

NOTA A FALLO: CNCom., Sala D, 04-05-05, “*Tren de la Costa S.A. s. concurso preventivo, s. inc. de verificación de crédito por Yebra de Castaño, María*”.

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)¹

“La jurisprudencia es el gran medio para remediar los defectos de las leyes. Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo. La ley es un Dios mudo: habla por boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua. Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta”.

Juan Bautista Alberdi, extractado de la obra literaria *Bases y puntos de partida para la organización política de la Republica Argentina*.

SUMARIO: I. El fallo en cuestión – II. Contrato de espectáculo público – III. Obligación de seguridad: a) origen y evolución; b) concepto, fuente y fundamentos; c) caracteres; d) sus lineamientos en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 – IV. Indemnización: a) el daño moral en la órbita contractual; b) autonomía del daño psicológico – V. Reflexión final.

I. El fallo en cuestión

La sentencia que nos toca comentar confirma lo resuelto por el *a quo* en cuanto a la responsabilidad impuesta a la empresa demandada Tren de la Costa S.A. (en concurso preventivo) por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por la actora (quien al momento del hecho contaba con 70 años de edad) al tropezar y caer por la escalera del anfiteatro -ubicado dentro del mismo complejo de diversiones del predio Parque de la Costa- al momento de ingresar junto a su familia al salón donde se desarrollaba el espectáculo –previo pago de

¹ Por el Dr. Martín Diego Pirota. Abogado Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano – Argentina y Universidad de Salamanca – España). Web site del autor: www.martindiegopirota.com.ar - Artículo publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VII, N° 9, Setiembre de 2005, págs. 41/67.

un ticket, billete o precio-, ya iniciada la representación teatral y en condiciones de cierta oscuridad, siendo acompañada por personal dependiente de la demandada encargado de acomodar a los espectadores, en el caso, provisto de una linterna que guiaba los pasos de la damnificada y familia.

El Juez preopinante fundó la responsabilidad de la demandada en la responsabilidad extracontractual y objetiva prevista por el art. 1113 del Código Civil, no aclarándose en el fallo de la Alzada, si lo era por aplicación del párrafo primero o segundo del citado artículo, ni tampoco cuál fue la órbita de responsabilidad en la cual la actora basó su pretensión indemnizatoria.

En la segunda instancia considerando el tribunal el mencionado encuadre legal, si bien no modifica la cuestión de fondo en cuanto a la responsabilidad civil de la accionada, reconduce acertadamente el mismo y, echando manos del principio *iura novit curia*, sostiene que la relación que unía a la víctima con la demandada era la de un contrato innominado de espectáculo público, motivo por el cual no le son aplicables las disposiciones relativas a la responsabilidad surgida de los delitos y cuasidelitos (conf. art. 1107 del Código Civil). En consecuencia, halló la responsabilidad de la requerida en el incumplimiento del deber de seguridad respecto del espectador, inmanente en cabeza del empresario prestador de todo espectáculo público.

Con relación a los rubros indemnizatorios la decisión en análisis confirma el monto de \$ 40.000.- otorgado en primera instancia en concepto de incapacidad física sobreviniente y gastos de atención médica, teniendo en cuenta la incapacidad parcial y permanente del 80% dictaminada por el perito médico designado en autos; y asimismo, indicando –aunque sin entrar en detalle- la diferencia entre el daño moral y el daño psicológico, rechaza éste último por falta de consistencia de la prueba correspondiente a dicho rubro, justipreciando el agravio moral en la suma de \$ 20.000.- conforme lo normado por el art. 522 del Código Civil.

Por último, y completando lo ordenado por el fallo, se hace extensiva la condena a la aseguradora de la demandada citada en garantía en la medida del seguro de responsabilidad civil contratado (art. 118 párrafo tercero de la Ley de

Seguros N° 17.418/68²); se autoriza a la actora a verificar la suma de condena en el concurso de la demandada con carácter quirografario o común (art. 248 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522/95³), y se reconocen los intereses desde el acaecimiento del hecho hasta la fecha de presentación en concurso preventivo de Tren de la Costa S.A. (art. 19 párrafo primero de la Ley de Concursos y Quiebras⁴), conforme la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, de acuerdo a la pacífica jurisprudencia del fuero comercial; imponiéndose las costas del proceso a la demandada vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 278⁵ de la Ley de Concursos y Quiebras).

II. Contrato de espectáculo público

Rezzónico propone la siguiente definición: “Es el contrato que celebran por una parte el empresario del espectáculo, función o representación y por la otra las personas que aspiran a asistir a ese espectáculo, obligándose el primero a proporcionar determinada función, representación o espectáculo y el público o espectador a pagar un precio cierto en dinero”⁶.

A nuestro entender coincidimos con la doctrina autorizada en el sentido de que estamos frente a un contrato atípico o innominado que se asemeja más a la

² Art. 118 tercer párrafo (Cosa juzgada): “La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o la ejecución de sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”.

³ Art. 248 (Créditos comunes o quirografarios): “Los créditos a los que no se reconocen privilegios son comunes o quirografarios”.

⁴ Art. 19 primer párrafo (Intereses): “La presentación del concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca. Los intereses de los créditos así garantizados, posteriores a la presentación, sólo pueden ser reclamados sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados a la hipoteca o a la prenda”.

⁵ Art. 278 (Leyes procesales locales): “En cuanto no esté expresamente dispuesto por esta ley, se aplicarán las normas procesales de la ley del lugar del juicio que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal”.

⁶ Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Reformas al Código Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 266.

locación de obra, por lo que le son aplicables por vía analógica los principios propios de esa institución (arts. 1629 a 1647 bis del Código Civil)⁷.

En ese sentido señala Mosset Iturraspe que “la principal obligación asumida por el empresario del espectáculo es la de brindar al espectador ‘la función’, entendida como obra o resultado: proyección de un film, representación de una pieza teatral, partido de fútbol, match o pelea boxística, etc., de acuerdo con los anuncios o ‘programas’ en lo relativo a la selección del film, pieza teatral, equipos intervinientes, etc., y además en lo que hace a lugar, horarios, comodidades, etc.; se obliga, además, a mantener indemne al espectador desde su ingreso al recinto o lugar del espectáculo hasta la salida del mismo. El incumplimiento de una y otra obligación compromete su responsabilidad por los daños materiales y morales sufridos por el espectador”⁸.

En lo que hace a los caracteres del contrato bajo análisis, resume Argeri - con cita de calificada doctrina italiana y francesa- que “se perfila como eminentemente comercial, atípico, oneroso⁹, bilateral y en principio de adhesión, sirviendo el billete (entrada) de título probatorio del contrato¹⁰. Queda perfeccionado en el momento en que el espectador paga el precio por el espectáculo que ofrece y promete el empresario”¹¹.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, destaca el fallo en análisis que la actora ingresó junto a su familia en la sala del teatro una vez abonado el

⁷ Conforme opinión de TRIGO REPRESAS, Félix A., vertida en una clase del postgrado en *Derecho de Daños* sobre la temática de los *Daños en los espectáculos públicos*, dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agrega ARGERI que “se trata de un contrato atípico; distinto a la catalogación tradicional, donde el objetivo teleológico del empresario no reside en locar un espacio o una butaca (asiento) al espectador, porque ella (la butaca, asiento o espacio) es simple medio, en su caso, de utilización (uso) para ver u oír el espectáculo...Tampoco se trata de contrato de empresa, dentro de cuya noción quedan incluidas otras que sólo traducen actividades económico-jurídicas empresariales”. (ARGERI, Saúl A., *Contrato de espectáculo público*, LL 1986-B-1011)

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Parte Especial, T. IIA, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972, pág. 172.

⁹ Aunque puede ser gratuito.

¹⁰ “El billete no es un simple recibo del precio pagado, sino el título probatorio del contrato, y generalmente, por no incluir el nombre del espectador, constituye en la práctica un ‘título al portador’. Se trata de un instrumento particular que constituye la prueba principal de los términos del contrato, pero no la única, puesto que sus términos se integran con la oferta al público realizada por el empresario mediante los programas, carteleras, avisos radiales o televisivos, etc.”. (Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., op. cit., pág. 267)

¹¹ ARGERI, Saúl A., op. cit., pág. 1011. Agrega MOSSET ITURRASPE que el contrato citado es siempre consensual, no formal y sujeto a las reglas comunes de la prueba. (MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., págs. 173/174)

ticket correspondiente, por lo que el contrato de espectáculo público así constituido se hallaba en curso de ejecución al momento de producirse el evento dañoso.

Por nuestra parte, si bien compartimos la decisión de la Alzada de enmarcar la relación entre la actora y la demandada como contractual (contrato de espectáculo público), no encontramos obstáculos para que dicha tensión que unía a la víctima (espectador-usuario) con la reclamada (empresario-proveedor de servicios de espectáculo público), pueda ser encuadrada como una típica relación de consumo en función de lo prescripto por los arts. 1¹² y 2¹³ de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 24.240/93¹⁴. Teniendo en cuenta la solución más beneficiosa para el usuario y la Constitución Nacional, que con la reforma del año 1994 ha elevado los derechos de los usuarios y consumidores al rango de jerarquía suprallegal.

Encontrando como diferencia más notoria entre el encuadre normativo caracterizado en el *sub lite* como contractual (contrato de espectáculo público) de la relación comercial trabada entre reclamante y accionada, y la relación de consumo sugerida por nosotros, los diferentes plazos de prescripción de las

¹² Art. 1 (Objeto): “La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles. b) La prestación de servicios. c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

¹³ Art. 2 (Proveedores de cosas o servicios): “Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su oferta”.

¹⁴ Con las ventajas que se desprenden de la aplicación del art. 40 de la normativa especial de consumo, que prevé la responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio por violación de la obligación de seguridad derivada de los arts. 5 y 6 de la citada ley y 43 de la Constitución Nacional; ensanchando la legitimación activa; ampliando la legitimación pasiva solidaria con acciones de repetición; y con eximente de responsabilidad basada en la ruptura del nexo causal.

respectivas acciones resarcitorias: diez años conforme al art. 4023¹⁵ del Código Civil y tres años por aplicación del art. 50 de la ley 24.240¹⁶.

Como lo indicamos *ut supra*, el contrato de espectáculo público -sea oneroso o gratuito- genera para el empresario dos tipos de obligaciones de resultado o de fines para con el espectador: una principal o primaria que tipifica el contrato, consistente en cumplir con el programa previamente anunciado, sin modificarlo sustancialmente¹⁷; facilitar el regular ingreso y egreso del lugar; posibilitar al espectador lugar, comodidades y visibilidad normal para el goce del espectáculo; reservar el asiento al espectador cuando las entradas sean numeradas; en el supuesto de ofrecer guardarropa, toda pérdida o sustracción de lo depositado faculta al espectador a exigir el reintegro de lo depositado, regulándose la situación por los principios del depósito¹⁸. Y otra obligación de seguridad, secundaria, con autonomía funcional y complementaria de la obligación principal, mediante la cual el deudor (empresario) garantiza al acreedor (espectador) que durante el decurso del plan de prestación principal (espectáculo público) no va a sufrir ningún daño adicional en su persona o bienes. Por lo que si el espectador finalmente sufre daños, el empresario tiene la obligación subsidiaria de indemnizar dichos perjuicios al damnificado, a menos que logre acreditar que el menoscabo se produjo por culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe civilmente responder o bien por caso fortuito extraordinario, anormal y ajeno al presupuesto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa¹⁹.

