

LA OBLIGACION DE SEGURIDAD EN LA RELACION DE CONSUMO

Abogada Ana Karina Juan

Especialización de derecho civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP

Año de cursada 2010-2012

anakarinajuan@gmail.com

Director Alfredo Aníbal Villata

LA OBLIGACION DE SEGURIDAD EN LA RELACION DE CONSUMO

Ana Karina Juan¹

Director: Dr. Alfredo Aníbal Villata²

Objetivos generales y específicos

El objetivo general del trabajo está constituido por el análisis de la obligación de seguridad en el marco de la relación de consumo, instituto jurídico que ha sufrido variaciones significativas en orden a sus contornos.

Para ello, resultará indispensable abordar el nexo entre el sistema de defensa del consumidor y la obligación de seguridad en favor de éste último, con indiscutible cimiento en el art. 42 de la Constitución Nacional.

En este orden, han resultado sumamente provechosos los aportes derivados del diálogo mantenido con el jurado, a través de las diferentes sugerencias de modificación formuladas en relación al trabajo inicial. Tales aportaciones permiten, además del primario perfil descriptivo del trabajo, agregar una propuesta que en términos epistémicos se asuma más cercana a lo normativo.

En este punto, debe aclararse que este trabajo tuvo su origen mientras regía la ley 24.240, con las sustanciales modificaciones introducidas por la ley 26.361. Entre ambas reglas legales, cambió principalmente el concepto legal del sujeto «consumidor», lo que en rigor implicó extender los alcances de la regulación a personas y situaciones inicialmente excluidas.

Sucede que, en el largo camino recorrido entre que se comenzó a diseñar el trabajo (lo que incluyó la designación del director, aprobación del proyecto y designación del jurado), se yuxtapone con el período en que se gestó un cambio sustantivo en la materia, con la sanción del Código Civil y Comercial³.

¹ Alumna de la Especialización de derecho civil Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP (Año de cursada 2010-2012)

² Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP de grado y posgrado. Titular del Juzgado Civil y Comercial n° 22 de La Plata.

³ Por decreto 191/2011 se creó una Comisión para la elaboración del proyecto de reforma, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. La Comisión entregó el anteproyecto a poco mas de un año. El modelo de construcción del Código Civil y Comercial

Para poder abordar el objetivo principal del trabajo integrador, esto es, el análisis de la obligación de seguridad en la relación de consumo, será necesario examinar los diferentes vínculos que caen bajo la órbita del concepto constitucional de consumidor.

A su vez, cuando hablamos de la obligación de seguridad, estamos analizando un aspecto del negocio jurídico que se entronca en el fenómeno de la responsabilidad. Ello quiere decir, ni más ni menos, que deberá estudiarse la evolución que ha tenido la responsabilidad civil en las relaciones de consumo, a partir del nuevo Código Civil y Comercial y ponderar en qué forma afectó el sistema especial de la ley 24.240.

Por lo que, resultará un objetivo específico accesorio examinar si el esquema de la responsabilidad civil derivado del quebrantamiento de la obligación de seguridad es de corte subjetivo u objetivo. Para esta labor, será necesario un abordaje conceptual que permita delimitar los contornos del esquema obligacional y su naturaleza jurídica. Se repasarán las distintas posturas en torno a la obligación de seguridad, a través de un breve análisis de las corrientes doctrinarias, el modo en que el derecho positivo ha receptado la obligación y la influencia de la jurisprudencia como corolario del tema.

A partir de los aportes formulados por el jurado en una primera devolución del presente trabajo, han surgido dos interrogantes que permiten al mismo tiempo dar un mejor orden al enfoque y trazar algunos enunciados normativos: Si las relaciones de consumo que la ley 24.240 especifica son múltiples, ¿Es posible establecer con un único alcance la obligación de seguridad? y a partir de ello ¿Puede hablarse siempre de una obligación de seguridad con idéntica extensión, o es posible segmentarla en función del tipo de relación consumeril?.

aprobado mediante ley 26.994, a través de veintiún audiencias públicas celebradas en once provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye un interesante punto de partida para lograr acuerdos duraderos sobre temáticas estructurales como la aquí tratada. De acuerdo con la publicación oficial de la Honorable Cámara de Diputados, ISBN 978-987-22347-9-9, participaron activamente en las audiencias 1100 personas y 578 organizaciones, con 1170 ponencias. Estos mecanismos deliberativos y federales, si bien deben mejorarse para posibilitar incrementar la participación de más personas –y fomentar el interés de aquellos que no lo hicieron– rompen con una tradición propia de la democracia derivativa que increíblemente subsiste en el artículo 22 de nuestra Constitución. No desconozco que el proyecto final fue objeto de modificaciones puntuales impulsadas por el PEN, contrarias a la amplia deliberación que había fomentado.

Para dar respuesta a tales interrogantes, resultará necesario reordenar el texto y la estructura, sin alterar la finalidad última de la propuesta.

Justificación de la selección del tema

La selección del tema obedece a su indudable actualidad y a que permite, respetando la premisa integradora del trabajo, fusionar distintas nociones conceptuales adquiridas durante el desarrollo de la especialización en las diferentes materias.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial aprobado por la ley 26.994, se ha consolidado un cambio absoluto del paradigma jurídico de la contratación, a tal extremo que se ha fracturado la regulación del contrato entre un tipo general y otro referido al de consumo. A su vez se ha tipificado la relación de consumo y se ha definido al sujeto consumidor como centro de imputación del sistema tuitivo.

El paradigma contractual de los códigos decimonónicos de corte liberal comenzó a revelarse notoriamente insuficiente para resolver conflictos que se producían, en virtud de nuevos esquemas de relacionamientos que responden a novedosos modelos de producción, tecnológicos y a variaciones sustanciales en las integraciones sociales.

Así como en su momento el esquema de la responsabilidad subjetiva colapsó ante el advenimiento de nuevas formas de producción industrial, que revelaban que la culpa, no servía como modelo para explicar el deber de responder en términos civiles, resulta necesario analizar las repercusiones del cambio del paradigma contractual al relacionista.

Metodología

En el presente trabajo se utilizará el método documental o bibliográfico, el que consiste en la recopilación, jerarquización y sistematización de la información disponible en distintas fuentes documentales (libros, textos, revistas, normas, jurisprudencia), con la finalidad de tener un completo estudio de las cuestiones que se abordarán, y a través de su análisis crítico, evaluar y expresar las teorías, jurisprudencia y los aportes existentes sobre los temas materia de estudio, los cuales se mencionan con posterioridad.

Conjuntamente se recurrirá a los métodos inductivo y deductivo lo que permitirá, por medio de la observación y el razonamiento, llegar a conclusiones.

I. Introducción

Para atrapar en su correcta dimensión la temática que se desarrollará posteriormente, se ha seleccionado un modelo teórico, que permite asignar una explicación plausible a la ubicación del objeto investigado en un tránsito que ha superado ampliamente su matriz meramente normativa.

En este sentido, el trabajo de Thomas S. Kuhn parte de una consideración gnoseológica que resulta provechosa para comprender y poder explicar qué es lo que ha sucedido, sucede y sucederá en el ámbito del derecho privado. El referido científico norteamericano ha definido a los paradigmas como “ (...) las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (...)”.⁴

La descripción es precisa en cuanto a que tales paradigmas tienen un ciclo de vigencia, transcurrido el cual se ven atacados y más tarde ingresan en una fase de cambio.

La crisis es, entonces, una condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías. Kuhn traza un paralelismo con la revolución política diciendo que “ (...) se inician por medio de un sentimiento, cada vez mayor, restringido frecuentemente a una fracción de la comunidad política, de que las instituciones existentes han cesado de satisfacer adecuadamente los problemas planteados por el medio ambiente que han contribuido en parte a crear (...)”⁵.

La ciencia jurídica, no permanece en absoluto ajena a la dinámica de sucesión de modelos teóricos antes referida, por cuanto también se dan estas revoluciones (mecanismos de autocorrección), cuando las normas o las instituciones dejan de proporcionar soluciones adecuadas en relación a los conflictos que se suscitan en la comunidad, y resulta necesario cambiarlas, modificarlas o en muchos casos pueden tratarse de hechos que no se encontraban plasmados con anterioridad en la normativa.

