

OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD, ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

FERNANDO H. CAYZAC*

La obligación de seguridad ha sido definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a no dañar al otro contratante, ya sea su persona o sus bienes durante la ejecución del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato (a través de su interpretación en base al principio de la buena fe)¹.

Al derecho no sólo le interesa el cumplimiento de la prestación que hace a la esencia del contrato y que le da vida, sino que también le interesa, y con especial intensidad, que no se produzcan daños por su motivo. Ocurre que en la ejecución de los contratos existe alguna probabilidad, de grado variable, de que se produzcan daños al cocontratante, ya sea en su persona o en sus bienes.

Así la doctrina y jurisprudencia desarrollaron un particular factor de atribución, entendiendo que junto con la obligación principal existe una obligación tácita y secundaria que prescribe no dañar al cocontratante, actuando ésta como una garantía a favor de él y encontrando su fundamento normativo en el art. 1198 del Código Civil, que consagra el principio interpretativo de la buena fe en los contratos.

En realidad, estas palabras liminares toman partido por una visión de un instituto que se halla controvertido en todos sus términos, controversias que más adelante intentaré desarrollar.

* Ponencia ganadora del Segundo Premio en Concurso de Ponencias de Alumnos de las "XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, realizadas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la UBA.

¹ VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo*, ps. 105 y 106.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DEL INSTITUTO

La obligación de seguridad nació como un instrumento jurídico idóneo para posibilitar la reparación de ciertos daños no previstos expresamente en las relaciones negociales y que contaban con muy pocas posibilidades de ser reparados a través de los estándares imperantes a finales del siglo XIX.

Así, presente el perjuicio derivado de la ejecución del contrato, se presentaba como muy poco probable obtener una sentencia favorable en un sistema de responsabilidad civil donde campeaba en todo su esplendor el principio que postula: “no hay responsabilidad sin culpa”. Vale decir que al acreedor perjudicado debía reclamar una indemnización en la órbita de la responsabilidad extracontractual, demostrando la culpa de su deudor.

Es en Francia donde tiene origen y elaboración jurídica la “obligación de seguridad” y específicamente en el contrato de transporte de personas. El primer hito lo sienta la jurisprudencia francesa en el fallo de la Corte de Casación “Zbidi Amida v. Compañía General Transatlántico”, del 21/11/1911.

El recurso consistió básicamente en ensanchar el contenido del contrato y razonar que, además de lo que el acuerdo evidentemente decía, existían prestaciones implícitas que las partes entendieron o previsiblemente pudieron entender comprendidas en él. De este modo, se evitaba transitar por la vía extracontractual, con todos los escollos descriptos, y se proporcionaba a la víctima un camino más sencillo para verse compensada, como eran los remedios legales por incumplimiento del contrato, y específicamente la responsabilidad contractual². Éste es el fenómeno que se ha llamado, muy ilustrativamente, “inflación obligacional”.

II. LA NADA PACÍFICA DELIMITACIÓN DEL INSTITUTO

A pesar de la amplia difusión del instituto en la doctrina y la jurisprudencia, donde casi nadie discute su existencia, la delimitación exacta de sus contornos no fue ni es pacífica y ello se hace notar en las características y alcances diversos que le son asignadas desde diversos sectores.

Esquemmatizando, las divergencias existentes son, al menos, las siguientes:

² ACCIARRI, Hugo, “Los criterios de eficiencia como fundamento para la reforma del derecho privado en Latinoamérica”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, año III, nro. 1, enero-febrero de 2001, ps. 26 a 42.

— ¿Su incumplimiento genera responsabilidad contractual o extracontractual?

— ¿Consiste en una obligación de resultados o sólo implica una obligación de medios?

— ¿Su naturaleza es la de una obligación principal o la de una accesorio?

— ¿Existe en todos los contratos o sólo en algunos que presentan ciertas particularidades?

Antes de comenzar el desarrollo de cada una de las alternativas es menester aclarar un punto que tal vez no esté del todo claro: la obligación de seguridad nació a partir de una interpretación extensiva del contenido de los contratos. Sin embargo, su posterior desarrollo desembocó en su consagración legal para algunos sectores particulares (productos elaborados, espectáculos públicos, transporte aéreo, LCT) en donde, por ello mismo, el instituto tiene un alto grado de definición.

Luego, el “ojo de la tormenta” se encuentra en la obligación “tácita” de seguridad; es decir, aquella que no está expresamente prevista en el contrato ni en la ley.

1. Responsabilidad contractual o extracontractual

La resolución del primero de los conflictos antes mencionados debe ser bien distinguido de la dilucidación de los demás ítems.

