por igual.

Por consiguiente, la inminente entrada en vigencia del nuevo código traerá aparejada la muerte de la obligación tácita de seguridad en el derecho común. En puridad, hacía rato que esta última estaba amenazada de extinción por el formidable crecimiento de su retoño, la obligación expresa de seguridad en el derecho del consumo, que goza en cambio de excelente salud. Corresponde agradecerle los servicios prestados, ofrecerle un digno funeral, y dejarla descansar en paz.

(1) RINESSI, Juan A., "La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial", LL 2014-F, 1249; CERRUTTI, María del C., "La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 129.

(2) Como bien lo precisa Laithier, es a partir de la ligazón al contrato de normas de comportamiento, por la vía de la obligación de seguridad, que "el contrato deviene (...) un soporte de reparación de los daños causados" (LAITHIER, Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2004, p. 121).

(3) Para un examen detallado de esta cuestión, vid. PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 35 y ss.

(4) Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, Sirey, 1912-1-73, con nota de Charles Lyon-Caen.

(5) RÉMY, Philippe, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *Revue Trimestrielle de*

Droit Civil, 1997-336; BELLISSENT, Jean, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2001, p. 260 y ss.; FAURE ABBAD, Marianne, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2003, p. 88 y ss.

(6) BELLISSENT (Contribution..., cit., p. 264) afirma al respecto que la obligación contractual de seguridad "aparece como el arquetipo mismo de la 'obligación extracontractual preexistente'" (la traducción es nuestra). En el mismo sentido, destaca Saux que la obligación de seguridad no deja de ser una aplicación al ámbito convencional del principio general de no dañar (SAUX, Edgardo I., "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), Obligación de seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 16).

(7) RADÉ, Christophe, "L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale", en ZENNAKI, Delia — SAINTOURENS, Bernard, L'obligation de sécurité, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 113.

(8) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), Obligación de seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 4.

(9) AGOGLIA, María M. — BORAGINA, Juan C. — MEZA, Jorge A., Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 161/162.

(10) LAITHIER, Étude..., cit., p. 129; HALPERIN, Jean-Louis, "La naissance de l'obligation de sécurité", Gazette du Palais, 21-23 de septiembre de 1997, p. 2; COEFFARD, Paul, Garantie de vices cachés et «responsabilité contractuelle de droit commun», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2005, p. 123 y ss.

(11) Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, cit. La traducción es nuestra.

(12) RADÉ, "L'obligation de sécurité...", cit., p. 113.

(13) Vid. BLOCH, Cyril, L'obligation contractuelle de sécurité, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p. 11, quien menciona los trabajos de Vavasseur, Sauzet, Verne de Bachelard y Saintelette, que fueron retomados —aunque con matices diferenciales— por Labbé, Glasson, Planiol, Huc y Lyon-Caen. En el mismo sentido: BELLISSENT, Contribution..., cit., p. 252/255, confiriendo especial importancia a los trabajos de Saintelette.

(14) SALEILLES, Raymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle), Arthur Rousseau, París, 1897, quien temía que la vía contractual permitiera excluir la responsabilidad mediante cláusulas exoneratorias, y afirmaba, asimismo, la naturaleza profundamente extracontractual de esta clase de responsabilidad. En el mismo sentido: JOSSERAND, Louis, De la responsabilité du fait des choses inanimées, París, 1897.

(15) Así lo afirma BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 14.

(16) Corte de Casación, Sala Civil, 27/1/1913 y 21/4/1913, Sirey, 1913-1-177, con nota de Charles Lyon-Caen.

(17) RADÉ, "L'obligation de sécurité...", op. y loc. cit.

(18) Vid. los casos citados por BLOCH, op. cit., p. 15.

(19) LAITHIER, Étude..., cit., p. 121/122, nota 191, y fallos allí citados.

(20) DEMOGUE, René, Traité des obligations en général, Arthur Rousseau, París, 1925, t. 5, p. 536 y ss.

