

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ OBLIGACIONES ~ OBLIGACION DE SEGURIDAD ~ PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ~ ANTIJURICIDAD

Título: ¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?

Autor: Pizarro, Ramón D.

Publicado en: LA LEY 21/09/2015, 21/09/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/2538/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Mis coincidencias con Picasso. — III. Mi discrepancia con la posición de Picasso

Abstract: La obligación tácita de seguridad mantiene vigencia en el Código Civil y Comercial. Rige en aquellos contratos que por su carácter riesgoso imponen al deudor la obligación de velar por la persona y bienes del acreedor. Conserva utilidad en aspectos relevantes, que no han sido modificados por el nuevo Código, tales como acción de cumplimiento, resolución y suspensión por incumplimiento, estándar de previsibilidad agravada en caso de incumplimiento doloso y responsable.

I. Introducción

En el número 1 de la Revista Código Civil y Comercial, de julio de 2015, se publicó un excelente artículo de Sebastián Picasso, titulado "Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común". El autor realiza un meduloso estudio de la problemática de la obligación tácita de seguridad, analiza su evolución en el derecho argentino y llega a la conclusión que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ella ha muerto. "Corresponde —dice— agradecerle los servicios prestados, ofrecerle un digno funeral y dejarla descansar en paz". De allí el título de su sugerente trabajo.

Básicamente, Picasso sostiene que la utilidad de la figura pudo justificarse y en alguna medida entenderse en un sistema como el del Código Civil derogado, que distinguía entre responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual) y por hechos ilícitos (extracontractual). Ello así por cuanto por dicha vía se logró mitigar la rigidez del sistema y posibilitar que la responsabilidad por el hecho de las cosas o de terceros por quienes se debe responder, pudiere ser modulada, en el ámbito contractual, bajo estándares de responsabilidad objetiva. Pero dentro de un régimen de responsabilidad unificada, como el que trasunta el nuevo código, la figura habría perdido su razón de ser, por cuanto: a) Tenemos ahora un régimen normativo para la responsabilidad por el hecho de las cosas, por actividades riesgosas y por el hecho de dependientes que es aplicable en uno y otro ámbito (contractual y extracontractual) de manera indistinta. b) El mismo se complementa con un marco normativo que en determinados sectores plasma la existencia de una obligación de seguridad expresa y no tácita, de resultado, tal lo que sucede en el ámbito del derecho del consumidor (art.42 CN y art. 5, ley 24.240). Esta disposición de orden público permitiría cubrir la mayoría de los casos en los cuáles se suscitaba la aplicación de la obligación tácita de seguridad, extendiendo la solución a toda relación de consumo, sea contractual o no; menciona, en este orden, los daños sufridos por el consumidor ante la sustracción de su automóvil en una playa puesta a su disposición por un establecimiento mercantil, o por accidentes dentro de cualquier perímetro parte del centro comercial, o en una ruta concesionada como consecuencia de animales sueltos, aun tratándose de daños sufridos por quienes utilizan el servicio sin pago directo, como lo son los pasajeros de un colectivo.

Según el autor —que integró el equipo de juristas que colaboró con la Comisión en materia de responsabilidad por daños— la omisión del Código Civil y Comercial de tratar la obligación de seguridad fue deliberada, en claro contraste con el criterio que proponía el Proyecto de 1998 en sus arts. 1668 y 1669, que inspiró muchas disposiciones del nuevo cuerpo normativo [\(1\)](#).

El trabajo de Picasso tiene las mejores virtudes que pueden esperarse de un artículo de doctrina: está muy bien escrito, sólidamente fundado y tan sugerente que invita a pensar. En mi caso particular, además, me genera dudas y algunas respetuosas discrepancias. Precisamente, a partir de ambas, escribo estas breves reflexiones, sin ánimo de polemizar, con la esperanza y el deseo de que otros juristas se sumen y brinden sus puntos de vista. Hoy más que nunca, el derecho sigue siendo una obra colectiva, siempre inacabada.

II. Mis coincidencias con Picasso

Coincido con Picasso en que la sanción del Código Civil y Comercial de la nación ha producido la unificación, en lo sustancial, de ambos sistemas de responsabilidad civil. Y es en ese contexto, gran parte de la utilidad de la obligación tácita de seguridad en el plano resarcitorio se ha desvanecido significativamente.