⁴ Kuhn, T. S., La estructura de las revoluciones científicas, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 13.

⁵ Ibidem., p. 16.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial comenzó embrionariamente a entrar en crisis el modelo legalista cuya explicación analítica encontraba al positivismo de Kelsen o Hart como un modo de equiparación entre derecho y ley, a partir de ponderar los aspectos que atienden a la emisión de un precepto por parte de los órganos que tienen la atribución de hacerlo.

Con ello también, entró en crisis la Codificación entendida en los términos decimonónicos que en nuestro país albergaba una larga tradición que incluía toda la estructura jurídica, tanto en la enseñanza en las aulas Universitarias como en lo atinente al desenvolvimiento de las instituciones jurídicas en el ámbito del Poder Judicial.

Más allá de la etapa de recepción de las dos declaraciones de derechos humanos (la Americana y la Universal), el verdadero tránsito paradigmático comenzó con el retorno de la democracia, lo que incluyó la renovación de la integración en las instituciones Federales y Provinciales, pero además -en el plano normativo-, la ratificación de la C.A.D.H.⁶, el P.I.D.E.S.C. y el P.I.C.D.yP.⁷.

Pues bien, la reforma constitucional de 1994 produjo la asignación de rango Constitucional a diferentes instrumentos de derechos humanos -incluidos los anteriormente señalados-, pero además la jerarquización precisa de los restantes tratados, en relación al resto del ordenamiento interno y un mecanismo de incorporación de jerarquía constitucional para otros tratados sobre derechos humanos.

Si bien es cierto que los Códigos –en este caso hablaremos del Código Civil -ley 340- se van adecuando a los cambios sociales, con reformas parciales (v.dec. ley 17.711) o leyes reguladoras de situaciones particulares, no es menos cierto que el Código Civil no recibió la influencia inmediata de la reforma constitucional de 1994⁸.

⁶ Ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984. El artículo 2º de la referida ley tiene una trascendencia que sólo puede ser apreciada cabalmente a los más de treinta y cuatro años desde su puesta en vigencia. Me refiero a la aceptación por parte de nuestro país de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, que hoy genera un arduo debate en torno a la última palabra convencional.

⁷ Ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1986.

⁸ Hubo un importante intento de reforma a partir del proyecto elaborado por la Comisión designada en el marco del dec. 685/95. Proponía la unificación Civil y Comercial y llegó a tener estado parlamentario, pero fue fuertemente cuestionado y finalmente no se sancionó. Puede consultarse al respecto la fuerte crítica que llegó desde la academia del interior país, por ejemplo, la obra intitulada “Estudios sobre el proyecto de Código Unificado de 1998”, dirigido por Roberto Brebbia, ed. Zavalia, 2001. Resulta

Por fuera de la codificación, se sancionó la ley 24.240 -a la que se dedicará gran parte del trabajo-. Este nuevo cuerpo normativo, acompañó toda una etapa en que irrumpieron formas de contratación masivas, tales como el franchising, agencia, distribución, etc., que trajeron consigo nuevas formas de conflictividad.

Sin embargo, existe un cambio de paradigma jurídico con la sanción del Código Civil y Comercial, en orden a la constitucionalización del derecho privado. Un somero repaso de la evolución permite dar cuenta que se trata de un proceso y que la denominada constitucionalización había comenzado -indefectiblemente- más de veinte años atrás.

Lo que ha sucedido, en mi opinión, es que el Derecho Civil siempre tuvo un fuerte arraigo en «el Código»⁹, por lo que necesitó que fuera precisamente un Código el que se ubicara en un rango inferior a los instrumentos sobre derechos humanos, y quien le indicara al intérprete que no encontraría allí todas las soluciones razonables.

Esta cosmovisión resulta consistente con su título preliminar, puesto que, a partir de la reforma del texto constitucional del año 1994, fue abriéndose paso un nuevo paradigma jurídico, que terminó su consolidación con la sanción del Código Civil y Comercial, que tiene la particularidad de resultar un código abierto al diálogo con otras fuentes o, en una denominación algo más coloquial, un código “descodificado”, que ya no pretende erigirse como la ley que todo lo resuelve. Entonces, su título preliminar constituye una suerte de manual de instrucciones para la utilización del resto del texto.

El Código Civil y Comercial, ha acelerado y consolidado el cambio del paradigma, colocando a las personas en el centro del derecho, en consonancia con los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Un ejemplo de esto, es la incorporación del título III al Código Civil y Comercial, que sigue la línea proteccionista establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional, más allá de las críticas que podemos efectuar al concepto de relación de consumo y a otras normas relacionadas.

encomiable el tratamiento expresó que realizaba el proyecto de la obligación tácita de seguridad en su artículo 1669.

⁹ De hecho, es muy reciente la revisión de esta idea fuerza, que aún tiene mucha resistencia. En las facultades de Derecho, la enseñanza del derecho civil coincidía con la enseñanza de los Códigos.

Este cambio de modelo es un paso importantísimo. Como consecuencia de ello, es que el Dr. Lorenzetti hace mención a que “el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital...como ocurre con el consumidor (art. 1092)” “... Busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”¹⁰.

En este contexto, el paradigma legalista del contrato como fuente del débito obligacional de seguridad, cedió frente a la teoría relacionista y es por ello que para evaluar la obligación de seguridad en la relación de consumo deberá determinarse la extensión de esta relación y, con ello, si además de la accesoria y tácita adhesión de la obligación en ciernes a todo contrato de consumo, se erige en forma autónoma como fuente de responsabilidad para aquellos escenarios propios de la relación en los cuales no exista «contrato de consumo» propiamente dicho.

En este sentido, no existe el menor margen de dudas que la obligación de seguridad constituye un accesorio incorporado a todo negocio jurídico de consumo¹¹. Esto quiere decir que la satisfacción de la prestación obligacional debe realizarse en condiciones que excluyan la causación de daños en la persona del co-contratante¹².

Sin embargo, tal noción general aplicable a cualquier negocio jurídico tiene una importante modificación cuando corremos como eje modular el contrato hacia la relación. Y eso es precisamente lo que ha ocurrido a partir de la reforma constitucional del año 1994, en que el artículo 42 del texto constitucional coloca como centro normativo, además del «consumidor», a los usuarios de bienes y servicios en el marco de una relación de consumo.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha definido la relación de consumo y ha equiparado a la noción de consumidor, a aquellos que como consecuencia o en

¹⁰ Ricardo Luis Lorenzetti, introducción del Código Civil y Comercial de la Nación, pag. 11. Ed Rubinzal-Culzoni.

¹¹ Se trata de un punto donde, más allá de las diferencias de denominación, existe un mínimo de consenso.

¹² Sobre este punto puede consultarse el trabajo de Mariana Dora Gesualdi, “La obligación de seguridad en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, púb. en Revista de Derecho de Daños, tomo 2012 2, p. 379, Rubinzal Culzoni, en el que la autora pasa revista a las diferentes posturas relativas a la caracterización y alcance de la obligación de seguridad en general.

ocasión de la relación de consumo adquieren o utilizan bienes y servicios en su propio beneficio o de su grupo familiar o social.

Si la obligación de seguridad se encuentra ínsita a la relación de consumo, resultará de interés estudiar las distintas teorías que se refirieron a la causa-fuente, ya sea de origen contractual o extracontractual o si, por el contrario, el abordaje desde esta perspectiva es incorrecto por insuficiente o por reducir el alcance de la cuestión. Ello así, toda vez que existe otra línea de pensamiento que hace pasar el eje de la cuestión, en la unificación de los sistemas de responsabilidad, restándole todo interés a la determinación de la causa-fuente.

En el marco de la creciente complejidad de las relaciones de consumo, signadas por nuevos avances tecnológicos y por la vertiginosa transformación en la forma de comercialización de los bienes y prestación de los servicios, resulta necesario individualizar cuál es el factor de atribución en el que se asienta la responsabilidad civil y hacia quienes proyecta sus efectos activos y pasivos¹³.

II. Marco general y evolutivo: La obligación de seguridad en el contrato civil

La génesis del deber de seguridad puede rastrearse, según calificada doctrina¹⁴, hasta un fallo caratulado “Zbidi Hamida Ben Mahmoud” de la Corte de Casación Francesa, del 21 de noviembre de 1911, en el cual se determinó que en el contrato de transporte la responsabilidad era de carácter contractual y que además de la obligación principal de trasladar a las personas, había una obligación accesorio – deber de seguridad- de conducir al viajero sano y salvo a destino.

