

# APUNTES SOBRE LA TÁCITA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL ACTUAL DERECHO DE DAÑOS. SU PARTICULAR ALCANCE EN MATERIA DE TRANSPORTE DE COMPLACENCIA

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA<sup>1</sup>

## I. Introducción

La cortesía crea un sinnúmero de relaciones de muy variado tipo, de carácter social, ético, jurídico, etc. y si bien el transporte de complacencia es la más frecuente e importante “prestación de cortesía” para el llamado derecho de daños o de la responsabilidad civil, no es la única que ha despertado la atención de los juristas.

Se ha dicho en este tema que si bien el Derecho no está ausente, aparece en momentos ulteriores al acuerdo ya que, de no acaecer el hecho dañoso, ninguna consecuencia puede producirse. La consecuencia jurídica sólo aparece con el daño, no con el acuerdo<sup>2</sup>.

Sobre esta cuestión preliminar, coincidimos en que será en tal oportunidad –más que en la etapa de formación y efectiva ejecución del contrato de transporte benévolo– cuando el Derecho adquiera su máxima virtualidad, es decir, recién en el momento en que se verifique el incumplimiento del contrato ya que allí se recurrirá a las bases jurídicas que sustentan la figura.

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales en las Universidades Católica Argentina y Austral.

<sup>2</sup> Cám. Apel. Civ. y Com. de Morón, Sala 2ª, *in re* “Cáceres c/ Morais” (voto del Dr. Suares), del 4 de febrero de 1993, *El Derecho*, t. 162, pág. 54.

Ahora bien, antes de avanzar hacia lo que constituye estricto objeto de análisis en el presente trabajo, cabe señalar que en materia de incumplimiento de obligaciones reina una llamativa anarquía, absurda a estas alturas del conocimiento jurídico. En efecto, coincidimos con Bueres en que no se capta con claridad el objeto de las relaciones obligatorias –o, en todo caso, su contenido–, el *quid* que conforma el pago de ellas y el límite de la responsabilidad del deudor cuando se infringe el deber de prestación<sup>3</sup>.

Delinearemos primeramente el contenido prestacional comprometido por el transportador benévolo, para, así, poder determinar cuándo hay incumplimiento, fijando para ello el *quid* que conforma su pago.

Por lo pronto, se ha sostenido con solidez que quien lleva a alguien en automóvil para transportarlo en una dirección convenida, contrae seguramente la obligación de no conducirlo a otra parte y de no interrumpir intempestivamente el transporte de modo tal que el transportado quede en situación comprometida, ya sea por la dificultad o imposibilidad de procurarse otro medio de transporte, por las características del lugar, etc. Por lo demás, también se obliga hacia su transportado a conducirse con un mínimo de prudencia y diligencia en el comando del rodado. Es decir que compromete una conducta que, en respeto de las leyes y reglamentos vigentes, se adecue a pautas por lo menos elementales, de cuidado y atención<sup>4</sup>.

También el transportado por cortesía asume muchas de las obligaciones propias del transportado a título oneroso, salvo, naturalmente, la de pagar un precio o retribución por el viaje. En términos generales<sup>5</sup>, recibe un beneficio y no tiene que entorpecer al transpor-

<sup>3</sup> Alberto Bueres, “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad contractual-I*, n° 17, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 1998, pág. 95.

<sup>4</sup> René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2° edition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. I, pág. 158, n° 123.

<sup>5</sup> Falta una norma expresa en nuestro ordenamiento que contemple el deber de cooperar, pero éste surge de la recíproca lealtad de las partes entre sí para hacer honor a la mutua confianza debida al celebrar el contrato (Marcelo U. Salerno, *Derecho Civil Profundizado*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 160).

tador. No podrá, por ejemplo, molestar al conductor poniendo en peligro la seguridad de la conducción, ni dañar de cualquier manera el vehículo, etc<sup>6</sup>.

## II. Obligaciones de medios y de resultado: fructuosa aplicación

En materia de transporte benévolo es posible hacer una fructuosa aplicación de la clasificación obligacional que las distingue según sean “de medios” o “de resultado”, pues, como bien señala el español Jordano Fraga, su relevancia se coloca en el plano del cumplimiento<sup>7</sup>. A nuestro entender, la entidad de la obligación asumida por el transportador benévolo es de las primeras, logrando, de tal manera, instaurar la honestidad en el terreno jurídico.

En efecto, como sostuviéramos en un trabajo publicado hace ya algunos años<sup>8</sup>, desde la época en que Rene Demogue realizara la sistematización de esta clasificación, han surgido numerosas opiniones que hoy transitan por sendas encontradas<sup>9</sup>: un sector mayoritario de la doctrina se enrola en la postura de la aceptación y defensa de su tesis, con distintos matices en las apreciaciones personales y con nue-

<sup>6</sup> Bianchi, “Encuadre jurídico del transporte benévolo”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 29, pág. 828. Análogamente, en el contrato de transporte oneroso pesan sobre el pasajero distintas “cargas”: presentarse en el lugar y hora convenidos, obedecer las órdenes del transportador para el mejor orden durante el viaje, como no molestar, no fumar, etc. (Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t. III, pág. 738, cita n° 6). Las mismas pueden aplicarse o “traspolarse” al transporte de cortesía sin forzar la realidad de los hechos que sustentan su facticidad.

<sup>7</sup> *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 174.

<sup>8</sup> Fernando Ubiría, “Acerca de las obligaciones de medios y de resultado” (con la colaboración de Paula Seoane), en *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, págs. 253-69.

<sup>9</sup> Si bien al autor francés se le atribuye mayormente la paternidad de la clasificación (Alberto Bueres, “Aspectos generales de la responsabilidad profesional”, *Revista Jurídica Delta*, n° 3, abril de 1994, pág. 13; Augusto C. Belluscio, “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, *La Ley*, t. 1979-C, pág. 23), hay quienes sostienen que existen otros antecedentes: según los Mazeaud y Tunc, ya se hallaba indicada en el Derecho romano, y aparece también inserta en las obras de autores del antiguo derecho francés, como asimismo en trabajos de juristas más modernos como Glasson, Robin, Planiol, y Saleilles (*Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5° ed., trad. Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Bs. As., Ejea, t. I, vol. I, pág. 127, n° 103-2).

vos enfoques que le aportan a la distinción otra función de mayor importancia, mientras que otros se pronuncian por su relativización o bien directamente por su rechazo.