Conuerdo, también, en que el nuevo Código permite, en la inmensa mayoría de los casos, llegar a las mismas soluciones que se obtenían a través de la figura que nos ocupa, con mejor basamento normativo. Ya no es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por actividades riesgosas, o por el hecho ajeno (dependientes, auxiliares, colaboradores, sustitutos) en materia contractual u obligacional. Tenemos ahora un marco normativo específico (arts. 732, 1753, 1757, 1758 y concs.) que puede ser aplicado sin inconvenientes en toda tipología de responsabilidad [\(2\)](#).

Convengo de igual modo en que ese fenómeno se potencia con la regulación de la obligación expresa (y no tácita) de seguridad en el ámbito del derecho del consumidor (art. 42 CN y art. 5 de la ley 24.240).

Agrego, por mi parte, que también, que existen otros supuestos en los cuáles expresamente la ley ha determinado la existencia de una obligación de seguridad, que subsisten y se consolidan en el Código Civil y Comercial y su legislación complementaria, tal lo que sucede, por ejemplo, con el contrato de transporte (art. 1289 inc. c) (3), con las previsiones de la ley 23.184(t.o. ley 24.192) que regula la responsabilidad de las entidades o asociaciones participantes en un espectáculo público deportivo. Y fuera del ámbito del derecho civil y comercial, el art. 75 de la ley 20.744 de contrato de trabajo. Dicha normativa consagra claros supuestos de obligaciones de seguridad, de carácter expreso y no tácito, que forman parte de la trama contractual.

III. Mi discrepancia con la posición de Picasso

El artículo de Picasso me genera también algunas discrepancias, reconociendo, por cierto, que el tema es opinable.

Mi posición es la siguiente: La obligación tácita de seguridad ha perdido gran parte de la importancia que tuvo hasta la sanción del nuevo código, particularmente en materia resarcitoria, pero aún conserva utilidad en otros importantes aspectos, que no pueden ser soslayados.

El punto de partida debe ser emplazado en lo siguiente: la obligación de seguridad plantea, en esencia, una cuestión relacionada con la antijuridicidad, uno de cuyos efectos se vinculan con las consecuencias resarcitorias que pueden emerger de su violación, cuando se conjuguen, claro está, con los restantes presupuestos de la responsabilidad civil. Decimos, uno de sus efectos y no el único.

Para hablar de antijuridicidad —que supone violación al ordenamiento jurídico integralmente considerado a través de la acción u omisión del agente— es preciso determinar si la obligación de seguridad, tal como se la ha concebido, integra o no, hoy, en ciertos casos, ese plexo jurídico.

Sólo a partir de la admisión de la existencia previa de una obligación (en este caso de seguridad), puede hablarse de incumplimiento absoluto o relativo de la prestación (y, en su ámbito, del contrato), de la consecuente antijuridicidad que por sí propio denota y de los efectos que dicha situación produce, que pueden ir mucho más allá del plano resarcitorio.

En mi opinión, subsisten y no han variado en lo sustancial, las razones que se invocaron en el régimen anterior para justificar la existencia, la conveniencia y la necesidad de la obligación tácita de seguridad, en el ámbito de los contratos cuya ejecución prestacional genere riesgos para la otra parte, con basamento, entre otros argumentos, en el principio de la buena fe (arts.9, 729, 961 y cs. Cód. Civil Comercial y art. 1198 primer párrafo, Cód. Civil derogado).

Se me podrá contestar, con Picasso, que tal responsabilidad por actividad riesgosas está ahora contemplada en el nuevo código (art. 1757 y 1758), lo cual tornar inútil la figura. Y que tal conclusión se potencia si se pondera que también la responsabilidad por el hecho de terceros y de las cosas está regulada en dicho cuerpo normativo de manera unificada para una y otra órbita (arts. 1753, 1757,1758 y cs.).

No desconozco que esto último es real (más aún, lo comparto) y conduce a un evidente eclipse de la utilidad de la obligación de seguridad en el ámbito resarcitorio. Ya no es menester, ahora, acudir a ella para fundar la responsabilidad del deudor por el hecho de sus colaboradores, auxiliares o sustitutos en la ejecución prestacional, ni por los daños que causan las cosas que utiliza en tales circunstancias. El marco normativo específico releva al intérprete de tan esforzada construcción y resuelve el problema de modo más explícito, sencillo, eficaz y seguro.

