

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

Germán Esteban Gerbaudo*

RESUMEN:

La expansión de las actividades empresariales aumenta el riesgo de la ocurrencia de daños y frente a ello la necesidad de su reparación. La obligación de seguridad constituye una herramienta cuyo incumplimiento genera responsabilidad objetiva basada en la idea de garantía. Este artículo estudia y describe el desarrollo de la obligación de seguridad en el derecho de daños de la República Argentina. Analiza su evolución, las controversias que se suscitan en la doctrina y su aplicación jurisprudencial. Finalmente se exponen nuestras conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad contractual. Obligación de seguridad. Responsabilidad objetiva.

ABSTRACT:

The expansion of business activities increases the risk of damages and, therefore, the need to repair them. The breach of the security obligation generates objective liability based on the idea of guarantee. This article describes the current state of security obligation in Argentine Law, analyses its evolution, the opinion of the doctrine and the jurisprudential application of this topic. Finally it presents our conclusions.

KEYWORDS:

Contractual liability. Security obligation. Objective liability.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Origen de la figura. III. Concepto. IV. Naturaleza. V. Fuentes. VI. Diferencia entre la obligación de seguridad y el deber de no dañar. VII. Diferencia entre los deberes de protección y la obligación de seguridad. VIII. La obligación de seguridad: ¿Accesorio o principal? ¿Secundario? IX. ¿Obligación de medios o de resultado? X. El reconocimiento constitucional de la obligación de seguridad. 1. La consti-

* Abogado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario); Magister en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario); Especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina); Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Comercial III, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, República Argentina. Correo electrónico: gergerbaudo@hotmail.com

tucionalización del derecho privado. 2. La obligación de seguridad en la Constitución Nacional. XI. Incumplimiento de la obligación de seguridad. 1. Introducción. 2. Factor objetivo de atribución. 3. La responsabilidad objetiva frente al incumplimiento del deber de seguridad. XII. La obligación de seguridad en el ordenamiento privado argentino. 1. Introducción. 2. El art. 1198 del Código Civil. 3. Contrato de transporte. 4. Contrato de trabajo. 5. Contrato de consumo. XIII. La aplicación jurisprudencial. 1. Introducción. 2. Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de corredores viales. 3. Responsabilidad civil en las prestaciones médicas. 4. Responsabilidad civil en la producción de productos farmacéuticos. 5. Responsabilidad civil en los contratos de enseñanza y de práctica deportiva. 6. Responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos. 7. Responsabilidad civil de los establecimientos educativos. 8. Responsabilidad civil en los denominados “juegos de feria”. 9. Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos bailables. 10. Responsabilidad civil por daños acaecidos en supermercados. 11. Responsabilidad civil por intoxicación con alimentos. 12. Responsabilidad civil de la empresa de catering. 13. Responsabilidad civil del propietario de un garaje. 14. Responsabilidad civil del titular de un hotel. 15. Responsabilidad civil de los bancos. XIV. La obligación de seguridad en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio de 1998. XV. Conclusiones.

I. Introducción.

El actual derecho de daños no enfoca su atención exclusivamente en el sujeto dañador y en la necesidad de su sanción, sino que especialmente centra su preocupación en la persona dañada y en la reparación del daño. Se mutó así desde un derecho de la responsabilidad civil hacia un derecho de daños¹.

En esta línea, en el nuevo derecho de daños, también se prioriza la prevención del daño por sobre la sanción que le corresponde al dañador. En tal sentido Carlos Brun señala que “el Derecho no solo debe posibilitar a la víctima a que obtenga un resarcimiento adecuado al daño injustamente sufrido, sino que debe proveer los mecanismos para contrarrestar, neutralizar los efectos dañosos y de tal manera, también disuadir ulteriores hechos similares”².

Una de las figuras de las que se vale el moderno derecho de daños a la hora de prevenir los eventos dañosos reside en la denominada obligación de seguridad, la cual surgiendo en el terreno de la jurisprudencia fue receptada por diversos ordenamientos

¹ En especial, puede verse: LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad civil”, en “La Ley” 2003-A-973; CALVO COSTA, Alberto, “Las nuevas fronteras del daño resarcible”, en “La Ley” 2005-D-1413.

² BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los “daños punitivos”)”, en “Doctrina Judicial” 2004-3-1228.

normativos y se presenta en la actualidad como un tema de constante debate en el ambiente de la doctrina.

Además, facilita la reparación del daño injustamente sufrido. Al respecto se señala que “ha sido una herramienta de suma importancia para introducir la responsabilidad objetiva en el terreno contractual”³.

El objeto del presente artículo reside en analizar el desarrollo de la obligación de seguridad en el derecho privado argentino. Al efecto, nos abocaremos a describir la recepción normativa que dicha figura tiene en el derecho positivo argentino como así también a poner de manifiesto cuáles han sido las principales aplicaciones a nivel jurisprudencial. Describiremos las controversias que respecto a la figura se suscitan en la doctrina y en la jurisprudencia. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

II. Origen de la figura.

La obligación de seguridad reconoce su génesis en la jurisprudencia francesa de principios del siglo XX.

Habitualmente se señala como punto de partida de la obligación de seguridad el fallo de la Corte de Casación francesa del 21 de noviembre de 1911 dictado dentro de los autos caratulados “Zbidi, Hormida c/ Compañía General Transatlántica”. Hasta dicho momento la jurisprudencia francesa consideraba que en el caso de un accidente ferroviario la responsabilidad era de índole delictual. En el citado decisorio la Corte de Casación sentó que en el contrato de transporte de personas, junto a las obligaciones principales que asumen las partes, existe otra obligación en cabeza del transportista de conducir al pasajero sano y salvo a su destino.

A partir de este fallo comenzó el desarrollo doctrinario de la obligación de seguridad lo que determinó que la misma se expandiera a otras figuras contractuales diferentes al contrato de transporte.

III. Concepto.

Roberto Vázquez Ferreyra define a la obligación de seguridad expresando que “es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver a otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato”⁴. Agregando luego que “tal obligación puede haber sido asumida expresamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe”⁵.

³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 3.

⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, “Responsabilidad contractual-I”, Nro. 17, 1998, pág. 79.

⁵ Id., pág. 79.

Por su parte, María Agoglia, Juan Boragina y Jorge Meza señalan que "la obligación expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, existente en todo tipo de contrato, por la 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 aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico"⁶.

Asimismo, se expresa que es "aquél deber jurídico calificado de protección, complementario, distinto y autónomo de la obligación principal que, expresa o tácitamente, las partes asumen, en ciertos contratos, tendiente a preservar sanos y salvos a la persona y bienes de su cocontratante durante la ejecución de la obligación principal con el fin de satisfacer plenamente el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato"⁷.

IV. Naturaleza.

En el ordenamiento civil argentino subsiste –a pesar de las críticas- la distinción de dos órbitas en la responsabilidad civil: contractual –por incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato- y extracontractual o aquiliana –por comisión de un acto ilícito-. La dualidad de regímenes tiene una larga trayectoria, encontrándose sus orígenes en Roma donde en la ley de las XII tablas la responsabilidad era contractual y en la ley Aquilia era extracontractual. En base a ello, se las estudió y legisló separadamente en las Institutas y en el Digesto y de allí pasó al derecho francés. En este último fue Sainctelette en 1884 quien señaló las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad. En tanto que a partir de 1886 a través de un trabajo de Lefevre se insinúa la idea de unidad la que fuera desarrollada más tarde por las tesis doctorales de Grandmoulin y Aubin⁸.

En el derecho argentino la tesis de la dualidad fue receptada en el art. 1107 del Código Civil, tomado por Vélez Sarsfield de Aubry et Rau. El precepto dispone que "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del Derecho criminal". La existencia de esta división no es menor, sino que por el contrario, trae consigo importantes diferencias entre las cuales cabe mencionar los disímiles plazos de prescripción y la extensión del resarcimiento⁹.

⁶ AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Buenos Aires, Hammurabi, 1993, págs. 161 y 162.

⁷ PARELLADA, Carlos Alberto, CUERVO, Luis Horacio, FURLOTTI, Silvina, MARTÍNEZ APPIOLAZA, Raúl, MARTINELLI, Fabiana, QUIRÓS, Pablo, LIVELLARA, Silvina, CASTRO, Martín, "La obligación de seguridad", ponencia elaborada para las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.

⁸ Sobre los orígenes de la distinción, su evolución y su crítica puede verse: TRIGO REPRESAS, Félix A., "La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en "La Ley" 1987-C-860; CASIELLO, Juan J., "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil", en "La Ley" 1989-B-911; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños (elementos)", Buenos Aires, Depalma, 1993, págs.54 a 60; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pág. 93 a 100.

⁹ Sobre las consecuencias que se derivan de la dualidad de regímenes puede consultarse especialmente: ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Curso de obligaciones", 4ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. II, 1992, págs. 173 a 177; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad...", cit., págs. 77 a 81.

En cuanto a la obligación de seguridad, existe consenso en la doctrina en que se trata de una obligación de naturaleza contractual que dimana de la primera parte del art. 1198 del Código Civil que consagra el principio general de la buena fe. En tal sentido, Roberto Vázquez Ferreyra opina que “la obligación de seguridad tiene su campo de aplicación en la responsabilidad contractual y por ende da fundamento a este tipo de responsabilidad”¹⁰. Además, Carlos Hernández y Sandra Frustagli señalan que “la obligación de seguridad significó la incorporación de un factor objetivo de atribución en el campo contractual, cuya fundamentación se apoyó en el principio general de la buena fe”¹¹.

Asimismo, la mayoría en las VI Jornadas bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal concluyó que: “La obligación de seguridad reviste naturaleza contractual”.

V. Fuentes.

En lo que respecta a la fuente de la obligación de seguridad la misma puede ser establecida expresamente por las partes, ser impuesta por la ley o surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración en base al principio de la buena fe¹².

Es expresa cuando deriva de la convención celebrada entre las partes o es impuesta por la ley. En cambio, es tácita cuando emana fundamentalmente del principio de la buena fe, el cual cumple una función integradora de las lagunas del negocio.

VI. Diferencia entre la obligación de seguridad y el deber de no dañar.

Edgardo Saux sostiene que si bien la obligación de seguridad tiene clara ontología contractual y no aquiliana, su origen se emparenta con el principio “alterum no laedere” propio de la responsabilidad por actos ilícitos, siendo aquella una aplicación al ámbito convencional de esta regla¹³.

Sin perjuicio de las similitudes o aproximaciones que pueden encontrarse en las dos figuras cabe señalar sus diferencias.

El clásico deber de no dañar se encuentra implícito en los sistemas que incriminan el daño injusto. Es un deber que encuentra su fundamento en la convivencia social y por ello rige aunque no existiera estipulación al respecto. No obstante, las diferencias centrales que existen entre la obligación de seguridad y el deber de no dañar residen en que aquella es una verdadera obligación. Toda obligación contiene un deber jurídico, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Los deberes jurídicos constituyen el género y sólo una especie integra la relación obligatoria. En la obligación encontramos

¹⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación...”, cit., pág. 3.

¹¹ HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 21.

¹² CAVALLERO, Francisco E., “La obligación de seguridad, una obligación contractual secundaria”, en “La Ley” 1996-D-1513.

¹³ SAUX, Edgardo I., “La obligación de seguridad en los vínculos contractuales”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 15.

un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor. El deudor debe desplegar una actividad en beneficio del acreedor. El comportamiento del deudor tiene un destinatario preciso y determinado. En el deber de no dañar si bien es posible individualizar al sujeto pasivo – depositario del deber- no resulta factible determinar al sujeto activo en la medida en que el deber no sea violado. Antes de que ocurra la violación del deber no existe un vínculo jurídico y por lo tanto no hay un acreedor y un deudor. En el caso de la obligación de seguridad están definidos el deudor y el acreedor de la prestación de seguridad. En cambio, en el deber de no dañar -como deber que es- no están delimitadas las calidades de deudor y acreedor.

Por otra parte, el deber de no dañar se satisface con una abstención. En cambio, la obligación de seguridad muchas veces no se satisface con un no hacer sino que requiere una conducta activa, por ejemplo, adoptando todas las medidas de seguridad necesarias para evitar el daño.

Al respecto, Roberto Vázquez Ferreyra señala que “la obligación de seguridad como una verdadera obligación jurídica la distingue del simple deber genérico de no dañar (*neminem laedere*) el cual estrictamente no es una obligación sino simplemente un deber jurídico que como tal puede ser fuente de obligaciones (nacidas de su incumplimiento)”¹⁴.

Por su parte, Eduardo Gregorini Clusellas señala que “la diferencia esencial es que en la obligación hay un acreedor y un deudor de seguridad y consecuentemente hay un interés y un interesado por la prestación; en cambio en el deber genérico su imposición es a “*monsieur tout le monde*”, pues no hay acreedor determinado, la obligación nacerá de la eventual trasgresión a dicho deber”¹⁵.

VII. Diferencia entre los deberes de protección y la obligación de seguridad.

Algunos autores formulan una distinción entre los deberes de protección y la obligación de seguridad. La diferenciación es propuesta por Juan Manuel Prevot quien señala que “ambas categorías, de cuña pretoriana y data a comienzos de siglo pasado, parten de una causa fuente común: “asegurar una protección más eficaz para la víctima de un daño injusto”. Sin embargo, pese a la vecindad muy próxima que pareciera hasta fusionarlas, es dable remarcar las siguientes diferencias: a) Los deberes de protección tienden a preservar la incolumidad de las partes contratantes, ante posibles daños en su persona o bienes. La obligación de seguridad, en cambio, solo protege la integridad física de una de las partes (el acreedor). Hay por ende, una mayor amplitud de los deberes de protección respecto de la obligación de seguridad, en tanto que los primeros incluyen las cosas, b) Los deberes de protección abarcan recíprocamente a ambas partes del vínculo obligatorio, a diferencia de la obligación de seguridad, que solamente recae por sobre el acreedor, c) Los deberes de protección pueden ser, llegado el caso, obligaciones

¹⁴ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación...”, cit., pág. 3.