Por lo pronto, no hay dudas que las obligaciones poseen una estructura de medios y fines:

- hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, por lo que la frustración del logro final genera responsabilidad para el deudor, salvo la acreditación de una eximente;
- en otras, lo único que está implicado es la conducta diligente del deudor dirigida a satisfacer la expectativa final del acreedor.

Por cierto que toda obligación tiende a un resultado útil para el acreedor, pero todavía cabe analizar y determinar qué se entiende por resultado; es decir, está muy claro que la obligación no puede perseguir abstractamente y tan sólo una actividad diligente, pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra. Cuando se expresa que la actividad diligente es el resultado, es indudable que se está haciendo alusión a un interés primario, ya que este difiere del interés definitivo o último al cual tiende toda conducta del deudor, sea en la obligación de medios como de fines<sup>10</sup>.

Para los Mazeaud<sup>11</sup>, la regla es la obligación de resultado y la de medios la excepción<sup>12</sup>, y el criterio de la clasificación radica normalmente en lo aleatorio del resultado. Para los citados autores galos, la mayoría de las veces el acreedor contrata para obtener cierto resultado, por lo que este *opus* constituye el objeto de las obligaciones “determinadas”. En este tipo de obligaciones las partes no tienen en vista la diligencia que deberá emplear el deudor para alcanzar el cumpli-

<sup>10</sup> Alberto Bueres, “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 17, “Responsabilidad contractual – I”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 102.

<sup>11</sup> Le asignan otro nombre: a las obligaciones de resultado las llaman “obligaciones determinadas” y, a las de medios, “obligaciones generales de prudencia y diligencia”, completando la clasificación con otras que denominan “obligaciones de garantía” (ob. cit., pág. 127, n° 103-2).

<sup>12</sup> En nuestro país, así lo entienden, entre otros, J. Alterini (ob. cit.) y M. Salerno (*Obligaciones. Régimen jurídico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, pág. 214).

miento del objeto, la no obtención del resultado es suficiente para presumir la culpa del deudor. A la vez, sostienen que a los fines de evitar cualquier injusticia, basta con exceptuar los casos de fuerza mayor, permitiéndosele al deudor destruir la presunción mediante la prueba de que ha tropezado con un obstáculo que su diligencia no podía o no debía vencer. En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, el objeto es la diligencia del deudor<sup>13</sup>.

Para estos autores, la importancia del distingo se centra entonces en la determinación de la carga de la prueba. Así, en las obligaciones de fines, se presume la responsabilidad del deudor –a diferencia de lo que postulaba Demogue, en el sentido que se presumía la culpa–, salvo que acredite la obtención de un resultado o la fuerza mayor. En las de actividad, el acreedor debe probar la culpa del deudor<sup>14</sup>.

Más acá en el tiempo y en la geografía, la doctrina nacional se ha abocado al estudio de esta clasificación, arribando a interesantes conclusiones.

Bueres señala que la verdadera importancia del distingo clasificatorio –válida para las órbitas contractual y extracontractual–, está dada por la diversidad existente en el factor de atribución, hecho que determina cuáles son las eximentes de responsabilidad a utilizar en cada caso: en las obligaciones de medios –en las que tiene vigencia la no culpa– el criterio legal de imputación es la culpa; en las obligaciones de resultado –en las cuales la diligencia del *solvens* queda fuera de cuestión– el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.)<sup>15</sup>.

La obligación de medios implica un compromiso de diligencia que sólo tiende a la consecución del resultado final, y por ello el incumplimiento se configura cuando el deudor omite prestar esa conducta calificada. En las obligaciones de resultado, la actividad del deudor se encuentra comprometida al logro ineludible del interés final esperado por el acreedor, de manera que no se cumplirá el deber si no se satisface aquella finalidad última<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Ob. cit., t. I, vol. I, pág. 130, n° 103-4.

<sup>14</sup> *Idem*, pág. 132, n° 103-5.

<sup>15</sup> Aut. cit., “Responsabilidad contractual objetiva”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-II, pág. 977.

<sup>16</sup> María M. Agolia, Juan C. Boragina y Jorge Meza, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, págs. 72-3.

Ahora bien, sabemos que toda obligación tiene por objeto un plan, un proyecto o programa de prestación, siendo ésta última el plan o proyecto de una conducta futura del deudor para satisfacer un interés de un acreedor. Como dijéramos, ese interés aparece de modo invariable en el objeto de toda obligación, sea de medios o de fines<sup>17</sup>. Lo que ocurre es que en los deberes de medios, ese interés que aparece *in obligatione* es contingente, aleatorio, potencial, eventual, razón por la cual es bastante para actuar el contenido del deber *–in solutione–* con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor, con su mera actividad o esfuerzo, y algo similar ocurre en los contratos aleatorios.

Vale decir, el deudor promete solamente poner diligencia para conseguir un resultado dado, y las partes reconocen que su consecución depende de circunstancias harto azarosas<sup>18</sup>. Cabe distinguir el liso y llano incumplimiento del deudor, del mal cumplimiento de la obligación que tenía con su acreedor. En el caso de la inejecución total de la obligación, la diferencia entre las obligaciones de medios y resultado desaparece. En ambas, si el acreedor prueba la existencia de la obligación, el deudor deviene responsable por el incumplimiento; en las de resultado, por no haberlo procurado, en las de medios, porque ni siquiera trató de proceder diligentemente. El incumplimiento genera responsabilidad para el deudor y para eludirlo debe invocar el caso fortuito.

Por lo tanto, en resumen

- frente a una obligación de resultado, el deudor debe probar un caso fortuito a los fines exoneratorios, haya mediado incumplimiento absoluto, parcial, retardo o cumplimiento inexacto, pues en éstas lo relevante es alcanzar el fin asegurado. Por tanto, al acreedor le basta con acreditar que éste no se ha logrado;
- en las obligaciones de medios, ante el incumplimiento parcial, absoluto o retardo, la diligencia prestable no es relevante, *–pues como se dijo–* el deudor debe actuar para llegar a un fin, aunque

<sup>17</sup> Alberto Bueres, *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, págs. 50-51.