Un sector de la doctrina asegura que la obligación de seguridad no se genera en la órbita contractual, sino que es una simple consecuencia de aplicar el genérico deber de no dañar a nadie (*alterum non laedere*). El contrato constituiría sólo la ocasión del daño, pero el deber de no dañar tiene vida propia fuera de él.

Entonces, la responsabilidad no surgiría del incumplimiento de una obligación implícita de fuente contractual sino de otra general, legal y previa al contrato que proscribe dañar la persona o los bienes de otro sujeto. El incumplimiento de este deber se resolvería en el campo de la responsabilidad aquiliana³.

La gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia reconoce que la obligación de seguridad surge como una derivación del *alterum non laedere* aquiliano, pero sostiene decididamente que su ámbito propio es el contractual y allí es donde adquiere su razón de ser⁴.

³ En este sentido, WAYAR, “El deber de seguridad y la responsabilidad del empleador”, ED del 26/3/1986.

⁴ “Santa Coloma”, 5/8/1986, ED 120-651.

Su fundamento sería la buena fe y su soporte legal el art. 1198 del Código Civil, de donde surge que los contratos obligan también en aquello que las partes verosímelmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión de acuerdo al principio de “buena fe”.

De esta manera, la “buena fe” (buena fe objetiva) se presenta como el elemento fundante de la obligación de seguridad, y así lo admite pacíficamente la jurisprudencia.

Sin embargo, alguna doctrina ha señalado como insuficiente recurrir a principio tan amplio.

Como respuesta, y en la línea que sostiene a la buena fe como piedra angular del instituto estudiado, se ha afirmado que explica mejor la cláusula de seguridad la necesidad de proteger la confianza de los contratantes. Confianza de que no sufrirá daño alguno durante el desarrollo del programa contenido en el contrato. Ésta sería la cristalización de la buena fe en el caso concreto⁵.

Este argumento muestra su atractivo mayor cuando se asigna un valor económico a la “confianza”. La carencia de ella, desde un punto de vista económico, generaría costos adicionales de precaución (básicamente adquirir información relativa a la actividad a desarrollarse en virtud del contrato). La confianza ahorra gastos.

De este modo, la relación entre las variables será directamente proporcional: a mayores costos de prevención, mayor será la necesidad de obtener confianza.

Entonces a quien le sea menos costoso prevenir debería asumir en su patrimonio el riesgo de un posible daño derivado de la ejecución del contrato.

2. Naturaleza de la obligación de seguridad, ¿accesoria o principal?

Generalmente se predica de la obligación de seguridad que su naturaleza es la de una obligación accesoria a la obligación principal⁶.

Esta afirmación, casi intuitiva, pretende ilustrar la idea de una obligación (la accesoria) que no hace a la configuración del contrato, a su tipificación, y por ello que se halla subordinada a la obligación principal. Sin embargo, en esta premisa no existe intención de proponer una escala

⁵ VERGARA, Leandro, “La obligación de seguridad: el fundamento del deber de reparar basado en el principio de la protección de la confianza”, JA 1995-II-942.

⁶ En este sentido, Bueres, Bustamante Alsina, Mayo, Mosset Iturraspe, Lorenzetti.

valorativa entre las prestaciones debidas. Esta posición no quiere decir que la obligación principal sea más importante que la obligación accesoria⁷.

Frente a esta tesitura se erige una contraria, que sostiene, haciendo hincapié en la importancia de los bienes tutelados por la obligación de seguridad (vida, salud, integridad corporal, entre otros), que ésta es tan principal como la obligación que define el contrato⁸.

Esta perspectiva supone que la noción de accesoriadad importa la idea de una jerarquización axiológica entre las prestaciones objeto de las obligaciones, pero además, se opone a una singular consecuencia práctica: el cumplimiento de la obligación principal no siempre trae aparejado el cumplimiento de la obligación de seguridad, a ella no le es aplicable la máxima contenida en el art. 525 del Código Civil de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Una tercera alternativa ofrece la doctrina que sostiene que la de seguridad es una obligación secundaria aunque autónoma. Con ello se intenta dar solución a los problemas que surgen de las dos teorías anteriores⁹.

Esta explicación reemplaza el binomio "principal-accesoria" por el semánticamente más correcto "primaria-secundaria".

Es secundaria y no primaria porque no hace a la tipificación del contrato, no define su génesis ni determina su funcionalidad.

Se hallaría en un segundo plano, pero no porque sea más importante cumplir con el objeto del contrato que con la máxima de no dañar, sino porque no hace a la caracterización del contrato particularmente considerado.

Se trata de un deber anexo pero no subordinado (aun en el supuesto poco probable de que se pacte expresamente en el contrato).