(21) MAZEAUD, Henri, «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence», Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1936.1.

(22) La expresión pertenece a BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 15.

(23) Vid. BELLISSENT, Contribution..., cit., p. 260 y ss., y 302 y ss., quien sostiene que fue la introducción de la obligación de seguridad en el ámbito contractual la que posibilitó el enorme desarrollo que adquirió el distingo entre deberes de medios y de fines.

(24) Corte de Casación, Sala Comercial, 7/2/1949, Juris-Classeur Périodique, 1949-II-4959, con nota de René Rodière.

(25) Corte de Casación, Primera Sala Civil, 1/7/1969, Dalloz, 1969-641; íd., 12/11/1969 (2 fallos), Juris-Classeur Périodique-II-1970, nro. 16190.

(26) Corte de Casación, Primera Sala Civil, 7/3/1989, Dalloz, 1991, jur., p. 1, con nota de Philippe Malaurie.

(27) Vid. la crítica que al respecto formula le TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, París, 2008, p. 585 y 845.

(28) TERRÉ, François — SIMLER, Philippe — LEQUETTE, Yves, Droit civil. Les obligations, Dalloz, París, 2002, p. 546. Vid. también GAMARRA, Jorge, Tratado de derecho civil uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, t. XX, p. 111.

(29) CNCiv., Sala L, 15/12/98, "D. A., C. M. c/ Clínica Brandzen S.A.", LL, 2000-A-615, jur. agrup., nro. 14.752; ídem., Sala B, 4/03/2004, "G. de O., G. c/ Ciudad de Buenos Aires", RCyS, 2004-866; íd., Sala G, 6/11/2007, "Podestá, Nélide Elina c/ Programas Médicos S.A. y otros", LL Online.

(30) Cám. 1ª Apel. Civ. Com. Mar del Plata, Sala I, 5/2/1997, "Di Terlizzi c/ Ubieta", LLBA, 1997-594.

(31) CNCiv., Sala K, 8/9/2006, "Martínez, Eduardo J. c. Obra Social Telefónicos", RCyS, 2006-XII-94; íd., Sala F, 21/07/2006, "V. de G., M. c/ Centro Gallego de Buenos Aires y otro", LL, 30/11/2006, 4, con nota de Juan M. Prevot; Cám. Apel. Civ. Com. Fed., Sala III, 29/08/2005, "Chaves, Miriam B. c/ N., J. J. y otros", RCyS, 2005-IX-136.

(32) Cám. Apel. Civ. Com. Fed., Sala III, 10/10/2006, "Elia, Horacio R. c/ Obra Soc. del Pers. de la Industria del Tabaco", LL, 1/03/2007, p. 4.

(33) CNCiv., Sala L, 3/12/2006, "Quiñones, María C. c/ Metrovías S.A. y otros", DJ, 09/05/2007, p. 108; ídem., Sala L, 5/12/2006, "Isla Mata, Damián Horacio c/ Metrovías S.A."; íd., Sala A, 11/12/2006, "A., M. A. c/ Transporte Metropolitanos Gral. Roca S.A."; CNCom., Sala E, 18/12/2006, "S., S. N. y otro c/ Ferrovías Concesionaria S.A. y otros". Cabe aclarar que, en estos casos, la obligación de seguridad se funda en la interpretación ampliamente aceptada del art. 184 del Código de Comercio, que la jurisprudencia ha considerado aplicable a todo tipo de transporte terrestre.

(34) CNCiv., Sala E, 4/3/1996, "Sosa, Eleonora c/ Quiroga, Juan F. y otro", LL online; íd., Sala F, 23/2/1995, "Olivi, José L. c/ Zanón Hnos. — Ital Park", LL online.

(35) CNCiv., Sala H, 24/08/2006, "Suárez, Sergio P. c/ Club Atlético Independiente y otros", RCyS, 2007-III-93; íd., Sala J, 12/02/2007, "Suárez, Enrique D. c/ Biciclub de Ricardo Silveti y otros", LL 28/02/2007, p. 10.