La idea fuerza en aquel momento fue flexibilizar la rigidez que existía en los sistemas de la responsabilidad contractual y extracontractual. La jurisprudencia

¹³ Al respecto puede consultarse el trabajo de Roberto A. Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo 1998, p. 79, Rubinzal Culzoni, en el cual el autor analiza el incumplimiento a la obligación como fuente resarcitoria.

¹⁴ Rinesi, Juan Antonio, *La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial*, LL 10/12/2014 , 1; Bagalá, Pablo, *El deber de seguridad y su impacto en el derecho privado a partir de la aparición del derecho de consumo*, disponible en www.pensamientocivil.com.ar.

francesa ha incluido tácitamente al deber de seguridad, provocando lo que se llamó «el ensanchamiento del contrato», a los fines de beneficiar a la víctima.

Años más tarde, la obligación de seguridad se fue aplicando en el campo de la responsabilidad médica, espectáculos deportivos, juegos de ferias, entre otros. Análogo proceso ocurrió en nuestro país, en el cual también se plantea la discusión acerca del ámbito contractual o extracontractual de la obligación de seguridad.

Comenzaremos por identificar a las corrientes que analizan el deber de seguridad en términos generales, para luego de ubicar el tema pasar a examinar la relación de consumo y posteriormente evaluar si es posible dar una respuesta unívoca al encuadramiento de la obligación de seguridad en la relación de consumo.

1. Teorías contractualistas

Una corriente, entre quienes podemos ubicar a Mayo¹⁵, Agoglia, Boragina y Meza¹⁶ sostiene que la obligación de seguridad es siempre de fuente contractual. Se apunta a que por más que la ley vigente –ya sea como principio general o mediante la sanción de disposiciones expresas- imponga el deber de no dañar a la persona y los bienes de otro, esa directiva legal queda ulteriormente incorporada al contrato en forma expresa o tácita. El negocio absorbe dicho deber normativo preexistente, incorporándolo como obligación contractual. En consecuencia, la fuente inmediata del deber de seguridad, invariablemente, es el acuerdo de voluntades y no la ley y su incumplimiento lo que origina responsabilidad contractual.¹⁷

También se ha sostenido, reforzando esta posición, que el contenido del contrato se completa virtualmente con las normas legales imperativas que se refieren a los derechos regulados por el acto y por las normas supletorias que despliegan una función integradora del negocio.¹⁸

¹⁵ Mayo, Jorge A. Sobre las denominadas "obligaciones de seguridad", en LL, 1984-B-949.

¹⁶ Agoglia María M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., la obligación de seguridad en los contratos de consumo, en J.A. 1997-III-638.

¹⁷ Agoglia María M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., la obligación de seguridad en los contratos de consumo, en J.A. 1997-III-638.

¹⁸ Rinesi Antonio Juan, "El deber de seguridad", Rubinzel Culzoni, 2007, p.123.

A su vez, se apuntaba que por imperio del art. 1198 del Código Civil, el principio de la buena fe se encontraba invariablemente incorporado de modo virtual en el contrato, formando parte de su contenido.¹⁹

Este modelo explicativo señala, además, que muchos de los caracteres que posee la obligación de seguridad (su existencia inexorable en toda especie negocial, su calidad expresa o tácita y su independencia estructural y funcional respecto de la obligación principal), resulta una derivación directa del análisis previo acerca de la estructura del contrato²⁰.

Dentro de esta teoría, a su vez, existe una sub-clasificación que distingue en cuanto a la proyección de la obligación de seguridad a todo tipo contractual, en tanto que otro sector indica que la obligación de seguridad existe únicamente en determinadas especies de contratos, caracterizados por la planificación de una conducta del deudor, estadísticamente riesgosa para la persona o bienes del acreedor²¹.

En otras palabras, existe el deber de seguridad en aquellos contratos en los que es posible evaluar la existencia de riesgo para el acreedor en la prestación de la obligación principal. En tal dirección, el mentado deber se verifica en aquellos contratos que presentan ese denominador común (por caso, los de prestación médica asistencial, comercialización de productos elaborados, transporte, espectáculo público, juegos de feria, enseñanza o de trabajo)²².

Por oposición, una vertiente minoritaria afirma que la obligación de seguridad se encuentra ínsita en todos los tipos contractuales, con independencia de la existencia de peligro que pueda presentar el objeto de la obligación principal²³.

En conclusión, estas corrientes manifiestan que la estructura del negocio jurídico se relaciona con la obligación de seguridad, ya que existe una obligación principal tendiente a cumplir con la prestación y otra accesoria mediante la cual se garantiza la protección a los bienes del acreedor distintos al objeto principal. Este

¹⁹ Rinessi Antonio Juan, *ibidem*, p. 123.

²⁰ Agoglia Maria M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., *idem*, pag. 642.

²¹ Bueres A, Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, p 383 cit. por Agoglia Maria M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., *idem*, pag. 638.

²² Agoglia Maria M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., *idem*, pag. 638/639.

²³ Agoglia Maria M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., *idem*, pag. 639.

modelo teórico tiene apoyatura en el antiguo artículo 1198 del Cód. Civ. -ley 340-, que se encontraba ubicado en la parte general de los contratos y por lo tanto incorporado “virtualmente” en el contenido del negocio jurídico.

La única diferencia interna entre ambas posturas finca -entonces- en la amplitud de las categorías contractuales a las que se extiende la obligación de seguridad.

Con el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), esta doctrina encuentra su fundamento en los art. 961 y 1061, incorporados en el título II, denominado «Contratos en general», en los cuales se destaca rol de la buena fe, al manifestar que el contrato no se limita a las obligaciones principales pactadas por las partes, sino que se integra con todas aquellas accesorias y secundarias que puedan considerarse comprendidos en ellos (v.gr. diligencia, cooperación, seguridad).

2. Teorías extracontractualistas

Para Wayar la obligación de seguridad es de origen extracontractual porque el *neminem laedere* (no dañar a nadie) posee jerarquía de principio general de Derecho y recepción Constitucional en el artículo 19 del texto fundamental y además por cuanto ha sido incorporado de manera expresa en diversas leyes, entre las que se cita a la ley 24.240.

Refiriéndose a la materia en la Ley de Defensa del Consumidor, su fuente es legal, por lo que su ulterior incorporación al contrato en forma expresa o tácita no modifica en absoluto la situación original de causa fuente, de donde ésta seguiría siendo la ley y no el contrato²⁴.

Para esta corriente doctrinal, el sustento normativo se ubica expresamente en los artículos 1716 y 1725 del CCyC., en el deber de no dañar a otro, sentando el principio en la esfera contractual del deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas –donde mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias-. Esta conducta -analizada en concreto- es la previsibilidad media, con excepción de que, si se exigiera una confianza

²⁴ Wayar Ernesto, El deber de seguridad y la responsabilidad del empleador en E.D. 118-857. Cit por Rinesi Antonio Juan, idem, pag. 122 Lo subrayado me pertenece.

especial, en virtud de la naturaleza de las cosas o condiciones particulares de la parte, o si se tuvo en cuenta esta confianza al celebrar el contrato, resultará relevante la condición especial del contratante. Es decir, reafirma el concepto de la doctrina que la obligación se encuentra en la relación contractual, pero su fuente es la ley.

Otro de los autores que se enrola en la doctrina, afirma que en el contrato existe un conjunto de deberes que la doctrina califica como secundarios respecto del deber principal. Hay en verdad, una conducta debida en la relación contractual que desborda la simple y singular relación obligacional. Existe un *plus* respecto al específico plan de prestación. Sin embargo, aun cuando nace del contrato, esta obligación secundaria se asienta en el deber de no dañar, por lo tanto su naturaleza es extracontractual, no obstante que su vigencia sea contractual²⁵.

3. Las teorías unificadoras y una primera aproximación al esquema de la causa fuente en la relación de consumo

Con la progresiva entrada en escena del derecho del consumidor, el debate anteriormente enunciado, entre contractualistas y extra contractualistas se vio desbordado, en forma similar al debate que tuvo lugar en derecho del trabajo entre los partidarios del relacionismo y el contractualismo para explicar los contornos últimos de la relación laboral²⁶.