Es autónoma porque funciona con independencia del cumplimiento de la obligación primaria. Es decir, no se trata de una obligación accesoria al estilo del art. 525 del Código Civil, que se nos aparece como encadenada a la suerte de la obligación principal, sino que tiene un fin en sí misma.

Puede perfectamente, cumplirse con la obligación primaria y no darse satisfacción a la obligación de indemnidad¹⁰.

Si no, piénsese en la responsabilidad por productos elaborados, donde se cumple la obligación entregando el producto que hace al contrato de

⁷ ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, Hammurabi, p. 393.

⁸ En este sentido, Stiglitz, Vázquez Ferreira.

⁹ En este sentido, BURGOS, "La obligación de seguridad", JA 1995-I-994; AGOGLIA - MEZA - BORAGINA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, buenos Aires, 1994.

¹⁰ Ver voto del juez Roncoroni (considerando III) en Sup. Corte Bs. As., 14/4/2004, "Fernández, Fernando v. Roll SRL y otro", LNBA 2005-0-25.

compraventa (ej.: un automotor), pero luego se produce al *accipiens* un daño por un vicio de fabricación.

En fin, como bien se ha resaltado, estamos en parte ante un problema de palabras (secundario o accesorio) donde lo realmente significativo es resaltar el carácter autónomo de la obligación de seguridad.

3. Factor de atribución (objetivo o subjetivo)

Tal vez éste sea uno de los puntos más álgidos, debido, obviamente, a las consecuencias patrimoniales que conlleva.

La doctrina predominante plantea la controversia a través de la ya clásica clasificación de Demogue de las obligaciones según que el acreedor comprometa un resultado concreto o sólo se obligue a desplegar todos los recursos para conseguirlo (obligaciones de medios y de resultado).

Sin embargo, pareciera más conveniente referirse a la aplicación de un factor objetivo o subjetivo de atribución ya que utilizar la clasificación del autor francés trae aparejado como inconveniente trasladar a nuestra exposición los debates propios acerca de sus contornos. Eso sumaría a los problemas doctrinarios que nos presenta el instituto bajo estudio, los que plantea la clasificación de las obligaciones propuesta por Demogue.

Así, hay quienes hablan de obligaciones de medios y de resultados, y luego diferencian estas últimas, según la intensidad del fin prometido y las circunstancias de hecho, en atenuadas y normales, y demás variantes, tratando de adaptar el distingo a la plataforma fáctica que les sirve de partida, además de la confusión que puede plantear con el contenido de la obligación primaria.

Por eso creo que es preferible, en honor a la claridad expositiva, referirse aquí a factor de atribución objetivo o subjetivo.

Generalmente el analista jurídico pone el acento en las consecuencias derivadas del uso de uno u otro factor de atribución. Esto es, a los efectos que conllevan a la hora de atribuir responsabilidades (el cómo), pero resulta de mayor interés indagar en las causas por las que es “conveniente” el uso de alguno de ellos (el por qué).

Primero me concentraré en este punto para luego dedicarme al análisis de las soluciones propuestas en el caso bajo estudio.

La opción por una u otra solución incidirá muy probablemente en la prevención de los daños.

Según el “Análisis Económico del Derecho”¹¹, la conducta del potencial dañador (en este caso el deudor) no será igual si sabe que ante la

¹¹ Ver ACCIARRI, Hugo, “Los criterios de eficiencia...”, cit., ps. 26 a 42.

producción del perjuicio responderá, o si, al contrario, sabe que no sufrirá consecuencias.

De este modo, las reglas de responsabilidad actúan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas actividades.

Esta particular visión de lo jurídico adopta la “eficiencia” como objetivo (eficiencia en la asignación de los recursos limitados).

Entonces, el factor de atribución utilizado incidirá sobre el nivel de precaución que adopten los contratantes (ej.: un transportista).

Con responsabilidad por culpa el acreedor responderá sólo si el nivel de precaución adoptado es menor a un estándar preestablecido (*due care*).

Entonces el acreedor invertirá en precaución sólo hasta el punto en que quede satisfecho ese estándar, porque aumentar ese costo no le generará beneficio.

Sólo tendremos una solución eficiente si el estándar preestablecido (*due care*) coincide con el nivel socialmente óptimo.

Pero si elegimos la responsabilidad objetiva, el acreedor que produzca un daño (jamás se podrá prescindir del adecuado nexo causal) debe responder siempre.

Entonces, tiene incentivo para que su nivel de precaución coincida con el nivel socialmente óptimo.

Invertirá en prevención hasta el punto en que con un nivel constante de actividad, no disminuya la probabilidad de daños.

Desde un punto de vista más “tradicional”, Matilde Zavala de González propone una serie de razones que avalan la adopción de un factor objetivo de atribución¹²:

— El objetivo buscado por los interesados puede no ser intrínsecamente peligroso, pero se inserta en un contexto fáctico donde es frecuente la producción de daños.