¹⁵ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga”, en “La Ley” 1996-C-232.

de prudencia y diligencia, a diferencia de las obligaciones de seguridad, que siempre, en su justa acepción, son de resultado”¹⁶.

VIII. La obligación de seguridad: ¿Accesoria o principal? ¿Secundaria?

El carácter accesorio o principal de la obligación de seguridad es un tema ampliamente debatido en la doctrina.

Una tesis entiende que la obligación de seguridad es de carácter accesorio y, por lo tanto, presupone la existencia de una obligación principal a la cual está ligada su suerte¹⁷.

Otros por el contrario asignan a la obligación de seguridad un carácter de obligación principal¹⁸.

Un tercera corriente de opinión sostiene que se trata de una obligación secundaria y autónoma. En esta posición, Francisco Cavallero luego de criticar a la tesis que ubica a la obligación de seguridad como accesoria señala que se trata de una obligación secundaria, distinta de la causa fin del contrato y funcionalmente autónoma.

Para este autor la obligación principal es la primaria y la obligación de seguridad la secundaria, en razón de que el nacimiento del deber calificado de seguridad reconoce como presupuesto la existencia de la obligación principal. El autor sostiene además que el calificativo “accesorio” supone que lo “accesorio sigue la suerte del principal” y entiende que no es así como funciona la obligación de seguridad, dado que puede

¹⁶ PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad del deudor por incumplimiento de los deberes de protección”, en “La Ley” 2008-E-406.

¹⁷ MAYO, Jorge, “Sobre las denominadas obligaciones de seguridad”, en “La Ley” 1984-B-950; LÓPEZ CABANA, Roberto M., “El contrato de transporte terrestre sometido al régimen de responsabilidad extracontractual”, en “La Ley” 1991-B-300; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La obligación de seguridad en el contrato denominado “juegos de feria”, en “La Ley” 1988-C-106; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil de los establecimientos de enseñanza”, en “La Ley” 1984-B-70; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La obligación de seguridad en el contrato de transporte ferroviario”, en “La Ley” 1990-D-96; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos”, en “La Ley” 1992-E-1064; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pág. 393; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., “Dos visiones sobre la responsabilidad de un mismo hecho (Artículo 184 del Código de Comercio)”, en “La Ley” 1992-C-352; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “La obligación de seguridad impuesta a quienes encomiendan menores”, en “La Ley” 1989-C-496; CORREA, José Luis, “Transporte internacional de personas”, en “La Ley Gran Cuyo” 2005 (octubre), pág. 1005; SAGARNA, Fernando Alfredo, “Responsabilidad civil del transporte ferroviario”, en “La Ley” 1995-A-654; HERSALIS, Marcelo, “Daño sufrido por un menor en lugar de esparcimiento”, en “La Ley Buenos Aires” 2006, pág. 443; HERSALIS, Marcelo, “Los locales bailables”, en “La Ley”, 13/05/2009, pág. 8; HERSALIS, Marcelo, “Subterráneo vs. Usuarios. A propósito de un viaje digno”, en “La Ley” 2008-C-704; HERSALIS, Marcelo y SICA, Josefina, “Obras sociales, médicos y praxis profesional”, en “La Ley” 2009-A-332; HERSALIS, Marcelo, MAGRI, Eduardo y SICA, Josefina, “Un aspecto particular de la obligación de seguridad”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2005, pág. 367; PAPILLÚ, Juan M., “La obligación de seguridad en el contrato de transporte y la obligación del Estado”, en “La Ley” 2006-C-302; PIROTA, Martín Diego, “La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador (A propósito de un fallo que reconduce la cuestión hacia el escenario de la responsabilidad contractual)”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2005, pág. 523.

¹⁸ MÜLLER, Enrique C., “La obligación de seguridad en los espectáculos públicos”, en “La Ley”; Suplemento especial Obligación de Seguridad, 2005 (septiembre), pág. 32; PARELLADA, Carlos Alberto, CUERVO, Luis Horacio, FURLOTTI, Silvina, MARTÍNEZ APPIOLAZA, Raúl, MARTINELLI, Fabiana, QUIRÓS, Pablo, LIVELLARA, Silvina, CASTRO, Martín, “La obligación de seguridad”, ponencia elaborada para las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 3.

extinguirse la obligación principal por su cumplimiento y sin embargo subsista la obligación de seguridad¹⁹.

También otros autores se inclinan por sostener que se trata de una obligación no accesoria sino secundaria y autónoma²⁰.

IX. ¿Obligación de medios o de resultado?

El interrogante propuesto en el título genera un interesante debate en la doctrina. La cuestión no es neutra. Por el contrario, adoptar una u otra postura trae importantes implicancias prácticas²¹.

Atendiendo a la índole de la prestación las obligaciones se clasifican en de medios y de resultado.

Se señala que “la obligación de medios se agota en la diligencia, y el efecto útil de la actividad dada en interés del acreedor”²². En consecuencia, en esta categoría “el deudor compromete su actividad diligente que, razonablemente, tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido”²³.

En las obligaciones de resultado “el deudor se compromete a procurar al acreedor una prestación determinada o resultado concreto, que éste espera y tiene derecho a exigir”²⁴.

Si bien se encuentran vestigios de esta clasificación en el derecho romano, fue el jurista francés René Demogue quien efectuó un esbozo integral de la misma, distinguiendo entre “obligations de moyens” y “obligations de résultat”.

A partir de ese momento la distinción tomó una fuerte notoriedad en la doctrina y en la jurisprudencia de Francia. La sistematización fue seguida por los hermanos Mazeaud, quienes denominaron a las obligaciones de resultado, obligaciones determinadas, y a las de medios, obligaciones generales de prudencia y diligencia²⁵. También fue acogida por otros autores como Savatier, Josserand y Lalou en Francia,

¹⁹ CAVALLERO, F., op. cit., pág. 1513.

²⁰ AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge, “La obligación de seguridad en los contratos de consumo”, en “Jurisprudencia Argentina” 1997-III-636; SAUX, Edgardo I., “La obligación...”, cit., pág. 15; SAUX, Edgardo I., “El deber de seguridad en la responsabilidad contractual”, en “Jurisprudencia Argentina” 2004-III-31.

²¹ Sebastián Picasso señala que “la opinión que se tenga sobre el punto dista mucho de agotarse en el aspecto meramente teórico, para proyectarse en consecuencias prácticas de la mayor importancia”. (PICASSO, Sebastián, “Interesantes cuestiones de responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2006, pág. 548).

²² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y de resultado”, en “La Ley” 1990-E-533.

²³ ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., op. cit., pág. 163.

²⁴ DE LA FUENTE, Horacio H., “Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación”, en “La Ley” 1980-A-712.

²⁵ SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique V., “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, 6ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. I, 1952, págs. 32 y 33; BELLUSCIO, Augusto C., “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, en “La Ley” 1979-C-19; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y de resultado”, en “La Ley” 1990-E-533.

Messineo y Mengoni en Italia, Ennecerus-Lehmann en Alemania²⁶. Además la distinción fue recogida en algunos modernos proyectos internacionales en materia contractual²⁷.

Ricardo Lorenzetti señala que la clasificación tiene relevancia a partir de los últimos años, expresando que esta clasificación “tuvo siempre un lugar residual en el catálogo de los distintos tipos de obligaciones que se enseñan; tuvo una finalidad pedagógica”²⁸.

En la actualidad la doctrina nacional se encuentra dividida sobre la conveniencia de esta distinción, existiendo defensores²⁹ y otros que consideran que dicha distinción se encuentra superada³⁰.

Respecto a la obligación de seguridad, el criterio preponderante la califica como de resultado³¹.

²⁶ ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., op. cit., pág. 164.

²⁷ Véase al respecto: a) Anteproyecto de código europeo de los contratos de la Academia de Pavía (Proyecto Gandolfi). Título Séptimo. *EJECUCION DEL CONTRATO*. Sección 1. Disposiciones generales. Artículo 75. Modalidades de la ejecución.

1. Cada una de las partes debe ejecutar exacta e integralmente todas las obligaciones que derivan del contrato que le son asignadas, sin que sea necesaria una solicitud de parte del titular. Al ejecutar las prestaciones debidas, el deudor debe comportarse conforme a lo que fue establecido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigida para cada caso específico, en base a los acuerdos, circunstancias y a la práctica corriente.

2. Para la obligación que se ejecuta en el curso del ejercicio de una actividad profesional o de empresario, el grado de diligencia que se exige depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida.

3. Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, se considera que está cumplida cuando el deudor ha puesto en práctica, con la diligencia exigida, todos los actos necesarios para que el resultado previsto sea obtenido, salvo si sobre la base de una convención entre las partes, las circunstancias o el uso, debe juzgarse que el cumplimiento sólo tiene lugar si el resultado ha sido completamente alcanzado.

4. Los gastos de la ejecución y del recibo están a cargo del deudor.

b) Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT.

Art. 5.4. "(Obligación de resultado y obligación de medios):

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de desplegar los medios apropiados para la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar tales medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo L., "La obligación de medios y la responsabilidad del profesional", en "La Ley" 1989-D-876.

²⁹ SALAS, Acdeel E., "Diferencias técnicas entre la responsabilidad contractual y delictual", en "Jurisprudencia Argentina" 1942-IV-729; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones "de medio" y obligaciones "de resultado", en "Jurisprudencia Argentina" 1958-III-587; ALTERINI, Jorge H., "Obligaciones de resultado y de medio", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XX, págs. 705 y 706; BUERES, Alberto J., "El acto ilícito", Buenos Aires, Hammurabi, 1986, págs. 53 y 54; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad contractual objetiva", en "Jurisprudencia Argentina" 1989-II-965; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. I, págs. 80 a 82; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La responsabilidad contractual objetiva", en "La Ley" 1988-B-998; COMPAGNUCCI DE CASO, R., "Responsabilidad...", cit., pág. 533; PATANÉ VILLALONGA, Carolina y PATANÉ, Jorge R., "Cirugía estética. Obligación de medios", en "La Ley" 1996-E-938.

³⁰ BELLUSCIO, Augusto C., "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios", en "La Ley" 1979-C-19; CIFUENTES, Santos, "Teoría de las obligaciones de medios y resultados y la responsabilidad de los establecimientos médicos asistenciales", en "La Ley" 1995-D-437; BORDA, Guillermo, "Problemas de la culpa contractual", en "La Ley" 111- 925; ZANNONI, Eduardo, "Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 220; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La vigencia del distinción entre obligaciones de medios y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor", en "La Ley" 1998-D-950; LORENZETTI, Ricardo L., "Responsabilidad civil de los médicos", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, t. I, pág. 483; PREVOT, Juan Manuel, "Obligaciones de medios y de resultado. Revisión crítica de la clasificación", en "La Ley", 22/02/2007, pág. 1.

En cambio, un sector minoritario de la doctrina considera que estamos frente a una obligación de medios³².

Asimismo, el tema es ampliamente debatido en la jurisprudencia donde se señala que existe una gran incertidumbre dado que ninguna de las posturas se impone sobre la otra³³.

Sin embargo, la clasificación aplicada a la obligación de seguridad reviste trascendencia en relación al factor de atribución como analizaremos en el capítulo XI del presente trabajo.

X. El reconocimiento constitucional de la obligación de seguridad.

1. La constitucionalización del derecho privado.

En la actualidad la obligación de seguridad goza de reconocimiento constitucional. Este se vincula con el fenómeno de constitucionalización del derecho privado que se desarrolla a nivel universal y de la cual Argentina no se encuentra exenta.

La constitucionalización del derecho privado es un tema que vincula al derecho de daños con la teoría general del derecho.

El derecho privado actual sufre una profunda influencia de parte del derecho público, especialmente desde el derecho constitucional, presentándose de esta manera como un nuevo derecho privado con perfiles diferentes al del siglo XIX que se plasmó en el Código Civil Francés de 1804 y en los demás ordenamientos normativos que siguieron su orientación.

El derecho privado decimonónico tenía por objeto de protección a la propiedad privada. En el "Code" se exacerbaba la protección de la libertad y de la propiedad. Al

³¹ BUERES, Alberto J., "Responsabilidad contractual objetiva", en "Jurisprudencia Argentina" 1989-II-964; STIGLITZ, Gabriel A., "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados", en "La Ley" 1985-D-13; BUSTAMANTE ALSINA, J., "Responsabilidad...", cit., pág. 1064; VENINI, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual", Rosario, Juris, t. 3, 1994, pág. 50; GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. M., "El derecho de daños frente a una nueva realidad", en "La Ley", Suplemento especial Emprendimientos Inmobiliarios 2006 (julio), pág. 73; GARRIDO CORDOBERA, Lidia R.M., "Mosca y la reparación de los daños con motivo de los encuentros futbolísticos", en "La Ley" 2007-C-118; SAGARNA, Fernando Alfredo, "Responsabilidad civil del transporte ferroviario", en "La Ley" 1995-A-654; PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", en "La Ley" 2008-C-562; HERSALIS, M., "Subterráneo...", cit., pág. 704; HERSALIS, Marcelo y OUTERLO, Norberto, "La responsabilidad en el deporte. El caso Mosca", en "La Ley" 2007-C-298; PREVOT, Juan Manuel, "El Código Civil y su función en la era del consumo", en "La Ley" 2008-D-421; PREVOT, Juan Manuel, "El derecho de un usuario de un servicio de transporte subterráneo a ser tratado dignamente", en "La Ley" 2008-C-572; PREVOT, Juan Manuel, "Responsabilidad del deudor por incumplimiento de los deberes de protección", en "La Ley" 2008-E-406; TANZI, Silvia y HUMPHREYS, Ethel, "El consumidor en el marco de la globalización", en www.laleyonline.com.ar; CORNAGLIA, Ricardo, "El deber de seguridad en relación a la responsabilidad contractual", en "La Ley Buenos Aires" 2005 (noviembre), pág. 1163; JALIL, Julián, "Responsabilidad por enfermedades intrahospitalarias", en "La Ley" 2008-F-226; LEIVA, Claudio Fabricio, "Daños derivados de las caídas en hipermercados: La obligación de seguridad en el ámbito de la relación de consumo", en "La Ley Gran Cuyo" 2009 (abril), pág. 2007.