Es que cuando los esquemas o moldes jurídicos resultan insuficientes para dar respuesta a la realidad, la causa fuente de la obligación de seguridad -al igual que lo acontecido con los factores de atribución-, tiende a mutar los límites de los esquemas clásicos, que se revelan por igual insuficientes *-per se-* para explicar una categoría fenomenológica antes inexistente²⁷.

Vamos ingresando de este modo en el derecho de los consumidores, que es el objeto de nuestra atención primordial.

²⁵ Morello Augusto M., Indemnización del daño contractual, Abeledo Perrot, buenos Aires, 1967, T.I, pag 103. Rinesi Antonio Juan, idem. Pag. 304.

²⁶ Para un detalle de este debate puede consultarse, Alejandro Perugini, *Relación de dependencia*, p. 82 y siguientes, Ed. Hammurabi.

²⁷ En definitiva, esta tesis rastrea la fuente del deber en una pauta moral que integra el texto constitucional, esto es, el *neminem laedere*.

El Dr. Lorenzetti afirma que en el ámbito de la obligación de seguridad del art. 5 de la ley 24.240 no es contractual ni extracontractual, sino de la relación de consumo, aclarando que puede ocurrir dentro del ámbito de un contrato o tratarse de cosas o servicios suministrados a un usuario no contratante, o de tratos previos, todo lo cual pertenece a la relación de consumo²⁸.

Asimismo la jurisprudencia reconoce, en algunos fallos como el de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala F²⁹ con voto preopinante de la actual ministro de la Corte Highton de Nolasco y en el caso “Mosca”³⁰ de la Corte Suprema de Justicia, que en la relación de consumo no se ajusta a la responsabilidad contractual o extracontractual, calificación que por añadidura va perfilando la naturaleza de la obligación de seguridad en la relación consumeril.

Se señala que, involucra a todas las circunstancias que rodean o se refieren a una situación preliminar o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.

Desde la incorporación del artículo 42 de la Constitución Nacional no se exige ya como presupuesto de aplicación de las reglas del Consumidor -entre ellas el débito de seguridad- la existencia un vínculo contractual, ya que abarca como dijimos una visión más amplia de las circunstancias que rodean a esta actividad, por ejemplo, la situación del usuario que al ingresar a un centro comercial ya es merecedor de la protección que el ordenamiento le dispensa al consumidor y usuario.

Como observamos, parte de la doctrina se inclina por la unificación conceptual de ambos regímenes de responsabilidad en lo atinente a los daños derivados de la comercialización de productos o prestación de servicios al consumidor.

Esta preferencia teórica viene dada por la dificultad práctica de determinar la extensión de la obligación de seguridad en algunos de los regímenes clásicos de la responsabilidad civil, ya que como venimos describiendo la relación de consumo, va

²⁸ Cit. por Juan Antonio Rinesi, *idem*, pag. 304.

²⁹ C. Nac. Civ, Sala F, 17/9/2003, “Torres Erica F. v Coto CICSA y ot, LL 2004 A-433.

³⁰ LL 2007-B 261.

más allá del contrato entre partes, sino que abarca a las circunstancias que los rodean, es decir el acto de consumo acontece como hecho jurídico.

No se puede colocar al consumidor en la incertidumbre de si debe acudir a las disposiciones de la responsabilidad contractual o extracontractual o en su caso el inicio de múltiples acciones, teniendo en cuenta que el consumidor tiene a su favor una responsabilidad contra todos los que interviene en la relación de consumo.

Afirma Marcelo Carlos Quaglia, que en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ratificó la tesis de autores como Fariña y Mosset Iturraspe: la creación de un tercer ámbito autónomo de responsabilidad junto con el contractual y extracontractual³¹.

Y, tal como lo señala Mosset Iturraspe, se torna imposible tutelar al consumidor desde la óptica contractual (no podemos limitar su reclamo al vendedor y excluir a los demás integrantes de la cadena de comercialización) y/o desde la extracontractual (excluyendo al vendedor que contrata directamente con el consumidor). Éste, debe ser amparado en la relación de consumo, la que excede el ámbito contractual y extracontractual, por lo que, reclama su ámbito propio de responsabilidad: el régimen resarcitorio especial propio de las relaciones de consumo, la llamada responsabilidad negocial de Fariña³².

Se ha interpretado, con este fundamento teórico, que el art. 40 de la ley 24.240 contiene un régimen unificado ya que no surge diferencia entre producto y servicio (como sí lo establecía el derogado artículo 1113 del C. Civil³³) ni entre la esfera contractual o extracontractual. Se estableció “para todos los que integran la cadena de comercialización”, la atribución legal de responsabilidad objetiva y solidaria, independientemente quien haya sido el causante del daño, como así también respecto al régimen de prescripción establecido en el art. 50 de la ley citada³⁴.

³¹ Marcelo Carlos Quaglia, La obligación de Seguridad y el deber de información en la relación de consumo, Revista de Resp Civil y Seguros, LL V. 2006 p.3

³² Ibidem, p. 3

³³ El artículo 1756 del CCyC receptó ciertamente la hermenéutica evolutiva que la jurisprudencia propició en torno al artículo 1113 del Código Civil, que aún con la reforma del año 1968 había quedado insuficiente para explicar la resultante de actividades riesgosas.

³⁴ Bru Jorge Mario y Stiglitz Gabriel A., Régimen de la Responsabilidad Civil por daños al consumo, Abeledo Perrot, 2009, pag. 423.

Además de ello, en el análisis sistémico del actual plexo normativo relacionado con el tema en cuestión, entendemos que la incorporación del concepto de relación de consumo en el art. 1092 del CCyC en consonancia con el art. 42 de la Constitución Nacional, supera el enfoque de la teoría contractualistas y extracontractuales, al ampliar el régimen protectorio, ya que abarca no solo el hecho de contratar sino de consumir. En otros términos, hay obligación de seguridad no sólo en relación al sujeto titular del contrato de consumo sino a quienes se encuentran alrededor, que puede estar ajeno al mismo, pero sufre un daño antes, durante o después de la eventual contratación.

Sin embargo, la crítica que podemos realizar al CCyC es que en el título dedicado al contrato de consumo no incorporó un artículo referido a la obligación de seguridad, cuestión que como vemos ha sido objeto de un profundo debate por la doctrina y jurisprudencia. Hubiera resultado a todas luces conveniente la incorporación de un precepto que plasme en forma diáfana el funcionamiento y alcances de la deuda de seguridad en las relaciones consumeriles. Resulta altamente probable que la omisión no resulte de la imprevisión, sino de la ausencia de los consensos para avanzar en tal sentido.

Para concluir, esta posición se sustenta en la insuficiencia de los moldes clásicos de la responsabilidad civil, surgidos bajo circunstancias históricas diversas para atender a las relaciones sociales, económicas y jurídicas que se entablan en la actualidad.

Será entonces la buena fe y la confianza, pero también el principio general del *naeminem laedere* lo que sustenta la prestación de seguridad, con prescindencia de su causa fuente. La incidencia de esta evolución conceptual se advertirá con mayor nitidez cuando en los capítulos siguientes evaluemos de qué modo entran en tensión los deberes asignados por el ordenamiento jurídico a quienes introducen bienes en el mercado o prestan servicios con carácter profesional.

III. Principios de buena fe y confianza en la obligación de seguridad.

El principio de buena fe se encontraba previsto en el art. 1198 del Código Civil, actuales art. 961 y 1061 del CCyC también incorporados en la parte general de

los contratos, que protege la indemnidad del contratante garantizando que no se producirá ningún daño psíquico-físico y/o económico durante el desarrollo del negocio que sea ajeno al normal y ordinario que pueda ocurrir.

En el CCyC opera como un principio general al incorporarlo en el artículo 9 del título preliminar, en el cual se establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, en concordancia con lo mencionado anteriormente.

Este principio es un modelo de conducta, tiene varias funciones, se relaciona con el comportamiento honesto y sincero en las relaciones entre las partes, lo que pudieron entender conforme los usos y costumbres. También cumple una función correctiva, establece un límite, señala lo que “debe ser” en virtud de su origen legal.