— El responsable tiene poder y control sobre la actividad mientras que las eventuales víctimas se encuentran inermes y no pueden adoptar precauciones; o sea, aquél es fuerte para prevenir el daño y éstas son débiles ante el problema lesivo y sus consecuencias. Dicho sujeto suele ser el que se encuentra en mejores condiciones para contratar un seguro a fin de cubrir las contingencias riesgosas.

— Finalmente, con frecuencia hay incumplimiento a deberes de seguridad por el responsable o por las personas bajo su control, pero es imposible o dificultoso acreditarlo.

A ellos se puede sumar, como motivo favorable a la objetivación de la responsabilidad el hecho de que quien explota una actividad y se aprove-

¹² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, t. IV, cit., p. 392.

cha de sus beneficios debe responder de los riesgos que con ella introduce en la sociedad en general y a sus cocontratantes en particular.

Es decir, quien explota una actividad determinada debe prever entre sus posibles riesgos empresarios el de responder por los daños ocasionados (se trata de una aplicación de la teoría del riesgo provecho).

Entonces:

Un sector de la doctrina afirma que si en la ejecución de un contrato el acreedor produce un perjuicio en la persona o bienes del deudor se genera un presunción de adecuación causal y sólo podrá eximirse si acredita que el nexo causal se ha roto (hecho de la víctima, de un tercero o caso fortuito) siendo indiferente la alegación y prueba de su actuar diligente y apegado a todas las reglas de conducta que se le ocurran¹³.

Esto es, la objetivación de la responsabilidad que parte de la doctrina identifica con el compromiso de un resultado (no te dañaré, pero si te daño responderé).

En el fallo "N., M. L. v. Diquesur" del 9 de diciembre de 2004, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H¹⁴, ha dicho: "El factor de atribución es objetivo y surge de la previsión que dispone el art. 1198, párr. 1, Código Civil, del cual nace un nivel de seguridad accesorio destinado a preservar la integridad de las personas que son parte en el negocio jurídico. Por ende, correspondía a la demandada acercar la prueba conducente a los fines de exonerarse de su deber de reparar el daño ocasionado, acreditando que éste acaeció por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero por quien no debe responder, o bien por el *casus* genérico legislado en los arts. 523 y 524 del CCiv."

Por otro lado, se ubica la doctrina (quizás hoy superada) que propone la aplicación de un factor subjetivo identificado con la "culpa". El acreedor sólo responderá si no acredita que desplegó toda la actividad diligente a la que estaba obligado (siempre que se presuma su culpa, y por ende se invierta la carga probatoria) y obviamente tampoco responderá si demuestra que no hay causalidad adecuada entre su actuar y el daño.

Éste es el concepto que sostienen quienes dicen que la de seguridad es una obligación de medios (haré todo lo posible para no dañarte, pero si aún así te daño, no responderé).

Éstas podrían denominarse posiciones absolutas y alojadas en los extremos, pero también tenemos construcciones que distinguen según la índole de la actividad en que consista la obligación primaria.

¹³ Conf. Stiglitz, Zannoni, Kemelmajer de Carlucci, Meza, Agoglia y Boragina.

¹⁴ Publicado en JA 2003-II, fascículo 10.

De este modo, se procede a un análisis casuístico y se evita la construcción de una solución única para todos los casos.

La fórmula podría definirse de la siguiente forma: la regla será la aplicación de responsabilidad objetiva. Sólo se aplicará un factor subjetivo de atribución cuando la seguridad del deudor sea demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor¹⁵.

Ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, en fallo del 16/8/2001 en los autos “Farhi, Alejandro V. v. Fortin Maure SA y otro”¹⁶: “dicha obligación no es de resultado, sino de medios. Es que, la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes —en el caso, del espectador— es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor —el empresario organizador—, por lo que el factor de atribución será subjetivo”.

Lo cierto es que en todos los subsistemas de responsabilidad donde se ha consagrado legalmente la obligación de seguridad se ha establecido una responsabilidad objetiva, a saber: responsabilidad por productos elaborados y servicios (ley 24.240), por espectáculos deportivos (ley 23.184), por transporte ferroviario (art. 184, CCom.), de los establecimientos educativos (art. 1117, CCiv.), del posadero (art. 1118, CCiv.).

Quizás el único subsistema donde ha sido establecido un factor de atribución subjetivo sea en la responsabilidad del transportador aéreo por los daños a las personas y equipajes que en el art. 142 del Código Aeronáutico, y a contramano de la tendencia internacional, regula una responsabilidad fundada en la culpa y con topes indemnizatorios.

4. ¿Existe en todos los contratos o sólo en algunos?