(36) CNCiv., Sala G, 18/07/2006, "Capuya, Raquel S. c/ Casino de Buenos Aires S.A. y otros", LL, 2006-F-226.

(37) CNCiv., Sala H, 25/09/2006, "Irrazabal, Mirta I. c/ Bingo Royal de Lanús (Loarsa S.A.) y otro", RCyS, 2007-IV-59.

(38) Cám. Apel. Civ., Com. y Minería San Juan, Sala III, 19/09/2006, "Vila, Mónica I. c/ Ávila, Orlando I. y otro", LLGran Cuyo, 2006-1448.

(39) CNCiv., Sala I, 17/2/2005, "Demczszyn, Gustavo y otro c/ Jardín materno infantil New Garden S.R.L. y otro", RCyS, 2005-VII-88.

(40) CNCom., Sala C, 14/11/2006, "La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales c/ Carrefour Argentina S.A. y otro", LL, 23/04/2007, p. 11; CNCiv., Sala F, 30/11/2006, "Conde, Javier H. c/ Fortin Maure S.A.", LL Online.

(41) CNCom., Sala C, 20/10/2006, "Brun, Pablo A. c/ Carrefour Argentina S.A.", LL Online.

(42) Nos referimos principalmente al debate existente en la Argentina, sin perjuicio de destacar que se trata en general de los mismos aspectos que generan polémica en el derecho comparado; vid. BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 47 y ss.

(43) AGOGLIA — BORAGINA — MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, cit., p. 166. En el mismo sentido: SAUX, "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", cit., p. 19/20.

(44) LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 843; VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 6; MAYO, Jorge A., Estudios de derecho civil, La Ley, Bs. As., 2005, p. 149/150; PREVOT, Juan M. — CHAIA, Rubén A., La obligación de seguridad, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 109; PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 262.

(45) SAGARNA, Fernando A., Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza, Depalma, 1994, p. 158; VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 5; Saux, "La obligación de seguridad...", cit., p. 16; MULLER, Enrique C., "La obligación de seguridad en los espectáculos públicos", en Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dir.), Obligación de seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 35; PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, cit., t. III, p. 261/262.

(46) LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 841; MAYO, Jorge A., "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", LL, 1984-B-950; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 110; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, p. 393.

(47) PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, cit., t. III, p. 266/267; AGOGLIA — BORAGINA — MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, cit., p. 167/171; SAUX, "La obligación de seguridad...", cit., p. 18. Con todo, es innegable que en ciertos casos la seguridad es prometida como obligación principal, como sucede con el contrato de "guardaespaldas", el de caja de seguridad, y de transporte de fondos (SAVAUX, Éric, "La fin de la responsabilité contractuelle?", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1999-24, nota 89). En el mismo sentido, vid. VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 5; Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., t. 4, p. 395, quien menciona como ejemplo el servicio de vigilancia privada.

(48) VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 6; Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", LL, 1976-C-67; ALTERINI, Atilio A., Contratos civiles — comerciales — de consumo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 590; PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, cit., t. III, p. 268.

