

CON EL NUEVO CÓDIGO, LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD DESAPARECE DEL DERECHO COMÚN

Por Sebastián Picasso.

La llamada “obligación de seguridad” nació en su momento con un cariz revolucionario, como una creación exclusivamente pretoriana que se explicó por circunstancias puntuales existentes a principios del siglo XX. A partir de allí, experimentó un rápido crecimiento tanto cuantitativo como cualitativo, y llegó a instalarse cómodamente en la jurisprudencia de varios de los países que forman parte de la tradición continental europea (entre ellos, y con particular énfasis, en la Argentina). En esta primera etapa, caracterizada por el hecho de que ese deber de protección era “descubierto” por la jurisprudencia como estando tácitamente incorporado a ciertos contratos, se generaron también arduos debates acerca de cuestiones tales como si ella era de medios o de resultado, en qué contratos existía, etc.

Pero hacia fines del siglo XX se produjo un cambio importante: mientras que en Europa (particularmente en Francia) el instituto comenzó a ser objeto de fuertes cuestionamientos que llevaron a su progresivo acotamiento, en nuestro país, en cambio, experimentó un renovado auge a partir de su incorporación al derecho del consumo y su constitucionalización merced a la reforma de 1994. En ese proceso, la obligación de seguridad cambió de fisonomía y migró del ámbito puramente contractual hacia la “relación de consumo”, abandonando así el derecho común.

Esta evolución, de la cual ni los jueces, ni los abogados, ni aun la doctrina han extraído todavía todas las consecuencias, se ve ahora completada mediante el nuevo Código Civil y Comercial, que al unificar las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil prevé un régimen unitario para los casos que hasta ahora se consideraban abarcados por la obligación de seguridad, consistente en la aplicación a esas situaciones de las normas que estructuran la responsabilidad extracontractual. De ese modo, la obligación de seguridad abandona el derecho común para instalarse definitivamente en la Ley de Defensa del Consumidor.

Para comprender cabalmente esta importante reforma, es preciso repasar brevemente la evolución que acabamos de reseñar en sus tres etapas: la obligación de seguridad “clásica” (A), su incorporación al derecho del consumo (B), y su eliminación en el ámbito del derecho común (C).

A) La concepción clásica de la obligación de seguridad

Hasta fines del siglo XIX, la expresión “obligación de seguridad” nada quería decir para los juristas. El resarcimiento de los daños a la persona, incluso si se producían en el ámbito de un contrato (responsabilidad médica, daños causados al pasajero transportado, daños sufridos por espectadores de espectáculos públicos, etc.) era tradicionalmente considerado como un supuesto de responsabilidad extracontractual, y su reparación procedía sobre la base de las normas que regulaban los delitos y cuasidelitos. Lo que hoy llamamos “responsabilidad contractual” (expresión esta que recién comenzó a emplearse hacia fines del siglo XIX) se concebía entonces como un efecto de los contratos, y se identificaba exclusivamente con la posibilidad de que el acreedor obtuviera, frente al incumplimiento de su deudor, una suma de dinero equivalente a la utilidad que esperaba lograr del contrato¹.

Esta situación comenzó a cambiar cuando, a raíz de las nuevas y potentes fuentes de daños en gran escala que fue generando el impacto de la Revolución Industrial (accidentes de trabajo, de ferrocarril, de la circulación), los juristas comenzaron a comprender que era preciso terminar con el principio según el cual “no hay responsabilidad sin culpa” (*iln’y a pas de*

¹ Para un examen detallado de esta cuestión, y de la evolución que se presenta en forma sintética en los párrafos siguientes, vid. Picasso, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 35 y ss.

responsabilité sansfaute) e introducir en el sistema diversos supuestos de responsabilidad objetiva, como forma de favorecer el resarcimiento de las víctimas. La obligación de seguridad era una poderosa herramienta en ese sentido, porque permitía sostener que, frente a cualquier daño a la persona del contratante, este quedaba liberado de probar la culpa del deudor y se veía beneficiado por una “presunción de culpa” que solo podía ser enervada por la prueba del caso fortuito (con el correr del tiempo, terminó clarificándose esa cuestión y admitiéndose que no hay en esos casos una presunción de culpa, sino directamente un supuesto de responsabilidad objetiva).