<sup>18</sup> Agoglia, Boragina y Meza, ob. cit., pág. 66.

aleatorio, siendo aplicable en estos casos los principios de las obligaciones de resultado; y sí en cambio es trascendente –la diligencia prestable– como elemento del cumplimiento exacto –pago–<sup>19</sup>.

Para cerrar esta introducción y a los efectos de apuntalar aún más la relevancia de esta clasificación, con respecto a su vigencia legal diremos que a pesar de no encontrarse receptada explícitamente en nuestro ordenamiento<sup>20</sup>, tal extremo no implica desconocer su vigencia ya que por un lado, se considera que las clasificaciones son un resorte doctrinal, de donde sus incursiones en las leyes sólo encuentran justificación en casos en que ello sea de estricta necesidad por razones de claridad y certeza jurídica; por otro, se entiende que la clasificación surge virtualmente de la ley, donde se define la culpa, se alude a la no culpa, al caso fortuito, a la responsabilidad objetiva y a sus eximentes, etc. (artículos 511, 512, 513, 1109 y 1113, parág. 1º y 2º del código civil)<sup>21</sup>. Similar recepción mereció en los últimos proyectos de reformas al código civil, tal como desarrolláramos oportunamente<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Bueres, “El incumplimiento ....”, cit., pág. 109.

<sup>20</sup> Como sí ocurre, por ejemplo, en el código polaco, que adoptó expresamente la clasificación en el artículo 240 del código civil (Mazeaud, *Tratado...*, cit., t. I, vol. I, pág. 135, nº 103-6).

<sup>21</sup> Bueres, “Responsabilidad contractual...”, cit., pág. 968.

<sup>22</sup> “Acerca de las obligaciones...”, cit., págs. 267 y ss. En cuanto al Proyecto de 1998, esta clasificación tiene a través de los artículos 1603, 1604, 1606, 1613 y 1619, implícita consagración. Ello se desprende, por lo pronto, de lo dispuesto en los arts. 1603 y 1604 por cuanto en el primero se conceptualiza a la culpa (actual 512 del código civil) y en el segundo se determinan las reglas para su apreciación (artículos 902 y 909 del mismo cuerpo legal); la clasificación también emerge del artículo 1606, toda vez que alude a la responsabilidad objetiva, aclarando que la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla; finalmente el instituto subyace en los artículos 1613, en cuanto regula el caso fortuito, y 1619 en lo que se refiere a la prueba de los factores de atribución. Pero más concreta y rotundamente se extrae -con una terminología común en la doctrina española- cuando se habla de “actividad” en lugar de “medios”, de lo que prescribe el artículo 726, incisos a), b) y c), cuando se refieren, respecto a las obligaciones de hacer cuya prestación puede consistir en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, pero independientemente de su éxito; o en procurar cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia, o en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido (idem, págs. 268-9).

### III. La llamada “obligación de seguridad”

#### III.1. Planteo

Hemos allanado el campo para determinar aquí cuáles son las obligaciones que asume el transportador benévolo, cuál es su entidad.

Por lo pronto, acierta Jorge Alterini al sostener que debe prescindirse de fórmulas abstractas y apriorísticas que tiendan a identificar alguna de las dos clasificaciones con ciertas instituciones en forma particular<sup>23</sup>. Igual consideración nos merece la observación formulada por Bueres en cuanto a que la tarea de incardinar deberes en una u otra de las referidas categorías es problema de axiología, un quehacer intelectual, y los cambios que en la materia puedan producirse con el correr del tiempo no producen ninguna inseguridad jurídica<sup>24</sup>. Veamos.

La Corte de Casación francesa en 1911 “descubrió” –no queden dudas de la ironía– una obligación de seguridad en el contrato de transporte oneroso de personas, la que en el plano doctrinario fue atacada fuertemente por entenderse que no integra expresa ni implícitamente el contenido del contrato de transporte, adquiriendo de tal manera alcances que las partes jamás previeron<sup>25</sup>. La evolución jurisprudencial y doctrinaria en Francia y en nuestro medio –tan influenciado por el pensamiento jurídico galo– ha concluido por concebir la obligación del transportador a título oneroso como una típica obligación de resultado, que consiste en transportar al viajero “sano y salvo” hasta su lugar de destino, una verdadera “obligación de seguridad”.

Será una visión retrospectiva la que nos abra camino toda vez que solamente conociendo los orígenes del instituto, sus raíces, el porqué de su concepción, será posible concluir acerca de la existencia y características que reviste en materia de transporte benévolo<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Autor citado, ob. cit., pág. 705.

<sup>24</sup> “El incumplimiento...” cit., pág. 103.

<sup>25</sup> A decir de Savatier, se trata de una verdadera ficción legal (*Traité...*, cit., t. I, págs. 176-8, n° 135).

<sup>26</sup> A partir de su nacimiento en materia de responsabilidad del transportista y debido a la fortaleza de su raíz, ha ido extendiéndose hasta alcanzar otros ámbitos, como, por ejemplo, la responsabilidad de los médicos –tanto del idóneo como del centro asistencial– y de otros profesionales como escribanos, arquitectos, etc., de los establecimientos educativos –que alcanza a maestros y directores–, la que se verifica

Se sabe que el origen de la obligación de seguridad se encuentra en la legislación francesa de fines del siglo XIX sobre accidentes de trabajo<sup>27</sup> aunque su pleno desarrollo se debe a la jurisprudencia del mismo país. La problemática detonante se dio precisamente en materia de transporte de pasajeros, donde el criterio jurisprudencial había sido el de considerar la responsabilidad del transportista como extracontractual o delictual. Hasta 1911, ante la ausencia de textos legales, se fundamentó la responsabilidad del porteador fuera del ámbito contractual al rechazarse la aplicación del artículo 1784 del código Napoleón, aplicándole al transportista exclusivamente las reglas de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1382 y ss. del mismo cuerpo legal. La siguiente fase data de un giro de la *Cour de Cassation* que reconoció la existencia de la obligación de seguridad dentro del contrato de transporte. A partir de tal punto de “lanzamiento”, la jurisprudencia estableció que la misma era, incluso, de resultado.

El nuevo enfoque jurisprudencial se realizó con el fin de dispensar a la víctima de la difícil prueba de la culpa del transportista. En términos más generales, se ha dicho que la institución nació como un recurso técnico para plasmar un cambio de valoraciones frente a circunstancias de hecho igualmente cambiantes y a un mundo con más riesgos, al que se le enfrentó un concepto de contrato con más contenido que el meramente aparente y literal<sup>28</sup>.