¹⁵ Art. 4023 primer párrafo (Sustituido por la ley 17.711/68 y modificado por ley 17.940/68): "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe, por diez años, salvo disposición especial".

¹⁶ Art. 50 (Prescripción): "Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales".

¹⁷ "En caso de modificarse el espectáculo, incluso debido a fuerza mayor, por aplicación de los principios del riesgo que como empresario toma a su cargo, viene obligado a reintegrar el precio de la entrada que ha recibido". (Conf. ARGERI, Saúl A., op. cit., pág. 1012). A su vez señala NIETO, que "la pretensión esencial del espectador es el resultado de la proyección del programa. El empresario ha de soportar los riesgos cuando por causa no imputable a ninguna de las dos partes no se logra 'el resultado debido'". (NIETO, Gregorio Pascual, *El contrato de espectáculo en los cinematógrafos*, Rev. Jurídica de Córdoba, año 2, N° 5, enero-marzo, pág. 43; conf. ARGERI, Saúl A., op. cit., pág. 1012)

¹⁸ Conf. ARGERI, Saúl A., op. cit., págs. 1012/1013.

¹⁹ "El empresario u organizador de una exposición tiene la obligación de indemnizar al espectador víctima de un accidente por el incumplimiento de una obligación contractual, considerando que entre el espectador y la entidad organizadora media un contrato de espectáculo público de resultados del cual éste debe garantizar a aquél su seguridad personal; esta obligación es considerada como una obligación de resultado. No obsta a esta conclusión la circunstancia de que

Señala Kemelmajer de Carlucci que “la doctrina alemana con fundamento en el art. 242 del BGB, establece que junto a las obligaciones que satisfacen el interés fundamental o primario del acreedor, es decir, al lado de los deberes de **prestación** (*leistungspflichten*), existen los llamados ‘deberes de **protección**’ (*schutzpflichten*). Los deberes de prestación tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los deberes de protección, derivan fundamentalmente de la buena fe y se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del incumplimiento de la obligación”²⁰.

En el caso, concluye el fallo que la accionada no logró acreditar con éxito la invocada culpa de la víctima como eximente de su débito resarcitorio, aclarándose con un fuerte contenido disuasorio y ejemplificador de prevención concreta de situaciones dañosas futuras, que el procedimiento y prevenciones que dice tener en cuenta y haber seguido el empresario demandado en el caso particular, “*aparecen adecuados para afrontar situaciones ex post facto, es decir, una vez acaecido el hecho o accidente en cuestión*”.

De lo expuesto se deduce, que en el caso en cuestión, el sentido común indica que la demanda podría haber evitado el daño sufrido por la accionante si, o bien no le expedía el ticket o entrada para el espectáculo debido a que la función ya había dado comienzo, clausurando la puerta de ingreso a la sala del teatro al momento de inicio del show; o por el contrario, haber extremado los recaudos de cuidado (in re: “*adecuación de cuidados mayores a los estándares del empresario*”) en las tareas de acompañamiento y ubicación de la damnificada en la butaca o asiento correspondiente, en relación con las circunstancias de persona, tiempo y lugar existentes (art. 512 del Código Civil): salón a oscuras, la existencia de una escalera, y la persona de la actora, una mujer sujeta

el espectador no haya abonado entrada o que el espectáculo sea gratuito”. (CApel. CC Mercedes-Buenos Aires, Sala I, 19-03-87, “*García, César O. c. Chapartegui, Hnos. y otros*”, DJ 987-2-276). Idem C2^aCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, “*Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros*”, LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio.

²⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 141 y ss.. Para los puntos de contacto entre la teoría de los deberes de protección (nacida en Alemania sobre la base del art. 242, en Italia del art. 1175 y desarrollada en Francia con la expresión obligaciones de seguridad, ver VISINTINI, Giovanna, Inadempimento e mora del debitore, en *Il Codice civile Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Bs. As., ed. Giuffrè, 1987, pág. 230; conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados en rutas gestionadas por concesionarios*, Exposición en el marco de la reunión conjunta de las Academias de Derecho de Buenos Aires y Córdoba, año 2001, inédito.

eventualmente a la natural disminución de destrezas normales en el andar producto de su edad.

Conteste con ello, informa el fallo que “la aplicación de las disposiciones previstas en la responsabilidad contractual (art. 511 del Código Civil) no diluye la responsabilidad de la demandada pues conduce en el caso al estudio del deber de seguridad respecto del espectador, inmanente en cabeza del empresario prestador de todo espectáculo público”. Haciendo jugar en el *sub judice*, en forma complementaria y excluyente, a los factores subjetivos (culpa-art. 512 C.C.) y objetivos (obligación de seguridad-art. 1198 párrafo primero C.C.) de atribución de responsabilidad del empresario u organizador del espectáculo.

III. Obligación de seguridad

a) Origen y evolución

“El origen embrionario de esta figura reconoce antecedente en Francia a fines del siglo pasado, a través de las exposiciones de Saintelette y Marc Taucet y en relación con la legislación francesa sobre accidentes de trabajo. Sin embargo comenzó a desarrollarse con plenitud en la Corte de Casación en 1911 –“*Zbidi Homida c. Compañía General Transatlántica*” del 21-11-1911-, referido al contrato de transporte”²¹.

Es que hasta ese momento la jurisprudencia francesa “afirmó durante mucho tiempo que, en caso de accidente ferroviario, la responsabilidad no podía ser otra que la de carácter delictual”²².

“En ese célebre fallo, la Corte de Casación puso a descubierto en el contrato de transporte de personas, junto a las obligaciones principales que asumen las partes, una obligación determinada de conducir al pasajero sano y salvo a destino”²³.

“Asimismo y tras el famoso pronunciamiento de la *Chambre Civil* del 26 de mayo de 1936 (*in re “Dr. Nicolás c. Expoux Mercier”*) el crédito a la seguridad se conectó a la responsabilidad de los médicos y establecimientos asistenciales”²⁴.

Luego el instituto fue extendiendo su aplicación a otras categorías contractuales cuya prestación principal programada (objeto de la obligación primaria a cargo del deudor) presenta potenciales riesgos para la persona o bienes del acreedor²⁵. Así vemos su adaptación actual a los siguientes contratos:

²¹ Conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, *La obligación de seguridad*, JA 1995-I-944.

²² Conf. CAVALLERO, Francisco E., *La obligación de seguridad, una obligación contractual secundaria*, LL 1996-D-sección doctrina, pág. 1513.

²³ Idem nota anterior.

²⁴ Conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 944.

²⁵ Para el análisis detallado de los supuestos particulares ver MAYO, Jorge A., *Sobre las denominadas obligaciones de seguridad*, LL 1984-B-949/962. También y en lo que hace al tema de la obligación de seguridad del ente concesionario vial por los daños que pueda sufrir el automovilista durante la circulación vehicular en carreteras y autopistas concesionadas por peaje, ver la abundante jurisprudencia recopilada y seleccionada en nuestro trabajo *Obligación de seguridad*, en *Compendio jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 369/383.

de transporte²⁶; prestación médico asistencial²⁷; enseñanza intelectual²⁸; enseñanza y práctica deportiva²⁹; juegos de feria o parques de diversiones³⁰;

²⁶ Conforme art. 184 del Código de Comercio que establece la obligación de seguridad objetiva del transportador terrestre por los daños causados a las personas o efectos transportados, a menos que el responsable 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. También ha resuelto la jurisprudencia que “el artículo 184 del Código de Comercio, relativo al transporte ferroviario, ha sido extendido a los demás medios de conducción, cualesquiera sean los vehículos empleados, verbigracia, taxímetros, en zonas urbanas, etc.” (CNFed., Sala Civ. y Com., 11-06-68, LL 134-11; conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8va. edición, ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 444). Idem CNCiv., Sala C, 19-03-68, LL 133-850; CNCiv., Sala F, 27-11-69, LL 139-324; conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, op. cit., pág. 444. Ver además BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La obligación de seguridad en el transporte ferroviario*, LL 1990-D-96/99. Con respecto a la obligación de seguridad en el contrato de transporte ver fallos de la CNCiv. y ComFed., 29-02-68, ED 25-237; Sala II, 10-02-84, ED 110-403; Sala I, 05-08-83, ED 110-146. De la CNCiv., Sala D, 23-12-66, ED 21-227; Sala D, 09-10-63, ED 7-756; Sala G, 31-07-89, ED 138-218; Sala E, 18-03-75, LL 1975-D-209; Sala A, 21-06-05, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 25 de Agosto de 2005, <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=26700#>; CNCiv., Sala F, 26-07-05, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 26 de Agosto de 2005, <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=26714#> - De la CSJN, 13-11-90, LL 1991-B-526. De la CFed. La Plata-Buenos Aires, Sala I, 04-08-83, ED 109-459. De la CCiv. La Plata-Buenos Aires, Sala I, 13-03-84, ED 109-416.

²⁷ BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*; conf. CAVALLERO, Francisco E., op. cit., pág. 1514. Ver fallos de ciertas especialidades médicas en las que la jurisprudencia consideró que el médico asumió obligaciones de resultado: CNCiv., Sala G, 15-06-00, “L., A. E. c. Appiani Sotomayor, Erdulfo”, LL Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año III Nro. I, Enero-Febrero de 2001, pág. 159; CNCiv., Sala C, ED 102-221; CNCiv., Sala L, 25-07-94, “Romero, Norma y otros c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, JA 1995-I-509; CNCiv., Sala D, 26-02-99, “B., P.I. c. Rapaport, Mauricio y otro”, LL 1999-F-22, con nota de Roberto Vázquez Ferreyra.

²⁸ Conforme art. 1117 (Sustituido por art. 2° de la Ley 24.830/97 B.O. 07-07-97) del Código Civil que prevé la obligación de seguridad objetiva de los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores, disponiendo como única causal de liberación de responsabilidad a la acreditación del caso fortuito. El citado artículo si bien y sólo por una tradición histórica se encuentra ubicado dentro del Título IX – De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia dominante coinciden en afirmar que le son aplicables los principios de la responsabilidad contractual por hecho ajeno. Ver SCJ Mendoza, 22-03-05, “Tello, Mónica Silvana c. Dirección General de Escuelas de la Pcia. de Mendoza”.

²⁹ Ver CNCiv., Sala E, 08-07-05, “Olmo, Juan Carlos y otro c. Cons. de Prop. El Country Club y otro s. daños y perjuicios”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 9 de Agosto de 2005, <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=26550#> - Fallo emitido a raíz de las lesiones sufridas por un menor al caer de la yegua que montaba cuando se encontraba tomando clases de equitación en la sede del country demandado.

