

Voces: RESPONSABILIDAD DEL LOCADOR ~ LOCACION DE INMUEBLE ~ CENTRO COMERCIAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ OBLIGACION DE SEGURIDAD ~ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ~ FACTOR DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD ~ RESPONSABILIDAD SUBJETIVA ~ RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE ~ INDEMNIZACION ~ MENOR ~ COMPRAVENTA

Título: Responsabilidad de los locadores de inmuebles situados en shopping centers

Autor: Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 18/03/2008, 18/03/2008, 5 - LA LEY2008-B, 290

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L \(CNCiv\)\(SalaL\) ~ 2007-06-13 ~ Osorio, Marcela B. c. Alto Palermo S.A.](#)

Cita Online: AR/DOC/637/2008

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. Los hechos. - III. Análisis de los fundamentos del fallo. - IV. Conclusión.

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es comentar el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, en los autos "Osorio Marcela B. c. Alto Palermo S.A."⁽¹⁾, en el que se analizan interesantes cuestiones relacionadas con la siempre apasionante materia de la responsabilidad y sus diferentes aristas.

Se trata de un caso en el que un menor de edad (seis años) sufrió ciertos daños al accidentarse en un local de juegos infantiles ubicado en un shopping center, lo que dio lugar a que la madre del lesionado iniciara acciones legales en contra de Management Company S.A. ("SACOA") —en su carácter de explotadora del local de juegos infantiles— y de Alto Palermo S.A., en su carácter de titular del dominio del inmueble alquilado a SACOA.

En sendos fallos, el Juez de Primera Instancia y la Cámara citada condenaron a los demandados a indemnizar los daños ocasionados al menor, invocando fundamentos que a nuestro juicio merecen ser analizados con detenimiento y espíritu crítico, tarea a la que nos abocaremos a continuación.

II. Los hechos

De manera previa a adentrarnos en el análisis de los distintos argumentos jurídicos esgrimidos por las partes involucradas en el proceso y por la autoridad judicial en ambas instancias, resulta menester repasar sucintamente los hechos que dieron lugar a la contienda judicial.

El menor de edad concurrió a una fiesta de cumpleaños celebrada en el local de SACOA ubicado en el Shopping Mall Avellaneda, ocasión en la que sufrió un accidente al caer al vacío generado por la estructura del juego denominado "samba". Aparentemente el menor no participaba del juego ya que su altura no se lo permitía, pero sufrió daños al caer en el hueco provocado por la estructura de aquél. La madre se encontraba presente en dicho momento, aunque alegó que su hijo estaba en ese entonces bajo el cuidado y supervisión de las coordinadoras de SACOA.

Tal como surge de la lectura del fallo de Cámara, de la prueba producida en autos se desprende que efectivamente el menor no participaba del juego, y que si bien la madre estaba presente en el momento en que tuvo lugar el desgraciado accidente, el niño estaba en ese entonces bajo el cuidado de las coordinadoras de SACOA, quienes habían acompañado a los invitados al festejo desde el punto de encuentro (bowling) hasta la entrada del juego cuya estructura provocó los daños en cuestión.

Las demandadas y sus respectivas compañías de seguro pretendieron rechazar la imputación de responsabilidad con diferentes argumentos, a saber:

Las aseguradoras citadas en garantía sostuvieron que el niño no era uno de los participantes del juego "samba" y que al estar su madre presente al momento del accidente, cabía responsabilizar a esta última con fundamento en su omisión de los deberes de cuidado y vigilancia. Por su parte, la dueña del inmueble en el que funcionaban los juegos (Alto Palermo S.A.) invocó la falta de legitimación pasiva, fundando su falta de aptitud procesal para ser demandada en el hecho de que el local estuviera alquilado a favor de SACOA, y en las cláusulas limitativas de responsabilidad incorporadas al contrato de locación conforme a las cuales la responsabilidad por la explotación del inmueble recaía exclusivamente sobre el locatario, quedando liberado el locador.