---

en materia de espectáculos públicos sobre los organizadores, la del hotelero, incluso la responsabilidad en materia laboral, etc. (ver Fernando Alfredo Ubiría y Federico Eribe, “La obligación de seguridad. Su concepción actual en doctrina y jurisprudencia”, *Conceptos*, septiembre-diciembre de 2002, año 77, n° 3).

<sup>27</sup> Jorge A. Mayo, “Sobre las denominadas obligaciones de seguridad”, *La Ley*, 1984-B, pág. 949.

<sup>28</sup> H. Acciarri, “La obligación tácita de seguridad”, en *Instituciones de Derecho Privado. Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 319. A decir de Gabriel Stiglitz, es producto del tránsito de los principios de la responsabilidad extracontractual, mas precisamente del *neminem laedere*, a la órbita contractual (“El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados”, *La Ley*, t. 1995-D, pág. 19). Sin embargo, cabe advertir que la tácita obligación de seguridad presenta características bien distintas a las de aquel principio, toda vez que en este no existe una obligación previa, siendo su violación la que genera la obligación resarcitoria, mientras que cuando es el instituto en análisis el fundamento de la responsabilidad, el deber reparador encuentra justamente origen en esa obligación de seguridad previamente asumida por el deudor, pero no cumplida.

El criterio fue luego ampliado a otras especies de contratos, produciéndose lo que Josserrand denominó “inflación obligacional”<sup>29</sup> al incorporarse a la esfera del contrato deberes que anteriormente se consideraban ubicados fuera de su marco específico. Como ha dicho algún autor –creemos que acertadamente– este ensanchamiento, junto con otras mutaciones sustanciales, es el resultado de la tendencia hacia el favorecimiento de las indemnizaciones<sup>30</sup>.

Es la respuesta de la sociedad ante la proliferación de los daños, la reacción del Derecho frente a una “sociedad de masas”<sup>31</sup>. Mientras que el hombre en la antigüedad se limitaba a atribuir la producción de ciertos perjuicios a la fatalidad o a la desgracia, el “hombre moderno” se propuso –cada vez con mayor énfasis– la búsqueda de alguien que reparase, la búsqueda de un responsable, naciendo de tal empresa las más diversas soluciones, entre ellas este instituto.

La elasticidad o versatilidad es uno de los rasgos más notorios de la obligación de seguridad, ello así por cuanto logra “acomodarse” a distintos tipos contractuales para llenar lo que era una “zona gris” al tratarse de supuestos en los que no resulta sencillo determinar si la obligación cuya inejecución causa un perjuicio a uno de los contratantes es o no una obligación nacida del contrato que los une.

En suma, queda en claro que el Derecho de daños acude rápidamente al amparo de ciertos sujetos, en detrimento de otros, en el fenómeno llamado –muchas veces sin propiedad<sup>32</sup>– “accidentes de

<sup>29</sup> Josserrand, *Derecho civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch, Buenos Aires, 1950, t. I, vol. II, pág. 372.

<sup>30</sup> Luis Díez Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 235 y ss.

<sup>31</sup> Ciertamente no se trata del concepto de “hombre masa” descrito por José Ortega y Gasset en su genial obra *La rebelión de las masas* (Hispanoamérica Ediciones Argentinas, Buenos Aires, 1984). Allí, el hombre “masa” es el hombre “medio”, el ser humano mediocre y vulgar que no se valora a sí mismo -en bien o en mal- por razones especiales, sino que se siente “como todo el mundo” y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás. El hombre-masa de Ortega elige su situación amorfa y fungible de hombre - número. La expresión “sociedad de masas” utilizada en nuestro trabajo, por el contrario, importa una realidad y un enfoque bien distintos: al ser humano del siglo XX la realidad de su contorno se le “impone”, aunque no quiera aceptarla, lo que acontece por mayúscula que sea la excelencia del individuo (*passim*).

<sup>32</sup> Mosset Iturraspe, “Accidentes de tránsito. Las víctimas. Legitimación activa. El peatón. El dueño de la cosa dañada. El poseedor. Grupo familiar. Convivientes.

tránsito”. Los privilegiados son, por un lado, los peatones<sup>33</sup>, y por otro, los transportados, aunque resulta necesario practicar algunas disquisiciones entre estos últimos que, dado el limitado carácter de este trabajo, no podemos realizar aquí<sup>34</sup>.

En fin, esta figura fue concebida gracias a un cambio de “enfoque” cuyo objetivo era beneficiar al pasajero del transporte oneroso, ello enmarcado en la creciente tendencia al favorecimiento de las indemnizaciones. Se trató de una cuestión de estricta política legislativa y está muy claro el porqué de la dirección que tomó el Derecho.

Desde esta perspectiva, al calor de esta filosofía jurídica, se logró ensanchar el contenido prestacional del transportador oneroso. Será menester entonces recurrir al análisis axiológico jurídico –que efectuaremos fundamentalmente en los últimos dos capítulos de esta investigación– para concluir que los caracteres diferenciales que tipifican al transporte benévolo requieren de un cambio de perspectiva, un enfoque parcialmente diferente.

### ***III.2. Su aplicación al transporte benévolo***

Afinaremos ahora los conceptos, dirigiéndolos hacia el punto que más nos interesa.

Luego del referido turbulento comienzo histórico, desde hace largo tiempo ya que la obligación de seguridad encuentra fructífera y pacífica aplicación en materia de transporte oneroso<sup>35</sup>.

Por lo pronto el artículo 184 del código de comercio establece que “en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el trans-

---

Los herederos como legitimados activos”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 1, Santa Fe, 1998, Rubinzal Culzoni, pág. 192.

<sup>33</sup> Vaya como ejemplo la presunción normada en su favor por el 3° párrafo del artículo 64 de la ley de tránsito n° 24449 que establece: “El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito”.

<sup>34</sup> Para profundizar, ver Fernando Ubiría, *Responsabilidad por daños derivados del transporte benévolo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 65 y ss. y pág. 345 y ss.