³² MAZZINGHI, Marcos, "Responsabilidad del banco por la extracción fraudulenta de fondos", en "La Ley" 2008-E-248.

³³ PREVOT, Juan Manuel, "La obligación de seguridad y los establecimientos psiquiátricos", en "La Ley" Suplemento especial Obligación de Seguridad, 2005 (septiembre), pág.49.

respecto, Gioele Solari sostiene que “los dos términos unidos en indisoluble vínculo constituyen por sí solos todo el Código Civil”³⁴.

En la actualidad, el centro de atención del derecho privado se ha desplazado hacia la protección del ser humano, principalmente a partir de mediados del siglo XX con la superación en Europa de los regímenes totalitarios que implicaron una degradación de la persona³⁵. Desde entonces se produjo el advenimiento de un fenómeno cuya génesis se encuentra en el siglo XIX y que se denomina constitucionalización del derecho privado.

La incidencia de la Constitución en el derecho privado y el fenómeno que se cataloga como la “constitucionalización del derecho privado”, aceleraron la crisis de la clásica distinción entre el derecho privado y el derecho público. La referida crisis se pone en evidencia por el hecho de que materias que originariamente eran tratadas por lusprivatistas han entrado definitivamente en la Constitución.

Eugenio Llamas Pombo expresa que la Constitución junto al derecho Comunitario europeo constituyen para muchos civilistas actuales el verdadero Corpus Iuris Civilis. Luego, cita al jurista italiano Francesco Galgano para quien la Constitución ya no sólo es la fuente suprema del derecho público, sino que sirve también como Ley Fundamental del derecho privado, y es su principal motor de cambios³⁶.

Según indica Jorge Mosset Iturraspe “caracteriza a ese vuelco un interés creciente por tutelar de modo prioritario a la persona humana, habida cuenta que ella ocupa un lugar central en la disciplina jurídica, pública o privada. La constitución deja de ser fuente exclusiva de Derecho Público para incorporar normas reguladoras de las relaciones entre los entes privados, interparticulares”³⁷.

Asimismo, la influencia de normas constitucionales constituye una forma de resguardar al ser humano de las tendencias de la economía de mercado. En tal sentido, Ricardo Lorenzetti considera que este fenómeno permitiría que la tendencia económica producto de las actuales orientaciones emergentes del mercado y el derecho civil protectorio giren dentro de un círculo que las comprenda y legitime³⁸.

³⁴ SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, Buenos Aires, trad. de Oberdan Caletti, Depalma, t. I “La idea individual”, 1946, pág. 227.

³⁵ Véase sobre la evolución de la noción de persona y la degradación de ella en los regímenes totalitarios: RIVERA, Julio César, “Autodeterminación y tolerancia. Ejes del derecho de la persona”, en www.rivera.com.ar, página visitada el 9 de agosto de 2006.

³⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Momento actual y Futuro del Derecho Civil”, Conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 21 de febrero de 2001, en www.alterini.com.ar, página visitada el 14 de febrero de 2003.

³⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nro. 7, “Derecho Privado Constitucional”, 1994, pág. 87.

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, “El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización”, en “La Ley” 1992-C-1098.

En lo atinente a las razones que llevan a la constitucionalización del derecho privado, Néstor Sagués³⁹ dice que ello obedece a dos razones:

(i) Proceso de inflación normativa: las constituciones han sufrido un proceso de inflación normativa, abarcando (a menudo con exceso) temas que otrora se entendían estaban fuera del radio de su acción.

La inflación normativa en la Constitución es un proceso que se da en todo el mundo, aunque especialmente en América Latina. Hay una confusión de roles entre el constituyente y el legislador, ya que el primero asume el papel de éste último.

(ii) Importancia constitucional de temas de derecho privado: ciertas cuestiones de derecho privado preocupan hoy mucho a la sociedad y ello determina que adquieran importancia institucional suficiente para llevarlos a la Constitución Nacional.

La aparición de un derecho privado constitucional impone que ciertos principios de derecho civil se constitucionalicen, es decir, pasen a estar incorporados a las cartas magnas. Como ejemplos de esta recepción podemos citar la Constitución de España de 1978, la de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991. Asimismo, esta tendencia que impone la Constitución se refleja en los códigos civiles que en concordancia con aquellos incorporan normas tuitivas de la persona, tal es el caso del Perú donde como señala Jorge Mosset Iturraspe “la preocupación reformista alcanza tanto a la Constitución como al Código Civil. La recepción de la defensa de la persona comienza con la Reforma Constitucional de 1979, y se afirma en el Código Civil de 1984...”. Asimismo, en el caso del Perú la tendencia se complementa con la Reforma de 1993 que regula detalladamente a los “Derechos Fundamentales de la persona”⁴⁰.

Siguiendo a Néstor Sagués podemos señalar que las formas en que se lleva a cabo esta constitucionalización del derecho privado son dos:

(i) formal: se da cuando la cuestión de derecho privado es llevada a la Constitución y la incorpora en su articulado, por ej. a través de una reforma constitucional.

(ii) consuetudinaria: Cuando la constitucionalización se observa por vía judicial.

2. La obligación de seguridad en la Constitución Nacional.

En tal sentido, es menester señalar que la obligación de seguridad se deriva de la obligación de indemnidad que surge de la interpretación del art. 19 de la C.N. que establece el principio de no dañar.

La recepción constitucional de la obligación de seguridad se encuentra fortalecida por la reforma constitucional de 1994 que incorporó con jerarquía constitucional

³⁹ SAGUES, Néstor P., “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, en “El Derecho” Nro. 10.766, 2/06/2003.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, J., “Los nuevos derechos...”, op. cit., pág. 87.

diversos Tratados Internacionales sobre Derecho Fundamentales. En tal sentido, se señala que “a partir de la incorporación de estos Tratados Internacionales, se ha consagrado la obligación de seguridad como principio general del derecho”⁴¹. Asimismo, se expresa que “a partir de la reforma de 1994, la "seguridad", y en particular de los usuarios y consumidores, ha sido erigida en una garantía de tinte constitucional (art. 42 C.N.)”⁴².

El carácter constitucional de la obligación de seguridad fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴³.

XI. Incumplimiento de la obligación de seguridad.

1. Introducción.

El incumplimiento de la obligación de seguridad genera responsabilidad contractual, fundada en factores objetivos de responsabilidad en caso de que se trate de una obligación de resultado.

La obligación de seguridad constituye una manifestación de las modernas tendencias en materia de responsabilidad civil que ponen el acento en la víctima y no en el dañador. En este sentido, estas concepciones se manifiestan en la ampliación de los factores objetivos de atribución.

2. Factor objetivo de atribución.

El factor de atribución es una de los presupuestos para que surja el deber de reparar el daño padecido. En primer término definiremos qué se entiende por factor de atribución y luego describiremos la evolución operada en relación al mismo.

Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ámeal y Roberto López Cabana señalan que por factor de atribución debe entenderse “una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor”⁴⁴.

Asimismo, Jorge Mayo y Juan Manuel Prevot indican la importancia del criterio de imputación expresando que “es el reflejo del fundamento de la responsabilidad civil”⁴⁵; y agregan que “en la práctica, va a determinar qué tiene que acreditar la víctima para que prospere su pretensión resarcitoria y qué tiene que probar el accionado para repeler con éxito la acción”⁴⁶.

⁴¹ GHERSI, Carlos A., “La obligación de seguridad”, en “La Ley” 2005-D-1396; GHERSI, Carlos A., “Obligación social de seguridad. Una sentencia de la C.S.J.N. con trascendencia para el derecho de daños”, en “La Ley” 2008-D-265.

⁴² PREVOT, J., “El derecho...”, cit., pág. 572.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, 22/04/2008, en “Fallos” 331:819.

⁴⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Curso de obligaciones”, 4° ed. 1° reimpr., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, t. I, pág. 180.

⁴⁵ MAYO, Jorge y PREVOT, Juan Manuel, “La responsabilidad civil hoy”, en “La Ley” 2008-C-944.

⁴⁶ Id., pág. 944.

Durante mucho tiempo primaron los factores subjetivos de atribución. En esta instancia, el instituto no era conocido bajo la denominación de “factor de atribución” sino que se utilizaba la designación de “imputabilidad”, que implicaba la idea de reproche. Esta corriente propia de la legislación decimonónica asoció el deber de reparar con la imputabilidad por culpa o dolo del agente dañador. La reparación se vinculaba al reproche de conducta del autor. La presencia de factores subjetivos de atribución formaba parte de una concepción de la responsabilidad civil que ponía el acento en el agente dañador antes que en la víctima. El sistema del Código de Vélez Sársfield se basó en la culpa y en la antijuridicidad. En tal sentido, Carlos Ghersi expresa que en los códigos derivados del napoleónico frente al daño la respuesta era sancionar al dañador⁴⁷. El citado autor agrega que “el Estado encontraba en la responsabilidad subjetiva el respaldo al patrimonio como propiedad privada y el disciplinamiento social esencial para construir el poder dominante en toda relación asimétrica entre gobernantes y gobernados”⁴⁸.

Sin embargo, el derecho de daños con el tiempo sufre profundas transformaciones que implicaron una mayor tutela de víctima. En tal sentido, Fernando Alfredo Sagarna señala que “el derecho de daños ha mutado, ya no es aquél que ponía el acento en el victimario, hoy se protege a la víctima”⁴⁹. En otros términos, se habla de una concepción “favor víctimae”⁵⁰.

El presupuesto que estudiamos en la presente sección no permaneció ajeno a dichas evoluciones. A fines del siglo XIX y principios del siglo XX empieza un proceso de industrialización, donde parte de la producción se traslada del campo a la fábrica. El avance tecnológico trajo consigo nuevas innovaciones en el proceso de producción, especialmente por la aparición de la máquina. Al respecto, Carlos Ghersi señala que la utilización de las máquinas aporta una fuerza, potencia y capacidad de repetición de la tarea con rapidez y precisión superiores a las que puede desarrollar el hombre⁵¹.

La inserción de la máquina en el proceso productivo así como trajo consigo importantes beneficios, generó nuevos problemas que reclamaron nuevas soluciones desde el plano jurídico. La máquina acrecienta tanto la producción como las posibilidades de dañar. La utilización de la misma se presenta como una nueva fuente generadora de daños. Frente a estos cambios, el derecho reacciona con mudanzas en el factor de atribución. Al incorporarse la máquina al sistema de producción se introdujo un riesgo. Ahora, el dañador es el industrial, el dueño de las máquinas que se presenta como el sujeto “fuerte”, en tanto que los “débiles” son los dañados. Las circunstancias fácticas relatadas motivaron la necesidad de mudar el criterio de imputación dado que “en esos casos la culpa y la causalidad eran muy difíciles de establecer y ello traía

⁴⁷ GHERSI, Carlos A., “Paralelo entre la responsabilidad civil y la seguridad social. Un problema del presente y del futuro”, en “La Ley” 1998-E-952.

⁴⁸ Id., pág. 952.

⁴⁹ SAGARNA, Fernando Alfredo, “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución”, en “La Ley” 2000-D-1000.

⁵⁰ LORENZETTI, R., “La responsabilidad...”, cit., pág. 973.

⁵¹ GHERSI, Carlos A., “Accidentes de tránsito. Derecho y reparación de daños”, Buenos Aires, Universidad, 1995, pág. 24.

aparejado que muy frecuentemente no se indemnizara a las víctimas de los daños graves”⁵².

Esta tendencia de una responsabilidad sin culpa se reflejó en la República Argentina. En el año 1915 se sancionó la ley 9688 que con el fin de tutelar al trabajador introdujo la responsabilidad objetiva y lo hizo siguiendo a la ley francesa de accidentes de trabajo de 1898. De esta manera, se protegía al ser humano, pero solo en su rol de trabajador. Asimismo, dicha ley introdujo una responsabilidad tarifada a los efectos de otorgar previsibilidad al empleador⁵³.

Nuevos vientos llegaron con la reforma del Código Civil dada por la ley 17.711 de 1968. Los cambios acaecidos en el plano económico resultaron trascendentales. La crisis de 1930 produjo grandes transformaciones a nivel mundial; además, en dicha época se produce el surgimiento del modelo Keynesiano que sostenía que la base estaba en el consumo interno siendo menester para ello suministrarles al trabajador y a su familia una mejor calidad de vida⁵⁴.

Los cambios económicos implicaron mutaciones en el ámbito jurídico. El factor de atribución sufre una transformación fundamental, se pasó de una responsabilidad subjetiva a otra objetiva. Con la reforma del año 1968 ya no se pone el acento en el dañador sino en la víctima. Ello se comprende si pensamos que estamos en otra época, en otro mundo diferente al de Alberdi y Vélez. Ahora el valor a tutelar ya no era la propiedad sino la persona. Carlos Ghersi señala que cabe “reconocer a Borda el inicio de un tiempo nuevo en el derecho pensando más en la persona y la protección de su integridad, en sus derechos económicos y extraeconómicos”⁵⁵.

Asimismo, María Delia Pereiro de Grigaravicius expresa que “esta reforma marca un antes y un después en materia de responsabilidad civil, regulando numerosas instituciones y sutiles reformas que le permitieron al Código Civil permanecer vigente hasta la fecha, haciendo posible que la jurisprudencia pudiera resolver problemas que hacen a la realidad de nuestros días”⁵⁶.

Como venimos exponiendo, estos cambios repercutieron en el factor de atribución y así se consagra un sistema de responsabilidad objetiva pero sin tarifación.

⁵² BESALÚ PARKINSON, Aurora, “Factor de atribución objetivo en la responsabilidad civil. Con especial referencia al riesgo y al caso de los accidentes entre extraños”, en “La Ley” 2005-F-1292.