Esa corriente –que al principio estuvo confinada únicamente al ámbito doctrinal- desembocó, en el año 1911, en un importantísimo fallo de la Corte de Casación francesa, que por primera vez aplicó el instituto al contrato de transporte². Allí donde hasta entonces se había considerado que la responsabilidad del transportador por daños a la persona del pasajero constituía un cuasidelito, ahora se dijo que había, en realidad, un incumplimiento contractual, pues debía considerarse que el empresario, adicionalmente a su obligación principal (la de transportar al pasajero a destino), había asumido tácitamente otra distinta, secundaria o accesorio, consistente en garantizar a aquel que no iba a sufrir ningún daño como consecuencia de una lesión en su persona –o, eventualmente, en sus bienes- mientras se realizara el transporte. La obligación de seguridad aparecía así como un deber que los jueces “descubrían” tácitamente incorporado al contrato en virtud del principio de la buena fe, y consistía, en realidad, en una contractualización de situaciones que hasta entonces se habían considerado sometidas a la responsabilidad aquiliana. En definitiva, aquel crédito de indemnidad era una suerte de extrapolación a la sede contractual del deber general de no dañar característico de la responsabilidad extracontractual, solo que ahora ese deber se convertía en una obligación específica que era asumida por el deudor en favor de determinado acreedor.

A partir de ese momento, la jurisprudencia francesa –seguida luego por la argentina- comenzó a “descubrir” obligaciones tácitas de seguridad en infinidad de relaciones contractuales: los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termale, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etc³.

Sin embargo, la obligación de seguridad así concebida no pasaba de ser una creación pretoriana sin sustento en los textos legales (más allá de la invocación del art. 1198 del Código Civil para fundarla en la buena fe, de ciertas normas puntuales que fueron reinterpretadas como consagrando un deber de tal naturaleza –art. 1118, Código Civil; art. 184, Código de Comercio-, y de otras que poco a poco fue sancionando el legislador –art. 75 ley 20.744; art. 33, ley 23.184; art. 1117, Código Civil-), lo que sin duda generaba gran incertidumbre acerca del régimen aplicable. Diversos aspectos eran debatidos por la doctrina, y los fallos daban sobre esos puntos soluciones oscilantes. No estaba claro, por caso, si la obligación de seguridad debía considerarse tácitamente incluida en todos los contratos, o únicamente en aquellos que implican riesgos para la persona o los bienes del acreedor; si era de medios o de resultado (y cuáles eran los criterios para definir esta cuestión en cada caso), o qué vinculación debía existir entre el daño y la prestación principal para poder entender que ese deber de protección del acreedor había sido incumplido (si –siguiendo el ejemplo clásico de Larenz- el dependiente de un pintor comete un robo aprovechando la ocasión de encontrarse solo en la vivienda del cliente, ¿puede decirse que el empresario es responsable por violación de la obligación de seguridad?⁴). También se criticaba la existencia de obligaciones de seguridad de medios, que terminan jugando en perjuicio de las víctimas en aquellos casos en los cuales, de no haber

² Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, *Sirey*, 1912-1-73, con nota de Charles Lyon-Caen.

³Vid. Bloch, Cyril, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p. 15. Para la jurisprudencia argentina, vid. Picasso, *La singularidad...*, cit., p. 250/251.

⁴ Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 297; trad. de Jaime Santos Briz.

existido ese deber contractual, estas últimas habrían podido recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas⁵.

Todos estos problemas encuentran solución en la versión superadora de la obligación de seguridad que importó su inclusión en las relaciones de consumo, avalada por una expresa previsión constitucional.

B) La obligación de seguridad en la relación de consumo

Con el advenimiento del derecho del consumo, la obligación de seguridad entra en una nueva etapa. El art. 5 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC), primero, y luego el art. 42 de la Constitución Nacional -en la redacción que le dio la reforma de 1994-, incorporaron expresamente una obligación de seguridad a todas las relaciones de consumo. Se produjo así una mudanza de ese especial deber de protección, que dejó el derecho común para trasladarse a una morada más moderna y acorde a sus necesidades actuales. Ese tránsito importó también un cambio cualitativo, pues con él la obligación de seguridad se despojó de sus antiguos y brumosos atuendos jurisprudenciales, y se vistió con ropajes más definidos.