<sup>35</sup> Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, págs. 115-6; Luis Diez-Picazo, ob. cit., págs. 245 y ss, particularmente págs. 250-2.

porte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”, y la amplia interpretación que de esta norma efectúa la jurisprudencia la ha convertido en una verdadera piedra angular del sistema.

En efecto, en reiteradas oportunidades nuestro más alto tribunal sostuvo que el transportista asume una verdadera obligación de seguridad de llevar sano y salvo al pasajero hasta su destino, por lo tanto cualquier inconveniente que éste sufra configura, en principio, un incumplimiento de la prestación debida y da origen a su responsabilidad a menos que demuestre alguna eximente<sup>36</sup>, y los tribunales inferiores siguen la misma directriz.

Pues bien, tanto en el transporte benévolo como en el oneroso se conduce a alguien o se lleva algo hacia un lugar determinado. ¿Puede válidamente practicarse diferencias en esta materia? Entendemos que sí, porque así lo requiere la recta interpretación de los hechos, y ninguna sorpresa debería causar el hecho de que similar facticidad merezca del Derecho distinta solución cuando así lo requiere su justa ponderación<sup>37</sup>. Como observan Agoglia, Boragina y Meza, cabe asig-

<sup>36</sup> “Chaves, Mario Fabián c/ Provincia de Tucumán S/ ds. y ps.”, del 10 de octubre de 2000 (*Fallos* t. 323-3 2000, pág. 2930 y ss.). Igual criterio ya lo había aplicado en autos “Ma. del Carmen Santamarina c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios” del 13 de noviembre de 1991 al decidir que “la obligación de seguridad del transportador en materia ferroviaria impone adoptar medidas conducentes para evitar que puedan perpetrarse hechos delictuosos durante el viaje”.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, se entiende que si bien la entrega de una cosa es una obligación de resultado, hay cavilaciones cuando está involucrada la obligación de conservar dicho objeto, pues en supuesto semejante se supone que está implicado una actividad diligente. En Francia, por ejemplo, en materia de locación de cosas el inquilino está obligado a restituir el bien, y si no lo hace sólo queda liberado si prueba un caso fortuito (artículo 1730 del *Code*); pero en lo referente a la conservación de la cosa – deber que de infringirse se enlaza con aquel deber restitutorio-, el inquilino está sujeto a una obligación de medios, con la particularidad de que la culpa se presume *iuris tantum*, y por ello cabe la prueba de la ausencia de culpa (artículo 1732); asimismo, el depositario, quien también debe restituir, tiene una obligación de medios *reenforcée* (artículos 1927 y 1928), pues se le exige una diligencia calificada, y el comodatario, por su parte, asume una obligación de medios ordinaria (Bueres, “El incumplimien-

nar a la obligación de seguridad un campo de actuación que excede a los negocios caracterizados por un programa de prestación riesgosa, ello así por cuanto, genéricamente, todo deudor de una obligación contractual compromete, independientemente de las particularidades que ostente la prestación principal planificada, una obligación anexa de no dañar los restantes bienes del *accipiens*<sup>38</sup>.

Desde hace casi un siglo que el transporte de complacencia ha despertado el interés de los juristas, y en cada caso se han puesto de manifiesto sus diferencias con el transporte oneroso, mayormente en procura de que se responsabilice al transportador benévolo -como su mismo nombre lo sugiere- benévolamente. Precisamente el camino contrario se ha recorrido en materia de transporte oneroso, ya que – como señalábamos – es un claro ejemplo de concreción de las tendencias que se inclinan por ampliar la fuerza vinculante de la obligación, la hasta ayer obligación de medios del porteador, es hoy obligación de resultado.

Como observa Jossierand, el legislador se ha distinguido en términos generales por inmiscuirse en la vida de la convención, y en el caso del transporte oneroso, lo ha hecho con el fin de acudir en ayuda del transportado, a quien él considera como el más débil, el más digno de atención. No puede decirse que esta política sea condenable de manera general e indistinta, ya que todo depende del fin que se persiga y de las aplicaciones que de ellas se hagan<sup>39</sup>. Por lo tanto, la cuestión decisiva la marca el análisis axiológico, pues él es el que permite elegir el criterio adecuado a Derecho.

Como anticipáramos, estamos de acuerdo con Jorge Alterini en que debe prescindirse de fórmulas abstractas y apriorísticas que tiendan a identificar alguna de las dos clasificaciones con ciertas instituciones en forma particular. Cabe tener presente en forma particular el alcance de lo que las partes pudieran haber pactado, resultando vá-

---

to....”, cit., págs. 105-6). En cada caso es debida la entrega de la cosa previa conservación de la misma y el elemento decisivo que viene a justificar distinto tratamiento normativo reside en la onerosidad.

<sup>38</sup> Ob. cit., págs. 133-4.

<sup>39</sup> Ob. cit., págs. 285-7.

<sup>40</sup> Ob. cit., pág. 705.

lido también el criterio de la gratuidad para no encontrar obligaciones de resultado en los servicios que se prestan por amistad<sup>40</sup>. Sin referirse el autor específicamente al transporte benévolo, no vemos manera de no encontrarlo allí.

La existencia de la cláusula de incolumidad en el transporte oneroso resulta, salvo hipótesis marginales, aceptable. Ello se debe a que las más de las veces se tratará de un servicio público, reglamentado y supervisado por el Estado; generalmente será explotado en la forma de empresa, lo que trae aparejado connotaciones de profesionalidad y especialización. Por fin, la existencia de una contraprestación, que constituye el pago del transporte y que está concebida en función del resultado a alcanzar, afianza la idea de que ese resultado de incolumidad debe serle asegurado como prestación específica a cargo del transportador<sup>41</sup>.

Por un simple razonamiento comparativo, resulta claro que una garantía concebida en estos términos no se halla presente en el transporte benévolo propiamente dicho<sup>42</sup>, lo que no quiere decir que el transportado graciosamente otorgue una “carta en blanco” para que el conductor haga lo que quiera con su vida, o que su vida valga menos por el hecho de viajar gratuitamente<sup>43</sup>. Sin duda, el transportador se obliga a un comportamiento diligente, pero no resulta ajustado a la realidad que al beneficiario del servicio gratuito se le garantiza un resultado –la incolumidad–, que el conductor benévolo ni siquiera puede asegurarse a sí mismo cuando ambos salen a afrontar la voráGINE del tránsito<sup>44</sup>. La obligación de seguridad puede tener un funda-

<sup>41</sup> Bianchi, ob. cit., pág. 836.