³⁰ Enseña BUSTAMANTE ALSINA que cuando se trata de juegos de feria la doctrina y la jurisprudencia francesa han hecho distinción: “si el cliente tiene una participación activa en el juego, como si condujese un auto-chocador, la obligación del explotador es, simplemente de prudencia y diligencia. En caso contrario, si el organizador pone a disposición del cliente un mecanismo automatizado en el cual éste disfruta pasivamente del entretenimiento, como si el cliente utilizara un trencito o girara en la rueda, la obligación es de resultado”. (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pág. 384 y *La obligación de seguridad en el contrato denominado “juegos de feria”*, LL 1988-C-106/109). Ver C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, “Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros”, LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio. Fallo dictado como consecuencia de las lesiones sufridas por

productos elaborados y de consumo³¹; espectáculos públicos y deportivos³²; locación de obra³³; hospedaje³⁴; contrato de trabajo³⁵, entre otros.

la víctima a raíz de la utilización del juego llamado “toro mecánico”. Similar por tratarse de un juego mecánico: Juzg. Nac. Civil N° 15, 30-11-87, “*Mason, S.A. c. Zanon Hnos. Itaipark S.A.*”, LL 24-10-88. También se hizo responsable al Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y a la empresa que tiene a su cargo la explotación del transporte en el que se accidentó la actora: CNCiv., Sala C, 28-07-05, “*Pardo, Antonia c. Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y otros s. daños y perjuicios*”.

³¹ Conforme arts. 5 y 6 de la ley 24.240 que consagran la obligación de seguridad objetiva del proveedor de cosas o servicio riesgosos para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Comenta Farina que “el art. 5° 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. Lo que deseamos señalar es que, por aplicación de las normas sobre responsabilidad objetiva, la tutela existe (claro que frente al daño ya sufrido) para todo adquirente, sea o no consumidor o usuario, amparado por la ley 24.240”. (FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 114/115). De lo que se deduce que la comentada obligación surge primariamente de las normas del derecho común, específicamente del art. 1198 del Código Civil. Además ver STIGLITZ, Gabriel, *El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados*, LL 1985-D-18. También ver fallos de responsabilidad del propietario de un restaurante por intoxicación sufrida por un cliente en virtud de comida en mal estado: C1ªCC La Plata-Buenos Aires, Sala III, 27-10-83, “*Caprarella de Hernández Bardi, Beatriz c. Boccabella, José y otro*”, LL 1985-D-28/51; y de responsabilidad del organizador de turismo de aventura o expedición de cacería por los daños sufridos por los participantes de la expedición: CNCiv., Sala C, 16-04-04, “*Hanlin, David Joseph c. Sodiro, José María*”. Para referencia de abundantes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales al respecto, ver ALTERINI, Atilio Aníbal – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, Co-ed. Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995, pág. 229, notas 3 y 4.

³² Ver citas de jurisprudencia en MAYO, Jorge A., op. cit., pág. 957, nota 68. Dicho autor señala -citando a LE TORNEAU- que la jurisprudencia reseñada “se refiere, fundamentalmente, a accidentes ocurridos en estadios u otros lugares donde se realizan justas deportivas –partidos de fútbol, carreras de automóviles, carreras de caballos-, sin perjuicio de extender los principios a toda suerte de espectáculos públicos”. Idem fallos más recientes: CNCiv., Sala G, 14-12-83, “*Sarthes, Raúl J. c. Club Atlético Chacarita Juniors y otro*”, LL 1984-B-67; JA 984-II-18; ED 107-670; C1ªCC San Isidro-Buenos Aires, Sala I, 29-04-86, “*Vacas, Fabián M. c. Jockey Club (Hipódromo de San Isidro)*”, LL 1986-D-259; DJ 986-2-817; CNCiv., Sala G, 23-02-88, “*Garuzzo, Héctor J. c. Jockey Club y otros*”, LL 1988-D-392; CNCiv., Sala A, 13-12-97, “*Aviles, Ramón María y otros c. Asociación Atlética Argentinos Juniors y otros s. daños y perjuicios*”; CNCiv., Sala I, 03-03-98, “*Newton, Stella M. c. Cine Belgrano 2*”, Rev. La Ley del 10-02-00; CSJN, 28-04-98, “*Zacarias, Claudio H. c. Córdoba, Provincia de y otros s. sumario*”. A propósito de los espectáculos deportivos, el “Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos”, consagrado por Ley N° 23.184 y luego modificado por Ley N° 24.192/93, establece una responsabilidad civil solidaria y objetiva agravada con fundamento en el riesgo creado, de las entidades o asociaciones participantes, por los daños sufridos por los espectadores en los estadios y durante el desarrollo del espectáculo, a menos que prueben la culpa de la víctima como única causal de eximición de responsabilidad del organizador.

³³ Ver arts. 1629 a 1647 bis del Código Civil. Recomendamos la lectura de MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Locación de obra o contrato de empresa*, en *Responsabilidad por daños*, Parte Especial, T. IIA, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 171/208.

³⁴ Conforme art. 1118 del Código Civil que informa acerca de la obligación de seguridad objetiva de los dueños de hoteles, hospedajes y establecimientos públicos de todo género por la desaparición o daños causados por sus agentes o empleados en los efectos de las personas que se encuentran alojadas en dichos lugares, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño. También por el art. 2230 del Código Civil, la responsabilidad se extiende también a los

Tal es la importancia vigente del instituto en examen que próximamente será de tratamiento central en la Comisión N° 2 (Obligaciones) en el marco de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 22 al 24 de Setiembre de 2005.

b) Concepto, fuente y fundamentos

La obligación de seguridad, es aquel deber de conducta de fuente contractual y directa –existente sólo en aquellas figuras contractuales en los que el deudor deba garantizar la integridad psicofísica o bienes del acreedor-, expreso o implícito (tácito), generalmente de resultado o de fines –salvo que una disposición de la ley, la voluntad de las partes o el juzgador al momento de dictar sentencia y atento a la mayor o menor aleatoriedad del resultado de indemnidad prometido, establezcan lo contrario-, secundario, con autonomía funcional y complementario de la obligación principal o típica, y emanado de la buena fe, mediante la cual el deudor garantiza al acreedor que durante el decurso del plan de prestación principal no va a sufrir ningún daño adicional en su persona o bienes³⁶.

daños que causaren terceros, sean otras personas que se alojan en la casa (art. 2230 C.C.) o extraños que se introducen para robar (art. 2237 C.C.). El primer artículo citado –al igual que lo dicho respecto del art. 1117- si bien se encuentra ubicado dentro del Título IX – De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos, tanto la doctrina como la jurisprudencia dominante coinciden en afirmar que le son aplicables los principios de la responsabilidad contractual por hecho ajeno. Asimismo, el art. 1120 del citado cuerpo legal pone en cabeza del posadero la obligación de seguridad respecto a los efectos introducidos en las posadas por transeúntes o viajeros.

³⁵ Conforme art. 75 de la Ley N° 24.744/74 de Contrato de Trabajo que “ponía en cabeza del empleador la obligación de preservar la integridad psicofísica del trabajador, disposición impregnada del orden público laboral y que plasmaba la vigencia de la obligación de seguridad, que surgía igualmente de la sola ejecución del contrato de trabajo, aunque en la actualidad la Ley N° 24.557/96 de Riesgos del Trabajo (tan duramente cuestionada en nuestros días por la Corte Suprema Nacional) modificó esta norma, acotando la reparación de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones del empleador al marco de las disposiciones de dicha ley 24.557”. (CARNOTA, Walter, *Vida y ocaso del deber de seguridad de origen contractual. Una involución* inconstitucional, LL 1999-E-126; conf. LAMBOIS, Susana E., *La obligación de seguridad*, en *Derecho Privado*, libro en homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 1122. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.). A propósito recomendamos la lectura de nuestro artículo: *Ley de Riesgos del Trabajo: la constitución avasallada*, diario *Norte*, Resistencia-Chaco, 19 de Agosto de 1996; Revista *Mensajes*, Buenos Aires, Año 3 N° 31, Diciembre de 1996; y diario *El Diario*, Resistencia-Chaco, 24 de Agosto de 1999.

³⁶ Hemos de hacer notar que luego de una revisión en profundidad del instituto en estudio, razones de cortesía y nobleza intelectual nos obligan a señalar que en este punto y por supuesto

Resulta claro y explicativo del concepto *ut supra* indicado, lo expuesto por el autor español Albadalejo quien expresa que “sobre el deudor pesa, además del deber de ejecutar la prestación (que él llama prestación básica), todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios (a los que identifica como cortejo de la prestación básica) encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente completa ‘ella misma’, sino con su ‘entorno’ completo”³⁷.

Afirma Vázquez Ferreyra que la obligación de seguridad es aquella “en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato y puede ser asumida en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe”³⁸.

Con todo el respecto que nos merece el autor citado en el párrafo que antecede, nos parece que la definición ensayada, por la terminología usada, es más apropiada para ser usada en el marco del contrato de transporte y no en el resto de las modalidades contractuales en las que el deber de seguridad se encuentra presente, ya sea en forma expresa o implícita.

Coincidimos con la doctrina y jurisprudencia argentina³⁹ que entiende que la obligación de seguridad halla su fundamento en el principio de buena fe objetiva consagrado en el art. 1198 párrafo primero del Código Civil⁴⁰.

en algunos de los caracteres del deber de seguridad, hemos rectificado nuestra postura anterior plasmada en el trabajo *Obligación de seguridad*, op. cit., pág. 384 y ss..

³⁷ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones*, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 32; conf. voto del Juez Francisco H. Roncoroni, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos “*Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train*”, publicado en LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, pág. 28, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso.

³⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, N° 17, *Responsabilidad contractual I*, pág. 79. En igual sentido, CAVALLERO, Francisco E., op. cit., pág. 1513; conf. LAMBOIS, Susana E., op. cit., pág. 1120.

³⁹ Conf. GASTALDI, José M., *La buena fe en los contratos*, en Córdoba, M. *Tratado de la buena fe en el Derecho*, coordinadoras: GARRIDO, L. y KRUGER, V., T. I, 2004, Ed. La Ley, pág. 299. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., *El principio de la buena fe en el Derecho Privado*, en el mismo libro cit., T. I, pág. 167. NICOLAU, N., *El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato*, en el mismo libro, T. I, pág. 321. MORELLO, A. M., *Indemnización del daño contractual*, 2003, con la colaboración del Dr. GALDÓS, Jorge M., Ed. Platense, y 2003 Ed. LexisNexis, pág. 68 y ss. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, op. cit., pág.