Por otra parte, el principio de confianza, se basa en el deber ético de no defraudar las expectativas suscitadas en el otro. Quien asevera determinadas cualidades de los productos o servicios que ofrece, ocasiona la confianza de la otra parte³⁵.

Este principio se encuentra receptado en el art. 1067 del CCyC. Podemos observar que, en los espectáculos deportivos, en los juegos del parque de diversiones, el consumidor concurre a dichos lugares confiando en que el organizador ha dispuesto todo lo necesario para su seguridad, tornándose la misma fundamental. Se cita jurisprudencia en tal sentido, "el solo hecho de alertar con carteles o altavoces acerca de ciertas precauciones que deberían adoptarse es del todo insuficiente para cumplir adecuadamente con la obligación de seguridad de resultado que pesa sobre el proveedor, en la medida en que se trata de juegos destinados a niños que, por definición, son proclives a desatender esas advertencias, máxime en el ambiente de jolgorio propio de los parques de diversiones"³⁶.

El tema tiene relevancia en la apariencia que genera el proveedor de servicio o productor de bienes que genera confianza en el consumidor, lo cual produce consecuencias jurídicas de responsabilidad por daños³⁷. Se observa, en la idea de un

³⁵ Rezzonico Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos, Ed. Astrea, 1999, pag. 393

³⁶ C. NAc. Civ., Sala A, 21/11/2012, R.,F. y otro c. Parque de la Costa SA y otro, RCyS 2013, 183, AR/JUR/63681/2012

³⁷ Pizarro-Vallespinos, Tratado de obligaciones, tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, pag. 119.

espectador, consumidor que considera que el proveedor ha adoptado las medidas de seguridad dirigido a cuidarlo, garantizando que no le ocurrirá ningún daño durante la etapa anterior, en el desarrollo y en el tramo posterior del negocio.

Con respecto a terceros, los principios de buena fe y de confianza son fundamentales, porque si alguno de ellos se quiebra trae aparejado la obstrucción y la inseguridad en el tráfico jurídico interhumano.

IV. El artículo 42 de la Constitución Nacional y los alcances de la obligación de seguridad derivada de la categoría de consumidor

La propuesta de este capítulo consiste en examinar desde la Constitución hacia la reglamentación a través de los diferentes textos que han regulado la materia en qué medida se ha ampliado o restringido la obligación de seguridad. Se advierte que existe una relación constante entre la amplitud de la categoría del consumidor, el factor de atribución y la obligación de seguridad.

El artículo 42 de la Constitución Nacional le ha dado jerarquía a los derechos de las personas o grupos que se vinculan con la relación de consumo, considerados por su desprotección frente al vendedor, prestador, distribuidor, de un bien o servicio.

Lo que a continuación se analizará es cuál es la amplitud con la que está concebida en términos Constitucionales la protección del consumidor, puesto que de ello depende en buena medida la extensión del deber de seguridad y -lo que es igual o más importante aún- sus contornos.

Para ello, resulta provechoso examinar el desarrollo pendular que ha existido en el tránsito del texto constitucional a la ley 24.240, luego la reforma de la ley 26.361 y finalmente el CCyC.

Aquí reside gran parte de la indefinición que aún tiene en sus perfiles más finos el derecho de los consumidores y, vale decir, esta circunstancia arrastra consigo una imprecisión marcada en torno a la obligación de seguridad.

En este sentido, el criterio de análisis podría ser jerárquico, avanzando desde la Constitución hacia las reglas legales, sin perjuicio de lo cual un ordenamiento cronológico permitirá comprender de mejor manera, que la problemática de las

relaciones de consumo fue empujada a la Constitución por una realidad que en forma avasallante transformó los vínculos jurídicos y que a ese entonces sólo había recibido recepción legislativa.

1. La ley 24.240

Por una cuestión de estricto orden cronológico, resultaría insustancial intentar analizar la adecuación originaria de la ley 24.240 al texto Constitucional, puesto que el estatuto del consumidor fue sancionado en el transcurso del mes de septiembre del año 1993, dos meses antes de la concertación derivada del Pacto de Olivos y la posterior convocatoria a reformar el texto constitucional, aprobada por ley 24.309 de fines de diciembre de ese año.

El proyecto de ley ingresó a través de la Cámara de Senadores a instancias del senador Chaqueño Luis A. León en el año 1991 y luego de un extenso trámite parlamentario que incluyó modificaciones de la Cámara de Diputados, fue sancionado.

Resulta enriquecedor el aporte que dimana del debate parlamentario, en que los diputados que hicieron uso de la palabra ubicaron la necesidad de sancionar la norma en un contexto de apertura de mercado que desampara a los consumidores, y se formuló una conceptualización amplia de aquellos no sólo como un comprador o un usuario de bienes y servicios, para uso personal, familiar o colectivo, sino una persona a la que le conciernen diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente en su condición de consumidor ³⁸.

Existía una diferencia relevante entre el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados y el finalmente sancionado en torno a la obligación de seguridad -plasmada en el artículo 5° del texto aún vigente-, puesto que el primero excluía de los beneficios de la ley a los terceros vinculados a los consumidores, en cuanto al peligro que pudieran sufrir en su salud o su seguridad física, como consecuencias de las cosas suministradas o los servicios prestados³⁹.

³⁸ El diputado Becerra formuló, como miembro informante, una extensa intervención en que hizo eje en la necesidad de sancionar la ley como una forma de control social sobre las empresas, en el marco de una economía de mercado. Toda su intervención puede consultarse en el diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, reunión del 16 de junio de 1993.

³⁹ Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 22 y 23 de septiembre de 1993, página 3407.

Como se advierte, el texto que se convirtió en ley omitió la restricción anteriormente señalada, lo que configura una relevante pauta interpretativa en torno a los alcances de la obligación de seguridad, que no ha sido debidamente tomada en consideración.

Para continuar la cronología, se destaca que si bien el Poder Ejecutivo Nacional ejerció en relación al texto la facultad de veto parcial a través del decreto 2089/93 del 13/10/93⁴⁰, no afectó en ello el alcance de la obligación de seguridad.

No resulta posible establecer de qué modo evolucionó la ley hasta la reforma constitucional, puesto que el intervalo de tiempo resulta tan breve que no existen antecedentes jurisprudenciales relevantes con sustento puramente legal, en torno a la obligación de seguridad.

2. El artículo 42 de la Constitución y la creación de la categoría constitucional del consumidor

En primer lugar, mencionaremos que el art. 42 de la Constitución Nacional expone que “los usuarios y consumidores tienen derechos en la relación de consumo”, término que se consideraba ambiguo o muy amplio en un principio, pero que se terminó delimitando al supuesto del convenio celebrado entre el consumidor y el proveedor, habida cuenta que la ley 24.240 sancionada en el año 1993⁴¹, anterior a la reforma de la Constitución Nacional así lo delimitaba⁴².

La protección que le otorga la Constitución Nacional en el artículo mencionado y la ley 24.240 lo es por la situación de inferioridad en que estos sujetos se encuentran. Esta relación de consumo es mucho más amplia que la relación contractual onerosa descripta en la ley 24.240 entre el vendedor o prestador y

⁴⁰ Las observaciones alcanzaron al artículo 10 inc. “c”, 11 párrafo primero y la parte primera del segundo párrafo, 13, 14 penúltimo párrafo, 31 párrafos primero a quinto, 40, 52 -parte del párrafo segundo, 53 último párrafo, 54 y 56 en parte del inc. “g”.

⁴¹ Artículo 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 o 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 terrenos adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

⁴² conf. María Angélica Gelli, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, p. 372, 2da. edición, La ley 2004.

consumidor o usuario, es decir, no solamente se protege a la relación creada por el contrato sino también la derivada de los hechos o actos jurídicos vinculados al acto de consumo.

El deber de seguridad que tiene previsto el art. 5 de la ley 24.240 alcanza al consumidor o usuario que mediante un contrato adquiere un producto o requiere un servicio para el consumo final. En cambio, el art 42 de la C.N. extiende tal protección a todo aquel sujeto que se encuentre vinculado directa o indirectamente con la relación de consumo, ya sea previo o posterior y a los terceros que estén vinculados a la relación de consumo, siempre que se encuentren en una relación de inmediatez –dentro de la órbita del proveedor- (v.g. familiar, invitado, personas o grupos vinculados o no al consumidor).