⁵³ Sobre la importancia de la previsibilidad puede verse: LÓPEZ CABANA, Roberto, “Limitaciones a la íntegra reparación del daño”, en LÓPEZ CABANA, Roberto y ALTERINI, Atilio A., “Temas de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina y Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1995, pág. 133; ALTERINI, Atilio A., “Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad”, en “Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, año 2000, Nros. 72/73/74.

⁵⁴ Sobre John Maynard Keynes puede verse: BLAQUIER, Carlos Pedro, “Breve historia de las doctrinas económicas. Desde los mercantilistas hasta nuestros días”, Buenos Aires, 2004, págs. 176 a 180.

⁵⁵ GHERSI, Carlos A., “La obligación de seguridad”, en “La Ley” 12/08/2005, pág. 1.

⁵⁶ PEREIRO DE GRIGAVAVICIUS, María Delia, “Visión actual de la responsabilidad civil”, 16/05/2005, pág. 1.

Comenzó una etapa que Ramón Daniel Pizarro calificó como “de objetivización creciente”⁵⁷.

Como conclusión de la evolución relatada, podemos citar la opinión de Ricardo Lorenzetti para quien “el principio de que no hay responsabilidad sin culpa fue superado por la explosión de numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso del derecho, la equidad, etc”⁵⁸.

3. La responsabilidad objetiva frente al incumplimiento del deber de seguridad.

En la responsabilidad contractual también se observó un pasaje desde una responsabilidad subjetiva a otra objetiva. Tradicionalmente, en el ámbito del contrato el factor de atribución fue de tipo subjetivo, es decir, dolo o culpa, quedando reservados los factores objetivos para el campo extracontractual. Sin embargo, existe una corriente de opinión que objetivizó en algunos supuestos la responsabilidad contractual⁵⁹.

Es en el ámbito del factor de atribución donde se torna relevante la distinción de las obligaciones en de medios o de resultado ya que permite determinar si aquél es subjetivo u objetivo. Si la obligación de seguridad es de resultado el daño debe ser indemnizado bajo la perspectiva de una factor objetivo, por ejemplo, deber de garantía. Por el contrario, si es de medios, el factor de atribución es de naturaleza subjetiva y, en consecuencia, resulta necesario acreditar la culpa del deudor para que surja el deber de reparar, aun cuando estuviere probada la existencia del daño a la persona o en los bienes del acreedor.

En otros términos, trasladado al plano de las eximentes, cabe indicar que el acreedor del deber de seguridad deberá probar el incumplimiento y el deudor deberá acreditar las eximentes. En cuanto a la liberación de la responsabilidad depende según la obligación de seguridad sea de resultado o de medios. En el primer caso, el sujeto que la asume sólo se libera mediante la ruptura del nexo causal a través de la prueba de la culpa de la víctima, la culpa de un tercero o el caso fortuito. En el segundo, bastará con la prueba de la diligencia.

XII. La obligación de seguridad en el ordenamiento privado argentino.

1. Introducción.

Al margen del reconocimiento constitucional de la obligación de seguridad, la misma surge de otras disposiciones legales, consagrándose de manera general en el art. 1198 del Código Civil y, en forma particular, al regularse distintas figuras contractuales.

⁵⁷ PIZARRO, Ramón D. “La responsabilidad civil por actividades riesgosas”, en “La Ley” 1989-C-936.

⁵⁸ LORENZETTI, R., “La responsabilidad...”, cit., pág. 973.

⁵⁹ CAVALLERO, F., op. cit., pág. 1513.

2. El art. 1198 del Código Civil.

La obligación de seguridad dimana del principio general de la buena fe previsto en el art. 1198 del Código Civil. El precepto en su primera parte expresa que “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Raúl Aníbal Etcheverry señala que “la buena fe es un standard para el derecho privado y de ella puede decirse que es uno de los ejes éticos del ordenamiento tomado en conjunto; en tanto éste regula los deberes jurídicos de la parte o partes intervinientes en la relación, utiliza el modelo de conducta leal que la sociedad espera de cada individuo”⁶⁰.

En las Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Belgrano en 1987 se caracterizó a la buena fe expresando que “constituye un elemento informador de la juridicidad erigiéndose como un principio general”⁶¹. Se indica que se trata de “la honestidad llevada al terreno jurídico”⁶², que “como principio rector del Derecho obliga a una honesta actuación”⁶³ o que constituye “un punto de conexión entre lo ético y lo jurídico”⁶⁴ y que es una directriz en la que “están interesados no sólo partes, sino también la comunidad”⁶⁵.

En relación al tema de estudio del presente artículo, cabe señalar que el principio de la buena fe permite admitir la existencia de la obligación de seguridad, aun cuando no se la haya establecido expresamente al celebrarse el contrato. Así por ejemplo en un contrato de espectáculo público el empresario no sólo se obliga a brindarlo en las condiciones pactadas sino que en base al citado principio debe garantizar a los espectadores que no sufrirán daños en su persona y en sus bienes durante la ejecución del mismo.

En las Sextas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, celebradas en la ciudad de Junín, provincia de Buenos Aires, en octubre de 1994, de manera unánime se concluyó que “la obligación de seguridad emana fundamentalmente del principio de la buena fe, que cumple una función integradora de las lagunas del negocio”⁶⁶.

3. Contrato de transporte.

La obligación de seguridad se encuentra prevista en el ámbito del contrato de transporte en el art. 184 del Código de Comercio.

⁶⁰ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “El standard de la buena fe en el derecho mercantil”, en L.L. 1987-E-897.

⁶¹ Conclusiones de las “Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Comisión 8 “Buena Fe en el Derecho Patrimonial”.

⁶² LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., “El principio de la buena fe”, en L.L. 24/08/2004, pág. 1.

⁶³ WOLKOWICZ, Pedro, “Apuntes sobre la buena fe contractual”, en Zeus, t. 3, Secc. Doc., pág. 45.

⁶⁴ TAMANTINI, Carlos A. y ZAPATA DE TAMANTINI, María E., “El principio general de la buena fe”, en J.A. 1987-IV-924.

⁶⁵ VIGO (h), Rodolfo L., “Interpretación jurídica de los contratos civiles”, en L.L. 1986-A-795.

⁶⁶ CAVALLERO, F., op. cit., pág.1513.

El citado precepto dispone que “En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”.

El transportador no solo tiene la obligación de trasladar al pasajero sino que debe hacerlo de manera que no sufra daños. Es decir, asume una obligación de seguridad, de conducirlo sano y salvo al lugar de destino. Es una obligación que hace a la esencia del contrato de transporte, que no puede ser dejada de lado por un pacto en contrario.

En tal sentido, se indica que es “una obligación tácita por la cual el porteador debe garantizar la integridad física del pasajero desde el inicio hasta la finalización del viaje”⁶⁷. Asimismo, se señala que “esta obligación rige implícitamente en todo transporte como un derivación de la buena fe contractual, y por ella aunque nada se estipule se entiende establecida la condición de llevar el pasajero sano y salvo al lugar de destino. Con mayor razón existiendo una norma expresa como la del art. 184 del Cód. de Comercio”⁶⁸.

El precepto se refiere expresamente al transporte ferroviario. Sin perjuicio de ello, se discutió en su momento si podía hacerse extensivo a otros medios de transporte. Hoy la tesis positiva resulta pacífica y unánime⁶⁹.

En razón que la responsabilidad que asume el transportador emerge de la obligación de seguridad no se aplica a las personas que viajan clandestinamente en el medio de transporte⁷⁰. Por el contrario, si se aplica a los supuestos de transporte gratuito, es decir, en aquellos casos en los que el transportado no está obligado al pago del precio. En estos supuestos, el vínculo contractual no se ha modificado y rigen las mismas reglas que en el transporte oneroso⁷¹.

La jurisprudencia considera que también la obligación de seguridad de la empresa se extiende a los hechos delictivos perpetrados por delincuentes. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en voto mayoritario –no unánime– sostuvo que la obligación de seguridad del transportador, que en materia ferroviaria llevó a la creación

⁶⁷ DOMÍNGUEZ, Osmar S. y BIAGINI, Irene, “El contrato de transporte urbano de personas: comienzo y finalización”, en “La Ley” 2001-E-547.

⁶⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Capítulo XIII “Transporte” en ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial”, Buenos Aires, Astrea, t. II, 1994, pág. 314.

⁶⁹ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, “Código de Comercio y leyes complementarias”, Buenos Aires, Depalma, t. 1, 1967, pág. 220; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “La responsabilidad civil en el transporte de pasajeros”, en “La Ley” 1989-D-120; ANDORNO, Luis O., “La reparación de daños por responsabilidad por el contrato de transporte”, en “Zeus”, t. 44, Secc. Doc., pág. 86; GARRONE, José Alberto, “Derecho Comercial”, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2008, pág. 814; BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría...”, cit., pág. 456; QUADRI, Gabriela I., Capítulo VII, “Contrato de transporte”, en ARAYA, Miguel C. y BERGIA, Marcelo R., “Derecho de la empresa y del mercado”, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 479.

⁷⁰ BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría...”, cit., pág. 455; QUADRI, Gabriela I., Capítulo VII, “Contrato de transporte”, en ARAYA, Miguel C. y BERGIA, Marcelo R., “Derecho de la empresa y del mercado”, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 483.

⁷¹ QUADRI, Gabriela I., Capítulo VII, “Contrato de transporte”, en ARAYA, Miguel C. y BERGIA, Marcelo R., “Derecho de la empresa y del mercado”, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 483.

de una policía especializada, exige trasladar sano y salvo al pasajero al lugar de destino, deber que también impone adoptar las medidas conducentes para evitar que puedan perpetrarse hechos delictuosos durante el viaje en la medida en que, supuesto el adecuado conocimiento de las condiciones en que se realiza el transporte, tales hechos pudieran ser objeto de previsión y prevención⁷².

El transportador si quiere exonerarse de su responsabilidad deberá probar las eximentes que indica el precepto: fuerza mayor, culpa de la víctima o culpa de un tercero por el cual la empresa no ha de responder. Es decir, no resulta suficiente la prueba del propio obrar diligente.

La responsabilidad que consagra el art. 184 del Código de Comercio se encamina a la prevención de los daños, dado que la severidad procura instar a los empresarios a que adopten las medidas de seguridad adecuadas y necesarias para evitar el acaecimiento de perjuicios. Al respecto, se señala que “el art. 184 del Cód. de Comercio contiene una norma severa para con las empresas de transporte que busca constreñirlas a mejorar las condiciones en que prestan los servicios”⁷³.

4. Contrato de trabajo.

También se encuentra prevista en el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual bajo el título de “Deber de seguridad” expresa que “1) el empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal 2) los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas”.

Carlos Livellara expresa que “como consecuencia del carácter fundamental tuitivo del derecho del trabajo, se ha elaborado por la doctrina el reconocimiento de un deber general del empleador de adoptar las medidas y precauciones tendientes a evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes, contrapartida de la obligación del trabajador de brindar su prestación en condiciones de buena fe, fidelidad, diligencia, colaboración y solidaridad. Tal deber ha sido denominado por algunos autores, principalmente españoles y alemanes, deber de protección del trabajador y por otros más específicamente deber de previsión”⁷⁴.

5. Contrato de consumo.

El art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor bajo el título de “Protección del consumidor”, consagra la obligación de seguridad expresando que “Las cosas y servicios

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Santamaría c/ Ferrocarriles Argentinos”, 13/11/1990, en “El Derecho” 141-363.

⁷³ TANZI, Silvia Y., HUMPHREYS, Ethel, PAPILLÚ, Juan M., “La obligación tácita de seguridad y el contrato de transporte”, en “La Ley” 26/10/2004, pág. 4.

⁷⁴ LIVELLARA, Carlos A., comentario al art. 75 de la L.C.T, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada”, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, pág. 911.

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”.

El art. 5º pone en cabeza de los proveedores o prestadores de servicios la obligación de seguridad, en el sentido de que los productos ofrecidos y los servicios prestados no deben causar perjuicios a la salud o a la integridad física del consumidor. En otros términos, el proveedor asume la obligación de colocar en mercado productos seguros de acuerdo a los requerimientos normativos y a las expectativas legítimas de los consumidores.

Juan María Farina indica que “el art. 5º no trae ninguna novedad, ya que es una regla de derecho común lo que en él se establece. Pero no podemos decir que esta norma está de más, pues destaca la obligación de todo proveedor de resguardar la salud e integridad física del consumidor o usuario”⁷⁵.

Consideramos que la recepción normativa de la obligación de seguridad en el ámbito de los contratos de consumo reviste trascendental importancia en virtud del extenso campo de aplicación que ellos presentan. Asimismo, resulta un valioso avance atento al desequilibrio contractual que se exhiben en este tipo de contratos, donde usualmente el proveedor de bienes y servicios es un “experto” que contractualmente asume la posición de parte “fuerte” y los consumidores son débiles jurídicos.

En consecuencia, la obligación de seguridad que emana del art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor impone al proveedor la adopción de todas las medidas necesarias para no ocasionar daño.

XIII. La aplicación jurisprudencial.

1. Introducción.

En los últimos tiempos se experimenta un ensanchamiento de los ámbitos de aplicación de la obligación de seguridad. Esta circunstancia se exhibe a nivel de la jurisprudencia donde se observa una fructífera labor de nuestros tribunales que recurren a la obligación de seguridad para resarcir el daño sufrido. Principalmente, esta expansión viene impuesta por la admisión de la obligación de seguridad en el terreno de los contratos de consumo.

A continuación expondremos distintos supuestos de responsabilidad contractual en los cuáles se aplicó la obligación de seguridad. La reseña y el análisis resultan enunciativos, pero no excluyentes de las hipótesis en las cuales pueden recurrirse a ésta para fundar la responsabilidad civil.

⁷⁵ FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 115.

2. Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de corredores viales.

En la República Argentina, durante la década del 90 del siglo pasado, siguiendo las tendencias económicas imperantes en aquella época, que propugnaban la sustitución de las reglas jurídicas por las económicas se llevó a cabo un drástico proceso de retroceso del Estado, el que se desprendió de diversos servicios esenciales, traspasándolos a la actividad privada.