(49) VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 6: "por lo general la obligación de seguridad es de resultado, pero existen supuestos en los que estamos frente a una obligación de seguridad de medios". Más allá del caso de la responsabilidad de los médicos —donde, salvo excepciones, la obligación de seguridad se caracteriza como un deber de medios— (CNCiv., Sala D, 8/05/1996, "Roitman de Liascovich, María R. c/ Asistencia Médica Privada S. A. y otros", LL Online; ídem., Sala K, 5/10/1998, "C. T. de A., A. I. c/ Baini, Eduardo O. y otros", LL, 1999-B- 689, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra; Cám. Apel. Civ. Com. Junín, 23/05/1989, "Álvarez, Serafina M. A. c/ Clínica Centro Médico Privado y otro", DJ, 1989-2-882, con nota de Félix A. Trigo Represas), se ha declarado sujeta a una obligación de seguridad de medios a la asociación que organiza un campamento, respecto de la guarda de los menores que le son confiados (CNCiv., Sala L, 18/08/2006, "Lavorano, Marta G. y otros c/ Scouts de Argentina Asociación Civil", DJ Online), o al explotador de una pista de kartings (CNCiv., Sala A, 28/12/2007, "Romero, Nélide Beatriz c/ Coto Centro Integral de Comercialización S.A.", El Dial, 5/3/2008). En otros casos la jurisprudencia es oscilante, como ocurre a la hora de establecer la naturaleza de la obligación de seguridad de los centros de salud en casos de transfusiones sanguíneas (por el carácter de obligación de medios: CNCiv., Sala J, 16/6/2005, "R. Emilio Alberto y otros c/ Centro Gallego de Buenos Aires y otros", Microjuris, MJD2798, con nota nuestra; íd., Sala J, 27/7/2005, "Virgilio de Preziosa, Ana



c/ Sanatorio Quilmes y otros"; por el de resultado: Cám. Apel. Civ. Com. Fed., Sala III, 29/08/2005, "Chaves, Miriam B. c/ N., J. J. y otros", RCyS, 2005-IX-136; íd., 26/9/2005, "Desulovich, Analía c/ Obra Social de los Aeronavegantes y otros", RCyS, año VIII nro. 1, enero de 2006, p. 25 y ss.), o de infecciones intrahospitalarias (obligación de medios: CNCiv., Sala D, 4/4/2005, "Aquiliano, Arturo P. c/ Ciudad de Buenos Aires y otros", LL, 2005-E-860; íd., 16/7/2001, "Frenkel, Adolfo c/ Centro de Ortopedia y Traumatología", JA, 2001-IV-580; de resultado: CNCiv., Sala F, 24/4/2002, "Ael, Ramón L. c/ Dirección de Obra Social de ENTel y otros", LL, 2002-F-273; íd., Sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c/ Sanatorio Quintana S.A.", JA, 2001-IV-592; íd., Sala C, 5/7/2000, "Parísi, Roberto J. c/ Girardo, Juan M.2, LL, 2001-A-271).

(50) SAUX, "La obligación de seguridad...", cit., p. 17 (con la salvedad de que no medie una cláusula contractual o una disposición legal en contrario); PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 108; AGOGLIA — BORAGINA — MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, cit., p. 172; STIGLITZ, Gabriel A., "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", LL, 1985-D-18.

(51) MAYO, Jorge A., "La obligación de seguridad y el factor de atribución", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), Obligación de seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 14.

(52) Ésa parece ser la postura de Pizarro, quien trata acerca de la obligación de seguridad en su obra sobre el riesgo creado, y afirma que el carácter riesgoso de la actividad contractual proyectada puede resultar determinante para la configuración de esta obligación (PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, cit., t. III, p. 262).

(53) VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 6; AGOGLIA — BORAGINA — MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, cit., p. 167; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t. 4, p. 395.

(54) LE TOUNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 843; MULLER, "La obligación de seguridad en los espectáculos públicos", cit., p. 34; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 110.

(55) VÁZQUEZ FERREYRA, "La obligación de seguridad", cit., p. 6.

(56) TERRÉ — SIMLER — LEQUETTE, Les obligations, cit., p. 546; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 115 y 153.

(57) SAUX ("La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", cit., p. 20) habla de "una razonable relación causal".

(58) AGOGLIA — BORAGINA — MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, cit., p. 179.

(59) RÉMY, "La responsabilité contractuelle...", cit., p. 337.

(60) La misma tesis suele seguirse en el ámbito nacional; vid. SAUX, "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", cit., p. 18

(61) BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 23 y ss.

(62) BLOCH, op. cit., p. 39.

(63) FAURE ABBAD, Le fait générateur..., cit., p. 414 y ss.