La Cámara desecha la defensa intentada por las aseguradoras citadas en garantía, sosteniendo que la mera presencia de la madre no basta para eximir de responsabilidad a SACOA, ya que las coordinadoras contratadas por esta última habrían omitido cumplir adecuadamente con el deber de seguridad implícito en el servicio brindado a los clientes. En relación con la imputación efectuada a Alto Palermo S.A., la Cámara sostuvo que esta última era también responsable por los daños y perjuicios dado que los centros de comercialización y consumo de bienes y servicios son redes organizativas creadas y administradas por el propietario del emprendimiento y no obstante las reiteradas cláusulas limitativas de responsabilidad, la obligación de seguridad pesa también sobre el emprendedor.

III. Análisis de los fundamentos del fallo

A nuestro criterio, la primera crítica que se puede efectuar al fallo es que del mismo no pueden distinguirse con certeza cuáles son los fundamentos conforme a los cuales se condena a cada una de las demandadas, lo que como contrapartida dificulta el análisis de si se configuran o no las causales de eximición respecto de las mismas. Al no estar nítidamente categorizado el fundamento de la responsabilidad, resulta dificultoso ponderar si se configuran o no las causales de eximición que liberen de responsabilidad a las demandadas. A continuación analizaremos de manera separada la responsabilidad endilgada a cada uno de los enjuiciados.

(i) La responsabilidad de SACOA

De la lectura atenta del fallo se desprende que la responsabilidad de SACOA emana del incumplimiento de la obligación de seguridad, ínsita a la actividad de explotación del local destinado a la diversión infantil y sustentada en el artículo 1198 del Código Civil (2). En este sentido, podría deducirse que la responsabilidad de SACOA es de naturaleza subjetiva y de origen contractual, dado que lo que se le imputa es haber infringido —por culpa o negligencia, ya que en principio cabe descartar el dolo— el deber de seguridad que sobre ella pesaba como explotadora del local de juegos. Otra interpretación posible podría sostener que el incumplimiento al deber de seguridad se configura de manera objetiva, por detentar SACOA la tenencia de la cosa dañosa, en cuyo caso la responsabilidad sería la del dueño o guardián prevista por el artículo 1113 del Código Civil (3), quien sólo podría desligarse de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o que la cosa fue utilizada en contra de su voluntad expresa o presunta. El fallo no se expide sobre esta cuestión, lo que trae no pocos inconvenientes, sobre todo en lo atinente a la carga probatoria y al análisis de las causales de eximición. Huelga aclarar que no es lo mismo sostener que la responsabilidad de SACOA es de índole subjetiva, que afirmar que la misma reviste naturaleza objetiva, ya que los factores de imputación de responsabilidad y las causales de liberación funcionarán de manera completamente diferente en uno u otro caso. En el supuesto de que la responsabilidad de SACOA fuere subjetiva, el damnificado debería demostrar la conducta culposa del demandado (por acción u omisión), mientras que en el plano objetivo bastaría con acreditar que la cosa dañosa se encontraba bajo la guarda de SACOA, siendo indiferente la presencia o no de culpa o dolo.

La sentencia omite también aclarar si la imputación de responsabilidad a SACOA se funda en la culpa o negligencia de su staff de coordinadoras (en su carácter de dependientes), lo que comprometería la responsabilidad de su empleador (principal) en los términos del primer párrafo del artículo 1113 del Código Civil.

Tampoco el fallo define de manera contundente si la responsabilidad de SACOA se sitúa en la órbita contractual (ésta parecería ser la solución debido a que se alega el incumplimiento de la obligación de seguridad implícita en la obligación principal y en el artículo 1198 del Código Civil) o extracontractual ni si el factor de atribución es la culpa o el dolo. La falta de clarificación de estas cuestiones no es criticada con ánimo de efectuar una disquisición intelectual superflua, sino que la misma tiene una incidencia fundamental en aspectos tan importantes como los arriba mencionados y en otros campos tales como la extensión de la responsabilidad (arts. 520 y 521 del Código Civil), y la procedencia o no de las acciones de repetición entre los condenados solidariamente (artículo 1082 del Código Civil).