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostienen que la obligación de seguridad está tácitamente inserta sólo en algunos contratos que por sus características particulares presentan una considerable probabilidad de producir daños al acreedor al momento de su ejecución, por lo que la obligación primaria tendría un nexo importante con la indemnidad de los contratantes. Así ocurre con los contratos médicos, contrato de transporte, contrato de enseñanza, contrato de espectáculos públicos y/o deportivos, contrato de juegos de feria.

Una posición minoritaria afirma que la obligación de seguridad se encuentra implícita en todos los contratos, con independencia de sus particularidades, y no sólo en aquellos que presenten un riesgo serio en la inte-

¹⁵ Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, “Las obligaciones de seguridad”, JA 1987-IV-952.

¹⁶ Publicado en JA 2002-I-580.

gritud de los contratantes. Es la posición defendida por Agoglia, Boragina y Meza¹⁷, que dicen que en el último supuesto se estaría incorporando el factor riesgo creado en la órbita contractual y se estaría prescindiendo de la garantía de indemnidad.

Continúan diciendo los autores que de darse una infracción de los ámbitos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), el instituto conservaría su utilidad siempre que se entienda que la obligación tácita de seguridad existe en todos los contratos, ya que sólo se aplicará en los contratos que impliquen actividad no riesgosa, porque en los que importen actividad riesgosa, se aplicaría el factor riesgo.

III. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. SOLUCIONES DE LA JURISPRUDENCIA

Quisiera ahora puntualizar en un contrato específico: el contrato innominado de espectáculo público. A este respecto, la doctrina y jurisprudencia es conteste en sostener que éste es uno de los campos de aplicación más frecuentes de la obligación (tácita) de seguridad.

En realidad, ésta es una expresión genérica que pretende abarcar una serie de prestaciones específicas (cinematógrafo, discotecas y salones de baile, recitales, pub), en las que el común denominador es el compromiso que asume el organizador/explotador de brindar un servicio de entretenimiento, diversión y distracción a cambio de un precio que abona el espectador. (Dejo intencionadamente fuera de la exposición al espectáculo deportivo por contar con regulación legal propia).

En las distintas actividades que pueden constituir el objeto de este contrato, existe un grado variable de probabilidades de que se produzcan daños al acreedor en la ejecución del contrato y aun después de ella. Por ello, y repitiendo lo antes mencionado, la doctrina y jurisprudencia han puesto especial atención en él.

La evolución jurisprudencial ha ido desde la evaluación de la diligencia del organizador en la prestación de sus obligaciones hasta la aplicación de una estricta responsabilidad objetiva.

Sin embargo, lo que resulta llamativo en estos casos (particularmente en el de locales donde el público concurre tumultuosamente, como discotecas o recitales) es que es muy común que el daño provenga de otro asistente/espectador que no tiene relación de dependencia con el organizador, y la pregunta surge patente: ¿en este caso se configura la eximente conocida

¹⁷ AGOGLIA - MEZA - BORAGINA, *Responsabilidad por incumplimiento...*, cit.

como “hecho de tercero”? A priori pareciera que sí, pero un análisis más detenido y apoyado en las características de estas empresas provocan, por lo menos, serias dudas.

En el caso “Garriz, Carlos A. v. Responsable de Terremoto”, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, de fecha 27/3/2001¹⁸, el actor, encontrándose dentro del local explotado bajo el nombre “Terremoto Bailable”, recibió un botellazo en la cara, sin haberse podido identificar al autor del hecho. A raíz del suceso padeció diversas lesiones. El tribunal dijo: “Así, pues, los empresarios o promotores de espectáculos están obligados por un deber legal de garantía o seguridad respecto de la indemnidad de los espectadores mientras asisten y permanecen en el lugar, antes, durante y hasta después de la finalización del evento. Ello configura en circunstancias como las de autos una obligación de resultado, que imponen al organizador una responsabilidad objetiva, la cual sólo puede excusarse, como dije, por la prueba de la *culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero o por un caso fortuito*. Ninguna de estas eximentes ha sido alegada por la demandada al expresar agravios, por lo cual la primera sentencia debe ser confirmada en este punto”.

En este decisorio, como puede apreciarse, el tribunal se inclinó por la existencia de una obligación de resultado en cabeza del organizador enderezada a preservar la indemnidad de los espectadores. Sin embargo, aquí se menciona como posible eximente el hecho de un tercero por quien no se deba responder. Lamentablemente, la cuestión se resolvió a partir de la carga probatoria omitida por el demandado.

Otro fallo jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 14/4/2004¹⁹, trata una plataforma fáctica parecida, pero se destaca por lo prodigioso de sus fundamentos, en especial, la delimitación de las eximentes y el fundamento de la aplicación de responsabilidad objetiva.