Las transformaciones fueron operadas en el ámbito público a partir de la Ley de Reforma del Estado (Ley 23.696), y las leyes y decretos que se dictaron en su consecuencia. A partir de allí comienza lo que se denomina “la década de las privatizaciones”⁷⁶, donde el Estado acudió a la figura del contrato de concesión de obra pública, permitiendo de esa forma coordinar sus intereses con los privados, al admitir que la iniciativa privada lleve a cabo la consecución de la obra pública y su posterior ejecución durante un plazo determinado.

Se señala que “la concesión de obra pública constituye y constituirá por mucho tiempo una herramienta insustituible para llevar adelante trabajos públicos que el Estado no se encuentra en condiciones de financiar teniendo sus arcas exhaustas”⁷⁷ y se indica también que “ha sido una figura clave en el desarrollo del nuevo Derecho Administrativo desde el siglo XIX hasta hoy”⁷⁸. Asimismo, en relación a la Argentina se señala que “fue el procedimiento por el cual nuestro país logró contar a fines del siglo pasado con los adelantos tecnológicos que la ubicaron entre las sociedades más desarrolladas del mundo”⁷⁹.

En definitiva, se trata de un contrato administrativo que, si bien tiene una larga historia, su mayor desarrollo y utilización estuvo ligado al proceso de privatizaciones llevado a cabo en nuestro país a principios de la década del 90 del siglo pasado.

Entre las diversas actividades que pasaron a estar en manos privadas se encuentra la explotación del sistema vial.

Desde ese momento se presentó un incesante debate respecto a si frente a los daños acaecidos en los corredores viales concesionados cabía atribuir o no responsabilidad a las empresas concesionarias viales. El tema dio lugar a una incesante labor de la doctrina y también fue abordada en diversos eventos científicos.

⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, en “La Ley” 2002-B-855.

Al respecto, Eduardo Merteikian señala que este proceso es el resultado de la plena vigencia “del principio del Estado subsidiario, por el cual la competencia estatal alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares no pueda o no deba desarrollarse” (MERTEHIKIAN, Eduardo, “La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos”, Buenos Aires, Ábaco, 1992, pág. 51).

⁷⁷ CARELLO, Luis Armando, “Concesión de obras y servicios públicos: técnicas concesionales”, en “La Ley” 1992-A-668.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pág. 736.

⁷⁹ ROSSI, Guillermo E., “La concesión de obra pública. Nuevo papel del Estado”, en “La Ley” 1991-B-791.

Asimismo, la cuestión generó una frondosa jurisprudencia e inclusive fue abordada por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se observa en los últimos tiempos una evolución desde la tesis de la irresponsabilidad de las concesionarias hacia la tesis de su reconocimiento, especialmente a partir de considerar la existencia de una relación de consumo entre la empresa concesionaria y los usuarios de los corredores viales.

En tal sentido, pueden distinguirse dos etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La primera que consideraba que la relación entre la concesionaria y los usuarios estaba sujeta a lo establecido en el contrato administrativo celebrado entre la Administración concedente y la empresa concesionaria y en el Reglamento. Esta tesis circunscribía las obligaciones de la empresa concesionaria a las asumidas respecto a la Administración en el contrato de concesión. Por consiguiente, en el plano del derecho de daños, la empresa concesionaria sólo respondía respecto de terceros damnificados en la medida en que el daño se hubiere producido como una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas con la Administración. Es decir, respondía por los daños ocasionados a raíz del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el marco regulatorio. Consecuentemente, la concesionaria sólo debía resarcir los daños que eran causados a los usuarios por los vicios en la construcción o conservación del camino o por un defecto en la conservación del corredor vial. Si el daño no era causado por un vicio del camino o un defecto en la conservación del mismo, la empresa concesionaria podía alegar que existía una causa ajena por la cual no debe responder. Era lo que sucedía por ejemplo en el caso de la existencia de animales sueltos en el corredor vial. Esta tesis de naturaleza extracontractual fue acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de las causas “Bertinat”⁸⁰ y “Colavita”⁸¹. Asimismo, es un criterio sostenido por diversos autores, especialmente vinculados al derecho administrativo⁸².

La segunda etapa se produce a partir de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que entre la concesionaria y los usuarios existe una relación de consumo. Esta tesis fue defendida a través de los votos de los ministros Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti en la causa “Ferreyra”⁸³.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Bertinat, Pablo y ot. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 3/07/2000, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2000-39.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Colavita, Salvador y ot. c/ Provincia de Buenos Aires”, 3/07/2000, en “La Ley” 2000-B-754.

⁸² MUZI, Sergio Mario, “Responsabilidad del concesionario de rutas por peaje frente a un accidente provocado por un animal suelto”, en “La Ley Córdoba” 1992, pág. 597; SARMIENTO GUEMES, Manuel, “Concesiones viales. Relaciones jurídicas”, en “La Ley” 1995-C-1164; POCLAVA LAFUENTE, Juan C., “Concesionarios de ruta por peaje. Irresponsabilidad por los daños causados por animales”, en “La Ley Actualidad”, 9/06/2004; POCLAVA LAFUENTE, Juan C., “Accidentes causados por animales en rutas otorgadas en concesión”, en “La Ley” 1995-D-336; LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, “Animales sueltos en las rutas y responsabilidad civil”, en “La Ley” 1996-A-1329; LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, “Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación. El rol de los concesionarios viales”, Buenos Aires, La Ley, 1999, págs. 70 y 80 a 85; FABRÉ, María Carolina, “Responsabilidad de los concesionarios viales y del Estado por accidentes ocurridos en los caminos”, en “El Derecho” 195-931;

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Ferreyra, Víctor D. y otro c/ V.I.C.O.V. S.A.”, 21/03/2006, en “La Ley” 25/04/2006, pág. 1.

La calificación de la relación como de consumo tiene trascendencia en el tema objeto de investigación del presente artículo. La importancia estriba en que permite concebir en cabeza de la concesionaria una obligación de seguridad.

En tal sentido, a partir del precedente “Ferreyra” se generalizó la tesis de la relación de consumo, la que a su vez es sustentada por importante doctrina⁸⁴.

Al respecto, existen numerosos fallos que fundaron la responsabilidad invocando la existencia de un deber de seguridad en cabeza de la empresa concesionaria.

El análisis jurisprudencial nos permite observar que la mayoría de los pronunciamientos judiciales habidos en esta materia se inclinan por admitir factores objetivos de imputación. En tal sentido, la jurisprudencia viene inclinándose por la tesis contractualista o de la relación de consumo, indicando la existencia de una obligación de seguridad de resultado, cuyo incumplimiento genera responsabilidad de tipo objetivo.

En tal sentido, en el voto del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni dictado dentro de los autos caratulados “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y/u otros” se expresó que “la responsabilidad de la concesionaria de rutas por el daño que sufra el usuario es de carácter objetivo, ya que asume una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en

⁸⁴ GALDÓS, Jorge Mario, “Apuntes jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales”, en “Revista de Derecho de Daños”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nro. 3 “Accidentes de Tránsito-III”, 2003, pág. 247; GALDÓS, Jorge Mario, “Visión jurisprudencial de la responsabilidad de los concesionarios de rutas por peaje”, en “Jurisprudencia Argentina” 1999-IV-1328; GALDÓS, Jorge Mario, “Valioso fallo sobre peaje, animales sueltos y concesionarios viales”, en “La Ley Buenos Aires” 2001, pág. 869; GALDÓS, Jorge Mario, “Peaje y ley de defensa del consumidor”, en “Jurisprudencia Argentina” 2000-I-201; GALDÓS, Jorge Mario, Peaje, “Relación de consumo y animales sueltos. Otro trascendente fallo”, en “La Ley” 2004-C-919; GALDÓS, Jorge Mario, “Importante pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo (primera parte)”, en MJ-DOC-2884-AR | MJD2884; GALDÓS, Jorge Mario, “Importante pronunciamiento de la Corte Suprema. Corte Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo (Segunda parte)” en MJ-DOC-2891-AR | MJD2891; GRIBOFF DE IMAHORN, Analía, “Responsabilidad de los concesionarios de un corredor vial ante los accidentes sufridos por los usuarios a raíz de la presencia de animales sueltos en la ruta concesionada”, en “La Ley Córdoba” 1999, pág. 1105; WEBB, María Soledad, “Responsabilidad de los concesionarios viales por accidentes ocurridos por la presencia de animales en los corredores viales”, en “Doctrina Judicial” 2007-2-970; GHERSI, Carlos Alberto, “Un fallo olvidado y la legitimación activa comunitaria: las rutas sometidas a concesión de peaje y los cruces de ciudadanos (seguridad individual, colectiva y social)”, en “Jurisprudencia Argentina” 2001-II-196; GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, “Responsabilidad del Estado y las concesionarias de rutas viales. Animales sueltos y el nuevo criterio de la C.S.J.N.”, en “Doctrina Judicial” 2007-1-454; WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos, “Daños derivados de la utilización de rutas concesionadas”, en “Tratado de daños reparables”, Buenos Aires, La Ley, t. II “Parte Especial”, 2008, pág. 625; DOMÍNGUEZ, Osmar S., “La responsabilidad del concesionario de peaje en los accidentes producidos por la presencia de animales sueltos en los corredores viales”, en “La Ley” 2001-F-691; DOMÍNGUEZ, Osmar S. y BIAGINI, Irene, “La relación contractual entre el usuario y el concesionario vial: un fallo esclarecedor”, en “La Ley Litoral” 2002, pág. 837; SANCHO, Ricardo y LEIVA, Claudio Fabricio, “Responsabilidad del Estado y los concesionarios viales en los accidentes de tránsito producidos en las rutas”, ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidad en el Siglo XXI., Bs. As., 2, 3 y 4 de octubre de 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; RINESSI, Antonio J., “Un fallo de la Corte Suprema reivindicador de los derechos del usuario”, en “La Ley” 2006-C-54; RINESSI, Antonio J., “El deber de seguridad en las rutas concesionadas”, en “La Ley” 2007-D-578; CORREA, José Luis, “La responsabilidad del concesionario vial. Exoneración de responsabilidad del Estado provincial”, en “La Ley” 19/07/2007, pág. 1; RUSCONI, Dante, “La noción de “consumidor” en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, en “Jurisprudencia Argentina” 2008-II-1225; UBIRÍA, Fernando A., “Piedras arrojadas a automóviles que circulan por rutas concesionadas”, en “La Ley” 14/10/2008, pág. 1.; ANDRADA, Alejandro Dalmacio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 363; PUSTERLA, José y GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, “Un desacertado fallo en materia de responsabilidad del concesionario por animales sueltos”, en “La Ley Patagonia”, febrero 2009, pág. 645.

consonancia con el principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil) que integra la convención y permite interpretarla, y el deber de custodia que sobre aquélla recae”⁸⁵.

En esta línea, también la Sala H de Cámara Nacional Civil expresó que “en la tesis de la naturaleza contractual de la responsabilidad, el fundamento es el de la obligación de seguridad de resultado cuyo incumplimiento también genera responsabilidad objetiva, con factor de atribución basado en la garantía”⁸⁶.

En sentido similar la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín señaló que “esta obligación de seguridad, que está basada en el factor de atribución garantía, es de resultado y, por lo tanto, apareja la responsabilidad objetiva de la concesionaria”⁸⁷.

Asimismo, la Sala J de la Cámara Nacional Civil expresó que “frente al usuario la empresa concesionaria asume una obligación tácita de seguridad, asumiendo el compromiso de hacer posible el tránsito en todo el recorrido del tramo concesionado en condiciones de seguridad y el deber de custodia es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, la remoción inmediata de obstáculos, el control ininterrumpido de la conducción, el retiro sin demora de animales que transitan por las rutas y toda otra medida que, dentro del deber de custodia, pueda caer a los efectos de resguardar la seguridad, el medio ambiente, la estructura y fluidez de la circulación”⁸⁸.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto sostuvo que “el vínculo que une al concesionario de peaje y al usuario de corredores viales concesionados debe ser enmarcado en una típica relación de consumo en el derecho vigente (Conf. arts.1 y 2 Ley N° 24.240). A raíz de la relación contractual entre usuario y concesionario, este último asume una obligación principal de prestar un servicio (obligación de hacer, conf. art. N° 625 C.C.), encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, y también deberes colaterales con fundamento en la buena fe (obligación de seguridad, conf. art. N° 1198 C.C.) que consisten en la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la carretera concesionada, en tanto resulten previsibles”⁸⁹. Agregando luego que “el deber de seguridad que cae sobre las empresas concesionarias debe ser lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y/u otros”, 7/11/2006, en “Fallos” 329:4944.

El mismo criterio fue expuesto por el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni en los autos “Ferreyra, Víctor D. y otro c/ V.I.C.O.V.S.A.”, 21/03/2006, en “Fallos” 329:646. y en Caja de Seguros S.A.c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C., 21/03/2006, en “Fallos” 329: 695.

⁸⁶ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, “Díaz, Jorge Gabriel c/ Servicios viales S.A. y otro”, 02/06/2008, en www.laleyonline.com.ar

⁸⁷ CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE JUNIN, “Ortiz, Raúl Héctor c/ Vial Tres S.A.”, 13/05/2008, en “La Ley Buenos Aires” 2008 (Julio), pág. 658.

⁸⁸ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA J, “Barrientos, Luciano S. c/ Autopista del Sol S.A. y otros”, 20/12/2005, en “Doctrina Judicial” 26/07/2006, pág. 954.

⁸⁹ CÁMARA DE APELACIONES CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE VENADO TUERTO, “Sansevovich, Alberto c/ Caminos del Oeste S.A.”, 28/11/2007, en www.lexforionline.com.ar

permanente en las rutas, la remoción de obstáculos y el retiro de animales que transiten sobre ellas. Y además, deben proceder a subsanar las dificultades que se crean en el tránsito por gravitación de hechos que ocurren en las mismas rutas o en sus zonas colindantes⁹⁰.

En otros fallos también se consideró que la responsabilidad de la concesionaria es de carácter objetiva, fundada en la obligación de seguridad, que es de resultado⁹¹.