<sup>42</sup> Adviértase que nosotros no decimos que no exista, tal como entiende Bianchi. Por el contrario, consideramos que existe y hacemos hincapié en las particularidades de su contenido en la especie.

<sup>43</sup> Cfr. Sagarna, *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas*, Buenos Aires., Depalma, 1997, pág. 38.

<sup>44</sup> Bianchi, ob. cit., pág. 836. Según Antonio Cammarota, el viaje gratuito impide invocar la protección del artículo 184 del código de comercio, pero si el pasajero carece de este derecho, no se le puede negar el de imputar al conductor negligencia o falta de diligencia adecuada. Su conducta estaría sometida a la norma general del artículo 1109 (“La cuestión del transporte gratuito (benévolo o amistoso)”, *La Ley*, t. 40, pág. 1001) Sin efectuar mayores precisiones, sostiene que el deber de conducir sano y salvo en el caso del transporte benévolo tiene un contenido ético (idem, pág. 1002).

mento de corte subjetivo u objetivo con base en la buena fe, y ello dependerá del contenido del contrato, de sus particularidades.

Según el artículo 625 del código civil, el deudor de una obligación de hacer debe cumplir la prestación "...del modo en que fue intención de las partes que el hecho se ejecutara". Entendemos que la responsabilidad que le sigue, consecuentemente, encuentra en dicha intención o voluntad común su "marco", su límite, y es también en tal intención o voluntad donde se plantea una de las diferencias sustanciales con el transporte oneroso. En nuestro caso se realiza la conducción en beneficio ajeno, y esta voluntad determina la naturaleza graciable del acto; no puede por ello ser apreciada de la misma forma que cualquier otra responsabilidad, sino moderada en consonancia con las condiciones especialísimas que rodean su origen.

Investigando la intención de las partes se verá que el transportador no ha pensado ni ha querido asumir obligaciones iguales a las que impone el transporte por precio, y que el viajero –o mejor dicho, "acompañante"– tampoco ha pensado, al aceptar el servicio, exigir a su favorecedor un compromiso idéntico al del conductor profesional: por lo tanto, la graduación de la culpa deberá hacerse por analogía con el mandato y el depósito gratuito, figuras estas que son las que más se aproximan a la que se discute, no en su facticidad desde luego, sino en la contemplación que merecen del Derecho<sup>45</sup>.

Con acierto observa Salerno que el amplio campo contractual requiere de una aplicación permanente del principio de la buena fe, el que se afianza en la hermenéutica para indagar la intención o voluntad de las partes<sup>46</sup>, y este tema no es la excepción. Si preguntáramos a los transportados benévolamente qué esperan de quien los

<sup>45</sup> No son pocos los autores que defienden la tesis extracontractualista y descalifican esta "asociación", a nuestro entender, equivocadamente. Así Brebbia, por ejemplo, rechaza la asimilación al mandato –o al depósito en caso de tratarse de mercaderías– por cuanto considera que el presunto mandatario, o sea el conductor, no realiza ningún acto jurídico por cuenta del seudo mandante – viajero al conducirlo (*Problemática jurídica. Responsabilidad extracontractual por los accidentes de automotores*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 339). Por lo dicho, el yerro reside en relacionar facticidades y no el tratamiento que ellas merecen y reciben del Derecho.

<sup>46</sup> Marcelo Urbano Salerno, *Derecho civil profundizado*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 158

lleva, sin duda nos dirían que cuidado en el manejo y previsión en cuanto al estado del vehículo, de modo tal que a lo que se consideran con derecho es a una “conducta” previsor y diligente del conductor<sup>47</sup>. La buena fe se convierte en un instrumento de moderación del eventual rigor de la responsabilidad contractual<sup>48</sup>.

Recordemos que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es relativa, pues una misma obligación puede ser de una u otra, según resulte de la voluntad de las partes<sup>49</sup>. ¿Bastará entonces que en la ejecución de un transporte benévolo acaezca un daño para inferir que esa conducta ha sido culposa?: sin duda que no, el daño que pueda sufrir el pasajero es un elemento puramente objetivo, que por sí solo no comprometerá la responsabilidad del conductor, en tanto no se lo relacione causalmente con una conducta culpable de éste.

De esta forma, respetando la realidad de los hechos, queda configurada la responsabilidad del transportador como de medios. En consecuencia, será carga del transportado probar, ante el hecho del daño, que aquél ha incumplido su obligación, conduciendo con culpa o negligencia. Sólo entonces procederá la acción indemnizatoria<sup>50</sup>. Sentido común y Derecho van de la mano.

### ***III.3. La buena fe en la materia***

Como hemos dicho, la obligación de seguridad integra el plexo del contrato del transporte benévolo, y ello deriva del deber de buena fe que se encuentra consagrado en el artículo 1198, 1º párrafo del código civil, norma epicéntrica en la materia cuya potencialidad ha permitido el desarrollo del instituto en análisis y en definitiva, como señalara *supra*, “instaura la honestidad en el terreno jurídico”<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Bianchi, ob. cit., pág. 836.

<sup>48</sup> En la misma medida en que la buena fe limita el poder de exigir que tiene el acreedor sobre el deudor en todos los casos en que la prestación del primero sea desleal o incorrecta, en esa misma medida se limita el ámbito de lo debido por el deudor, y por consiguiente se aumentan las posibilidades de liberación de éste (Jordano Fraga, ob. cit., pág. 141).

<sup>49</sup> Idem, pág. 174.

<sup>50</sup> Bianchi, ob. cit., pág. 837.

<sup>51</sup> Salerno, *Derecho civil profundizado*, cit., pág. 155.

La función integradora de la buena fe crea al lado de las obligaciones expresamente asumidas por las partes los deberes de protección, completando el plexo contractual con aquellas conductas que son necesarias para que el acreedor pueda alcanzar acabadamente las expectativas tenidas en miras al contratar<sup>52</sup>. La buena fe contractual es un patrón que obliga no sólo a los efectos que han sido objeto de expresa convención, sino también a las consecuencias necesarias derivadas de aquellas. Una de las funciones de este principio cardinal, es la de “creación jurídica”, es decir, se le reconoce un “poder jurigenético”, en el sentido de que, dentro de ciertos límites, suple la forma deficiente de un acto, u otorga al mismo efectos diferentes<sup>53</sup>.