Pese a la falta de precisiones que caracteriza a la sentencia bajo análisis, en lo que atañe a la responsabilidad de SACOA no podemos sino compartir el criterio de la Cámara, ya que resulta indiscutible que quien brinda un servicio de diversión infantil está obligado a velar por la seguridad de todos los participantes de los juegos y/o de las personas que acompañen a estos últimos dentro del local, siendo dicha obligación accesoria a la obligación principal de brindar el servicio para el que se lo contrató.

En este sentido, Lorenzetti sostiene que la obligación de seguridad en estos casos "es una obligación de resultado ya sea que se trate de un juego inocente o de mayor peligro porque en esta materia no se puede hablar de aceptación de riesgos." (4).

Frente a la defensa de que la madre estaba presente al momento de ocasionarse el accidente, la Cámara -en una decisión a nuestro criterio acertada - no duda en sentenciar que la mera presencia de la progenitora no basta para excluir la responsabilidad de SACOA, ya que los niños se encontraban en ese momento bajo supervisión directa de las coordinadoras dependientes de aquélla.

Una cuestión interesante que está siendo arduamente discutida por la doctrina y jurisprudencia actual es la de descifrar si la culpa de la víctima —cuando la misma es un menor inimputable que carece de discernimiento conforme al artículo 921 del Código Civil— reviste entidad suficiente para actuar como eximente de responsabilidad, o si por el contrario al ser el menor inimputable no puede siquiera analizarse su culpabilidad (5).

En el caso bajo análisis el dilema no quedó planteado, ya que la defensa de las compañías de seguros se limitó a sostener que quien habría actuado con culpa es la madre del menor y no directamente este último, por lo que la sentencia se abstuvo de analizar la imputabilidad o culpabilidad del menor de edad.

(ii) La responsabilidad de Alto Palermo S.A.

Habiendo analizado la responsabilidad de SACOA, nos ocuparemos ahora de los argumentos empleados por la Cámara para condenar solidariamente al dueño del inmueble en el que el siniestro tuvo lugar, decisión con la que disentimos, por los motivos que se desarrollarán a continuación.

En primer lugar, si como tangencialmente surge del fallo la responsabilidad de SACOA es de índole contractual, no se advierte cómo la misma puede propagarse a Alto Palermo S.A., quien no es parte del contrato cuya infracción hace nacer el deber de indemnizar. Si la fuente de la obligación de indemnizar es la infracción al contrato celebrado entre SACOA y el menor lesionado, no puede extenderse dicha responsabilidad a quien no es parte de dicho contrato. La extensión de la responsabilidad de origen contractual a quien no participa de dicho contrato implica soslayar los principios contenidos en los artículos 1067 y 1195 in fine del Código Civil, en cuanto respectivamente prevén "que no hay responsabilidad sin culpa" y que "los efectos de los contratos no pueden perjudicar a terceros".

Hubiera sido más defendible la extensión de responsabilidad a Alto Palermo si el fallo hubiera imputado responsabilidad a SACOA como guardián de la cosa dañosa, y a aquél como dueño de esta última. Nada de esto prevé el fallo.

La Cámara sostiene que el dueño del inmueble también es responsable —pese a estar el local alquilado a favor de un tercero— y para arribar a semejante conclusión juzga determinante el hecho de que el contrato de locación haya sido pactado no en base a un canon fijo, sino tomando como parámetro un porcentaje de la facturación del locatario (en este caso un 7% mensual).

En este sentido la Cámara afirma textualmente que: "Al haber convenido en la Cláusula X del —por las partes llamado— "contrato de locación" (ver fs. 67 y 75) como monto de alquiler el 7% de los ingresos brutos mensuales del salón comercial alquilado, entre otras estipulaciones características, se advierte una suerte de asociación o vinculación que hace a ambas indistintamente responsables frente a terceros."