Así, a diferencia de lo que ocurría con la obligación de seguridad “clásica”, que consistía sustancialmente en una creación de la jurisprudencia -pues los jueces la consideraban “tácitamente” incorporada a tal o cual contrato-, en el derecho del consumo la obligación de seguridad tiene fuente constitucional (art. 42, Constitución Nacional) y legal (art. 5, LDC), con lo que pasa a ser una obligación expresa, inserta por la ley en toda relación de consumo. Esta última constatación también importa un relevante contraste con la situación anterior, porque no solo no es ya posible decir que ese especial deber de protección únicamente existe en ciertos contratos, sino que, incluso, ahora hay obligación de seguridad incluso fuera de la órbita estrictamente contractual, dado que la relación de consumo -delineada por los arts. 1 y 2 de la LDC- abarca también la etapa precontractual y un ámbito temporal y espacial para-contractual⁶.

Por otra parte, la actual regulación del instituto pone fin a otra polémica de larga data en la materia, consistente en dilucidar si la obligación de seguridad es de medios o de resultado. Mientras que la oscilante regulación jurisprudencial del tema alentaba ese debate, hoy en día hay acuerdo en que el art. 5 de la LDC impone una obligación de seguridad de resultado en todos los casos, pues importa poner en cabeza del proveedor una garantía de inocuidad respecto de la persona y los bienes (el art. 42 de la Constitución Nacional habla de la “salud, seguridad e intereses económicos”) de los consumidores. El incumplimiento de tal deber genera, entonces, responsabilidad objetiva del proveedor⁷.

Asimismo, la obligación de seguridad así delineada se ve complementada por el art. 40 de la LDC, a cuyo tenor si el daño resulta “del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio” 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 objetivamente y

⁵Para un repaso de todas estas cuestiones vid. Picasso, *La singularidad...*, cit., p. 242 y ss.; Prevot, Juan M. – Chaia, Rubén A., *La obligación de seguridad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 62 y ss.

⁶CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c /Provincia de Buenos Aires y otros”, LL, 2007-B, 363, con nota de Atilio A. Alterini; CNCiv., Sala L, 26/2/2009, “Lezcano, Yolanda c/ Metrovías S.A.”; ídem, Sala K, 29/7/2013, “Marsullo, Marta S. c/ Cencosud S.A.”, elDial.com- AA81A5; ídem, Sala A, 25/6/2013, “Ruiz, Jorge R. y otra c/ Telefónica de Argentina S. A. y otro”.

⁷ - 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; Bueres, Alberto J. – Picasso, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1-31; López Cabana, Roberto M., en Stiglitz, Gabriel (dir.), *Derecho del consumidor*, n°. 5, Juris, Buenos Aires, 1994, p. 16; MossetIturraspe, Jorge – Lorenzetti, Ricardo L., *Defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; Hernández, Carlos A. – Frustagli, Sandra A., comentario al art. 5 en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 96; CNCiv., Sala A, 25/11/2011, “A.E., G. O. c/ Trenes de Buenos Aires S. A. y otro”, LL, 2012-A, 80; ídem, 19/4/2012, “Duvidovich Gallo, Patricia Adriana c/ Valle de Las Leñas S.A. y otro”, JA, 25/7/2012, 41; ídem, 30/5/2012, “Ramírez, César Antonio c. Metrovías S.A.”, RCyS, 2012-VIII, 235.

en forma concurrente —pese a que la ley dice, impropriadamente, "solidaria"—, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder una vez indemnizada la víctima⁸.

C) La eliminación de la obligación de seguridad en el nuevo Código Civil y Comercial

La obligación de seguridad expresa y de resultado existente en el derecho del consumo abarca hoy en día la enorme mayoría de los supuestos en los cuales la doctrina y la jurisprudencia argentinas afirmaban la existencia de obligaciones tácitas de seguridad (hotelería, clínicas, juegos de feria, espectáculos deportivos, casinos, bingos, locales bailables, jardines de infantes, centros comerciales, etc.). Quedan fuera, casi exclusivamente, los contratos celebrados con profesionales liberales, en la medida en que se encuentran excluidos del régimen de la ley 24.240 (art. 2 de la ley citada).

Ante ese panorama, el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común carece de sentido. Por un lado, porque —como acaba de mencionarse— la mayoría de los supuestos en los que se justificaba echar mano de esa obligación están ahora regidos por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y por el otro porque la unificación de la responsabilidad civil —al eliminar la barrera que implicaba el art. 1107 del Código Civil derogado— torna aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que no es necesario seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor. En otras palabras, allí donde antes era preciso “descubrir” una obligación de seguridad de resultado para afirmar que el deudor respondía objetivamente por los daños a la persona del acreedor con ocasión de la ejecución del contrato, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial bastará con constatar que el deudor empleó cosas riesgosas, o desarrolló una actividad peligrosa, y sobre esa base aplicar los ya mencionados artículos que estructuran la responsabilidad por riesgo.