(64) BELLISSENT, Contribution..., cit., p. 265.

(65) CARBONNIER, Jean, Droit civil. Les obligations, Presses Universitaires de France, París, 1991, p. 517. En el mismo sentido, vid. JOURDAIN, Patrice, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", en Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier, Presses Universitaires de France, París, 1997, p. 74.

(66) ROUVIÈRE, Frédéric, Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, p. 246; la traducción es nuestra. En igual tesitura: LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 846.

(67) GAMARRA, Tratado..., cit., t. XX, p. 112.

(68) WAYAR, Ernesto C., "El deber de seguridad y la responsabilidad civil del empleador", ED, 26/3/1986.

(69) SCBA, 17/9/1985, "Rossi, José c/ Transportes Automotores San Lorenzo S.A. y Zoppi, Enrique J. F. s/ Daños y perjuicios", AyS, 1985-II-683; DJBA, 1986-130; ED, 117-569; LL, 1986-E-696; íd., 8/7/1997, "Gudiño, Omar Alcides y otro c/ Ligotti, Omar y otro s/ Daños y perjuicios", AyS, 1997-III-470.

(70) BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 47 y ss.

(71) BLOCH, op. cit., p. 63 y ss. En lo que hace específicamente a la superposición entre obligación de seguridad y garantía de vicios redhibitorios, vid. COËFFARD, Garantie..., cit., p. 132 y ss.

(72) BLOCH, ibíd., p. 103 y ss.; LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 845.

(73) BELLISSENT, Contribution..., cit., p. 461/462.

(74) BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 17; la traducción es nuestra. En el mismo sentido: SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle?", cit., p. 10.

(75) PREVOT-CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 65.

(76) BLOCH (op. cit., p. 149 y ss.) menciona tres; nosotros preferimos añadir un cuarto punto de vista, que exponemos en tercer lugar.

(77) VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice, Les conditions de la responsabilité, en Ghestin, Jacques (dir.), Traité de droit civil, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1998, p. 606; GAMARRA, Tratado..., cit., t. XX, p. 111.

(78) LARROUMET, Christian, "Pour la responsabilité contractuelle", en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 14. En la doctrina argentina adoptan esta posición PREVOT y CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 88 y 109/110. Vid. asimismo PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 131.

(79) SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle?", cit., p. 24 y nota 90; la traducción es nuestra.

(80) LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 841; MAYO, "La obligación de seguridad y el factor de atribución", cit., p. 13; MULLER, "La obligación de seguridad en los espectáculos públicos", cit., p. 35; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 125 y ss.

(81) BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, cit., p. 165 y ss.; LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 846; RÉMY, "La 'responsabilité contractuelle'...", cit., p. 324; TALLON, Denis, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994-228; FAURE ABBAD, Le fait générateur..., cit., p. 451 y ss. ; COEFFARD, Garantie..., cit., p. 136 y ss.

(82) PICASSO, La singularidad..., cit., p. 264 y ss.; JOURDAIN, Patrice, "Le fondement de l'obligation de sécurité", Gazette du Palais, 21-23 de septiembre de 1997, p. 24 y ss. ; VINEY — JOURDAIN, Les conditions..., cit., p. 486/487; LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité..., cit., p. 845; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 81/83; GAMARRA, Tratado..., cit., t. XX, p. 111/112: "Las únicas obligaciones de seguridad aceptables son las de resultado, ya que de otra manera no se alcanza su objetivo".

(83) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "Fondement et régime de l'obligation de sécurité", Dalloz, 1994, chron. 81; la traducción es nuestra.

(84) PICASSO, op. y loc. cit. Vid. GAMARRA, op. cit., t. XX, p. 111 y ss.

(85) PICASSO, op. y loc. cit.

(86) CSJN, Fallos, 330:563; 331:819; 333:203, etc.