En este caso, el actor concurre a la discoteca “Soul Train”, explotada comercialmente por “Roll SRL”, donde fue agredido por una persona desconocida que huyó luego de golpearlo violentamente en su ojo izquierdo, produciendo posteriormente su pérdida total. Con respecto a la cuestión de las eximentes aplicables, el Tribunal dijo: “Es prudente advertir que cuando hablamos del hecho de un tercero como caso fortuito y con aptitud para exonerar de responsabilidad al titular de la discoteca por el incumplimiento objetivo de su obligación de seguridad, nos estamos refiriendo al hecho de un tercero que es extraño, exterior o queda fuera de la actividad o marco de

¹⁸ Publicado en JA 2001-III-536

¹⁹ “Fernández, Fernando v. Roll SRL y otro”, LNBA 2005-0-25.

control del empresario. Difícilmente, o casi nunca —salvo excepciones, y si queremos ser coherentes con nuestro pensamiento esbozado en el considerando anterior—, pueda predicarse esto del hecho de un cliente que participa de la reunión, baile o ‘movida’ que hace al núcleo de la explotación comercial de la empresa y al proyecto prestacional que ella brinda, dentro de cuyo elenco precisamente se encuentra el deber de seguridad tendiente a prevenir y evitar los daños y perjuicios que, entre otras fuentes, puedan surgir (de modo previsible y naturaleza evitable) de los clientes que participen de ello”.

Aquí la solución correcta se ve nitidamente: la eximente no se refiere a cualquier hecho de terceros, sino a aquellos que son totalmente ajenos al plan prestacional que contiene el contrato. Así, la existencia de otros espectadores (posibles agentes dañadores) son parte del entorno del contrato y por ello mismo pierden el carácter de extraneidad del que nos da una idea la eximente “hecho de un tercero”. Se trataría, en todo caso, de un particular tercero, no subordinado al organizador por el cual sí debe responder.

Sin embargo, a continuación se delimita la faz negativa de esta cuestión, dándole su justo alcance: “Desde ya que no todo y cualquier acto u omisión de estos clientes ha de escapar a la tipificación del caso fortuito o fuerza mayor e impediría trasladar al mismo como ‘tercero’ la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se deriven del incumplimiento objetivo de su obligación de seguridad por la empresa demandada. Tal como lo damos a entender en el párrafo precedente, si esos hechos fueran inevitables, o, aunque susceptibles de prever por el personal contratado a tales fines, les resultara a éstos imposible de evitar en el caso concreto (porque para ello se requeriría de los mismos una diligencia, esmero, previsión y poder anticipatorio que superan, incluso, a lo que es dable exigir o esperar de gente de su profesión), configurarían el caso fortuito a que se refiere el art. 514, CCiv. y tendría virtualidad exonerativa de responsabilidad de la empresa”.

En suma, pareciera que en este especial contrato el hecho de tercero como eximente tiene reducida aplicación y sólo sería útil a los efectos de evitar la responsabilidad cuando toma las notas de un caso fortuito.

Creo que esto es un paso adelante hacia la definición del carácter objetivo estricto de la responsabilidad del organizador de espectáculo público.

Muy vinculado con estas reflexiones se halla lo relativo a las características de la empresa de entretenimientos y esparcimientos.

En el voto del Dr. Roncoroni encontramos una excelente descripción de cómo funciona este negocio y una no menos buena razón para imponer un régimen de responsabilidad objetiva en cabeza del organizador, anclada no ya en la tradicional obligación de seguridad sino en el riesgo provecho.

Dice éste: “Estos clientes, al ser coprotagonistas o actores masivos de esa actividadailable o ‘movida’, dan el verdadero sustrato material de la propia actividad económica dinámica de la empresa y quedan sujetos de una manera muy íntima e inmediata a los riesgos que genera la misma. Es que ésta no sólo toma de ellos la ganancia que genera el cobro del precio con que ofrece su ‘servicio’ de discoteca, confiteríaailable o salón de baile con suministro de bebidas y ciertos comestibles. Además, se alimenta de la masiva concurrencia y ‘movida’ de todos ellos, pues es esto mismo y no otra cosa —la ‘movida’— el verdadero servicio o producto que ella pone en el mercado para de ello obtener su lucro. El local, el mobiliario, recepcionistas, personal de atención, mozos, barmen, disc jockeys, personal de seguridad, bebidas, comestibles y demás elementos materiales no son más que el perfil estático de la empresa, en tanto organización de capital, bienes y trabajo destinada a brindar el servicio de confiteríaailable, discoteca o sala de baile. Pero la actividad dinámica de la empresa, el servicio pleno y total que ella misma presta y ‘vende’, necesita e incorpora como coprotagonistas inconscientes de ese mismo servicio a quienes lo reciben: los centenares de jóvenes que masiva y tumultuosamente por las noches (generalmente de los fines de semanas o previas a un día feriado) compran su entrada para ingresar al local y disfrutar en él de la ‘movida’ que ellos mismos, masivamente, contribuyen a generar, juntamente con los riesgos que se desprenden de ella.