De la transcripción de los precedentes se puede observar que el ámbito de la responsabilidad de concesionarios de corredores viales ha sido fecundo para la expansión de la obligación de seguridad y para el desarrollo de factores objetivos de atribución.

Los fallos fundan la responsabilidad de la concesionaria en base a la existencia de una obligación de seguridad de resultado, sin que fuera admisible la liberación de responsabilidad por falta de culpa. En la tesis de la relación de consumo, el fundamento de la responsabilidad es el de la obligación de seguridad de resultado cuyo incumplimiento también genera responsabilidad objetiva, con factor de atribución basado en la garantía. Cualquiera sea el supuesto, el responsable sólo podrá eximirse acreditando la ruptura de la cadena causal, a través del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder.

3. Responsabilidad civil en las prestaciones médicas.

En los supuestos de responsabilidad médica, es “dónde el instituto ha logrado su máximo nivel de extensión⁹²”.

Previo al análisis de las reseñas jurisprudenciales, debemos señalar que aconteció una evolución en lo concerniente al obrar médico que generó un incremento de los casos de responsabilidad civil⁹³.

En un primer momento el médico tenía una relación más estrecha con el paciente y su familia. El médico de antaño se identificaba con un médico de cabecera que atendía

⁹⁰ CÁMARA DE APELACIONES CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE VENADO TUERTO, “Sansevovich, Alberto c/ Caminos del Oeste S.A.”, 28/11/2007, en www.lexforionline.com.ar

⁹¹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA J, “Victorica, Carlos Horacio c/ Autopistas del Sol S.A.”, 12/06/2007, en www.laleyonline.com.ar; CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA J, “Ciccione, Víctor A. c/ Coviare S.A.”, 08/05/2006, en “La Ley” 2006-E-376; CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, “Porta, Javier A. c/ Autopistas del Sol”, en L.L. 15/01/2004, pág. 4; CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA M, “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.”, 30/04/2001, en “La Ley” 14/11/2001; CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA D, “C.B., J.G y otros c/ Covisur Vial del Sur S.A.”, en “La Ley” 2000-D-59; CÁMARA NACIONAL COMERCIAL SALA B, “D’Onofrio, Vanesa G. c/ Caminos Del Atlántico S.A.C.V.”, en “La Ley” 2004-B-1013; CÁMARA NACIONAL CIVIL SALA D, “C.B., J.G. c/ Covisur Vial del Sur S.A.”, 09/02/2000, en “Doctrina Judicial” 2000-2, pág. 749; CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE RESISTENCIA, SALA I, “González Torres, Marcelo E. c/ Deluca, José A. y otro”, 30/06/199, en “La Ley Litoral” 1999-pág. 1019.

⁹² PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad médica”, en “La Ley” 2007-D-725.

⁹³ Puede verse, especialmente: BORDA, Guillermo A. “Breves reflexiones acerca de la responsabilidad civil de los médicos”, en “La Ley” 1992-B-925; BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Hammurabi, t. I, 1994, págs. 41 a 48; LORENZETTI, Ricardo L. “Responsabilidad civil de los médicos”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 1997, págs. 13 a 45.

a toda la familia y respecto a todo tipo de enfermedad. Entre el galeno y sus atendidos existía una vinculación cercana a la amistad que hacía impensable la promoción de una acción de daños y perjuicio ante un error del profesional.

El médico que describimos era el que respondía al modelo de la medicina en una sociedad de personas. Ricardo Lorenzetti refiriéndose a esta etapa señala que “los médicos estaban profundamente convencidos del carácter aséptico de su profesión, y muy pocos veían en ella un contrato que los obligara jurídicamente con el enfermo. El profesional tenía una configuración psíquica que lo perfilaba como un hombre seguro de sí mismo, apuntalado por un *statu quo* social privilegiado, por un principio de autoridad emanado del título universitario que era incuestionable y por un manejo de la decisión del enfermo casi ilimitado”⁹⁴.

Hoy el perfil del “médico de la familia” ha sucumbido frente a los avances en el campo de la medicina y con la aparición de los “médicos especialistas” que responden al modelo de una medicina en una sociedad de masas.

La desaparición del médico de cabecera “encontró como contrapartida extrema la masificación de la medicina”⁹⁵.

Frente a los “médicos especialistas” el paciente no siente una relación de amistad. Además, por su carácter de especialista en la dolencia por la que se recurre, se le exige al galeno el máximo de acierto y, por ello, ante el error médico sobreviene la demanda de daños y perjuicios.

Otra nota relevante en la evolución del obrar médico se observa a través de la masificación de la medicina. Los costos de los tratamientos médicos determinaron hacia los años 60 del siglo pasado los primeros antecedentes de la medicina prepaga⁹⁶. Los individuos se vinculan contractualmente con estas entidades (empresas de medicina prepaga, mutuales, obras sociales, etc) a fin de cubrir las contingencias económicas derivadas de una enfermedad o de intervención quirúrgica. Guillermo Borda señala que “estas obras sociales pagan a los médicos que integran su plantel de profesionales, honorarios verdaderamente miserables por cada consulta. Es así como esos médicos, para poder sobrevivir, atienden veinte o treinta pacientes por día. Se comprende así que el examen de cada enfermo sea generalmente muy superficial. El enfermo se convierte en una simple ficha y el seguimiento de la enfermedad es completamente despersonalizado. El margen de error aumenta notablemente”⁹⁷.

Asimismo, en la actualidad se advierte un fenómeno de hiperceleridad en el tratamiento del paciente que se contrapone al viejo modelo del médico de familia que dedicaba un largo tiempo en escuchar a la persona que requiere la consulta⁹⁸.

⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad civil de los médicos”, cit., pág. 16.

⁹⁵ BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil...”, cit, pág. 41.

⁹⁶ GARAY, Oscar Ernesto, “La medicina prepaga”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, págs. 17 a 19.

⁹⁷ BORDA, G., “Breves...”, cit., pág. 925.

⁹⁸ Véase “Médico y paciente, una relación en crisis”, nota publicada en “La Nación”, domingo 4 de marzo de 2007, pág. 22.

Hemos señalado que los cambios acaecidos en la atención médica fueron decisivos en cuanto al incremento de los casos de responsabilidad médica. Al respecto, recuerda Alejandro Andrada que “hasta no hace mucho tiempo, estos sujetos no respondían de todos los daños que de su actuación derivasen, sino que debían dar cuenta de sus actos en casos determinados y bajo ciertas condiciones”⁹⁹. En similar sentido Guillermo Borda indica que “mientras hace no muchas décadas, los juicios por responsabilidad civil de los médicos eran prácticamente inexistentes o por lo menos, muy excepcionales, hoy esos juicios –y las consiguientes condenas– son numerosísimas”¹⁰⁰.

Como conclusión podemos señalar que en la actualidad se advierte un fenómeno de incremento de los casos de responsabilidad médica y que ello se debe a los cambios operados en la medicina en general y en la relación médico paciente.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia refirió a la existencia de una obligación de seguridad a la hora de fundar la responsabilidad de los establecimientos asistenciales.

En tal sentido se expresó que “el ente asistencial asume una obligación tácita de seguridad, que es objetiva y de resultado. Por lo tanto, demostrado y aceptado que la actora tomó contacto con la cosa riesgosa (en este caso, una lámpara encendida) y acreditado el daño (quemadura en la pierna izquierda), surge patente el incumplimiento de este deber objetivo de seguridad por parte del ente asistencial y, por ende, su responsabilidad objetiva”¹⁰¹.

Asimismo, se dijo que “los establecimientos asistenciales asumen una obligación tácita de seguridad por la cual se comprometen a asegurar a los pacientes que no sufrirán ningún daño mientras permanezcan en las instalaciones del establecimiento”¹⁰².

También se sostuvo que “la obligación de prestar asistencia médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originar la ejecución del contrato”¹⁰³.

4. Responsabilidad civil en la producción de productos farmacéuticos

Se trata de un supuesto de responsabilidad por producto que ingresa en el ámbito de los contratos de consumo.

⁹⁹ ANDRADA, Alejandro Dalmacio, “La responsabilidad médica en una prudente sentencia”, en “La ley” 1999-B-408.

¹⁰⁰ BORDA, G., “Breves...”, cit., pág. 925.

¹⁰¹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA M, “G. de T., P. c/ Armada Argentina”, 05/06/2001, “Jurisprudencia Argentina” 2003-I-Síntesis, Lexis, Nº 1/61736, citado por TANZI, Silvia Y., HUMPHREYS, Ethel y TORTEROLO, Pablo, “Profesionales de la salud, instituciones médicas y obras sociales”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 59.

¹⁰² CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, “Carrasco, Jorge M. c/ Clínica San José de Flores”, 15/10/1999, en “Jurisprudencia Argentina” 2000-II-610, Lexis Nº 1/42635, citado por TANZI, S., HUMPHREYS, E. y TORTEROLO, P., op. cit., pág. 59.

¹⁰³ CÁMARA NACIONAL CIVIL Y COMERCIAL, FEDERAL, SALA I, “G. J. y Otra c/ Hospital Militar Central y otros”, 27/09/1990, en “Jurisprudencia Argentina” 1992-IV-541, Lexis Nº 2/10084, citado por TANZI, S., HUMPHREYS, E. y TORTEROLO, P., op. cit., pág. 59.

La fabricación defectuosa de un producto farmacéutico puede ocasionar consecuencias dañosas no sólo a quienes consumen los fármacos sino también a generaciones futuras.

El consumidor de un producto farmacéutico aspira que con el mismo pueda superar las dolencias y afecciones que presenta y, por lo tanto, no resulta lógico que sufra un perjuicio como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso.

Al respecto, Jaime Fernández Madero expresa que “entendemos que el producto farmacéutico es riesgoso y su lanzamiento al mercado trae aparejada la asunción por parte de su fabricante de una obligación de seguridad y de la imputación objetiva de responsabilidad por riesgo de la cosa. Por su parte, y atento la naturaleza del producto y el bien jurídico comprometido -la salud pública-, el Estado también tiene a su cargo una obligación de garantía fundada en la función de policía que tiene en esta materia, realizando controles.

Naturalmente que la comprobación de responsabilidad en este sentido, no exime al fabricante por introducir al mercado un producto defectuoso. En efecto, éste resultará obligado al resarcimiento salvo el hecho de un tercero por quien no debe responder, el hecho de la víctima (automedicación), el caso fortuito o la fuerza mayor”¹⁰⁴.

En la jurisprudencia se expuso que “la responsabilidad objetiva del elaborador del medicamento encuentra su fundamento en la seguridad prometida y razonablemente esperada por el consumidor (art. 40 ley 24.240 y 42 de la Constitución Nacional). Es responsable por la deficiente información que brinde a los usuarios en los prospectos, por la falta de claridad de los mismos, por la ausencia de advertencias concretas”¹⁰⁵. En el decisorio citado se observa la vinculación en el marco de un contrato de consumo entre la obligación de seguridad (art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor) y el deber de información (art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor).

La responsabilidad del Estado –en estos casos- puede presentarse por un inadecuado ejercicio del poder de policía. Así se consideró que existía responsabilidad del Estado en cuanto autorizó la comercialización de un medicamento nocivo a través del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación¹⁰⁶.

5. Responsabilidad civil en los contratos de enseñanza y de práctica deportiva.

En este ámbito la doctrina y jurisprudencia consideraron fructífero el desarrollo de la obligación de seguridad. En estos casos, el deudor de ella es el empresario que

¹⁰⁴ FERNANDEZ MADERO, Jaime, “Los daños producidos por los fármacos”, en “La Ley” 2003-E-1357.

¹⁰⁵ JUZGADO FEDERAL NRO. 2, SECRETARIA B, ROSARIO, “P., Carlos María c/ B.A. S.A. s/ daños y perjuicios”, en “Publicación del Instituto del Derecho del Seguro”, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, provincia de Santa Fe, Nro. 26, 2008, pág. 183.

¹⁰⁶ Sobre el tema véase: TARABORELLI, José N., “Control estatal de medicamentos. Responsabilidad civil del Estado derivada de productos farmacéuticos”, en “La Ley” 1987-C-905.

pone a disposición del usuario una pista de carrera, una piscina, una pista de patinaje, etc. El prestador del servicio no sólo asume la obligación de facilitarlo en las condiciones pactadas sino también que el usuario no sufra un daño en su integridad física y en sus bienes.

En tal sentido, se responsabilizó al titular de un gimnasio y spa por los daños sufridos por una persona que concurría al mismo. Así se dijo que “corresponde responsabilizar a la sociedad explotadora de un gimnasio y spa por las lesiones sufridas por un cliente al caer mientras bajaba un escalón que tenía un vértice roto pues, la obligación tácita de seguridad que pesa sobre aquélla, le imponía garantizar la indemnidad de quienes hicieran uso de sus instalaciones”¹⁰⁷. Agregándose que “la obligación tácita de seguridad derivada de un vínculo contractual –en el caso, relativo a la prestación de servicios de gimnasio y spa- es una obligación de resultado razón por la cual, a la víctima le basta con probar el daño sufrido y la relación de causalidad, pero no tiene que acreditar la culpa del prestador del servicio, ello en virtud del fundamento objetivo de la responsabilidad”¹⁰⁸.

También se responsabilizó fundándose en la existencia de una relación de consumo y de una obligación de seguridad a la empresa concesionaria de la pista de esquí por los daños que sufrió una usuaria al caer la aerosilla en la cual se transportaba¹⁰⁹.

6. Responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos.

Los espectáculos deportivos son otro ámbito en los que se desplegó la obligación de seguridad, haciendo responsable al organizador por los daños que padezcan los espectadores.

El espectáculo público puede presentar múltiples variantes lo que lleva a cierta doctrina a sostener que resulta imposible precisar una definición¹¹⁰. No obstante, Enrique Muller señala que “el contrato de espectáculo es aquel mediante el cual una parte, denominada el empresario, se obliga a hacer una obra intelectual, que consiste en un espectáculo, en las condiciones ofrecida, a la otra parte, denominada espectador, que se obliga a pagar un precio por ello”¹¹¹.