Señalan los Profesores Agoglia, Boragina y Meza que, “en nuestro derecho positivo, aun antes de la reforma de 1968 y a pesar de la opinión contraria de la corriente legalista, se reconocía su plena vigencia a partir –especialmente- de la hermenéutica en derredor del art. 1198 del Código Civil, toda vez que al admitir la norma la existencia de obligaciones trascendentes a lo ‘formalmente expresado’ en el contrato, con base en lo *virtualmente comprendido* por las partes, consagraba implícitamente la presencia rectora de la buena fe como principio general”⁴¹.

A partir de lo dicho, “se reconoce a la buena fe una función jurigenética o integradora, una suerte de poder de creación de obligaciones que exorbitan las nacidas del contenido expreso del contrato (típicas y secundarias e instrumentales)”⁴².

Agregan los autores citados que “la creciente operatividad del principio de buena fe en el derecho privado, ha generado exigencias de conducta traducidas en deberes complementarios del deber de prestación (evitar daños al cocontratante), que implican un notorio ensanchamiento del ámbito de la responsabilidad contractual”⁴³.

En resumen podemos afirmar que la buena fe es un principio general del derecho, de fuente extralegal, con un fuerte contenido ético, que se manifiesta con un criterio objetivado y que tiene una función creadora o complementaria del ordenamiento jurídico, considero éste en sentido amplio como legislación y como contrato (conf. art. 1197 del Código Civil).

Ha dicho nuestro más Alto Tribunal de Justicia que, “una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse

387. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva*, ED 186-1090.

⁴⁰ Art. 1198 primer párrafo (Sustituido por Ley 17.711/68): “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

⁴¹ AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 255.

⁴² AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 159.

⁴³ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 31; conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 256.

como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado”⁴⁴.

c) Caracteres

En cuanto a los caracteres distintivos de la obligación de seguridad, los que surgen del concepto *ut supra* vertido, diremos que es:

1) Contractual: porque surge de un acuerdo de voluntades, por lo que únicamente se advierte la presencia de la obligación de seguridad en el ámbito negocial y la consiguiente órbita de la responsabilidad contractual⁴⁵. Así se ha manifestado la doctrina⁴⁶ y jurisprudencia en forma casi unánime⁴⁷.

Sin embargo existe un sector minoritario de la doctrina –Wayar, Acuña Anzorena y Carbonier- que sostiene que la obligación de seguridad tiene naturaleza extracontractual, dado que el no dañar bienes del acreedor tiene jerarquía el principio general receptado en normas específicas como la de los arts. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y 1198 del Código Civil. “Por tal razón al exceder el débito contractual y ser de fuente legal, su violación origina responsabilidad extracontractual”⁴⁸.

⁴⁴ Corte Suprema, Fallos 312:1725. Idem Fallos 315:214, JA 1993-III, síntesis; conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Obligación de seguridad*, LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, pág. 33.

⁴⁵ Ver el capítulo *Obligación de seguridad*, en PIROTA, Martín Diego, *Compendio jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*, op. cit., pág. 385.

⁴⁶ Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., *Obligación de seguridad*, op. cit., pág. 33; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, op. cit., pág. 382; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva*, op. cit., pág. 1089; LAMBOIS, Susana E., op. cit., pág. 1123; AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 257; CAVALLERO, Francisco E., op. cit., pág. 1515; BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 945; RUBIO, Gabriel Alejandro, *Responsabilidad contractual directa objetiva por incumplimiento de la obligación de seguridad*, LL Litoral 1998-2-22; MAYO, Jorge, op. cit., pág. 949. Esta postura fue la receptada en forma mayoritaria en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, comisión II – Obligación de seguridad- realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994.

⁴⁷ CSJN, 12-12-89, “Ortíz, Eduardo A. c. Ferrocarriles Argentinos”, LL 1990-D-97/100, con nota de Jorge Bustamante Alsina; C2^aCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, “Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros”, LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio; SCJBA, 14-04-04, “Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train”, LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, págs. 25/31, con nota de Rubén Compagnucci de Caso; CNCiv., Sala E, 07-12-87, “Rodríguez, José N. c. Turlan, S.A. y otro”, LL 1988-C-106/112, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

⁴⁸ Conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 944.

Así Wayar sostiene que “cuando el contrato recepta deberes que son preexistentes al mismo, ello constituye una mera contingencia formal que no incide en su función y contenido y, si el deber está estructurado fuera del negocio, su violación genera responsabilidad extracontractual, porque en definitiva sería una derivación del principio del *naeminem laedere* –que tiene jerarquía constitucional-, por lo que el hecho de que se encuentre incorporado al contrato de manera expresa o tácita, no le modifica la fuente legal”⁴⁹.

“Asimismo se debe aclarar que otro sector de opinión sostiene que puede ser de naturaleza contractual o extracontractual”⁵⁰.

A propósito cuenta con desconcierto crítico el Catedrático español Mariano Yzquierdo Tolsada que, “lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no está llamada a tener mucho éxito en España, pues no parece que se desee dar al art. 1258 C.civ.⁵¹ todo el juego que merece. Se comprenderá que, si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una *prestación claramente pactada*, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a cierta categoría de bienes (los de la personalidad), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una *obligación accesoria* no expresamente pactada. Así, discurrieron por la vía extracontractual, por ejemplo los casos del viajero al que el accidente de autobús acarreó la pérdida de la facultad sexual como consecuencia del golpe recibido en una vértebra lumbar (sentencia de 9 de diciembre de 1949, R.A.J. 1463), o el que perdió la visión de un ojo por astillamiento de un vidrio (sentencia de 30 de abril de 1959, R.A.J. 1981). Extracontractual fue también la demanda contra un colegio en la sentencia de 15 de junio de 1977 (R.A.J. 2883),

⁴⁹ WAYAR, Ernesto, *El deber de seguridad y la responsabilidad civil del empleador*, ED 118-857; conf. LAMBOIS, Susana E., op. cit., pág. 1122.

⁵⁰ Despacho 2.b) sólo firmado por el Dr. De Lorenzo, de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, comisión II –Obligación de seguridad- realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994; conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 944.

⁵¹ Art. 1258: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. También el Código Civil español dispone en su art. 7.1 (párrafo primero) que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

para un caso de muerte de los escolares que estudiaban en él en régimen de internado”⁵².

Ahora bien, a esta altura de nuestra exposición resulta oportuno precisar dos diferencias sustanciales: por un lado la distinción entre el deber de garantía y el deber de seguridad; y por otro, la que existe entre el deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere* o *naeminem laedere*)⁵³ y la obligación de seguridad.

En cuanto a la primera de las desemejanzas apuntadas, el deber de garantía o garantía legal se presenta como un factor de atribución objetivo de responsabilidad por el hecho ajeno tanto en el ámbito extracontractual⁵⁴ como contractual⁵⁵.

Por otra parte, “no debe confundirse el deber genérico de no dañar a otro con la obligación de seguridad ínsita en algunos contratos en los que pudiera ocasionarse un daño a las personas y a las cosas como consecuencia de su ejecución por tratarse de actividades que importan ese riesgo”⁵⁶. “Por otro lado, el principio del ‘*naeminem laedere*’ constituye un deber jurídico del que puede surgir

⁵² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 97. Agrega el autor de nota que “fue con la sentencia de 9 de marzo de 1983 (R.A.J. 1463) cuando el Tribunal Supremo comenzó a utilizar la ‘teoría de la rigurosa órbita de lo pactado’ de una manera bastante sorprendente. Aquel obrero había fallecido como consecuencia de la falta de medidas de seguridad del empresario para el que trabajaba, cosa que, a mi juicio, no deja de ser sino una violación netamente contractual. Sin embargo dijo el Supremo que **‘no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial’**”. (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, op. cit., págs. 98/99). Idem en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 9 de mayo de 1984 (R.A.J. 2403); 10 de mayo de 1984 (R.A.J. 2405); 19 de junio de 1984 (R.A.J. 3250); 6 de mayo de 1985 (R.A.J. 6319); 23 de marzo de 1988 (R.A.J. 2226) y 10 de junio de 1991 (R.A.J. 4434).

⁵³ Enraizado en el art. 19 de la Constitución Nacional, conforme lo expuso la Corte Suprema Federal en el caso “*Gunther c. Gobierno Nacional*”, 05-08-86, ED 120-523, (Fallos: 308:118).

⁵⁴ Responsabilidad del principal por los daños causados por sus dependientes o subordinados (conf. art. 1113 párrafo primero del Código Civil).

⁵⁵ Es lo que se ha dado en llamar responsabilidad contractual por acto o hecho ajeno, en la que no existe en la normativa civil disposición expresa como la del art. 1113, sólo encontramos algunas diseminadas en el Código Civil como los arts. 1118, 1119, 1953, 1954, 2224, 2230, 1561, 1631. Señalan BURGOS y VESSONI, que a los fines de conocer su fundamento en doctrina se han ensayado diversas teorías: se habla así de culpa en la elección o en la vigilancia, culpa por trasposición, riesgo, representación, obrar en la esfera de los propios intereses -del acreedor- (bastando la mera ocasión funcional), teoría del órgano, del instrumento, de la causalidad, etc.”. (BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 944) En este aspecto recomendamos la lectura de la obra *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, autoría de los Profesores AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo.

una obligación, mientras que la obligación de seguridad es en sí misma una obligación a cumplir por el deudor”⁵⁷.

Precisa Elena Highton que, “no debe confundirse la violación al deber genérico de no dañar a los semejantes, en el que no existe obligación previa, y cuya violación da lugar a la apertura de la responsabilidad *aquiliana* (naciendo recién allí una obligación de reparar), con el incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera sea su causa fuente, cuyo incumplimiento da lugar a la apertura de la responsabilidad llamada contractual”⁵⁸.

Compartimos la opinión de Lambois en el sentido “que la obligación de seguridad siempre tendrá carácter contractual porque consiste precisamente en asegurar el cumplimiento de las prestaciones queridas sin dañar la integridad física o los bienes del cocontratante. Si la seguridad de alguno de ellos tiene un nexo con las obligaciones (primarias o principales) que el contrato impone a la otra, la responsabilidad emergente de su incumplimiento tendrá carácter contractual, mientras que, si el daño no guarda relación alguna con su ejecución, la responsabilidad del autor caerá en el marco de las normas relativas a la reparación extracontractual”⁵⁹.

La fuente contractual apuntada del deber de seguridad no es una mera disquisición teórica o técnica, sino que tiene sus implicancias prácticas en atención a la valla normativa que ordena el art. 1107 del Código Civil que separa los campos del deber de responder en contractual y extracontractual, siendo las

⁵⁶ Conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 944.

⁵⁷ LAMBOIS, Susana E., op. cit., pág. 1123. En igual sentido se manifiesta CAVALLERO, Francisco E., op. cit., págs. 1516/1517.

⁵⁸ HIGHTON, Elena I., *Responsabilidad médica, ¿contractual o extracontractual?*, JA 1983-III-659.