En el otro extremo, todos los que intervienen en esta relación (comerciante, prestador, distribuidor, productor) son responsables ante los consumidores o usuarios por la protección de la salud, seguridad, intereses económicos y están obligados a otorgar una información adecuada y veraz.

Recién se ve reflejado en el año 2008 con la ley 26361, la intención del constituyente en el año 1994, por lo que tuvieron que pasar catorce años para modificar la ley de defensa del consumidor, y así extender la protección “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, es decir lo que llamamos bystander o tercero expuesto.

Con anterioridad, en el año 2007, la CSJN ya se había expedido en relación a esta protección amplia de derechos con el fallo MOSCA que probablemente ha motivado a realizar dicha modificación que luego se limitó con el CCyC, al excluir al tercero expuesto⁴³.

Los fundamentos de los legisladores al realizar la reforma del código, se basan en la amplitud que tenía el concepto de la ley de defensa del consumidor, acarreado consecuencias ilimitadas de responsabilidades, lo cual provocaría

⁴³ Art. 1092 del CCyC dice “Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

situaciones que podría traer confusión o dudas al momento de la resolución de conflictos⁴⁴.

En este contexto, se elimina al tercero expuesto dentro del concepto de relación de consumo, lo que en la doctrina anglosajona es conocido como *bystander*, entendido como la persona observadora, que a pesar de tener relación con el evento no forma parte del mismo, es decir está cerca, alrededor, pero sufre un daño causado por quien ha adquirido un objeto de la relación de consumo.

Este resultado, implicó una violación al principio de progresividad que establece el art. 26 de la CADH, pues, la relación de consumo involucra valores propios de los derechos humanos, como la salud, seguridad, dignidad, intereses económicos, y ante ello debió respetarse la línea gradual, progresiva hacia la satisfacción plena de los derechos tutelados (art. 75 inc. 22 de la CN).

Aun así, se ha interpretado que el art. 1096 del CCyC⁴⁵ al determinar el ámbito de aplicación, amplía la legitimación activa que incluiría al *bystander*, es decir, no habría eliminación sino reubicación, toda vez que lo pregonado expresamente en los fundamentos del proyecto es la fijación en el cuerpo unificado de una serie de principios generales ordenadores, sin sustituir la legislación especial⁴⁶.

⁴⁴“Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Págs. 130 y ss. (disponible en fecha 07/02/2015).

⁴⁵ artículo 1096: Ambito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.

⁴⁶ Véase Tambussi, Carlos E., Modificación a la ley 24220. Defensa del Consumidor, en Bueres, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, tomo 3. Ed. Hammurabi

Lo cierto es que, “pese a la deficiente redacción del artículo 1096 del CCyC, parece ser, que el consumidor expuesto conservará su vigencia, al menos frente a las prácticas comerciales abusivas”⁴⁷.

V. Responsabilidad Civil. Régimen normativo anterior al CCyC

En cuanto al factor de atribución en los cuales existe un contrato entre las partes el factor es objetivo y de resultado, es decir que si una persona (comerciante, distribuidor, proveedor) produce un perjuicio en la persona o en los bienes, se genera una presunción en su contra y sólo podrá eximirse si acredita que el nexo causal se ha roto (hecho de la víctima, de un tercero ajeno o causa fortuito) siendo indiferente que se acredite el obrar diligente.

Por lo que en estas relaciones de consumo en los cuales interviene el consumidor y el proveedor de forma directa y en aquellas situaciones en las cuales se incumpla el deber de garantía o de seguridad, lo único que se tendrá que probar es el perjuicio sufrido.

Algunos autores –la minoría- también mencionan que será subjetiva y de medio cuando la integridad de la persona o de sus bienes sea demasiada aleatoria, dependiendo poco de la diligencia del comerciante.

En virtud de las normas que contenía la ley del consumidor conjuntamente con la Constitución Nacional nos permite dilucidar que existe una tercera responsabilidad en el ámbito de las relaciones de consumo que se caracteriza por: un régimen unificado contenido en el art. 40 de la ley 24.240 en el cual no surgen diferencias entre producto o servicio, ni entre los regímenes contractual y extracontractual, estableciéndose una responsabilidad objetiva solidaria para todos los que integran la cadena de comercialización, sean o no los causantes del daño. En su artículo 50, la ley mencionada admite un plazo único de prescripción de tres años y por último el afianzamiento de la reparación integral del daño en relación causal adecuada.

⁴⁷Peral, Santiago J., L a exclusión de la figura del "consumidor expuesto" en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios - Número 13 - agosto 2015.

Además de ello, la directiva constitucional, que debe considerarse operativa, menciona la relación de consumo, por lo cual, el proveedor no se liberará si el hecho dañoso se produce en lugares o mediante cosas bajo su control o si participara personal bajo su cargo, será suficiente que esta intervención causal de personas o de cosas fuese concurrente directa o indirectamente, para que la responsabilidad se genere y solo la causa ajena rompa ese nexo causal (art. 40 y 53 de la ley 24.240).

Como conclusión, la incorporación en el art. 42 de la CN de la seguridad en las relaciones de consumo conlleva a que el factor de atribución sea objetivo cuyo fundamento se encuentre en la buena fe, en la confianza que existe por parte del consumidor en la relación que se establezca con el proveedor, sin que sea necesario la existencia de un vínculo contractual.

VI. La cuestión planteada en el CCyC.

En sintonía con la evolución de la aplicación e interpretación de la ley de defensa del consumidor en armonía con la Constitución Nacional, el CCyC al incorporar principios generales de protección actúa como sustento del sistema. Es así que, adquiere relevancia en el plano interpretativo, un “diálogo de fuentes” con otras normativas, al consolidar el código su rol central (art. 1 y 2 del CCyC)⁴⁸.

Pues, se observa en el articulado la incorporación de principios constitucionales como, por ejemplo: en el art. 1094 que menciona al consumo sustentable, vinculado con los derechos ambientales, el art. 1097 que hace hincapié en el trato digno que deben garantizar los proveedores a los consumidores, el art. 1098 en el cual dispone que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio.

Con relación al perfil de proveedor mantiene la noción establecida en el art 2 de la ley 24240, hace referencia a todo oferente de productos y servicios, aunque lo efectúe ocasionalmente (de manera no profesional o habitual) en la medida que tal actividad se realice en el marco de la relación de consumo. El concepto incluye a las empresas productoras de bienes o prestadoras de servicio.

⁴⁸ ibidem 45, pág. 103

En lo que refiere a la legitimación activa, y tal como se anticipó, el art. 1092 del CCyC se excluye al tercero expuesto.

En lo que atañe a la Responsabilidad Civil, existen normas generales, como deber general de prevenir el daño no justificado o impedir su agravamiento y de la diligencia de actuar, fundado en los principios de buena fe y razonabilidad (art 1710 CCyC).

En cuanto al régimen de la responsabilidad objetiva, por daños derivados de cosas o servicios (art. 40 de la ley 24.240) se complementa con pautas adicionales como las del art. 1757 del CCyC en el cual se menciona la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas incorporando que la misma es objetiva y que no son eximentes la autorización administrativa, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Por otro lado, se amplía la reparación del daño, en este sentido el art. 1738 del CCyC dispone que la indemnización no solo es por el daño económico, sino que incluye las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, sus afecciones espirituales legítimas (srt. 1740, 1741 del CCyC).

En lo referente a la obligación de seguridad en los contratos de consumo, como ya se señaló se ha perdido la oportunidad de zanjar el debate, no obstante lo cual, se infiere de los arts. 1100, 1107 del CCyC, relativos a la obligación de información, del art. 1101 en cuanto a la publicidad engañosa, comparativa y abusiva hacia los consumidores. Asimismo, existe una apertura en el deber de seguridad en el art. 1289 inc. “c”, el cual menciona la obligación de llevar sano y salvo a los pasajeros y mercaderías que se transportan.

Otra cuestión de importancia, es lo referido al plazo de prescripción, que adquiere relevancia por aplicación de los principios de progresividad de los derechos y no de regresividad, es haber establecido que el plazo es el de tres años (art 2561 del CCyC)⁴⁹.

⁴⁹ El código civil y comercial establece un plazo de tres años para las acciones que se entablen por reclamos indemnizatorios por daños derivados en la responsabilidad civil, toda otra cuestión será de aplicación el plazo general, salvo que la ley local establezca un plazo distinto. En la Causa N° 128304; NORIEGA GABRIEL MAXIMILIANO C/ LA CAJA S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP.