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que las partes hayan voluntariamente pactado que el alquiler consista en un porcentaje determinado de la facturación del locatario no debería tener la virtualidad suficiente para modificar la naturaleza jurídica del contrato subyacente, el que no pierde su carácter esencial de vínculo locativo, aunque se haya sujetado el mismo a ciertas cláusulas particulares.

Es cierto que el texto literal y la nota al artículo 1493 del Código Civil parecen venir en apoyo de la tesis que sostiene la naturaleza asociativa de este tipo de contratos (6), pero en nuestra opinión la participación en un porcentaje de la facturación es básicamente un mecanismo de cálculo y percepción del alquiler emergente de un contrato de locación, que no debería ver alterada su esencia por la mera circunstancia de haberse pactado dicho mecanismo de cobro.

Al comparar el contrato de locación con el de sociedad, el maestro Borda ha sostenido que "Aunque la distinción resulta por regla general tan obvia que es innecesario precisarla, hay un caso en que resulta dudosa la naturaleza del contrato: el locador entrega un inmueble a otra persona no ya por un precio fijo, sino cobrándole un porcentaje de la producción. Nuestro codificador lo consideraba como sociedad (nota al art. 1493), pero en el derecho moderno ha prevalecido la opinión de reputarlo locación y ese es el criterio de nuestra legislación sobre arrendamientos rurales" (7).

En este mismo sentido, el autor citado no duda en sostener que la exigencia de que el precio de la locación sea pagadero en dinero obedece a una idea estrecha y anticuada que no se aviene con la concepción moderna de la locación, en la que basta con que el precio del alquiler sea determinado o determinable en dinero y perfectamente pagadero en especie, postura que estaría respaldada nada menos que por Planiol y Ripert y por Spota (8).

Aun cuando se admitiera que la relación locativa pierde su carácter de tal por el hecho de haberse pactado el alquiler en función de un porcentaje de la facturación (9), consideramos que dicha premisa no puede conducirnos indefectiblemente a la conclusión de que ambas partes deben responder solidariamente por los daños derivados de la explotación del inmueble. Dicha solución sería injusta para el dueño del inmueble, quien indudablemente ha transferido el uso y goce del mismo a su contraparte, que voluntaria y expresamente ha asumido la obligación de brindar un servicio dentro del que se incluye la mentada obligación de seguridad. La infracción de la obligación de seguridad por parte de quien detenta el uso y goce del inmueble no puede dar lugar a la extensión de responsabilidad automática al dueño de dicho inmueble, quien no participa directamente en la gestión de la explotación del local, y sólo tiene derecho a un porcentaje menor de la facturación (en el caso que nos ocupa Alto Palermo S.A. sólo percibe el 7% de la facturación bruta de SACOA).

El hecho de que el inmueble esté ubicado en un shopping center y que el contrato tenga algunas características peculiares que lo distinguen de una locación común y silvestre (10) —tales como la contribución a un fondo de promoción común, la obligación del locatario de sujetarse a ciertas reglas y pautas predeterminadas que apuntan a preservar cierta imagen y fijar condiciones de atención— no es suficiente para consagrar la regla genérica de que el dueño del inmueble es solidariamente responsable por los daños que la explotación del mismo genere (11), ya que dicha sentencia categórica no encuentra apoyatura en un fundamento jurídico sólido, y obedece más bien a una tergiversación de la teoría del riesgo-provecho, cuestión que será analizada por

separado.

En resumidas cuentas, reconocemos que puede resultar ardua la tarea de definir con exactitud cuál es la naturaleza jurídica del contrato que prevé la transferencia del uso y goce de una cosa a cambio de un porcentaje de los frutos que dicha cosa devengue, pero lo que no es admisible es afirmar lisa y llanamente que en dicha situación la responsabilidad de ambas partes es solidaria e indistinta, ya que ese razonamiento peca de lineal y de simplista, siendo contrario a la lógica y a la justicia.