(87) Señalan Hernández y Frustagli: "La noción de relación de consumo determina (...) el alcance material de la obligación seguridad, de modo que será exigible cuando aquella sea reconocida. La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24.240, no siendo necesario la existencia o subsistencia de un vínculo contractual" (HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. [dir.], Obligación de seguridad, suplemento especial, La Ley, 2005, p. 21). En el mismo sentido, se ha dicho con acierto que la relación de consumo abarca no sólo a la relación contractual en sí misma, sino también "a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una

consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de los consumidores y usuarios" (FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 7). Vid. asimismo PICASSO, Sebastián, "Daños al consumidor", *Anuario de derecho civil uruguayo*, t. XXI, p. 753.

(88) CSJN, Fallos, 330:563, cit.

(89) CNCiv., Sala L, 19/09/2005, "M. de P., A. M. y otros c/ Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro"; íd., Sala F, 17/05/2005, "López, Juan C. c/ COTO C.I.C. S.A.", DJ, 2005-3-1011; CNCom., Sala A, 26/02/2002, "Compañía de Seguros La Mercantil Andina c/ Carrefour Argentina S.A.", DJ, 2002-2-425; LL, 2002-D-697; Cám. Apel. Civ. Com. Garantías Necochea, 02/03/2006, "Arrate, José L. c/ Supermercados Toledo S.A.", LLBA, 2006-1236.

(90) CNCiv., Sala M, 29/9/2006, "Flores, Cristina F. c/ Coto CICSA s/ Daños y perjuicios", expte. nro. 110019/03 (resbalón con un líquido derramado en el piso de un supermercado); ídem., Sala F, 17/9/2003, "Torres, Érica F. c/ Coto CISA y otro", LL, 11/12/2003, p. 3 (daños sufridos dentro de un hipermercado por el uso de una escalera mecánica); ídem., Sala F, 30/11/2006, "Conde, Javier Héctor c/ Fortín Maure S.A. y otros", expte. nro. 53.485/00 (resbalón en la escaleras de un centro comercial); ídem., Sala L, 20/9/2006, "Coria, Edgardo Alberto c/ Arcos Dorados S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", expte. nro. 63332 (daños sufridos por un menor en el espacio de juegos de un local comercial).

(91) GALDÓS, Jorge M., "Peaje, relación de consumo y animales sueltos. Otro trascendente fallo", LL, 2004-C-919.

(92) PICASSO, Sebastián — WAJNTRAUB, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753; PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LL, 2008-C-562; LÓPEZ CABANA, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), *Derecho del consumidor*, nro. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; MOSSET ITURRASPE, Jorge — LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; PREVOT, Juan M., "La protección del consumidor en el transporte", en PICASSO, Sebastián — VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 617 y ss.; HERNÁNDEZ - FRUSTAGLI, "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", op. y loc. cit.

(93) Por su parte, el art. 40 de la LDC establece la posibilidad de extender la responsabilidad que, en principio —por la vía de la obligación de seguridad—, corresponde al proveedor directo, cuando los daños derivan "del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio". La peculiaridad consiste, aquí, en la circunstancia de que la legitimación pasiva se amplía a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de producción y comercialización del producto o servicio, quienes responden concurrentemente (la norma dice "solidariamente", pero luego se refiere a la posibilidad de ejercer acciones de regreso, lo que es propio de aquella categoría). Claro que, a diferencia de lo que sucede con la obligación de seguridad —que se contenta con la simple producción de un daño en el ámbito de la relación de consumo—, es condición para la aplicación de esta norma la prueba de que el producto o servicio era defectuoso o riesgoso. La acreditación de ese requisito adicional —que es un fundamento razonable para responsabilizar a todos los que intervinieron en la creación del riesgo— permite exorbitar el ámbito de la obligación de seguridad, e ingresar en una responsabilidad extracontractual con fundamento en el riesgo creado. La LDC se ha preocupado por aclarar que la única causa de exoneración admisible es la prueba de la causa ajena (art. 40, in fine, LDC).