Se observa de las características analizadas, la constitucionalización plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a la unificación de la responsabilidad civil sin distinción entre contractual y extracontractual al igual que el plazo de prescripción.

VII. Jurisprudencia. Caso Mosca⁵⁰. avances y retrocesos

En este fallo, se adelanta que la Corte introduce una ampliación en la protección al consumidor porque considera que la obligación de seguridad, establecida en el art. 42 de la CN, comprendería no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales que generen riesgo para una persona no contratante como así también la oferta a sujetos indeterminados (etapa precontractual).

En este caso, el actor Hugo Arnaldo Mosca inicia acción de daños y perjuicios contra el Club Atlético Lanús, Asociación de Fútbol Argentino y la Provincia de Buenos Aires. Manifiesta que trabajaba como chofer, motivo por el cual el 30 de noviembre de 1996 trasladó a fotógrafos del diario "Clarín" hasta la sede del Club Atlético Lanús, debido a que se disputaría un partido de fútbol entre el equipo local e Independiente.

Al finalizar el segundo tiempo, el equipo visitante convierte un gol, logrando desempatar el encuentro, lo que motivó que la hinchada de Lanús arrojará objetos hacia el campo de juego y hacia la tribuna visitante.

Aproximadamente a las 23.30 hs. el actor -se encontraba fuera del estadio- es alcanzado por un elemento contundente en el ojo izquierdo, lo que provocó una importante herida.

La actora sustentó la responsabilidad de los demandados en que la AFA en su condición de organizadora del campeonato y los beneficios que tales eventos le

CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) La Cámara de Apelaciones, con fecha 16/3/2021 confirmó la sentencia del juez titular del juzgado Civil y Comercial n° 11 de La Plata que determinó que al encontrarse ante una relación de consumo el plazo aplicarse es el general de prescripción de cinco años conforme lo establece el artículo 2560 del Código Civil y Comercial. En esta causa, se reclama a una indemnización a una aseguradora por incumplir con un contrato de seguro de vida optativo.

⁵⁰ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, Sentencia 6 de Marzo de 2007, Fallos: 330:563

reportan, respecto del Club Atlético Lanús por no haber ejercido el debido control en el ingreso de espectadores, lo que permitió que la hinchada entrara con objetos que podrían producir daños y en relación a la Provincia de Bs As, a través de la policía no cumplió el deber de resguardar el orden público y garantizar la vida e integridad de la comunidad.

El hecho de que se arrojaron elementos desde el estadio hacia afuera y que impactaron sobre el actor, que se encontraba en las inmediaciones, provocándole una herida, fue probado según surge de los considerandos de fallo.

La Corte –por mayoría- extiende la obligación de seguridad no solamente con el empresario que organizador del espectáculo deportivo –Club Atlético Lanús- sino que lo hace extensivo a la organizadora que participa y se beneficia con el espectáculo deportivo –AFA-.

Con respecto a la Provincia de Buenos Aires, rechaza la demanda por considerar que, según los hechos probados en la causa, la policía se encontraba fuera y dentro del estadio por lo cual, quedó establecido que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (arts. 901 a 906).

La obligación de seguridad deja de ser accesoria –visión contractualista- y pasa a ser expresa por imperativo legal –art. 5 y 6 de ley 24.240 y art. 42 que le da el rango constitucional.

En el caso Mosca nos encontramos ante un acto unilateral realizado por espectadores que causaron daño a un tercero, debiendo responder los organizadores del evento en virtud de que los hechos ocurrieron bajo su órbita de custodia, correspondiendo extenderse la cobertura de la obligación de seguridad al tercero, ya que acontece el acto de consumo como hecho jurídico.

A los efectos de ilustrar la corriente jurisprudencial, mencionaremos algunos fallos que se enrolan en la doctrina mencionada en el fallo Mosca:

En estos fallos se condenó al demandado ante el incumplimiento del deber de seguridad, en razón de que estaba dentro de su órbita mantener indemne al consumidor

de cualquier daño, aún en situaciones ajenas o de bienes distintos al que constituye el objeto específico del contrato o de la relación de consumo enmarcada como principal. Es decir, se aplica la doctrina del fallo “Mosca” en cuanto a que se “ha establecido que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales”⁵¹ en razón que en lugares masivos es difícil de determinar si la persona se encontraba comprando, era participante del espectáculo, si compró la entrada, si ocurrió en el transcurso del evento o del contrato de consumo, etc. Es por ello, que en estos casos se determinó que el deber de seguridad abarca también a situaciones de personas no contratantes o que se encuentran en las inmediaciones.

En uno de los planteos resueltos, los hechos giran en torno a una caída en los pasillos de un supermercado, se condena al demandado con el fundamento a que al tenerse por probada la relación de consumo la responsabilidad es objetiva, por lo tanto no se acreditó los presupuestos que eximen. Además se estableció que el deber de seguridad - no se limita solo a la adquisición de un producto, sino que abarca a situaciones de personas no contratantes o que se encuentran en el establecimiento⁵².

Otra de las sentencias traídas al presente trabajo, es sobre una persona que festejaba año nuevo en la playa y es alcanzada por una bengala proveniente de un complejo de playa aledaño que había brindado un show de fuegos artificiales. Esa circunstancia provoca daños en su persona y se demanda al titular del concesionario. Si bien en primera instancia la demanda es rechazada por considerar que si bien el hecho se encontraba probado, la responsabilidad no es atribuida porque ocurrió fuera de “la esfera del control del concesionario del establecimiento” donde se brindó el show de fuegos de artificiales.

Por el contrario, en la Cámara de Apelaciones de Necochea, se resuelve aplicar la doctrina del fallo Mosca y se condenó al concesionario que brindó el show con el fundamento de que no se acreditó un formal desplazamiento de la responsabilidad mediante una autorización municipal o mecanismo administrativo por

⁵¹ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, Sentencia 6 de Marzo de 2007, Fallos: 330:563 Considerando 7º parraf. 25

⁵² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral Nro. 2 de San Luis(CCivComMinasyLabSanLuis)(Nro2), Sesmilo, Mercedes Natividad c. Jumbo Retail Argentina S.A. s/ daños y perjuicios , 05/07/2018, RCyS2019-II, 85, **Cita Online:** AR/JUR/36705/2018.

haber sucedidos el hecho en una playa pública. Por lo tanto, “la decisión de organizarlo en un lugar público no desplaza su responsabilidad ya que en la preparación de dicho espectáculo, en su ejecución y en la recolección de los residuos que pudieran ser peligrosos seguía oficiando como proveedor de ese servicio destinado a la atracción de consumidores”⁵³.

En igual sentido, en la ciudad de Neuquén, se condena a un bar por los daños sufridos a una persona en inmediaciones del lugar producto de hechos que comenzaron dentro del establecimiento y continuaron en la vereda. En primera instancia se consideró probada la relación de consumo por la circunstancia que el incidente que provocó el daño comenzó en el interior del establecimiento, el cual continuó en la vereda con la intervención del personal de seguridad. El daño sufrido por el actor fue producto de que una persona –protagonista del conflicto iniciado en el bar- es empujado por personal de seguridad y cae encima del actor, lo cual le produce varias lesiones.

En primera instancia se considera que hubo un cincuenta por ciento de responsabilidad del actor por interceder en forma voluntaria entre el personal de seguridad del local y el tercero. Los magistrados de la Cámara de Apelaciones revocan el fallo condenando en su totalidad al demandado por no encontrarse probada la concausa y por considerar que el proveedor del servicio que obtiene un provecho, tiene el deber en la faceta preventiva de evitar daño a los concurrentes en los lugares masivos⁵⁴.

Por último, realizaré una breve descripción del fallo Arregui, el cual provocó debate en torno a los argumentos utilizados por los ministros de la CSJN en la resolución de fallo. A los efectos del presente trabajo resulta interesante, en cuanto a que se distinguió que la doctrina del fallo Mosca no se h modificado.

⁵³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea(CCivyComNecochea), Schulze, María Soledad c. Ibarra, Gustavo s/ daños y perjuicios, **05/04/2018**; La Ley Online; **Cita Online:** AR/JUR/19518/2018.