En el peor de los casos, si por vía de hipótesis se admitiera la categorización del contrato como un vínculo asociativo —pese a que la voluntad de las partes no fue la de soportar mutuamente las pérdidas (12), tal como exige el artículo 1° de la Ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319) ni exista entre ellas *affectio societatis*— y se extendiera la responsabilidad al dueño del inmueble, este último debería poder invocar como límite el porcentaje al que tiene derecho a participar en las ganancias, ya que de lo contrario se crearía una situación absolutamente injusta y paradójica, bajo la cual el dueño del inmueble (que participa en un porcentaje menor de la facturación) es colocado en un plano de igualdad junto con quien tiene a su cargo el uso, goce y explotación del inmueble (que además absorbe el 93% restante de las utilidades).

Esta postura se apartaría notablemente de la pauta contenida por el inciso 7° del artículo 11 de la Ley 19.550, que al enumerar los elementos que deben incluirse en el contrato constitutivo de la sociedad comercial señala que no pueden dejarse de lado "Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa."

Es decir, que si los socios de una sociedad comercial omiten consignar expresamente en el contrato constitutivo cuál será el mecanismo para soportar las pérdidas, deberá estarse a lo que hayan acordado para distribuir las ganancias. En el caso que nos ocupa, si se condenara a Alto Palermo a indemnizar los daños generados por la infracción de la obligación de seguridad por parte de SACOA, su contribución a las pérdidas debería limitarse al mismo porcentaje que aplica como coto para las ganancias; es decir 7%.

(iii) Teoría del riesgo-provecho (13)

Tal como hemos adelantado, la Cámara decidió responsabilizar al dueño del inmueble con fundamento en el alegado incumplimiento de la obligación de seguridad y en base a la responsabilidad emanada de la denominada teoría del "riesgo provecho".

El fallo exhibe algunas contradicciones ya que de a ratos pretende condenar a Alto Palermo S.A. sobre una base subjetiva —en función de haber incumplido este último la obligación de seguridad que sobre él pesaba como administrador del shopping center—, mientras que tres párrafos más adelante la naturaleza de la responsabilidad atribuida parece recalar en la categoría objetiva, con fundamento en la teoría del riesgo provecho.

En esta confusión resulta oportuno esclarecer si la responsabilidad del dueño del inmueble es de índole subjetiva (por culpa u omisión en su deber de controlar al locatario) (14) o si por el contrario es objetiva y fundada en que la explotación del local comercial redundaba también en su beneficio. Si el reproche se ubicare en el plano subjetivo, Alto Palermo S.A. podría eximirse de responsabilidad demostrando que quien actuó con culpa fue SACOA (15) mientras que si el cuestionamiento es de naturaleza objetiva se prescindiría completamente del análisis del comportamiento de este último.

La aplicación de la teoría del "riesgo-provecho" se ve cristalizada en la lacónica y a nuestro juicio desafortunada cita que los Camaristas hacen suya, que dispone que "la responsabilidad alcanza a todo aquél que se beneficia de un negocio jurídico y no solamente a quien entra en relación con el consumidor." (16).

La discutible lógica que va siendo hilvanada por el fallo para condenar a Alto Palermo se sale completamente de cauce con la distorsionada aplicación de la teoría del riesgo provecho en los términos propiciados por la cita transcripta precedentemente.

Si aplicáramos este criterio a rajatabla deberíamos concluir que también el Estado es solidariamente responsable de los daños causados en un inmueble alquilado, ya que participa en un módico 35% de las ganancias generadas por dicho contrato, amén del Impuesto al Valor Agregado y el impuesto de sellos si correspondiere de acuerdo a la jurisdicción.