”Desde esta mirada, en que los propios clientes, al mismo tiempo que consumen masivamente el producto que la empresa les vende, ‘coparticipan’ también en su gestación sin recibir específico provecho o contraprestación por tal coparticipación, lo menos que puede y debe exigirse de la empresa es que asuma el costo de la prevención de los riesgos y de la reparación de los daños previsibles que tal actividad provechosa para ella genera a sus clientes (incluso, sería de desear que el legislador imponga un seguro forzoso de responsabilidad civil por estos riesgos)”.

En dos párrafos el juez votante da un giro acerca del fundamento de la responsabilidad del organizador, esto es, ¿por qué debe responder? Pasa de la obligación accesoria de indemnidad a la doctrina del riesgo-provecho, es decir, que el organizador responde porque obtiene un provecho económico de una empresa suya que introduce riesgos en la comunidad. Lo importante es que, más allá de la discusión relativa a las obligaciones de medios y de resultado, la responsabilidad objetiva en este campo se afianza con esta interpretación.

Otro gran acierto de este voto es la calificación de los espectadores asistentes como consumidores de un producto que la empresa les vende y el encuadre de la actividad del organizador como un servicio. Sobre esta cuestión me explayaré a continuación.

IV. ESPECTÁCULO PÚBLICO Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Sin embargo, la amplitud de situaciones dañosas posibles y un no tan exhaustivo repaso por la jurisprudencia nos muestran a las claras que, a pesar del predominio de una línea argumental en las soluciones, las dudas y los “idas y vueltas” existen.

Encontramos situaciones en que los jueces son reticentes a consagrar una estricta responsabilidad objetiva y para negarla apelan al recurso de distinguir lo aleatorio de la seguridad de los contratantes.

Lógicamente, mucho más difícil es para el empresario, ubicado *ex ante*, definir cómo responderá, con qué alcances y en qué situaciones. Esto incidirá en el cálculo de sus costos (ej.: lo que gastará en prevenir) y en el tenor de sus decisiones (ej.: si trasladará sus costos al precio o no), y por qué no en las decisiones de los espectadores. Aquí es donde el derecho debe presentarse como fuente de certezas, de seguridades, de respuestas concretas.

Una respuesta rápida propondría la creación de un instrumento legal que inevitablemente contribuirá a acentuar la inflación normativa. Pero a poco que se reflexiona en ello, encontramos entre las herramientas disponibles una que se muestra como muy adecuada. Me refiero a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuarios (de aquí en más LDC).

En los distintos sectores de actividad económica en que se brinda un servicio, va ganando terreno la doctrina que afirma que entre prestador y usuario siempre se da una relación de consumo. Ciertamente, asistimos a un auspicioso proceso de consolidación de la fuerza expansiva de la LDC, a la que especialmente la jurisprudencia acude para sustentar sus soluciones.

Se trata de establecer una relación de consumo entre el empresario organizador y el espectador/usuario.

Para ello es necesario esclarecer dos cuestiones:

1. Qué tan amplio es el concepto de servicio en la LDC.
2. Si la prestación a cargo del organizador del espectáculo se trata de un servicio, de acuerdo a la LDC.

1. La ley 24.240 en su art. 1º prescribe que “...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: ... b) La prestación de servicios”.

Como puede apreciarse, la ley no restringe el alcance del concepto, sino que se refiere sin más a “servicio”.

Quizás esta aclaración resulte ociosa, pero creo que su interés radica en diferenciar claramente el servicio sin más, del servicio público, que es el que ha despertado en mayor medida la curiosidad de los juristas. De hecho, existe abundante literatura jurídica relativa al encuadre del servicio público en la LDC.

La LDC cobija en su seno un concepto amplísimo. En un análisis exegetico de la LDC, el Dr. Farina ha dicho que “el concepto de ‘prestación de servicios’ en esta ley es más amplio que de contrato de locación de servicios que regula el Código Civil, pues comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa sino el uso y goce de una cosa...” y luego “debemos poner mucho énfasis en esto, pues de otro modo quedarían fuera de esta ley una larga serie de relaciones contractuales de vigencia permanente en todos los ámbitos de la vida diaria”²⁰.

2. Corresponde ahora dilucidar si el contrato innominado de espectáculo público contiene, entre las obligaciones que constituyen su objeto, alguna prestación de servicios.