En este contrato el empresario no sólo asume la obligación de organizar y poner a disposición del espectador –que paga el precio- el evento prometido, sino que además asume la obligación de que no sufra un perjuicio en su integridad física o bienes durante

¹⁰⁷ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA K, “Patiño, Graciela F. c/ Colmegna S.A.”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2007, pág. 932.

¹⁰⁸ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA K, “Patiño, Graciela F. c/ Colmegna S.A.”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2007, pág. 932.

¹⁰⁹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA I, “Hairabedian, Marina c/ Catedral Alta Patagonia S.A.”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2006, pág. 569.

¹¹⁰ Véase: ARGERI, Saúl A., “Contrato de espectáculo público”, en “La Ley” 1986-B-1009.

¹¹¹ MULLER, Enrique C., “La obligación de seguridad en los espectáculos públicos”, en “La Ley”, Suplemento especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), pág. 32.

el desarrollo de aquél. En tal sentido, Saúl Argeri señala que el empresario asume la obligación de “garantizar al espectador su seguridad personal por los daños que origine el desarrollo del espectáculo o por las cosas o personas puestas por el empresario al servicio del público”¹¹². Asimismo, Lidia Garrido Cordobera expresa que “la obligación de seguridad en el contrato de espectáculos que nos ocupa pertenece a la categoría de obligaciones de resultado, y es sabido que tal toma de posiciones influye en cuanto a lo que debe acreditar la víctima para obtener la reparación”¹¹³.

Por otra parte, en caso de espectáculos deportivos la responsabilidad civil de los organizadores de eventos deportivos fue receptada por la ley 23.184 de 1985. Posteriormente, el régimen fue modificado por la ley 24.192, pero se mantiene la responsabilidad solidaria de todas las asociaciones o entidades participantes en un espectáculo deportivo por los daños y perjuicios que se generen en los estadios.

En la jurisprudencia se consideró que debía responsabilizarse al empresario organizador del evento por el fallecimiento de un espectador de una carrera cuadrera que se ubicó en un lugar no permitido al público, pues se sostuvo que el organizador no había adoptado las medidas de seguridad suficientes para impedir que los asistentes puedan ingresar a lugares prohibidos¹¹⁴. También se sostuvo responsable a la entidad organizadora de una carrera del denominado “turismo carretera” dado que debía haber extremado las medidas precautorias de seguridad para evitar daños a los espectadores durante el transcurso de la competencia. En este caso, si bien el organizador solicitó permiso especial para utilizar las rutas y cooperación policial y sanitaria a través de todo el recorrido de la competencia, de su parte no dispuso personal idóneo como para que instruyera a la autoridad policial sobre la ubicación que debían adoptar los espectadores asentados en un empalme de la ruta dónde se produjo el siniestro¹¹⁵.

La jurisprudencia ha sostenido que esta obligación de seguridad existe aun en el supuesto de que el espectador dañado no hubiera abonado la entrada o el espectáculo fuere gratuito¹¹⁶.

7. Responsabilidad civil de los establecimientos educativos.

El art. 1117 del Código Civil reza que “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probasen el caso fortuito.

¹¹² ARGERI, Saúl A., “Contrato de espectáculo público”, en “La Ley” 1986-B-1009.

¹¹³ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M., “Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos”, en “La Ley” 2007-C-118.

¹¹⁴ CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, SALA I, “Del Bianco, Rosa D. c/ Agrupación Gaucha La Coscoja”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2005, pág. 939 y en “La Ley Buenos Aires” 2005 (septiembre), pág. 980.

¹¹⁵ CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA, “Nervi, Horacio c/ Garro, Carlos A. y/u otro”, en L.L. 1988-A-514.

¹¹⁶ CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE PARANÁ, SALA SEGUNDA, 27/5/97, en L.L. 1998-F, 859, citado por MOSSET ITRURRASPE, Jorge comentario al art. 1139 del Código Civil, en “Código Civil Comentado”, “Contratos. Parte General”, Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel A, (directores), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, pág. 47.

Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación pertinente.

La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario”.

La actual redacción proviene de la ley 24.830 del 11 de junio de 1997. El precepto establece una responsabilidad objetiva de parte de los propietarios de los establecimientos educativos. Se trata de una responsabilidad objetiva agravada en razón de que solo se admite la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor. La disposición consagra el factor de atribución garantía.

Asimismo, la responsabilidad resulta concurrente en virtud de que no excluye la que pueda corresponder a otros legitimados pasivos.

Por otra parte, con la finalidad de brindar una mayor tutela a la víctima, evitando que se frustre la reparación por la insolvencia del establecimiento educativo, se establece un seguro obligatorio de responsabilidad civil a cargo de los institutos de enseñanza, dejando en mano de las autoridades jurisdiccionales el contralor de su contratación.

Respecto del factor de atribución, Alejandro Andrada sostiene que “la obligación de seguridad de los propietarios de los establecimientos de aprendizaje está basada en el factor garantía, en razón de la garantía de indemnidad que se ofrece al cocontratante”¹¹⁷.

Otros autores también sostienen que el fundamento de la responsabilidad del art. 1117 del Código Civil se funda en el factor garantía¹¹⁸.

En la jurisprudencia se acudió a la obligación de seguridad y se responsabilizó al establecimiento educativo por el daño sufrido por un niño de pre-escolar al retirarse del campo deportivo de la institución. Así se dijo que “en el contrato oneroso de enseñanza, en el que la obligación principal es la de impartir instrucción con los alcances de los fines y objetivos tenidos en mira por las partes, debe considerarse incluida una obligación accesoria de seguridad tácita -en el caso, un niño de preescolar se fracturó al caer al piso cuando se retiraba del campo de deportes- que evidencia el principio de "naeminem laedere" de la responsabilidad aquiliana y se sustenta en la buena fe contractual”¹¹⁹. Se agregó que “es de resultado la obligación de seguridad que tienen los establecimientos educativos respecto de sus alumnos, quienes deben salir del lugar en perfectas

¹¹⁷ ANDRADA, Alejandro Dalmacio, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes”, en “La Ley” 1998-E-1242.

¹¹⁸ LÓPEZ, Estanislao, “Responsabilidad de establecimientos educativos: La inconsciente necesidad de subjetivizar la responsabilidad objetiva”, en “La Ley” 2005-B-473; SAGARNA, Fernando Alfredo, “Responsabilidad civil del establecimiento educativo privado, Daños causados en la clase de educación física”, en “La Ley Córdoba” 2002, pág. 704.

¹¹⁹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, “Gómez, Irene c/ Instituto San Roberto Arzobispado de Buenos Aires y otros”, 30/04/2002, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2002, pág. 805.

condiciones físicas y morales -en el caso, un niño de preescolar sufrió fracturas al caer al piso cuando se retiraba del campo de deportes-, pues los representantes legales no deben asumir los riesgos que suelen presentarse cuando colocan a sus representados en un establecimiento escolar¹²⁰.

En otro fallo se expuso que “el art. 1117 del Código Civil es claro y por ello se afirma que la obligación de seguridad que dimana del contrato de educación es de resultado, puesto que el deudor sólo se liberará de responsabilidad si demuestra el “caso fortuito”¹²¹.

8. Responsabilidad civil en los denominados “juegos de feria”.

La doctrina considera que en estos casos estamos en presencia de un contrato de consumo encuadrado en la calificación de servicios que formula el art. 1º de la ley 24.240 y existiendo –en consecuencia- una obligación de seguridad¹²².

Jorge Bustamante Alsina sostiene que existe jurisprudencia que distingue según el damnificado haya tenido o no una participación activa en el juego. Si hubo una participación activa, por ejemplo, si conduce un “auto chocador” la obligación del explotador del juego es de prudencia y diligencia. Por el contrario, si el actor utiliza un trencito o gira en la rueda la obligación es de resultado¹²³. En estos casos, la doctrina señala que no existe un riesgo anormal o extraordinario asumido por el usuario y que el empresario para eximirse de su responsabilidad debe probar la culpa de la víctima o el caso fortuito¹²⁴.

9. Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos bailables.

Las personas concurren a los establecimientos bailables en búsqueda de diversión, con la intención de pasar un “buen momento”. El propietario del local no puede asegurar dicho resultado, pero sí debe garantizar que los concurrentes no sufran daños en su integridad física o en sus bienes. Por lo tanto, debe adoptar todas medidas necesarias para evitar el acaecimiento de daños.

En consecuencia, se consideró responsable al dueño de un local –pub- por los daños que sufrió un asistente como consecuencia de una pelea que se originó dentro del recinto bailable y que continuó fuera del mismo¹²⁵.

¹²⁰ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, “Gómez, Irene c/ Instituto San Roberto Arzobispado de Buenos Aires y otros”, 30/04/2002, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2002, pág. 805.

¹²¹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA C, “Buratti, Esteban Ricardo c/Asociación Católica Irlandesa Colegio Santa Brígida y otro”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2008, pág. 1002.

¹²² LORENZETTI, Ricardo L., “Tratados de contratos”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. III, pág. 54.

¹²³ BUSTAMANTE ALSINA, J., “Teoría...”, cit., pág. 394.

¹²⁴ LORENZETTI, R., “Tratado...”, cit., t. III, pág. 55.

¹²⁵ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA E, “D.P., J. I. c/ Portezuelo S.R.L. y otro”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2003, pág. 522.

En otro decisorio se expresó que “el titular o concesionario de una discoteca tiene a su cargo un deber de seguridad accesorio, que consiste en velar por que los servicios brindados, los objetos o dependientes suyos, y la actividad, desórdenes y pasiones que genera el objeto propio de su quehacer comercial, no provoquen daños en las personas o los bienes de sus clientes”¹²⁶.

10. Responsabilidad civil por daños acaecidos en supermercados.

Los supermercados también asumen frente a los clientes una obligación de seguridad. En tal sentido, deben adoptar todas medidas de seguridad necesarias y posibles para evitar que dentro del local comercial los clientes sufran daños en su integridad física o en sus bienes.

No obstante, existe jurisprudencia que rechazó la pretensión resarcitoria de la actora que fue asaltada y atacada por ladrones en la galería de acceso del local, alegándose que “el deber de seguridad que le compete no alcanza a los daños producidos por un hecho ajeno a su actividad propia, en tanto escapa al contralor que es dable exigirle a una empresa privada cuando, a diferencia de lo que sucede con las compañías de transporte, el objeto principal del contrato o la ley no prevén una garantía de indemnidad a favor de una de las partes”¹²⁷. También se desestimó la demanda de la actora a quien le habían sustraído la cartera dentro de las instalaciones del centro comercial. A tal efecto se expresó que “es improcedente la acción de daños y perjuicios interpuesta contra un supermercado por quien fue víctima de un hurto mientras se encontraba comprando -en el caso, al actor le arrebataron su cartera-, pues el deber de seguridad de la empresa demandada no puede ser llevado al extremo de la custodia de los efectos personales que portan sus clientes, ya que el cuidado de ellos nunca se desprendió de su guarda”¹²⁸.

Por el contrario, en otro caso se responsabilizó tanto al fabricante como al vendedor –supermercado- por los daños que padeciera un consumidor al explotarle en sus manos una botella de gaseosa al agarrarla de la góndola donde se encontraba el producto¹²⁹.

11. Responsabilidad civil por intoxicación con alimentos.

Se trata de un típico supuesto de responsabilidad por el producto, donde el proveedor no solo asume la obligación de suministrarlo sino que el mismo no cause un daño.

¹²⁶ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LOMAS DE ZAMORA, SALA I, “Fanti de Soriani, Stella Maris y otros c/ Complejo L’ Evento y otros”, 22/03/2011, en “La Ley Buenos Aires” 2011 (abril), pág. 328.

¹²⁷ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA M, “Mans, Noemí Cecilia c/ Supermercados Norte S.A. y otros”, 21/11/2005, en “Responsabilidad civil y seguros” 2006, pág. 798.

¹²⁸ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, in re “Abud, Hiracio E., c/ Carrefour Argentina S.A”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2004, pág. 1051.

¹²⁹ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA B, “Ryan Tuccillo, A. M. c/ Cencosud y otros”, 26/03/1997, en “La Ley” 1998-E-611.

En el caso de un establecimiento comercial que se dedica al expendio de comida, además de cumplir la prestación contratada –provisión de alimentos-, debe garantizar al consumidor que no sufrirá un daño por su ingesta. Es decir, es deudor de la obligación de seguridad. Por lo tanto, acaecido el daño al actor le bastará con probar el incumplimiento de tal obligación. Por su parte, el demandado –empresario- para eximirse de su responsabilidad deberá probar el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.

No solo en el derecho argentino se presenta esta problemática. En España se acudió a la existencia de una obligación de seguridad para fundar la responsabilidad del proveedor de una golosina cuya ingesta provocó la muerte de un niño. En dicho caso la causa del deceso no fue la intoxicación sino el tamaño de la golosina. Un niño de tres años falleció al consumir un caramelo llamado “gominola”. Los padres del menor demandaron a la empresa que comercializaba la golosina –que era fabricada en Italia- y al quisco que la vendió. La demanda fue rechazada y los actores interpusieron el recurso de casación. La Sala I del Tribunal Supremo de España acoge la demanda sólo respecto de la empresa que comercializaba el producto y consideró que existió culpa concurrente del padre que permitió el consumo de la golosina. El tribunal expresó que “es procedente la demanda de daños y perjuicios interpuesta por los padres de un niño que falleció asfixiado al ingerir un caramelo de dimensiones impropias para el consumo de niños de corta edad, pues la empresa que comercializa dicha golosina es responsable -en el caso, de modo concurrente con el padre del menor, quien tuvo una actitud desatenta al entregarle el caramelo- de acuerdo al art. 28 de la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios de España, que establece una obligación de seguridad a cargo de los proveedores de determinados bienes y servicios”¹³⁰.