Asimismo, con esta misma pauta podría responsabilizarse a las entidades financieras o a aquellos acreedores que hubieren sido constituidos como beneficiarios de un porcentaje de la facturación de sus deudores (vía prenda o cesión en garantía de flujo de fondos) en garantía de los préstamos oportunamente desembolsados a favor de éstos últimos (es habitual que a través de la figura del fideicomiso en garantía o simplemente de la cesión de derechos, el deudor de una obligación asegure la misma cediendo un determinado porcentaje de su facturación).

Supongamos que una entidad financiera desembolsa un préstamo a favor de una empresa concesionaria de una autopista, y el repago de dicho crédito es asegurado mediante la constitución de un fideicomiso en garantía sobre un porcentaje determinado de la facturación percibida en concepto de los peajes. El Estado Nacional por

su parte tiene derecho a cobrar un determinado monto en concepto de canon por la concesión otorgada. Imaginemos que se ocasiona un grave accidente sobre la autopista que ocasiona cuantiosos daños. Con el razonamiento utilizado en el fallo que aquí comentamos, podría sostenerse que además del concesionario de la autopista, también la entidad financiera y el Estado Nacional son responsables de indemnizar dichos daños (17), ya que indudablemente todos ellos participan o "se ven beneficiados" por la explotación del negocio (la entidad financiera obtiene una ventaja, ya que su crédito es garantizado con el flujo de fondos proveniente del cobro de los peajes, mientras que el Estado Nacional tiene derecho a percibir un canon periódico de parte del concesionario).

Estos ejemplos pueden parecer ridículos y extravagantes, pero la aplicación lineal y exagerada del postulado de que "todo aquel que obtiene un beneficio de una actividad está obligado a responder solidariamente y sin distinciones ni cortapisas" no tardará en convertirlos en moneda corriente, sobre todo en una economía y un derecho contractual modernos, caracterizados por una interrelación y conexidad que vincula recíprocamente a los diversos sujetos que en ella se desenvuelven.

La aplicación de la teoría del riesgo-provecho al fallo que nos convoca constituye a nuestro juicio una exageración inapropiada a la vez que un precedente peligroso, ya que el mero hecho de que el titular del inmueble esté interesado en el éxito de la explotación comercial del local alquilado a su locatario no lo convierte en solidariamente responsable de los daños que dicha actividad genere, al menos no de la manera automática y refleja que pretende la Cámara en este caso.

IV. Conclusión

(i) Pese a que el fallo adolece de ciertos defectos de fundamentación, el mismo es a nuestro criterio acertado en cuanto: (a) condena a SACOA a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el menor accidentado, por haber infringido la obligación de seguridad y (b) excluye la responsabilidad de la madre por no haber estado teñida su conducta de la denominada culpa in vigilando. Por el contrario el fallo yerra al condenar solidariamente a Alto Palermo S.A., toda vez que los daños causados al menor se ocasionaron como consecuencia directa de la negligencia de los dependientes de SACOA.

(ii) Aun cuando resulte discutible la naturaleza jurídica del contrato que vincula al dueño de un inmueble ubicado en un shopping center con quien explotará el mismo, no cabe responsabilizar automáticamente a aquél por los daños originados en la explotación del local, sino que dicha imputación debería realizarse bajo un criterio casuístico y restrictivo, ponderando las circunstancias particulares que se presenten en cada oportunidad.

(iii) La aplicación desmesurada de la teoría del riesgo-provecho sólo contribuirá a generar más incertidumbre e inseguridad jurídica en una sociedad y en una economía que ya exhiben dichos flagelos en cuantiosas dosis.

(1) Publicado en LA LEY, del 17 de enero de 2008, p. 3, 45.780-S; La Ley Online.

(2) La obligación de seguridad ha sido expresamente receptada por el artículo 5° de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), el que establece que "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios" y en el artículo 6° del mismo cuerpo legal, el que regula la obligación de seguridad en el caso de "cosas y servicios riesgosos". Autores como Farina llegan incluso a sostener que la infracción a la norma arriba transcrita puede dar lugar a las sanciones previstas en el Capítulo XII de dicha Ley, aún en los casos en los que no hubiere daño efectivo sino únicamente "riesgo creado" (FARINA, Juan M., "Defensa del Consumidor y del usuario". Ed. Astrea, 3ª edición, actualizada y ampliada, pág. 183).