(94) PICASSO, La singularidad..., cit., p. 272/275.

(95) Vid. PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Código Civil y Comercial (suplemento especial), La Ley, noviembre de 2014, p. 151.

(96) Corte de Casación, Primera Sala Civil, 28/6/1960, Juris-Classeur Périodique, 1960-II-11787, con nota de Jean Savatier (defecto de un aparato de rayos X); Corte Apel. Lyon, 13/2/1961, Dalloz, 1961-634 (vicio en el dispositivo de fijación del cliente durante una operación); Corte Apel. París, 12/1/1989, Dalloz, 1989, somm., 317 (vicio del mecanismo tendiente a proteger el globo ocular del paciente durante una operación); Tribunal de Gran Instancia de Poitiers, 23/12/1985, Gazette du Palais, 1986, somm., 223 (ruptura de la fresa de un dentista); Corte Apel. Versailles, 14/10/1993, Dalloz, 1995, somm, 101 (sobredosificación de irradiación en ocasión de una radioterapia); Corte Apel. París, 29/9/2000, Gazette du palais, 2001-2-1832 (ruptura de la lámina de un bisturí).

(97) Corte de Casación, Primera Sala Civil, 9/11/1999, Defrénois, 2000-251, con nota de Denis Mazeaud.

(98) BUERES, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 411; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de su profesión", LL, 1981-B-781; LORENZETTI, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 80 y ss.; LÓPEZ MESA, Marcelo J. — TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 516 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La cosa riesgosa en la responsabilidad contractual (daños causados con el ' fórceps ' como base de la mala praxis)", LL, 1993-B-157; CALVO COSTA, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 394; PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, cit., t. III, p. 271; PREVOT — CHAIA, La obligación de seguridad, cit., p. 132/133; CNCiv., Sala B, 4/3/2004, "G. de O., G. c. Ciudad de Buenos Aires", RCyS, 2004-IV-70; íd., Sala M, 5/6/2001, "González de Tolosa, Perla c/ Armada Argentina", Lexis 1/70005627-1 a 3; íd., Sala L, 26/9/01, "Orlandi, Lorenzo c/ Argenmed Sistemas Médicos S.R.L.", Lexis 1/56624, 1/56640, 1/56657 y 1/56658; íd., Sala D, 24/6/99, "Lovato, Denise G. c/ Asistencia Médica Privada S.A. y otros", JA, 2000-III-614; íd., Sala L, 15/12/98, "D. A., C. M. c/ Clínica Brandzen S.A.", LL, 2000-A-615, jur. agrup., caso 14.752. Tal vez la única voz disidente haya sido, en el ámbito nacional, la de Borda (BORDA, Guillermo A., "A propósito de las cosas riesgosas en la responsabilidad médica", LL, 1993-B-693), aunque también Tobías ha adoptado una posición más matizada, aceptando la existencia de una obligación de seguridad únicamente respecto de la clínica (no del médico), cuando el daño proviene del vicio de la cosa empleada, o bien cuando el riesgo que ella presenta es "ajeno al riesgo médico en sí mismo" (TOBÍAS, José W., "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", LL, 1983-B-1143).

(99) CALVO COSTA, Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, cit., p. 389/391; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 411; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 238.

(100) BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 411; Calvo Costa, Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, cit., p. 394; TRIGO REPRESAS, "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas...", op. y loc. cit.; TRIGO REPRESAS — LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., t. II, p. 406; LORENZETTI, Responsabilidad civil de los médicos, cit., t. II, p. 94.

(101) TRIGO REPRESAS — LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit., t. II, p. 403.

(102) Cabe apuntar, de todos modos, que cuando el transporte de personas constituya una relación de consumo (lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos) la norma que acaba de citarse será desplazada por los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5° de la LDC.

(103) CNCiv., 3/10/2013, "González, Josué Emmanuel c. Pioneras Producciones Sociedad Anónima y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2014-I, 105.