⁵⁹ LAMBOIS, Susana E., op. cit., pág. 1123. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro. Esa fue una conclusión tomado por unanimidad en la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994. Idem VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, Ed. Vélez Sársfield, Rosario, 1988, pág. 109. También, y teniendo en cuenta el encuadre legal en relación con la cuestión de la legitimación procesal activa para comparecer a juicio, estaremos dentro de la órbita extracontractual o *aquiliana*, en los casos de que ocurriera la muerte del acreedor y de ulterior reclamo indemnizatorio por parte de sus deudos (damnificados indirectos), ya que la acción que éstos pueden ejercitar es de *iure proprio* (por derecho propio) y no de *iure hereditatis* (por derecho heredado); en razón del perjuicio que a ellos les irroga el incumplimiento de la obligación de seguridad, y por ser además extraños a la vinculación contractual original. Distinto sería el caso de que el acreedor hubiera iniciado la acción y luego falleciese durante el curso del proceso, ya

más notorias: la extensión del resarcimiento (arts. 520 y 904 C.C.); el plazo de prescripción liberatoria (arts. 4023 y 4037 C.C.); el enfoque legal del daño moral (arts. 522 y 1078 C.C.), y la operatividad de la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento contractual (art. 1201 C.C.).

Como lo señalamos *ut supra*, en el fallo en revisión, el tribunal de Alzada reencausó con buen tino el encuadre jurídico del mismo (que el *a quo* había fundado en los principios de la responsabilidad extracontractual y objetiva del art. 1113 del Código Civil), caracterizando como contractual a la relación entablada entre la damnificada y la empresa demandada, fundando la responsabilidad de ésta última en el incumplimiento de la obligación de seguridad nacida del contrato innominado de espectáculo público⁶⁰.

2) Existente sólo en aquellos contratos en los que el deudor deba garantizar la integridad psicofísica o bienes del acreedor: esta característica es sostenida por la doctrina⁶¹ y jurisprudencia en forma mayoritaria, aclarándose que el deber de seguridad sólo tiene razón de ser en aquellos tipos contractuales⁶², cuyas obligaciones primarias o principales imponen el deber de velar por la persona o bienes de los contratantes, en atención al potencial riesgo inserto en las prestaciones nacidas de la convención celebrada.

“La obligación principal no consiste, en la mayoría de los casos, en cuidar a la persona, sino que tiene otro objetivo. Si la persona fuera el destinatario de la protección y dicha obligación naciera con contenido propio de la prestación, como

que los causahabientes continuarán la petición intentada por el causante dentro de la órbita contractual.

⁶⁰ Resulta llamativo de destacar que en las sentencias que pudimos consultar, los jueces de primera instancia –y a veces la Cámara y hasta la Corte Suprema Nacional- incurrieron en el mismo error de enfoque normativo de la cuestión, para luego el tribunal colegiado corregirlo. A saber: CNCiv., Sala E, 07-12-87, “Rodríguez, José N. c. Turlan, S.A. y otro”, LL 1988-C-107/112, con nota de Jorge Bustamante Alsina; C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, “Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros”, LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio; SCJBA, 14-04-04, “Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train”, LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, págs. 25/31, con nota de Rubén Compagnucci de Caso; CSJN, 12-12-89, “Ortiz, Eduardo A. c. Ferrocarriles Argentinos”, LL 1990-D-97/100, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

⁶¹ Despacho 4.a) de las conclusiones de la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994, firmado por Bueres, Goldenberg, Zago, Compagnucci de Caso, Juanes, Lloveras de Resk, Pizarro, Vallespinos, Vázquez Ferreyra, Burgos, Vergara, Corna, Vázquez, Zentner, Aminchiardi, Banchio y Cavallero. Idem VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, Ed. Vélez Sársfield, Rosario, 1988, pág. 109.

en el caso de la atención médica, carecería de sentido referirse a una obligación complementaria de seguridad. El tema gira siempre en derredor de los supuestos en que el deudor debe mantener la indemnidad del otro contratante”⁶³.

No obstante existe una corriente minoritaria que esgrime que el deber de seguridad existe en todo tipo de contrato, con independencia de las características de la obligación principal⁶⁴, al considerar que “la buena fe – standard inspirador del crédito a la seguridad- impone *siempre y en todos los casos* preservar la indemnidad de las partes, de allí que el instituto se encuentra natural y virtualmente incorporado a cualquier tipo de negocio jurídico, aun en aquellos donde apriorísticamente los deberes primarios no aparezcan como riesgosos”⁶⁵.

3) Expresa o implícita: en esto la postura casi unánime considera que “la obligación de seguridad puede surgir del contenido expreso del negocio, esto es, ser prevista expresamente por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.); o estar también expresamente contemplada en la normativa legal que regula el negocio típico celebrado (arts. 184 del Código de Comercio, 142 del Código Aeronáutico, 5 y 6 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, 1118 y 1120 del Código Civil, 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, etc.) o bien derivar del contenido tácito del contrato, como derivación de la función jurígena de la buena fe. La locución ‘obligación tácita de seguridad’ (que ha usualmente calificado al instituto) queda, entonces, reservada a éste último supuesto”⁶⁶.

Aunque Bustamante Alsina y Mayo expresan que el deber de seguridad se encuentra incorporado en forma implícita al convenio celebrado entre las partes,

⁶² Aquellos que detallamos en el punto III.a) del presente artículo.

⁶³ Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 79 y ss.. En igual sentido, MAYO, Jorge A., op. cit., pág. 950.

⁶⁴ Despacho en minoría de la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994, firmado por Agogliá, Boragina, Meza, Barbier y Aguirre Celiz.

⁶⁵ Conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 262.

⁶⁶ Despacho de la Comisión II –Obligación de seguridad-, Conclusión 5, de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994; conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., págs. 257/258.

como consecuencia del principio de la buena fe (conf. art. 1198 párrafo primero del C.C.).

En el aspecto que comentamos, el tribunal de sentencia -con cita de un decisorio de la Corte Suprema Nacional (CSJN, 28-04-98, "*Zacarías, Claudio H. c. Córdoba, Provincia de y otros s. sumario*")- claramente indica que la cláusula de incolumidad nacida del deber de seguridad se encuentra incorporada tácitamente al contrato innominado de espectáculo público.

4) Generalmente de resultado o de fines –salvo que una disposición de la ley, la voluntad de las partes o el juzgador al momento de dictar sentencia y atento a la mayor o menor aleatoriedad del resultado de indemnidad prometido, establezcan lo contrario-: Según la clásica división hecha por el jurista francés René Demoge entre obligaciones de medios (o de actividades) y de resultado (o de fines), recordemos que en la primera el deudor promete únicamente desplegar una conducta diligente tendiente a satisfacer el interés final del acreedor, por lo que atento a ello el deudor cumple prestando conducta diligente aunque no se obtenga el resultado final; mientras que en la segunda, el deudor promete la prestación de conducta mediante la cual asegura o garantiza el interés final perseguido por el acreedor, por lo que si no se logra el resultado final garantido, se produce una presunción de causalidad.

La distinción apuntada reviste importancia desde un doble aspecto: en cuanto al factor de atribución de responsabilidad y con relación a la carga de la prueba.

Así, en las obligaciones de medios (en la generalidad obligaciones de hacer-art. 625 y ss. C.C.) el factor de imputación legal será subjetivo (culpa-art. 512 C.C. o dolo-art. 931 C.C.), debiendo en consecuencia el acreedor probar la culpa del deudor⁶⁷ (culpa probada) o bien en algunos casos, el deudor demostrar su falta de culpa (culpa presunta o presunción de culpabilidad). Mientras que en las obligaciones de resultado (en la generalidad obligaciones de dar y de no hacer-arts. 574 y ss. y 625 y ss. C.C.) el factor de atribución será objetivo⁶⁸, por lo

⁶⁷ Atenuando la doctrina y la jurisprudencia ese tradicional y rígido régimen probatorio mediante la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas y la prueba de presunciones.

⁶⁸ "Nuestro Código Civil, con la reforma introducida en el año 1968 por la Ley N° 17.711, ha ampliado el número de factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad, ya que de

que por esa presunción de adecuación causal entre el incumplimiento del deudor y el perjuicio (daño anormal y extraordinario que no tiene relación de causalidad adecuada con el incumplimiento de la obligación principal) ocasionado al acreedor, invierte la carga de la prueba, siendo ahora el deudor el que debe acreditar la ruptura del nexo causal, mediante las eximentes culpa de la víctima o de un tercero o caso fortuito o fuerza mayor.

Coincidimos con la doctrina y jurisprudencia predominante que considera que la obligación de seguridad es predominantemente de resultado, aunque en casos excepcionales –por disposición expresa de la ley⁶⁹, la voluntad de las partes⁷⁰ o el juzgador al momento de dictar sentencia y atento a la mayor o menor aleatoriedad del resultado de indemnidad prometido- puede ser de medios⁷¹.

Entiende Vázquez Ferreyra que la regla es que la obligación de seguridad es de resultado y excepcionalmente de medios, afirmando que en principio sólo será de medios cuando esté referida a prestaciones médico-asistenciales, en todos los demás contratos será de resultado. Afirmando con la claridad el autor

pasar a reconocer como únicos factores a los subjetivos (*culpa y dolo*) -excepto el riesgo para los daños causados por animales⁶⁸ (arts. 1124 a 1131)-, agrega cinco factores objetivos que son: *riesgo o vicio* (art. 1113 segundo párrafo, segunda parte); *garantía legal* (art. 1113 primer párrafo); *equidad* (arts. 907 y 1069 en sus segundos párrafos); *abuso del derecho* (art. 1071 segundo párrafo); y *exceso en la normal tolerancia entre vecinos* (art. 2618); en los que se prescinde de la noción de culpa". (Conf. PIROTA, Martín Diego, *Responsabilidad por daños derivados del peaje*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 86)

⁶⁹ Así por ejemplo en lo que hace al contrato de transporte en sus diferentes modalidades, existen diferencias en cuanto a la categorización de la obligación de seguridad. En el transporte terrestre (regulado en los arts. 162 a 206 del Código de Comercio) el transportador asume una obligación de seguridad de resultado por los daños ocasionados a las personas y cosas transportadas (conf. art. 184), existiendo una presunción que el daño se produjo por vicio propio de las mismas cosas transportadas en el traslado de cosas frágiles (conf. art. 177). En el transporte marítimo (regulado en la Ley N° 20.094/73 de la Navegación) el porteador asume un deber de seguridad de medios por los perjuicios sufridos por las personas o cosas, debiendo el acreedor damnificado probar la culpa del transportador, salvo casos de naufragio, abordaje, varadura, explosión o incendio, en que se presume la culpa de éste último (conf. art. 330). Por último, en el transporte aéreo (regulado en el Código Aeronáutico Ley 17.285/67) la obligación de seguridad es de medios, presumiéndose la culpa del transportador (conf. art. 142).

⁷⁰ En ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.) y siempre que la calidad objetiva o subjetiva del deber de seguridad no se encuentre establecida en la legislación que regula el tipo de contrato celebrado.