Por ese motivo no se ha incorporado en el código ninguna alusión a la obligación tácita de seguridad, a diferencia del Proyecto de 1998, que expresamente la contemplaba en sus arts. 1668 y 1669. También por eso se dice en los fundamentos del proyecto de código que se unifican los supuestos que habían generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual. En tales situaciones, la reparación del daño se regirá, según los casos, por los arts. 1749 (responsabilidad por culpa o dolo) o 1757 y 1758 (riesgo), según que se hayan empleado o no cosas viciosas o riesgosas para ejecutar la obligación, o bien que la actividad desplegada por el deudor pueda o no calificarse en sí misma como peligrosa en los términos del art. 1757. Si los daños a la persona fueron ocasionados por un dependiente del deudor, se aplicará el art. 1753⁹.

Coherentemente con este sistema, y previendo los problemas que podría generar la aplicación a los profesionales liberales (particularmente, los médicos) de la responsabilidad por riesgo creado en los términos de los arts. 1757 y 1758, el art. 1768 establece que cuando la obligación de hacer se preste con cosas la responsabilidad no se rige por aquellas normas, excepto que el daño provenga de su vicio.

Asimismo, en el ámbito del contrato de transporte, si bien aparecen referencias a la obligación de seguridad (arts. 1289 inc. “c”, 1291 y conchs.), el art. 1286 somete la reparación de los daños a las personas transportadas al régimen de los arts. 1757 y siguientes, es decir, a la responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas. De todos modos, en la medida en que el transporte configure un contrato de consumo —lo que ocurrirá en la gran mayoría de los supuestos— regirá la obligación de seguridad prevista por los arts. 5 y conchs. de la ley 24.240.

⁸ Vid. Picasso, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, op. y loc. cit.; ídem, comentario al art. 10 bis en Picasso—Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, cit., t. I, p. 162/163.

⁹ 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 n°3, punto 6).

Cerramos estas breves explicaciones con dos ejemplos prácticos. El primero, un caso típico de obligación de seguridad regido ahora por el derecho del consumo: el paciente de una clínica cae de la camilla en la que era transportado y se lesiona. En este caso es claro que existe relación de consumo con la clínica, y por consiguiente se aplica el art. 5 de la LDC y hay responsabilidad objetiva del nosocomio por violación a esa obligación de seguridad de resultado.

Otro ejemplo, que debe enmarcarse en el derecho común y donde, por consiguiente, ya no se aplica la obligación de seguridad: una persona es contratada para un *casting* tendiente a seleccionar a un doble de riesgo para una publicidad, y mientras ejecuta una prueba peligrosa yerra el salto, con tan mala suerte que el arnés que la sujetaba falla y la persona cae al vacío. Este caso se decidió antes de la entrada en vigor del nuevo código aplicando la concepción clásica de la obligación tácita de seguridad¹⁰ (nótese que no existe relación de consumo entre la persona que realiza el casting y la empresa que la contrató), pero a partir de la vigencia de esa nueva normativa esa solución resultaría inaplicable, pues como se ha visto el Código Civil y Comercial prescinde de la obligación de seguridad en el derecho común. La solución se encuentra, en ese nuevo cuerpo legal, en los arts. 1757 y 1758 (el arnés tenía un defecto que lo tornaba peligroso), con lo que la empresa responde objetivamente en base al factor riesgo creado.

Estas constataciones nos demuestran que en el nuevo código se ha “descontractualizado” la seguridad en el derecho común, y que la reparación de los daños que, en ocasión de la ejecución del contrato, sufra el acreedor en su persona o bienes (distintos de los que conforman el objeto del negocio) se resarcirán por aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual. Muy distinta es la cuestión en el derecho del consumo, que es hoy en día la sede natural de la obligación de seguridad, y donde esta mantiene toda su vigencia.

Con el Código Civil y Comercial, entonces, la obligación de seguridad deja el viejo palacio del derecho común y se instala definitivamente en el moderno *loft* del derecho del consumo, morada esta que se revela, hoy en día, mucho más funcional y adaptada a sus necesidades actuales.

¹⁰CNCiv., Sala H, 3/10/2013, “González, Josué Emmanuel c/ Pioneras Producciones Sociedad Anónima y otros”, LL 2014-C, 173. El voto de la mayoría calificó esa obligación como de medios.