Ahora bien, ¿qué es lo que informa el principio de buena fe en el caso del contrato de transporte benévolo?

Sabemos que las partes nada han estipulado, con virtualidad jurídica, más allá del efectivo traslado en ejecución. Por lo tanto, el artículo 1198 del código civil desplegará todos los efectos que su dinámica interpretación permita para averiguar si la buena fe, los usos o la ley han de completar o no el contenido del contrato con más obligaciones de las que surgen, y en su caso precisará su alcance<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Similar criterio sostuvo hace pocos años la Sala C de la Cámara Nacional Civil (“Muccillo de Sotil Ana María c/ FATSA s/ daños y perjuicios”, del 11 de abril de 2002) al resolver que “según el artículo 1137 del código civil, contrato es lo resultante del acuerdo de partes sobre una declaración de voluntad común. Con ello se persigue lograr objetivos prácticos o empíricos y atender intereses o necesidades de las partes, por lo que cuando corresponde invocarlo o interpretarlo debe estarse a la finalidad del negocio jurídico de que se trate atendiendo al sentido y comportamiento común y general de los contratantes sin desconocer circunstancias de hecho y costumbres propias del medio en el que aquel se desarrolla y conforma. Son precisamente, tuitivos al respecto, las precisiones del artículo 1198 del código civil en cuanto hace referencia a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, según insitas pautas de la buena fe que debe presidir todo negocio jurídico”; *Gaceta de Paz* del 17 de julio de 2002, págs. 2 y ss.

<sup>53</sup> Agoglia, Boragina y Meza, ob. cit., págs. 129-30.

<sup>54</sup> Ya el artículo 1198 en su anterior redacción disponía que “los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidos en ellos”. Interesante doctrina es la que sienta el Proyecto de 1998 que nos trae dos normas:

- el artículo 966 establece que “las partes deben actuar de buena fe durante la celebración y ejecución del contrato”;

El fundamento lógico normativo de la inclusión de la obligación de seguridad en el campo contractual se encuentra en la buena fe<sup>55</sup>, pero por cierto que no se trata de un principio que apareje las mismas consecuencias cualquiera sea el “tipo” contractual, dependerá de la facticidad a la que es llamado a integrar o no, a nutrir, determinando su alcance en cada caso. La buena fe es un concepto extenso y vago, por lo que corresponde siempre su precisión, por lo que en la materia debe revestir los contornos que se ajustan a las especiales características del contrato de transporte benévolo. Queremos significar con ello que la buena fe no se valora abstractamente, “en el aire”, sino en su conexión con un criterio de verosimilitud que impone tomar en cuenta las circunstancias del contrato<sup>56</sup>.

Como bien observa el español Jordano Fraga, se trata de un modo de conducta que funcionaliza las posiciones de exigencia y sujeción, en modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente<sup>57</sup>. Por ello, no puede afirmarse seriamente que la buena fe que preside el comportamiento de los sujetos contratantes integra el plexo obligacional –su continente– exactamente de la misma manera que en el transporte oneroso, nutriéndolo de igual forma. De allí la “elasticidad” de la buena fe, la que se presenta como una fórmula elástica en la que caben todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso<sup>58</sup>. En tal contexto, sería absurdo pensar que el transportador cortés compromete un resultado.

---

- según el 967 “el contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte...”

<sup>55</sup> Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, pág. 119.

<sup>56</sup> López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, t. 4, Parte especial (3), Buenos Aires, Zavalía, 1993, t. I, págs. 264-5.

<sup>57</sup> Autor citado, ob. cit., pág. 136.

<sup>58</sup> Se convierte en un instrumento de moderación del eventual rigor de la responsabilidad contractual (idem, págs. 138-41).

Cabe reiterar aquí dos importantes conceptos: por un lado, la tarea de incardinar deberes en una categoría obligacional o en otra es un problema axiológico que compete a la doctrina y a la jurisprudencia, un quehacer intelectual; el cambio que pueda producirse con el correr del tiempo no produce ninguna inseguridad jurídica<sup>59</sup>; por otro, la gratuidad autoriza a no presumir una obligación de resultado en los servicios que se prestan por amistad<sup>60</sup>.

Como hemos explicado suficientemente antes de ahora, los sujetos entran en relación en un contexto jurídico y social que se sustenta en el *animus benefacendi* (lo que hemos calificado como “acto *supererogativo*”<sup>61</sup>) es decir, el transportador amistoso practica el traslado motivado por su espíritu solidario, anudando así su relación con el transportado. En nuestro tema, la obligación de conducir al acompañante “sano y salvo” integra el contenido prestacional bajo otros parámetros respecto al transporte oneroso, con menor rigor.

La buena fe no resulta integradora de deberes del mismo tenor, sino que lo nutrirá a medida, delineando con precisión el verdadero contenido de la prestación que debe satisfacer el transportador a favor del beneficiario. Así lo impone la recta interpretación de los hechos<sup>62</sup>, pretender lo contrario es divorciar al Derecho de los fenómenos que es llamado a contemplar. Alinear al transporte benévolo con el

<sup>59</sup> Bueres, “El incumplimiento de la obligación...”, ob. cit., pág. 103.

<sup>60</sup> Jorge Alterini, ob. cit., pág. 705.

<sup>61</sup> Fernando Ubiría, *Responsabilidad por daños...*, cit., pág. 423 y ss.

<sup>62</sup> Dijimos ya que la distinción de obligaciones de medios y de resultado es relativa, pues una misma obligación puede ser de una u otra, según resulte de la voluntad de las partes (Jordano Fraga, ob. cit., pág. 174). Ahora bien, el mismo autor ibérico es claro al sostener que la diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prestación ya determinada, presupone un contenido ya fijado. De modo que mientras la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe se refiere a la propia -y previa- determinación de lo debido -fijación del límite de lo exigible del deudor- El juicio de buena fe se refiere a las circunstancias del contrato, para determinar cuál es el límite del sacrificio debido por el deudor a tenor de una recta apreciación de la economía singular del contrato. El juicio de responsabilidad opera en un momento posterior, una vez verificada la relevancia de las circunstancias creadas para la economía singular del contrato; y su virtualidad consiste en el análisis de la eventual conexión de aquellas circunstancias con la conducta del deudor -o con su esfera de riesgo- para, en caso afirmativo, hacerlo responsable (idem, pág. 149).

oneroso obedece solo a factores económicos y reconoce como origen a la soberbia utilitarista que ha inundado el llamado Derecho de daños, pero así se obtiene es un sistema hermético, insuficiente, un equilibrio solo aparente, falso o ficticio, alejado del sentido común y de la realidad.