⁷¹ Despacho 1.a) de las conclusiones de la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994, firmado por Bueres, Goldenberg, Zago, A. Alterini, López Cabana, Gesualdi, Compagnucci de Caso, Juanes, Lloveras de Resk, Pizarro, Vallespinos, Vázquez Ferreyra, Corna, Vázquez, Aminchiardi y Cavallero. Idem BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión*, LL 1976-C-67; TOBÍA, Marcela – PIZARRO, Ramón D., *Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral*, JA 14-06-00, N° 6198, pág. 35;

citado que “la solución está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si en cambio, lo normal es que un mínimo cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado. De ahí que lo aleatorio deberá ser apreciado en cada caso concreto”⁷².

Existe otra corriente del pensamiento jurídico que indica que la naturaleza del deber de seguridad es sustancialmente de resultado, “pues su finalidad tuitiva se vería menoscabada si no exigiere la adopción de conductas que aseguren indemnidad y que, por tanto, excluyan la cuestión del ámbito de los factores subjetivos”⁷³.

Aclarando los partidarios de esta última tesis que “habrá que determinar en cada caso la naturaleza objetiva (de fines) o subjetiva (de medios) del crédito a la seguridad, indagando previamente si se encuentra previsto expresamente en la ley para el tipo de contrato celebrado y cuál ha sido la calidad asignada por el texto legal”⁷⁴.

También está la postura de Bueres quien, enfocando la temática en el campo de la responsabilidad civil de las clínicas o establecimientos asistenciales, aboga por la objetividad de la obligación de seguridad sin perjuicio de que a través de ese resultado se garanticen prestaciones principales de medios o de fines⁷⁵.

VENINI, Juan Carlos, *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual*, Ed. Juris, Rosario, 1990, pág. 21.

⁷² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, op. cit., págs. 121/122. Precisamente ese fue el argumento que usó en su voto el Juez Francisco H. Roncoroni, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos “Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train”, publicado en LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, pág. 28, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso.

⁷³ Conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 260. En el mismo sentido se manifiestan Stiglitz, Zanoni y Kemelmajer de Carlucci. Despacho 1.b) de las conclusiones de la Comisión II – Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994, firmado por Agoglia, Boragina, Meza, Barbier, Aguirre Celiz, Zentner, Burgos y Vessoni.

⁷⁴ Idem nota anterior.

⁷⁵ BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed. act., corregida y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

Es verdad que como bien dice Vázquez Ferreyra, siembra tentación pensar que estas obligaciones de seguridad son siempre de fines o de resultado⁷⁶, ese parece ser el pensamiento inmediato o automático de los juristas, aunque pensamos que no debemos caer en excesos, objetivando la responsabilidad a ultranzas⁷⁷. La responsabilidad objetiva debe ir acompañada con un límite, con una posibilidad de contratar seguros, y con facultades de prevención.

En la sentencia examinada el tribunal se manifiesta a favor de la naturaleza objetiva y de resultado del deber de seguridad, cuya cláusula de incolumidad considera incorporada tácitamente al contrato innominado de espectáculo público, por lo que por esa presunción de adecuación causal entre el incumplimiento de éste último y el perjuicio sufrido por la actora, invierte la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre el empresario oferente del espectáculo, quien en el caso

⁷⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 88.

⁷⁷ Así coincidimos con la visión de Lorenzetti quien en un artículo titulado *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños* (LL 09-05-96), y haciendo una suerte de análisis socioeconómico del derecho de daños en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, entre otras cosas dijo: "...surgen así lo que podríamos llamar respuestas automáticas: Frente a un conflicto, hay que favorecer a la víctima, frente a un nuevo daño, objetivar la responsabilidad...Es casi una constante que lo que las leyes declarativas establecen por un lado, la economía lo desmiente por el otro. Esto ha llevado a que exista en la población un hartazgo de leyes y hambre de justicia real...Si quisiéramos lograr el máximo de apertura (de legitimados pasivos), deberíamos admitir un sistema de seguridad social donde todos resulten compensados...La imputación objetiva dañosa ha sido pensada para la gran empresa, y no para las pequeñas empresas, que son mayoría en nuestros países...Los países competirán entre sí para ver quién ofrece la legislación más barata a fin de solucionar sus problemas de desarrollo y desempleo...La función preventiva de la responsabilidad civil debe ser desarrollada y diversificada". (Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro). Complementando el razonamiento de Lorenzetti, pero examinando la evolución y función de la responsabilidad civil en los países del primer mundo, la Profesora de la Universidad de *Jean Moulin (Lyon III)* Yvonne Lambert-Faivre advierte que: "De la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad objetiva a la indemnización directa y automática, esta evolución suscita dos observaciones, una de eficacia concreta, otra de filosofía del derecho: - la eficacia concreta impone la obligada referencia a los mecanismos de seguro de responsabilidad sin los cuales toda nuestra bella construcción de responsabilidad civil se esfumaría hasta desaparecer en una insolvencia cuasi generalizada de responsables, notable en el ámbito de los daños corporales graves, en los cuales el nivel de indemnización está fuera de proporción con los ingresos privados. Esta indispensable complementariedad de los seguros de responsabilidad encuentra su prolongación en los Fondos de Garantía que se multiplican en todos los ámbitos en los que la indemnización de la víctima constituye un imperativo de justicia, aun en ausencia de responsable conocido, solvente o asegurado; - la filosofía del derecho confronta las soluciones aportadas por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina a los problemas de justicia renovados por la evolución de las técnicas, de las costumbres y de las mentalidades puesto que la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo: es una lección de nuestro vigésimo siglo". (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Exordio. La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, París, 1987-I-1, pág. XXXVII. Traducido por Eliana A. Núñez)

concreto no logró desvirtuar la presunción en su contra mediante la acreditación de la causa ajena, por lo que su responsabilidad devino irrefutable⁷⁸.

5) Secundaria, con autonomía funcional y complementaria de la obligación principal o típica: “existe coincidencia en doctrina acerca de que el crédito a la seguridad es un deber funcionalmente autónomo respecto de los deberes primarios o típicos del contrato⁷⁹ a pesar de algunas voces que sostienen su condición accesoria”⁸⁰.

A su vez consideramos con la mayoría de la doctrina, al decir que es secundaria, dado que reconoce como presupuesto la existencia de la obligación principal a la que sirve de complemento protectorio del interés perseguido por el acreedor.

Como bien hacen notar Agoglia, Boragina y Meza, “el único aspecto común que vincula a los deberes primarios con el crédito a la seguridad es su fuente (el contrato que les dio origen), pero sus respectivos objetos son diversos, habida cuenta que las obligaciones típicas están enderezadas a satisfacer el *interés de prestación* de las partes (interés primario o fundamental a la realización de las prestaciones comprometidas), en tanto la obligación de seguridad se refiere estrictamente a los daños que pueden experimentar la persona o bienes de los

⁷⁸ En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia en los siguientes fallos: CApel. CC Mercedes-Buenos Aires, Sala I, 31-05-83, ED 108-291; CNCiv., Sala E, 11-03-81, ED 93-689; CApel. CC Mercedes-Buenos Aires, Sala I, 19-03-87, “*García, César O. c. Chapartegui, Hnos. y otros*”, DJ 987-2-276; Juzg. Nac. Civil N° 15, 30-11-87, “*Mason, S.A. c. Zanon Hnos. Itaipark S.A.*”, LL 24-10-88; C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, “*Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros*”, LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio; SCJBA, 14-04-04, “*Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train*”, LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, págs. 25/31, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso.

⁷⁹ ALTERINI, Atilio – AMEAL, Oscar – LÓPEZ CABANA, Roberto, *Curso de obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed. act., T. II, pág. 245, N° 1038739; MAYO, Jorge, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio-Zannoni, Ed. Astrea, Buenos Aires, T. IV, pág. 737, comentario al art. 523 C.C.; Conclusión 6.b) de la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994.

⁸⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil de los establecimientos de enseñanza*, LL 1984-B-73; Conclusión 6.a) de la Comisión II –Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994; conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 258. Opinan así Bueres, Bustamante Alsina, Mayo, Mosset Iturraspe, Lorenzetti, Compagnucci de Caso. Ver CNCiv., Sala I, 03-03-98, “*Newton, Stella M. c. Cine Belgrano 2*”, Rev. La Ley del 10-02-00; Voto del Juez Francisco H. Roncoroni, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos “*Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train*”, publicado en LexisNexis, Buenos Aires, N° 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, pág. 27, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso.

contratantes con motivo de la ejecución contractual, proyectándose entonces sobre el *interés de protección*⁸¹.

En el mismo sentido se manifiesta el Profesor Izquierdo Tolsada, quien manifiesta que tan autónomos son los deberes de prestación respecto de los de protección, “que pueden funcionar independientemente, hasta el punto de poder ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha (principal), y sin embargo, haya dejado de observar esos deberes de protección añadidos”⁸².

En definitiva, la obligación de seguridad es secundaria, dado que reconoce como presupuesto de origen a la obligación primaria, pero a partir de allí, y a lo largo de toda la vida del negocio jurídico, incluido el mismo momento de la extinción o conclusión de éste (conf. art. 525 C.C.), se comporta como funcionalmente autónoma respecto de los deberes típicos de prestación.

Por lo antes expuesto, pensamos que no se puede afirmar la naturaleza accesoria del instituto en cuestión respecto de la obligación principal, con todo el sentido que al término “accesorio” le da el Código Civil en los arts. 523 a 526, toda vez que los respectivos objetos son diversos, con autonomía funcional e independencia en cuanto a la extinción uno de otro.

Del análisis de la relación jurídica entablada entre la demandante y la accionada, que el tribunal calificó como contrato innominado de espectáculo público, se aprecia con claridad la autonomía funcional de las prestaciones típicas y de seguridad, toda vez que no existe cuestionamiento respecto a que el organizador del espectáculo cumplió acabadamente con su obligación principal de poner en escena la obra teatral programada en cuanto a su contenido, lugar establecido, horario indicado y comodidades para el espectador; no obstante ello, no observó el deber de seguridad a su cargo, consistente en velar por la indemnidad de la integridad psicofísica de la espectadora damnificada.

Finalmente, Stiglitz y Vázquez Ferreyra consideran que la obligación de seguridad es principal, ya que “se ubica por encima de todos los demás, desde

⁸¹ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 31, 141, 142, 144 y 145; conf. AGOGLIA, María Martha – BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, *La buena fe y la obligación de seguridad*, op. cit., pág. 258.

⁸² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, op. cit., pág. 96. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

que su trasgresión implica la vulneración de derechos y garantías reconocidas constitucionalmente (la vida, la salud, la integridad psicofísica – conf. art. 33 C.N.), y cuya salvaguarda mal puede considerarse motivante de una pretensión secundaria, en cuanto es presupuesto ineludible para el goce del interés mismo en la prestación principal”⁸³.

d) Sus lineamientos en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998

El Proyecto que propugna la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual⁸⁴, dos artículos específicos a la obligación de seguridad⁸⁵.