12. Responsabilidad civil de la empresa de catering.

El supuesto se asemeja al anterior en cuanto al objeto del contrato ya que refiere a la provisión de alimentos. No obstante, en este caso nos podemos encontrar que una empresa –por ejemplo un establecimiento fabril- contrata a otra empresa que presta el servicio de catering para que provea de alimentos a sus empleados. En este caso el vínculo contractual que se establece entre las dos empresas es por intermedio de un contrato de suministro. El citado contrato es definido por Gabriel Stiglitz como aquel “en virtud del cual, una parte se obliga a entregar cosas a la otra, en forma periódica o continuada y ésta a pagar un precio por ellas”¹³¹.

También, puede aparecer desligado al contrato de suministro –el que supone una relación de continuidad contractual- y presentarse como la contratación del servicio para un evento determinado, por ejemplo, una boda, un cumpleaños, una reunión empresarial, un congreso, etc. En ese caso, subsiste la obligación de seguridad junto a la obligación principal de la prestación del servicio de alimentos. En el caso de este contrato se señala que “es innegable la existencia de una obligación tácita de seguridad

¹³⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, SALA I, “M., Luis A. y otra c/ Interdulces S.A.”, 10/06/2002, en “Responsabilidad Civil y Seguros” 2002, pág. 1448.

¹³¹ STIGLITZ, Gabriel A., “Concepto y función del contrato de suministro”, en “La Ley” 1989-A-1074.

que acompaña a la prestación principal; desconocerla sería vulnerar la buena fe contractual; nadie contrata un servicio asumiendo un riesgo de ser dañado; podrá uno salir de la reunión más o menos satisfecho por los alimentos del servicio de catering, por el modo en que el mismo se brindó, pero nunca con una intoxicación”¹³².

13. Responsabilidad civil del propietario de un garaje.

El propietario del garaje no solo asume la obligación de prestar el servicio de cochera sino también una obligación de seguridad. Por lo tanto, será responsable de los daños que sufra el rodado como así también frente al robo o hurto del mismo.

En un fallo se expresó que “dado que la custodia del vehículo se contrata para mantenerlo indemne, la obligación del guardador es de resultado y, por ende, su responsabilidad objetiva. Por ello, no basta con alegar la inculpabilidad del demandado para exonerarlo de responsabilidad, sino que debe acreditarse la interrupción del nexo de causalidad con los caracteres del *casus*, lo que no acontece en el caso”¹³³. Además, se dijo que “el robo no exime de responsabilidad a quien explota un estacionamiento, pues se trata de un hecho previsible y evitable y, además, porque sus efectos pueden ser disminuidos o suprimidos mediante la contratación de un seguro adecuado, por lo que constituye un riesgo para el empresario que no asume las características del *casus* como interruptor del nexo causal”¹³⁴.

Muchos de estos casos se vinculan a la responsabilidad de los supermercados o hipermercados que ofrecen a los clientes el servicio de playa de estacionamiento gratuito. En este sentido, se sostuvo que “el centro comercial demandado debe responder por los daños derivados del robo de un automotor que se encontraba en su playa de estacionamiento, aún cuando el reclamante no pueda ser encuadrado en la figura del consumidor o usuario ya que se trata del empleado de un local ubicado dentro de dicho establecimiento, pues existe una obligación de seguridad que surge de un acuerdo de voluntades entre los empleados que ingresan con sus vehículos y el establecimiento que lo autoriza a fin de que aquellos estacionen”¹³⁵.

14. Responsabilidad civil del titular de un hotel.

Saúl Argeri indica que el contrato de hospedaje es “el acuerdo de voluntades que se celebra entre el empresario hotelero que, actuando profesionalmente en esa cualidad, presta habitualmente y de manera organizada a otro, denominado huésped o

¹³² GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., “La responsabilidad contractual, el servicio de catering y la obligación de seguridad”, en Lexis Nexis Nro. 0003/014285.

¹³³ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SALA I, “Becerra, María F. c/ Alonso, María M y/o responsable legal s/ daños y perjuicios”, en “Publicación del Instituto del Derecho del Seguro”, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, provincia de Santa Fe, Nro. 26, 2008, pág. 181.

¹³⁴ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SALA I, “Becerra, María F. c/ Alonso, María M y/o responsable legal s/ daños y perjuicios”, en “Publicación del Instituto del Derecho del Seguro”, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, provincia de Santa Fe, Nro. 26, 2008, pág. 181.

¹³⁵ CÁMARA 6ª EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, “Heredia, María Evelin c/ Wall Mart Argentina”, 17/12/2008, en “La Ley Córdoba” 2009 (abril), pág. 321.

viajero que paga un precio, el servicio de uso de habitación y demás servicios complementarios (ropa de cama, radio, televisor, luz, teléfono, baño, distribución de correspondencia, etc.), incluido la utilización de lugares y comodidades comunes, con o sin prestación del servicio de comidas”¹³⁶.

En el derecho argentino la responsabilidad civil en el contrato de hospedaje tiene una doble regulación lo que genera dudas respecto a si es contractual o extracontractual¹³⁷. Por un lado, está el régimen contenido en los arts. 1118 y 1120 del Código Civil que se encuentra ubicado dentro del Título IX, Sección II, Libro II referido a los cuasidelitos, con lo que hace suponer una responsabilidad extracontractual. Por el otro lado, está la regulación contenida en el Capítulo VI, Título XV, Sección III, Libro II referido al depósito necesario (arts. 2229 y sigtes del Código Civil) lo que hace suponer una responsabilidad contractual. Sin perjuicio de ello, la doctrina se inclina por sostener que se trata de una responsabilidad contractual y que el art. 1118 está mal ubicado metodológicamente dentro de los cuasidelitos¹³⁸.

El empresario hotelero no solo tiene la obligación de suministrar al pasajero la estadía prometida y contratada sino también que durante la misma no sufra algún daño en su integridad física y en sus bienes. Por ello debe garantizar al pasajero una estadía tranquila y segura, adoptando a tal efecto las medidas que fueran necesarias para evitar que las cosas y terceras personas le ocasionen daños a su persona o en sus bienes. Al respecto, Saúl Argeri indica que “este deber, que cuenta con antecedentes histórico-legales antiguos, se encuentra regulado por normas generales del ordenamiento común, dispositivos propios al espíritu del régimen comercial, a los principios específicos propios originados en los usos y costumbres del comercio y por las normas afirmadas en el ordenamiento público, basadas en razones de interés general regulatorias de diversos aspectos del contrato”¹³⁹.

En función de la obligación de seguridad que asume el empresario hotelero deberán adoptar las medidas necesarias y adecuadas para evitar la perpetración de hechos ilícitos por parte de delincuentes. En tal sentido, se sostuvo que el ingreso de un delincuente a un hotel en el que se hospedaban alumnos de un viaje de estudios no comporta un hecho inevitable e imprevisible, pues bien pudo ser evitado y previsto con el personal de guardia o custodia suficiente para impedir el acceso a los pasillos internos y habitaciones del mismo¹⁴⁰.

¹³⁶ ARGERI, Saúl A., “Contrato de hospedaje”, en “La Ley” 1985-D-926.

¹³⁷ Puede verse especialmente: LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Hospedaje y responsabilidad civil”, en “La Ley” 24/04/2006, pág. 1.

¹³⁸ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., “Manual de Derecho Civil. Obligaciones”, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1991, pág. 637; ALTERINI, A. AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R., ob. cit., t. II, pág. 414; LÓPEZ MESA, M., op. cit., pág. 1.

¹³⁹ ARGERI, Saúl A., “Contrato de hospedaje”, en “La Ley” 1985-D-926.

¹⁴⁰ CÁMARA NACIONAL FEDERAL CIVIL Y COMERCIAL, SALA II, “M., J. G. y Otros c/ Ministerio de Educación y Justicia – Secretaría de Educación-”, 12/10/1995, en “La Ley” 1997-E-1022 (39.823-S), citado por; LÓPEZ MESA, M., op. cit., pág. 1.

15. Responsabilidad civil de los bancos.

También se acudió a la obligación de seguridad para fundar la responsabilidad civil en la actividad bancaria, especialmente en lo concerniente a la sustracción de dinero de los cajeros automáticos que estuvo precedida por la maniobra delictiva conocida como “pescador”. En un caso en que una persona concurrió a la entidad bancaria a retirar su sueldo por cajero automático, no pudiendo hacerlo porque su tarjeta fue retenida por la máquina a través de una maniobra delictiva y siendo posteriormente el dinero robado por otras personas, se consideró que el banco debía indemnizar al cliente porque aquél tiene una obligación de seguridad que es de resultado y debía haber adoptado las medidas necesarias para evitar el delito. En el caso se tuvo en consideración que el banco no adoptó medidas de seguridad y que por ejemplo en el recinto del cajero no había un teléfono público para que la víctima pudiera avisar lo ocurrido¹⁴¹.

En otro fallo se expresó que “teniendo en cuenta que el banco demandado asumió una obligación de resultado y de seguridad –en cuanto al correcto funcionamiento del sistema de cajero automático-, el mismo resulta responsable por los perjuicios padecidos por el cliente a raíz de la retención indebida de su tarjeta de débito”¹⁴². Adicionándose que “no habiendo el banco demandado acreditado que el ilícito estuviera causalmente relacionado con la culpa o negligencia del cliente, y menos con su dolo o intención de perjudicar, corresponde responsabilizarlo por los daños y perjuicios padecidos con motivo de la extracción ilícita de dinero de la que fue víctima, como consecuencia de la retención indebida de su tarjeta por parte del cajero automático”¹⁴³.

En la doctrina, Daniel Moeremans sostiene que el banco tiene para con el cliente usuario del servicio de cajero electrónico un deber de seguridad por el cual “deberá mantener en perfecto estado de funcionamiento las bocas de servicio, evitando que el desperfecto de la terminal ocasione algún daño al usuario o consumidor”¹⁴⁴. Agregando que “cualquier desperfecto en el funcionamiento de las ATM que ocasione un daño al usuario le será imputado al banco titular del servicio, y ante una denuncia de mal funcionamiento por parte del usuario, el banco tiene que proceder en forma inmediata y de la manera que sea pertinente para evitar el daño al cliente”¹⁴⁵.

¹⁴¹ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MORÓN, SALA II, “González, Néida Esther c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal San Antonio de Padúa”, 10/02/2011, en Página del Colegio de Abogados de Morón <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.asp?1727>

¹⁴² CÁMARA NACIONAL COMERCIAL, SALA D, “Zappettini, Raúl M. c/ Banelco S.A.”, 11/08/2009, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010-A, pág. 145.

¹⁴³ CÁMARA NACIONAL COMERCIAL, SALA D, “Zappettini, Raúl M. c/ Banelco S.A.”, 11/08/2009, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010-A, pág. 145.

¹⁴⁴ MOEREMANS, Daniel E., “Responsabilidad contractual por daños producidos en la utilización de cajeros automáticos”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010-A, pág. 156.

¹⁴⁵ Id., pág. 156.

XIV. La obligación de seguridad en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio de 1998.

También la obligación de seguridad fue receptada por este proyecto de unificación legislativa que le destinó dos artículos¹⁴⁶.

El art. 1668, bajo el título de "Obligación tácita de seguridad", expresa que "Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes. b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado".

Por otra parte, agrega el art. 1669 que "Salvo disposición legal o estipulación de partes, quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas".

XV. Conclusiones.

1. La moderna concepción del derecho de daños posa su atención en la víctima en lugar del victimario. Por ello, la preocupación actual no es castigar sino reparar y en esta tesitura se debe procurar la reparación del daño injustamente sufrido en vez del injustamente causado.

Esta concepción que tiende a la protección del sujeto dañado provoca transformaciones en la esfera de los presupuestos del deber de resarcir. Entre los mismos, el factor de atribución ha sufrido profundas mutaciones en el sentido de han ganado terreno los factores objetivos equiparándose a los subjetivos. Esta evolución provocó inclusive el cambio de denominación del presupuesto, en el sentido de que hoy se lo designa como "factor de atribución" en lugar de "factor de imputabilidad".

Dentro de esta moderna configuración del derecho de daños y como corolario del crecimiento de los factores objetivos de atribución asoma fuertemente la existencia de la obligación de seguridad. La última cuando se presenta como obligación de resultado genera responsabilidad objetiva fundada en el factor garantía.

2. En el moderno derecho de daños se prioriza la prevención, indicándose que tal vez es el nuevo camino por el cual transita la responsabilidad por daños¹⁴⁷.

¹⁴⁶ La comisión encargada de la redacción del proyecto estuvo integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

¹⁴⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad...", cit., pág. 235.

La obligación de seguridad tiende a la prevención del daño. En tal sentido, procura que el empresario adopte las medidas que fueran necesarias para evitar el acaecimiento del daño. A su vez, coordinada con otra moderna figura que integra el “nuevo” derecho de daños, como son los daños punitivos, permite instalar la idea que es más eficiente prevenir que indemnizar.

3. La obligación de seguridad es de naturaleza contractual y emerge de la primera parte del art. 1198 del Código Civil que consagra el principio general de la buena fe.
4. Puede ser establecida expresamente por las partes, impuesta por la ley o surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración en base al principio de la buena fe.
5. Tiene fundamento constitucional en la obligación de indemnidad, que surge de la interpretación del art. 19 de la C.N. que establece el principio de no dañar. Asimismo, su recepción constitucional se encuentra fortalecida luego de la reforma constitucional de 1994 que incorporó con jerarquía constitucional diversos Tratados internacionales sobre Derecho Fundamentales.
6. Se trata de una obligación secundaria y autónoma que trae consigo un factor objetivo de atribución.

La objetivización provoca importantes consecuencias en lo atinente a la carga de la prueba de las existentes. En tal sentido, el deudor para excluir su responsabilidad debe probar el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no debe responder.

7. No es posible liberar al deudor de la seguridad de su responsabilidad a través de cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad. Entendemos que este tipo de cláusulas debilitan el vínculo obligacional y no se condicen con el moderno derecho de daños que hace centro en la protección de la persona y en la necesidad de resarcir el daño injustamente causado.
8. En los últimos tiempos la obligación de seguridad ha experimentado una importante expansión en la jurisprudencia. Existen numerosos casos jurisprudenciales que conciben la existencia de una obligación tácita de seguridad aplicable en diversos ámbitos y que encuentra su fundamento en el principio de buena fe.