¿A qué se obliga el organizador? Se obliga a brindar un entretenimiento, un lugar de distracción y esparcimiento para el espectador o asistente. Y esto consiste en, por ejemplo, poner a su disposición una pista de baile, reproducir música acorde con la situación, ofrecer bebidas y comidas, etc.

Realizando una interpretación a contrario, caemos en la cuenta de que no se trata de una venta, tampoco de la locación de una cosa. No puede ser otra cosa que la prestación de un servicio de entretenimiento brindado por el organizador para ser disfrutado, a cambio de un precio, por quienes asistan, respondiendo a la oferta realizada.

Como dice Farina²¹, cuando la ley se ocupa de los prestadores de servicios “se refiere a los organizadores en forma de empresa, sea que los servicios los presten sus propios integrantes, personal dependiente o terceros. El concepto de prestación de servicios es amplísimo para la ley, pues abarca todo supuesto en que el objeto del contrato no consista en vender o en dar en locación a una cosa; aunque aun en estos casos el servicio puede ser objeto principal o accesorio del contrato”. Y termina definiendo: “En consecuencia, se hallan incluidos los espectáculos públicos, etc.”.

Por otro lado, en el voto del Dr. Roncoroni antes citado, éste no dudó en caracterizar a este contrato como un servicio prestado por el organizador de espectáculos, en los siguientes términos: “Estos clientes, al ser protagonistas o actores masivos de esa actividadailable o ‘movida’, dan

²⁰ FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

²¹ FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor...*, cit.

el verdadero sustrato material de la propia actividad económica dinámica de la empresa y quedan sujetos de una manera muy íntima e inmediata a los riesgos que genera la misma. Es que ésta no sólo toma de ellos la ganancia que genera el cobro del precio con que ofrece su '*servicio*' de *discoteca, confitería bailable o salón de baile con suministro de bebidas y ciertos comestibles*. Además, se alimenta de la masiva concurrencia y '*movida*' de todos ellos, pues es esto mismo y no otra cosa —la '*movida*'— el verdadero servicio o producto que ella pone en el mercado para de ello obtener su lucro".

Desde esta óptica, no caben dudas de que el contrato innominado de espectáculo público es perfectamente encuadrable en la noción de servicio contenida en el articulado de la LDC.

V. CONSECUENCIAS DE ENCUADRAR ESTE CONTRATO COMO UNA RELACIÓN DE CONSUMO

Esta conclusión trae una serie de ventajas para el usuario del servicio, más teniendo en cuenta que la Constitución Nacional ha elevado los derechos del consumidor a rango constitucional.

A partir de esta interpretación, se robustece la existencia de la obligación de seguridad que pesa sobre los organizadores de espectáculos, dando contornos definidos al riesgo empresario y a los derechos de los usuarios.

Al tratarse de una relación de consumo, la obligación de seguridad se halla incorporada a su contenido en virtud del art. 5º de la ley 24.240, prescindiendo de recurrir al art. 1198 del Código Civil.

Además, se define con límites precisos el carácter de su responsabilidad. Consecuencia necesaria de entender comprendido este contrato en la normativa de la LDC es la aplicación del art. 40 de dicha ley, que en su parte pertinente prescribe: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la *prestación del servicio* responderá el productor, el fabricante, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. (...) Sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena".

Además de estas ventajas, podemos mencionar las siguientes:

- Gana terreno en el asunto una visión preventiva.
- Se potencia el deber de información.
- En caso de duda se debe estar siempre a la interpretación más favorable al consumidor (conf. art. 3º, ley 24.240).
- Garantiza un acceso a los remedios constitucionales (amparo, recursos extraordinarios, etc.).

VI. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia ha desarrollado un concepto de obligación de seguridad en los contratos de espectáculos públicos donde prevalece la aplicación de un factor objetivo de atribución con matices que hacen a sus caracteres particulares. Sin embargo, es necesario llevar más certeza al instituto en un contrato tan amplio. Por todo lo expuesto, considero que la herramienta más apropiada para lograr este noble objetivo es la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) a este contrato, teniendo en cuenta su caracterización como relación de consumo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, Hugo, "Los criterios de eficiencia como fundamento para la reforma del derecho privado en Latinoamérica", publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, año III, nro. 1, enero-febrero de 2001.
- AGOLIA - MEZA - BORAGINA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- BURGOS, "La obligación de seguridad", JA 1995-I-994.
- FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*.
- VERGARA, Leandro, "La obligación de seguridad: el fundamento del deber de reparar basado en el principio de la protección de la confianza", JA 1995-II-942.
- WAYAR, "El deber de seguridad y la responsabilidad del empleador", ED del 26/3/1986.
- ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, t. IV, Hammurabi, Buenos Aires, p. 393.