Sin embargo, la relevancia de la obligación (expresa o tácita) de seguridad no pasa solamente por el plano resarcitorio, que es uno de los efectos que puede generar su incumplimiento, pero no el único, y a veces, ni siquiera, el más importante.

a) La obligación expresa o tácita de seguridad puede ser exigida en su cumplimiento por parte del acreedor y resultar objeto de ejecución forzosa directa, en especie o por un tercero (art. 730 incs. a y b, CCyC), o de vías indirectas de ejecución compulsiva, como por ejemplo, las sanciones conminatorias.

Esto sería inconcebible si ella no existiese, pues las vías de ejecución y de compulsión obligacional presuponen la presencia de esta última.

Nos parece absolutamente incompatible la doctrina francesa citada por Picasso, que tilda de "falsa obligación contractual" a la obligación tácita de seguridad, o sea aquella no convenida por las partes, ni fijada por la ley como integrante del contrato, de manera supletoria o imperativa. Es una idea regresiva, que parte de una concepción muy estrecha y formalista del contrato, vedando su integración con el principio de la buena fe que debe impregnarlo en toda su plenitud: desde los preliminares hasta el completo agotamiento de sus efectos, pasando por su objeto y contenido.

Menos compatible es la afirmación en el sentido de que la obligación de seguridad no interesa a la realización de la operación económica querida por las partes, por carecer de contenido concreto y que por tal

motivo, no podría ligarse su existencia a su cumplimiento, sino a su violación. En otras palabras: que sólo asumiría importancia cuando es violada, sin que pueda predicarse acerca de ella ningún contenido positivo. Tampoco es de recibo que no pueda ser objeto de ejecución forzada, o susceptible de cumplimiento en tanto no se pruebe su violación (4).

Por lo pronto es inexacto que en un contrato que genera riesgos a la persona o bienes del cocontratante, la obligación de seguridad no interese a la operación económica querida por las partes y que carezca de contenido concreto.

Su proyección negocial —sea ella tácita o con mayor razón cuando surge expresamente de la voluntad de las partes o de la ley— es evidente y representa mucho más que el mero deber general de no dañar a otro. Se plasma en contenidos prestacionales que tienen que ser relacionados con el objeto y causa fin del contrato, con el reparto de riesgos que todo contrato lleva ínsito, y con el interés de las partes a lo largo de toda la relación negocial. La frustración del interés negocial de alguna de las partes puede estar ligada, en muchos casos, a una prestación de seguridad comprometida expresa o tácitamente por la otra, conclusión que se potencia en los contratos que proyectan sus efectos en el tiempo.

Es falso, también, que la obligación de seguridad carezca de objeto y de contenido positivo, que no pueda ser objeto de ejecución forzada, ni susceptible de cumplimiento hasta tanto no se pruebe su violación. Tal aseveración es fruto de la voluntad del intérprete, condicionada en el caso de la autora francesa que cita Picasso, a su particular concepción del contrato y a un rígido criterio valorativo que, nos parece, es ajeno a nuestro sistema, a nuestra realidad y a nuestras mejores tradiciones.

Por lo pronto, no vemos razón alguna por las cuáles la obligación de seguridad (expresa o tácita) no pueda ser objeto de una pretensión de cumplimiento por parte del acreedor, por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuáles se trate de contratos de duración y opere el incumplimiento relativo de la misma por parte del deudor. Tal lo que sucedería en el marco de un contrato entre una Obra Social y un Hospital para la atención de sus afiliados durante diez años (5), si se alega que el centro asistencial omite cumplir con los deberes de seguridad adecuados para proteger la seguridad de estos últimos, con insalvable posible repercusión sobre los propios intereses patrimoniales de aquella. Demandar el cumplimiento del contrato y exigir la adopción de las medidas de seguridad que correspondan, en estricto cumplimiento de la obligación de seguridad (expresa o tácita) asumida, no parece en lo más mínimo algo reñido con el sistema jurídico. Se trataría, en tal caso, de una pretensión de cumplimiento forzoso, lo cual pone en evidencia que la obligación de seguridad existe y tiene entidad más allá del plano resarcitorio. Más todavía: en el régimen del Código Civil y Comercial habilitaría la vía de tutela preventiva que prevé el art. 1032 o la suspensión del propio cumplimiento que prevé el art. 1031. Nada de eso sería posible si la obligación de seguridad —expresa o tácita— no existiera, como tal, esto es como integrante del vínculo negocial y no fuera del mismo.