⁵⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III, “VEGLIO RODRIGO MARTIN C/ IRISH S.R.L. S/SUMARISIMO LEY 2268”, (JNQC11 EXP N° 512291/2016).

Los hechos del fallo Arregui, consisten sobre un evento público y gratuito organizado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) a los efectos de difundir una consigna vinculada a la prevención de una enfermedad, campaña “stop sida” desarrollado en un predio público cedido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2005. El actor reclama que en el transcurso del evento es agredido por un grupo de personas, lo que provocó una serie de intervenciones quirúrgicas. La demandada alega que el hecho fue en las inmediaciones y el evento había finalizado. En el fallo de primera instancia se resuelve admitir la demanda contra los organizadores y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, basada en la doctrina del fallo Mosca, por considerar que el organizador del evento es responsable ante el incumplimiento del deber de proveer de seguridad a los asistentes.

La Cámara de Apelaciones, admite la demanda contra la CHA con el mismo fundamento de la doctrina de la CSJN, pero desestima contra la Ciudad de Buenos Aires por no tenerse por probada la relación de causalidad entre la omisión de avisar a la policía Federal de la organización del evento y el daño causado.

La CSJN, revoca la sentencia y ordena que la misma se vuelva a dictar con los lineamientos expuestos por los ministros. Se considera que no se aplica el fallo Mosca por tratarse de situaciones distintas, es decir que en este caso el espectáculo era gratuito, público, no había control en la entrada como en el caso Mosca, por lo tanto, el deber de seguridad en cuanto a lo asistente no debía garantizarlo el organizador.

Ahora bien, en ningún momento se cambia la doctrina del deber de seguridad, que por lo considerandos del fallo deja en claro que en este caso no se aplica la doctrina Mosca. Es decir, con el CCyC nada cambio en cuanto al alcance del deber de seguridad interpretado por la CSJN a la luz de la normativa anterior y que fue explicada en el presente trabajo.

VIII. Conclusión

Se ha observado que en este tema existe un progresivo abandono de la clásica división de los regímenes de responsabilidad, en virtud de que la fuente no se encuentra en la violación de un contrato o en una ley sino en la afectación de la seguridad de los consumidores y usuarios víctimas del mercado.

Con respecto a la limitación de la legitimación activa, consideramos que será la jurisprudencia la que se expida sobre la cuestión, lo que sí está claro que la incorporación del art. 1092 del CCyC, no se aplica a los terceros que están expuestos a la relación de consumo. No creemos que otorgaba una protección carente de límites por su amplitud, toda vez que había una cercanía, no eran hechos aislados, es decir, se tenía que probar el nexo de causalidad, conforme lo menciona el fallo Mosca y fue ratificado en el fallo Arregui.

En consonancia con la doctrina mencionada, lamentamos que, dentro del título de contratos de consumo, no se haya tratado la obligación de seguridad, más allá de los artículos insertos en el código que mencionan a dicha obligación, ya que hubiera terminado con la discusión que aún existe sobre la materia de análisis, habida cuenta, en línea con la jurisprudencia mayoritaria, que no es accesorio, sino propia de la relación.

Si bien existe una regresión normativa, comparando el ordenamiento anterior, en el cual se ampliaba los derechos de legitimación activa, no es menos cierto que conforme lo analizado en el trabajo será necesario oponer la obligación de seguridad en la relación de consumo y el diálogo de fuentes del art. 3 del CCyC, a los fines de resguardar la invocación de derechos y otorgar reparación a quienes aleguen una legitimación excluida en el art. 1092 del CCyC.

Por lo tanto, en el presente se evaluó la obligación de seguridad en la relación de consumo y sus reformas en cuanto a lo conceptual, como ha evolucionado en una época y se ha limitado en la actualidad. Solamente tendremos que esperar, pues como se observa los fallos citados fueron dictados en los años 2015 al 2020 aunque los hechos se produjeron en la época de la vigencia del código civil –ley 340-. Por lo tanto, será la jurisprudencia quien determine si continúa por este camino -amplitud del concepto de relación de consumo y por siguiente de la obligación de seguridad.-

Abreviaturas utilizadas

Constitución Nacional	Const. Nac.
Colección “Fallos” de la C.S.J.N	Fallos
Comisión Interamericana de Derechos Humanos...	Com. IDH
Corte Suprema de Justicia de la Nación	C.S.J.N.
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte IDH
Código Civil	Cód. Civ.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	T.E.D.H.
Organización de Estados Americanos	O.E.A.
Organización de las Naciones Unidas	O.N.U.
Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales	PCADHDESC
Convención Americana sobre Derechos Humanos ...	CADH
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	PIDESC
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCyP
Declaración Americana de Derechos Humanos	DADH
Declaración Universal de Derechos Humanos	DUDH
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	SCBA
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil	CNCiv
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial	CNCom
Revista Jurídica La Ley	L.L.

Bibliografía Consultada

Nota: Existe parte de la bibliografía consignada al pie que no se nombra en el desarrollo del trabajo por cuanto no ha sido fuente directa de citas textuales ni contextuales (artículo 10 de la ley 11.723). No obstante, dado que el proceso intelectual de estudio y formación del tema se ha integrado con un material más amplio que el citado en el cuerpo del desarrollo, se ha estimado conveniente colocar la bibliografía “consultada”, en lugar de la “citada”.

Con esta aclaración, el material relevado y utilizado para la realización del trabajo es el siguiente:

- Agoglia Maria M., Boragina Juan C. y Meza Jorge A., *La obligación de seguridad en los contratos de consumo*, en J.A. V. III-1997
- Alamo, Roxana, *Daños en el consumo. El deber de seguridad como factor de atribución*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-VII,,67.
- Alvarez Larrondo, Federico M., *El deber de seguridad objetivo en las relaciones de consumo*, J.A, Lexis Nexis, V.2 (2009), 195.
- Bagalá, Pablo, *El deber de seguridad y su impacto en el derecho privado a partir de la aparición del derecho de consumo*, disponible en www.pensamientocivil.com.ar.
- Berger Sabrina M., *Deber de seguridad y derecho del consumidor*, LL 2012-F, 198.
- Bru Jorge Mario y Stiglitz Gabriel A., *Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumo*, Abeledo Perrot, 2009.
- Falco, Guillermo E., *La relación de consumo y el contrato de espectáculo público deportivo*, LL, 2007-B, 634.
- Farina, Juan Manuel, *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*. Ed. Astrea.

- Garrido Cordobera, Lidia M.R., *Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos*, LL 2007-C, 118.

- Gesualdi, Maria Dora, La obligación de seguridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, púb. en Revista de Derecho de Daños, tomo 2012-2, p. 379, el Rubinzal Culzoni

- Gregorini Clusellas, Eduardo L.:

* El daño resarcible del consumidor accidentado en un supermercado, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2011-VII, 62.

* La obligación de seguridad en la relación de consumo y su base constitucional, LL2010-F, 1242-LTGR *on line*.

- Gregorini Clusellas, Eduardo L., en Lorenzetti,, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomos V, VI y VIII, Ed. Rubinzal Culzoni.

- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

- Lovece Graciela, *La seguridad en las relaciones de consumo*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2006-VIII, 568.

- Mayo, Jorge, *Sobre las denominadas "obligaciones de seguridad"*, en L.LI, 1984-B-949.

- Páges Lloveras, Roberto M., *Deber de seguridad, carga probatoria y sana crítica en las relaciones de consumo*, La ley online LL 08/07/2013, 11

- Quaglia, Marcelo Carlos. *La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL V. 2006.

- Rezzonico Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Ed. Astrea, 1999.

- Rinessi Antonio Juan:

- *El deber de seguridad*, Rubinzal Culzoni, 2007.

- *La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial*, LL10/12/2014,1, disponible en http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Rinessi_Lafaltaderegulacion_deldoberdeseguridadenelccyc.pdf

- Santarelli Fulvio G., *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, LL 2009-E, Sec. Doctrina

- Stiglitz, Gabriel A., *La defensa del consumidor en el Proyecto de Código*, LL 2012-F, 793

- Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo1998, p. 79, Rubinzal Culzoni.

- Tambussi, Carlos E., *Modificación a la ley 24220. Defensa del Consumidor*, en Bueres, Alberto J, Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, tomo 3. Ed. Hammurabi.