De dichos artículos podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) Se introducen las ideas del “riesgo de actividad o actividad riesgosa” y “riesgo provecho” del potencial sujeto dañador. Si bien es cierto que dichos conceptos no están incorporados a nuestro ordenamiento positivo, sin embargo se advierte una tendencia en la jurisprudencia a

⁸³ Conf. BURGOS, Débora – VESSONI, Hugo Alberto, op. cit., pág. 945. Consideramos a ésta una postura extrema que movida por la plausible protección de las garantías constitucionales citadas, se olvida de la estructura y contenido obligacional del vínculo contractual.

⁸⁴ A propósito de dicha unificación y el rol de la obligación de seguridad, dijo el despacho de mayoría (Bueres, Goldenberg, Zago, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, Juanes, Lloveras de Resk, Pizarro, Vallespinos, Vázquez, Corna, Aminchiardi y Cavallero) en la Comisión II – Obligación de seguridad- de las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín-Buenos Aires, en el año 1994, que la obligación en estudio “...se justifica dentro de un contexto como el que rige nuestro derecho positivo, que consagra dos ámbitos diferentes de responsabilidad, por lo que en caso de producirse la unificación de ambos sistemas, su importancia decrecerá sensiblemente”. (Conf. CAVALLERO, Francisco E., op. cit., pág. 1519). En el mismo sentido señalan figurativamente ALTERINI, Atilio – AMEAL, Oscar – LÓPEZ CABANA, Roberto que “así como la moda *unisex* no convierte al hombre en mujer, ni a la mujer en hombre, la unificación de regímenes en materia de responsabilidad no diluye ni puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito”. (en *Derecho de las obligaciones. Civiles y Comerciales*, 1ª reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 157). “En el sentido contrario opinó la minoría (Agoglia, Boragina, Meza y Vergara) que ...la obligación de seguridad subsistirá aun en el supuesto de futura unificación de los ámbitos de responsabilidad civil. En ese caso mantendrá su importancia en aquellos contratos caracterizados por una prestación principal no riesgosa, subsistiendo un sistema reparatorio objetivo, con fundamento en el factor garantía”. (Conf. CAVALLERO, Francisco E., op. cit., pág. 1519)

⁸⁵ Art. 1668 (Obligación tácita de seguridad): “Quien realiza una actividad, y 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”.

Art. 1669 (Liberación de la obligación tácita de seguridad): “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”.

incorporarlos⁸⁶, en algunos casos como factor de imputación de responsabilidad objetivo, o en otros simplemente como argumento o fundamento que abona la decisión judicial que hace lugar a la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa ⁸⁷.

- 2) Coincidimos con Mosset Iturraspe –quien criticara duramente el Proyecto- en que “se deja de lado la obligación de seguridad como garantía o factor objetivo de atribución”⁸⁸. Entiende Acciarri que se introduce un criterio explícito de definición de la culpa, o se define normativamente una forma particular de configuración de un factor (subjetivo, pero *especialmente subjetivo*) de atribución, teniendo en cuenta la relación entre prevención adoptada y posibilidad (diferencial entre la víctima y el dañador) de prevención. Todo ello, con miras a criterios de eficiencia económica y dentro de una lógica propia de las fundamentaciones del Análisis Económico del Derecho”⁸⁹.
- 3) Resulta contradictorio que en el art. 1668 campeen las ideas de “riesgo de actividad o actividad riesgosa” y “riesgo provecho” como factores objetivos de imputación de responsabilidad, y tras cartón en el art. 1669

⁸⁶ Así se ha dicho que “la esencia de la responsabilidad civil que consagra el art. 1113 párr. 2º del Cód. Civil está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste (o no) de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables a otros sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián, como por ejemplo, quien genera, potencia o controla la actividad riesgosa. Es responsable en los términos del art. 1113 del Cód. Civil quien se sirve de la cosa riesgosa, o desarrolla la actividad riesgosa con cosas”. (CApel. CC, Sala II, Azul-Buenos Aires, Argentina, 22-10-96, “*Municipalidad de Tandil c. T.A. La Estrella, S.A. y otros s. daños y perjuicios*”, ED 171-373/401, con nota de Félix A. Trigo Represas). También menciona Alterini que “se trata de una omisión importante que, sin embargo, no ha obstado a que –en materia laboral- dicha actividad riesgosa genere responsabilidad objetiva (CNTrabajo en pleno, LL 1989-A-561)”. (ALTERINI, Atilio Aníbal – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 16)

⁸⁷ A propósito de ello, merece destacarse que el nuevo Código Civil de Brasil (Ley Nº 10.406, de 10-01-02), que entró en vigencia el 11 de Enero de 2003, introduce expresamente la responsabilidad objetiva por “*riesgo de actividad*” en su art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁸⁸ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva*, op. cit., pág. 1090.

⁸⁹ ACCIARRI, Hugo A., *La obligación tácita de seguridad*, en *Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 325.

se incorpore a la “diligencia” (falta de culpa o no culpa) como un supuesto de liberación del débito resarcitorio⁹⁰.

- 4) Se hace hincapié en el concepto de “prevención del daño”. Señala Lorenzetti que “es admisible una obligación de seguridad que consista en adoptar medidas de prevención en relación a la previsibilidad concreta de los riesgos existentes, lo cual encuentra fundamento en el artículo 512 del Código Civil”⁹¹. Agrega con acierto Acciarri que “las reglas de responsabilidad operan como *incentivos* para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Un sistema correcto de responsabilidad servirá para poner ‘en línea’ los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación social posible”⁹².
- 5) Si bien nos parece novedoso y plausible el tratamiento de la obligación de seguridad en cuanto a la importancia que le otorga a la noción de prevención como tutela preventiva del daño y como condicionamiento para la eximición de responsabilidad del dañador; le damos la razón a Mosset Iturraspe⁹³ cuando tilda de híbrido el tratamiento del instituto recogido, toda vez que el Proyecto resulta contradictorio, logrando desnaturalizar el contenido del deber de seguridad y volviendo a la aplicación de la idea de reproche moral como base del deber de indemnizar, lo que significa en verdad un retroceso con la moderna concepción del derecho de daños impulsada por los vientos de la

⁹⁰ Comenta MOSSET ITURRASPE que “la superación de las ‘medidas de prevención razonablemente adecuadas’ parece más próxima al caso fortuito que a la obligación tácita de seguridad. Significa, desde nuestra posición, un retroceso frente al sistema vigente, que cuando se trata del deber de seguridad del principal o patrón por el obrar de sus dependientes, arts. 43 y 1113, 1ª parte, no admiten pruebas de ‘diligencia’ –buena elección, vigilancia, etc.- ni pruebas de cuidados razonables”. (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva*, op. cit., pág. 1091).

⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?*, en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 170.

⁹² ACCIARRI, Hugo A., op. cit., pág. 326.

⁹³ Para concluir diciendo en forma categórica que “la ‘obligación de seguridad’ deja de ser ‘garantía’ para convertirse en un mero llamado a la prudencia”. (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La mutación de la obligación de seguridad o garantía: de una responsabilidad objetiva a otra subjetiva*, op. cit., pág. 1092)

reforma del año 1968 y luego enriquecida por la doctrina y jurisprudencia.

IV. Indemnización

a) El daño moral en la órbita contractual

En la versión original del Código Civil la reparación del daño moral contractual no estaba prevista expresamente, recién con la reforma introducida por la Ley N° 17.711/68 se agregaron los artículos 522⁹⁴ y 1078⁹⁵ que lo regulan en el campo contractual y extracontractual, respectivamente.

“Sin embargo pese a la resistencia doctrinaria⁹⁶ y a la jurisprudencia plenaria se admitió, antes de su admisión legal en 1968, el resarcimiento del daño moral en el contrato de transporte terrestre, con fundamento en el art. 184, Código de Comercio⁹⁷, y también la afectación del ‘derecho moral’ del autor, en materia de propiedad intelectual”⁹⁸.

Conforme a lo normado por el art. 522 del C.C., en la esfera contractual es facultativo o potestativo para el juez conceder la indemnización del perjuicio moral, lo cual -conforme refiere Trigo Represas- “tendría su razón de ser en la circunstancia de que la ley es más severa en materia de hechos ilícitos, por cuanto éstos comprometen al orden público”⁹⁹.

La circunstancia condicionante apuntada hizo que en una primera etapa haya regido entre los operadores jurídicos el estigma de que “*el daño moral*

⁹⁴ Art. 522 (Sustituido por ley 17.711/68): “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiese causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

⁹⁵ Art. 1078 (Sustituido por ley 17.711/68): “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción de indemnización del daño moral sólo comprenderá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

⁹⁶ ORGAZ, Alfredo, *El daño moral y el transporte de personas*, ED 3-1045. CNCiv., Sala B, 06-04-67, ED 21-325.

⁹⁷ CNFed., Sala Civ. y Com., 15-03-67, ED 21-379; íd. 31-10-67, ED 21-723; íd. 19-03-68, ED 25-303; íd. 10-07-68, ED 27-68; CSJ San Juan, 15-02-66, JA 1967-II, sec. prov., pág. 256.

⁹⁸ Conf. ALTERINI, Atilio Anibal – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 128.

⁹⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Ed. La Ley, Agosto 2004, pág. 4.

extracontractual se invoca, mientras que el daño moral contractual debe ser probado”.

Sin embargo y como bien menciona López Cabana, el viejo adagio ha sido superado por la interpretación dominante en varios encuentros de juristas: V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971); II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1984); I Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1989)¹⁰⁰. En el mismo sentido afirma Trigo Represas que en la actualidad la mayoría se inclina por la solución que iguala la reparación del daño moral contractual con la que rige en materia de hechos ilícitos, pues pese a la no muy feliz redacción del nuevo art. 522, si el daño está probado el juez debe acordar la indemnización integral en ambos supuestos¹⁰¹. Por lo que ya no se trataría de una mera facultad jurisdiccional conforme a la literalidad prescripta por el artículo citado¹⁰².

Así siguiendo la línea trazada por la moderna doctrina¹⁰³ y jurisprudencia¹⁰⁴, en el *sub lite*, el tribunal de Alzada consideró acreditado y concedió el rubro daño moral a la actora (espectadora damnificada) como un concepto individual dentro de la cuenta indemnizatoria, en virtud del incumplimiento del débito de seguridad -que integraba el contrato de espectáculo público- a cargo del empresario reclamado.

También el agravio moral plantea no pocos inconvenientes relacionados con el tema de su legitimación procesal activa y con su cuantía, que si bien exceden del marco de nuestro análisis intentaremos dar algunas referencias que nos parecen interesantes al respecto.

¹⁰⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 128.

¹⁰¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., op. cit., pág. 4. Aunque por supuesto pensamos como lo tiene dicho la jurisprudencia que no constituye daño moral cualquier inquietud o perturbación del ánimo. (CNEspecial Civ. y Com., Sala III, 18-12-81, “*Cabrera, Raúl H. c. Transportes Piñeyro, S.A.*”)

¹⁰² Conf. RUBIO, Gabriel Alejandro, op. cit., pág. 23.