Considerar al transporte de complacencia como una obligación de medios resulta simplemente una derivación coherente de la operación interpretativa de su facticidad, porque –como dijéramos más de una vez– incardinar la figura en una categoría obligacional es un problema valorativo o axiológico. Si esa no es la tarea de los juristas y magistrados, ¿cuál sería?, ¿acaso la de aplicar de forma mecánica un Derecho construido a base de fórmulas matemáticas inmutables?...<sup>63</sup>. Nuestra ciencia jurídica, el Derecho, ciencia social, tiene como norte la justicia, hacia ella se dirige y en ella se realiza, y al menos en esta materia dicho fin se logra en la medida que la realidad sea interpretada sin distorsiones.

#### **IV. Precisiones finales**

Sentado lo expuesto, el transportador benévolo asume una verdadera obligación de seguridad para con su acompañante. Ahora precisaremos su alcance.

Hemos explicado las razones por las cuales la obligación del transportador amistoso es de medios y también que sobre él pesa una verdadera obligación de seguridad, lo que no podría ser de otra manera encontrándose la integridad física de su acompañante a su cuidado. No se plantea entonces ninguna diferencia que autorice a sostener que la vida del transportado amistosamente “vale menos” que la de aquél que paga por el traslado. Todo transportador debe velar por la salud de quien lo acompaña ya que en cada caso debe siempre conservar el dominio de su rodado.

<sup>63</sup> Bueres, “El incumplimiento de la obligación...”, ob. cit., pág. 103. El insigne jurista resalta que una misma obligación ha sido emplazada en una u otra especie: la del médico en las operaciones de cirugía estética, o la asumida por quien proporciona un telesquí, que en un tiempo fue caracterizada por la jurisprudencia francesa como obligación de medios, luego como obligación de resultado y más adelante, nuevamente como obligación de medios (ibid).

Como adelantábamos en el acápite anterior, la obligación de seguridad con base en la buena fe contractual puede tener un fundamento de corte subjetivo u objetivo. De conformidad al contenido del contrato de transporte benévolo –contenido que conforma la “medida” del pago a satisfacer por el deudor– un elemental criterio de razonabilidad –embebido por cierto en la filosofía del actual Derecho de daños– indica que en la especie el transportador benévolo ha asumido una obligación de seguridad de carácter subjetivo. Este criterio de razonabilidad debe presidir a la hora de juzgar la liberación.

Por lo tanto, el acreedor tiene una legítima expectativa de seguridad en el traslado del que resulta beneficiado, expectativa que a tenor de los caracteres tipificantes de la *fattispecie* se adecua a sus parámetros.

La adopción de esta postura acarrea como principal consecuencia la de poner a cargo del acreedor la actividad probatoria, debiendo acreditar –a fin de ser resarcido– la culpa del deudor como causa productora de la lesión cuya indemnización persigue, y por cierto que determinada la responsabilidad del transportador benévolo dañador, es cuestión distinta la atinente al *quantum* indemnizatorio que deberá afrontar, la que podrá ser reducida equitativamente de acuerdo al prudente arbitrio judicial y teniendo en cuenta las características de cada caso.

En esta materia es menester “hacer base” en una facticidad determinante: el criterio de diferenciación entre una y otra especie de obligaciones está dado por el *alea* de cada contrato<sup>64</sup>: cuando 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 debe ser entendida como de medios, mientras que en aquellos casos en que lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad es de resultado<sup>65</sup>.

Como decíamos, es mayoritaria la tesis que enrola la obligación de seguridad dentro de las obligaciones de resultado. Sin embargo,

<sup>64</sup> Es también el criterio de Jordano Fraga (ob. cit., pág. 174).

<sup>65</sup> En igual sentido se ha expedido la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, *in re* “Ramella, Claudia Inés c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación s/ daños y perjuicios” del 14 de diciembre de 1995, Secretaría de Jurisprudencia de la CNCIV., sum. n° 7454.

luego de un auge en este sentido, la tendencia más moderna enrola en la categoría de obligaciones de seguridad de medios a relaciones jurídicas que antes habían sido incluidas en aquella otra<sup>66</sup>. En suma, este es el camino que entendemos acertado en materia de transporte de complacencia<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 761.

<sup>67</sup> Esta es también la postura adoptada por el Proyecto de 1998, el cual dedica dos artículos específicos:

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

- artículo 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”.

Contrariamente a lo que acontece en las obligaciones de fines, con esta normativa el *solvens* sólo compromete un actuar prudente, lo que significa adoptar las medidas de seguridad adecuadas en cada caso, más ningún resultado concreto. El factor de atribución de responsabilidad es en estos casos subjetivo, toda vez que el deudor de una obligación de seguridad se libera si se acredita que actuó con diligencia. A decir de Acciarri, el Proyecto define una forma particular de culpa, que escapa a la prevista por el artículo 512 del código de Vélez y que toma en cuenta la relación entre la prevención adoptada y la posibilidad de prevención (diferencial entre la víctima y el dañador). Sin embargo, no obstante enrolar al instituto dentro de las obligaciones de medios, modifica el sistema propio de este tipo de obligaciones en lo que a la carga de la prueba se refiere, toda vez que demostrado el incumplimiento por parte del acreedor se presume la culpa del deudor, pesando sobre éste último la prueba liberatoria. Aparece claro entonces que si bien en el Proyecto la obligación de seguridad consiste en una obligación de pura diligencia en lo que hace al factor de atribución de responsabilidad, en lo relativo a la carga de la prueba se asemeja al régimen que rige para las de fines, teniendo –por supuesto– un campo de liberación mucho más amplio que en éstas últimas toda vez que no debe necesariamente acreditar la causa ajena, sino que le bastará la prueba de que obró con diligencia (aut. cit., ob. cit., pág. 319).