b) La resolución del contrato por incumplimiento de la obligación tácita de seguridad no sería concebible sin el reconocimiento previo de que tal obligación existe y resulta incumplida. Y no vemos razón alguna que pueda impedir este efecto, particularmente en contratos que proyectan sus efectos en el tiempo, ya de manera escalonada, ora de duración.

c) Las vías de tutela preventiva que consagran los arts. 1710 y siguientes del Cód. Civil y Comercial requieren para su más eficaz concreción, en ciertos ámbitos contractuales, del previo reconocimiento de la existencia de la obligación de seguridad. Su invocación y prueba puede constituir un elemento dirimente para el despacho de medidas inhibitorias, particularmente, de carácter cautelar o autosatisfactivo. El cartabón referencial para la adopción de las mismas no debe pasar solamente por la realización de una actividad riesgosa por parte del cocontratante, sino también por la mensuración de su obligación de seguridad cuando esta expresa o tácitamente integre el plexo contractual y del crédito a dicha seguridad que tiene el acreedor, en ambos casos ponderando su entidad cualitativa y cuantitativa. El interés en la prevención del daño que condiciona la legitimación activa del acreedor (art. 1712 CCyC), y la razonabilidad de las medidas que se adopten, en función de las circunstancias del caso y de la propia economía del contrato, tornan insoslayable la previa ponderación de estos aspectos.

d) Más todavía, aún dentro del ámbito resarcitorio la figura mantiene cierta utilidad, pese a que buena parte de las implicancias prácticas que tuvo en otro tiempo se han desvanecido con la sanción de los arts. 732, 1753, 1757 y 1758 del Cód. Civil y Comercial.

En efecto, en materia contractual se prevé expresamente que cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de celebrarse el contrato y también al tiempo del incumplimiento. Lo cual conduce a un esquema de responsabilidad agravada.

Pues bien, si la obligación de seguridad no existiese, o resultase innecesaria, dicho estándar resultaría de impracticable concreción. No creemos que ello sea así. Quien incumple dolosamente con una obligación de seguridad, que expresa o tácitamente pueda pesar sobre él, debe estar alcanzado por el criterio de previsibilidad contractual dolosa que prevé el art. 1728. Nada de ello sería posible, sin el previo reconocimiento de dicha

obligación contractual de seguridad y de su incumplimiento doloso por el obligado.

e) La obligación tácita de seguridad mantiene importancia — por lo general, como prestación generalmente de medios — en la responsabilidad de los profesionales liberales, cuya actividad no está comprendida en la previsión normativa prevista para las actividades riesgosas del art. 1575 (art. 1768 CCyC), y cuya responsabilidad por el hecho de las cosas se circunscribe únicamente al daño causado por el vicio de la misma. La conclusión se potencia si se tiene en cuenta que la ley 24.240 de defensa del consumidor no les resulta aplicable salvo en aspectos atinentes a la publicidad de los servicios que realicen.

En ambos supuestos resulta útil, pues en aquellos casos en los cuáles la ejecución prestacional presente riesgos, permite modular si el deudor ha cumplido con los estándares de seguridad que diligentemente las circunstancias del caso le imponían (arts. 1725 y concs. CCyC).

f) El pretendido desvanecimiento de la obligación de seguridad en los supuestos antes indicados puede importar, en muchos casos, un retroceso en la protección de los derechos del acreedor, que no luce compatible con la dinámica evolutiva que evidencia su tutela, inclusive a la luz los propios textos del nuevo código.

En resumidas cuentas:

1) La obligación tácita de seguridad mantiene vigencia en el Código Civil y Comercial.

2) Sólo rige en aquellos contratos que por su carácter riesgoso imponen al deudor la obligación de velar por la persona y bienes del acreedor.

3) La aplicación práctica de la figura se ha visto menguada en aspectos relevantes, luego de la sanción del nuevo código. No es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad del deudor por el hecho de las personas que introduce para la ejecución prestacional, ni por el hecho de las cosas que utiliza en el cumplimiento, ni por actividades riesgosas. En todos estos supuestos se aplica la normativa específica: arts.732, 1753,1757, 1758 y concs. Cód.Civ.Com.