¹⁰³ PLANIOL-RIPERT, *Traite Elementaire de Droit Civil*, T. II, pág. 328; BUSSO, *Código Civil Anotado*, T. I, pág. 414; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, T. I, pág. 190; ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcitorio*, pág. 220 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Reparación del daño moral*, JA 20-295.

¹⁰⁴ CNCom., Sala D, 27-06-05, “*Soraide, Oscar Mauricio c. Volkswagen Argentina S.A. s. ordinario*”; íd. “*Torres, Karina Alejandra c. Calcopietro, Antonio s. sumario*”, Fallo en extenso elDial – AA 43F.

Así del párrafo segundo del art. 1078 C.C. se desprenden dos limitaciones de carácter procesal para evitar la catarata de legitimados activos, atento a que el daño moral se reclama de *“iure proprio”*, es decir, el menoscabo espiritual que experimenta el damnificado directo, y en caso de muerte de éste, el que sufren *“por derecho propio”* los herederos forzosos (cónyuge, ascendientes y descendientes) como damnificados indirectos¹⁰⁵.

A propósito de la limitación legal desde hace un tiempo atrás en nuestro país existe una polémica con respecto a si el concubino/a o el hermano¹⁰⁶ de la víctima fatal se encuentran legitimados para reclamar daño moral. A primera vista y teniendo en cuenta la letra rígida del artículo en cuestión, la respuesta debiera ser negativa, no obstante cierta jurisprudencia reciente parece opinar lo contrario¹⁰⁷.

En el tema de la cuantía la apreciación del monto del daño es cuestión sujeta a la sana apreciación judicial, y siguiendo la exquisita pluma del maestro Mosset Iturraspe, “se debe partir, básicamente, del análisis de la situación de la

¹⁰⁵ Conviene reseñar como casos relevantes en atención a la legitimación para petitionar el rubro en examen: el fallo que otorgó legitimación al hijo concebido no nacido que estaba en el seno materno para requerir el daño moral por la muerte de su padre en un accidente de tránsito (art. 68 Cód. Civ.; CNCiv., Sala L, 16-08-01, *“Monjes, Mirta E. c. Transporte Gral. Tomás Guido S.A. y otro”*, LL 2002-C-133, con nota de DI VITO, Aldo M. – GUERENDIAIN, Hilario). Dijo el tribunal: *“Es procedente la indemnización del daño moral reclamada por una persona que estaba en el seno materno al fallecer su progenitor –en el caso, en un accidente de tránsito-, pues la concepción otorga una vocación hereditaria (art. 68, Cód. Civil) que se consolida con el nacimiento con vida, de modo que reviste la calidad de heredera forzosa y puede demandar aunque más no sea por el daño moral futuro representado por el desamparo espiritual que significa venir al mundo y desenvolverse sin el apoyo del progenitor”*. También se resolvió indemnizar al progenitor por *“el daño moral causado por la muerte del hijo concebido no nacido, toda vez que dicha muerte implica, sin más, la muerte de un hombre, sin otro matiz diferencial con el homicidio que el de que la víctima es un ser humano no nacido, lo que implica que el supuesto encuadra en la última parte del art. 1078 del Cód. Civil (arts. 63, 70, 74 Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto San José de Costa Rica)”*. (STJ Córdoba, Sala penal, 25-11-03, *“Vázquez, Rogelio A.”*, con nota de MÁRQUEZ, José, LL Córdoba 2004-351. Idem CNCiv., Sala E, Argentina, 30-03-98, *“Ríos de Corregidor, J. c. Manjón, F. s. daños y perjuicios”*.

¹⁰⁶ Así se negó la indemnización por daño moral a una persona que reclamaba por la muerte de su hermano en sentencia de la CApel. Civ. y Com., Sala II, Azul-Buenos Aires, *“G., J. D. y otra c. Ibarra, Manuel y otros. Daños y Perjuicios. Litigar sin gastos”*.

¹⁰⁷ Así se resolvió otorgar una indemnización en carácter de daño moral a la concubina por el fallecimiento de su compañero a raíz de un accidente de tránsito indicándose que: *“Parece injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una prole”*. (CApel. Civ. y Com., Sala II, Mar del Plata-Buenos Aires, 23-11-04, Causa 127706 y 127707 Reg. 750 - *“R., S. E. c. Bustos, Esteban s. daños y perjuicios”* y *“A. A. A. c. Bustos, Esteban y otra s. daños y perjuicios”*). Nos parece acertado el

víctima, debiendo considerarse asimismo las siguientes reglas: a) la reparación no debe significar un cambio de vida ni un enriquecimiento para el damnificado, b) no debe basarse en fórmulas matemáticas ni en criterios estrictamente actuariales, c) no debe calcularse sobre el eventual daño material, d) no debe cuantificarse en base a la mera prudencia prescindiendo de parámetros tales como la edad de la víctima, la gravedad del daño y las particularidades del caso, e) debe procurarse que aquella produzca placeres compensatorios, y f) corresponde considerar el contexto económico del país y el 'standard' de vida del beneficiario"¹⁰⁸.

b) Autonomía del daño psicológico

Si bien el juzgador en la cuestión que nos atañe rechaza el daño psicológico solicitado por la actora en su pretensión indemnizatoria por falta de consistencia de la prueba correspondiente, se manifiesta –por lo menos eso nos parece- partidario –aunque sin entrar en detalle- de la diferencia entre el daño moral y el daño psicológico, razón por la cual creemos conveniente trazar algunas líneas orientadoras sobre el particular.

Existen posiciones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la autonomía del daño psíquico o psicológico, ya que a veces se ha afirmado que este daño está dentro del llamado daño moral¹⁰⁹ y otras que es un rubro independiente o autónomo¹¹⁰. Por nuestra parte participamos de ésta última tesis, ya que lo único que tienen en común el daño moral y el daño psíquico es que ambos acontecen en la psiquis o mente humana, pero la gran diferencia es que el daño moral afecta a los sentimientos, mientras que el daño psíquico afecta el razonamiento (es decir, la capacidad de pensar, reflexionar o discernir de una persona) o personalidad, ocasionando una profunda perturbación o agravando

fallo ya que de lo contrario pareciera que habría un trato discriminatorio a las innumerables parejas convivientes pero no casadas legalmente en las que el amor y los sentimientos también existen.

¹⁰⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral*, LL 1994-A-728. Siguió dichas directivas la C2ªCC Paraná-Entre Ríos, Sala II, 27-05-97, "*Carrizo, Jorge T. c. Sociedad Rural Victoria y/u otros*", LL Litoral 1998-2-21/29, con nota de Gabriel Alejandro Rubio; íd. "*W. De C. c. P. – Filiación*", 01-12-95; "*Defagor c. Muñoz – Sumario*", 26-08-96.

¹⁰⁹ CCAyT, Sala I, Buenos Aires, 17-12-04, "*Robledo De Carrizo, Rosa Ester c. G.C.B.A. s. daños y perjuicios*".

¹¹⁰ SCJBA, Ac. L. 41225, 14-03-89, "*Vázquez, Ángel Eduardo c. Cía. Ind. Ganadera Penta s. daños y perjuicios*", DJJ 136-149. En este fallo se reconoce normativamente al daño psíquico en el art. 1086 del Código Civil.

algún desequilibrio precedente¹¹¹. Además, el daño moral va desapareciendo o menguando con el paso del tiempo (transitorio), mientras que el daño psíquico (que reviste connotaciones de índole patológica permanente) requiere de un adecuado tratamiento psiquiátrico y/o psicológico para ser superado por el paciente¹¹². Por último, el daño moral en la mayoría de los casos se invoca ya que está presumido por la ley, no requiere ser probado, mientras que el daño psíquico requiere ser acreditado mediante una pericia psicológica o psiquiátrica que debe hacer un perito de la especialidad¹¹³.

V. Reflexión final

Después de haber analizado con detenimiento la doctrina y jurisprudencia - nacional y extranjera- especializada en la temática de la obligación de seguridad en general y su aplicación concreta al contrato innominado de espectáculo público en el marco del decisorio judicial que motivó nuestro comentario, no podemos más que resaltar y avizorar que el instituto estuvo, está y estará en permanente revisión por los operadores jurídicos, quienes deben todavía transitar un largo camino en aras de aclarar y despejar sus puntos oscuros y exaltar sus beneficios

¹¹¹ “Toda injuria traumática que lesiona un órgano o deteriora una función, repercute en el psiquismo, y ‘la repercusión emocional obviamente es mayor cuanto mayor sea el valor narcisista y/o instrumental de la parte corporal afectada’, por lo que, por ejemplo: ‘el daño psíquico reviste la mayor importancia, cuando se lesionan las manos de un cirujano o las de un pianista, o cuando se deterioran las piernas de un vendedor ambulante o las de un deportista, cuando se lastima el rostro de un actor...’ y si la injuria fuese ‘masiva e irreversible se puede producir un verdadero colapso narcisista, dado que el sujeto no puede lograr componerse luego de la pérdida de una función investida de fuertes catexias libidinales. Así el desempeño laboral o profesional se ve impedido, se anula todo proyecto de futuro y el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital’”. (MILMAIENE, José E., *El daño psíquico*, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, coordinado por Carlos A. GHERSI, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 70 y ss.; conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 5)

¹¹² CNCiv., Sala B, 30-11-04, “Noé, Hilda Edith c. Consorcio de Propietarios Av. Rivadavia 3502/35 s. daños y perjuicios”; CNCiv., Sala D, 16-06-92, “Peralta, Antonio c. Herman, Ramón E.”, voto del Dr. Daray, LL 1992-E-24.

¹¹³ Ya que lo que se indemniza es por un lado la alteración psicológica (que sería el daño extrapatrimonial), y por el otro, los gastos que demande el tratamiento psíquico y/o psicológico de la víctima (que se constituiría en el daño patrimonial). No obstante ha dicho con acierto la doctrina que “es improcedente la indemnización del daño psíquico o psicológico y de su respectivo tratamiento, pues debe concederse uno u otro cuando la psicoterapia tiene probabilidades serias de remitir la patología originada del hecho ilícito. De lo contrario, se duplicaría el resarcimiento”. (Conf. TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, T. IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 703, con reenvío a fallo de la CNCiv., Sala C, 14-04-99, “Militello, Norberto C. c. Expreso Villa Galicia San José S.R.L.”, LL 1999-E-740 y DJ 2000-1-431)

protectorios para seguir cumpliendo con la finalidad de garantizar la indemnidad de los sujetos y la incolumidad de las cosas intervinientes en la relación convencional para la cual fue pensada. Y precisamente en esa dirección va el fallo examinado.

En breve la Comisión N° 2 (Obligaciones) que se avocará al tratamiento de la obligación de seguridad en el derecho de daños, en el marco de la edición XX de las prestigiosas e influyentes Jornadas Nacionales de Derecho Civil, tendrá a su cargo la histórica oportunidad de continuar por la buena senda...