4) Sin embargo, conserva utilidad en otros aspectos relevantes, que no han sido modificados por el nuevo código, tales como acción de cumplimiento, resolución y suspensión por incumplimiento, estándar de previsibilidad agravada en caso de incumplimiento doloso y responsable.

¿Réquiem para la obligación de seguridad? ¿O se trata de un muerto que aún goza de buena salud?

El debate está abierto.

(1) El proyecto de 1998 regulaba la obligación tácita de seguridad en los arts.1668 y 1669, en un marco de responsabilidad por daños unificada, en materia contractual y extracontractual. En el primero de ellos disponía: "Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ellas, 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 prevenirse ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el demandado." La norma propuesta era defectuosa pues omitía la referencia, necesaria en nuestra opinión, de que ella debía generarse con motivo de una relación contractual, ya que en caso contrario, no hay técnicamente obligación de seguridad, sino un mero deber jurídico. Sin embargo, no era éste el dato más preocupante que arrojaba la solución proyectada, sino la causal de liberación prevista en el art. 1669, que disponía: "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". La solución propiciada era, a nuestro modo de ver, inadecuada y regresiva y constituía uno de los puntos más criticables de aquél excelente Proyecto. Conforme la doctrina dominante en nuestro país, la responsabilidad que emerge del incumplimiento de la obligación de seguridad es, como regla, objetiva y sólo en casos excepcionales, subjetiva. No hay razón alguna que justifique el apartamiento de este criterio, pacíficamente aceptado.

(2) Me ocupo de la obligación de seguridad con mayor detenimiento en Pizarro, Tratado de la responsabilidad objetiva, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015 (en prensa), t. II cap. 23, n. 198 y ss,

(3) Picasso sostiene que el nuevo código regula la responsabilidad del transportista no bajo un estándar de incumplimiento de una obligación de seguridad —ahora expresa y no tácita—, de resultado (como ocurría en el régimen anterior, art. 184 Cód. de Comercio), sino aplicando lisa y llanamente el régimen normativo para la responsabilidad por actividades riesgosas (arts. 1286 y 1757). Lo cual confirmaría su hipótesis en el sentido de la inutilidad de la figura luego de la sanción del nuevo código. Aun admitiendo por un momento, hipotéticamente, su razonamiento, en el sentido de que es innecesario acudir a la obligación de seguridad de resultado incumplida para fundar la responsabilidad del transportista, la utilidad de la figura no desaparece. Doy razones: a) En primer lugar, agrada o no, pesa sobre el transportista la obligación de garantizar la seguridad del pasajero. No se trata de un mero deber jurídico genérico, sino de una obligación en sentido estricto, que forma parte de la trama negocial, del objeto y del contenido del contrato. Eso es lo que dice el art. 1289 inc. c). b) Se trata de una obligación de resultado expresa, cuya existencia puede propiciarse, sin inconveniente alguno, aún en defecto de previsión normativa por aplicación del principio de la buena fe (arts.9, 729, 961 y concs. Cód.

Civ. Com.), plasme o no el contrato de transporte una relación de consumo (lo contrario importaría una grave regresión en la materia). c) También en el transporte de cosas está subyacente la idea de una obligación de seguridad expresa con relación al transporte de la carga, a punto que el transportista sólo se libera si prueba la causa ajena (art. 1286), con excepción del supuesto previsto en el art. 1310 donde rige el principio de la culpa. d) La existencia de dicha obligación expresa de seguridad tiene enormes proyecciones en el plano de la tutela conservatoria, satisfactiva y resolutoria del crédito, se trate o no de una relación de consumo (con mayor razón, en este último caso). De allí que en modo alguno parezco apropiado prescindir de su existencia e importancia por el solo hecho de que el marco normativo vigente permita alcanzar los mismos resultados que antes se obtenían a través de ella, en el plano resarcitorio, por vía de otras instituciones ciertamente mejor diseñadas.

(4) Picasso cita la opinión de Faure Abbad, Marianne, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, L.G.D.J., Poitiers, 2003, ps. 414 y ss.

(5) Contrato de larga duración, art. 1011 Cód. Civ. Com.