(3) El fallo tampoco esclarece si la responsabilidad endilgada a SACOA se ubica dentro de la categoría de daños causados "con" la cosa o "por el riesgo o vicio de la cosa", distinción que conlleva importantes consecuencias, ya que en el primer caso el dueño o guardián puede eximirse de responsabilidad demostrando su falta de culpa, mientras que en el segundo caso la responsabilidad es objetiva, y sólo se exime de responsabilidad el dueño o guardián acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o que la cosa fue utilizada en contra de su voluntad expresa o presunta.

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", T. III, Rubinzal Culzoni-Editores, pág. 55.

(5) Al respecto se recomienda la lectura del fallo CNCiv., sala G, 2007/09/05, "Araujo, César Jorge y otro. c. Banco de Galicia" y del comentario efectuado al mismo por Graciela B. Ritto, en La Ley del 01 de Febrero de 2008, en donde se reseñan las diferentes posturas doctrinarias sobre la materia, que oscilan entre los que sostienen la intrascendencia de la conducta del menor de diez años porque al ser éste inimputable no pueden de él predicarse conductas culposas y la posición mayoritaria conforme a la cual no se exige imputabilidad para que opere la reducción o eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián, sino que basta con que el hecho del inimputable haya sido causa o concausa de la producción del daño.

(6) La nota del codificador en este punto prevé que: "Si el precio de un contrato de arrendamiento consistiera en una cantidad de los frutos de la cosa, no sería locación sino un contrato innominado. Si la cantidad de frutos fuese una cuota proporcional, respecto al todo que produzca la cosa, sería un contrato de sociedad, aunque las partes lo llamasen arrendamiento."

(7) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Contratos", Tomo I, Séptima Edición, 1997, pág. 409.

(8) Idem, pag. 433. La Ley 13.246 (Adla, VIII-85) sobre aparcerías rurales dispone en su artículo 41 que a los contratos por ella referidos se les aplican las disposiciones de esa ley, los convenios de las partes y las normas del Código Civil, en especial las relativas a la locación, de donde se desprende que la naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento y de aparcería se asemeja bastante a la de los contratos de locación previstos por el artículo 1493 del Código Civil.

(9) Postura a la que adhieren Belluscio y Zanoni, ver "Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado", Editorial Astrea, T. 7, pág. 205. Entre los que niegan que este tipo de relaciones jurídicas sean calificadas como contratos de locación existe una corriente que sostiene que se trata de un contrato de sociedad, y otra que considera que se está en presencia de un contrato innominado (conf. doctrina citada en CN Civ., sala D, marzo, 4-964, "Noceti Campos, Jorge c. CIGA S.A.", LA LEY, 114-311).

(10) Sobre las características especiales del contrato de shopping center, véase ALVAREZ LARRONDO, Federico, "En torno al contrato de shopping center", publicado en LA LEY, 2006-C, 462. Si bien disintimos con las conclusiones a las que arriba este autor, su descripción —un tanto exagerada— de los rasgos particulares de este tipo de contratos resulta ilustrativa.

(11) Nuestra postura no propicia descartar la responsabilidad del dueño del inmueble como principio general absoluto, sino más bien reemplazar los rígidos teoremas por un análisis casuístico que —tomando en cuenta las particularidades de cada caso— sirva para determinar si es justo y lógico extender la responsabilidad a quien ha transferido el uso y goce de una cosa a un tercero.

(12) Es importante destacar que en este tipo de contratos existe generalmente un canon fijo como contraprestación por el uso y goce del inmueble a lo que se le suma un porcentaje determinado de las ventas, por lo que el dueño no asume el riesgo de asumir las pérdidas que se derivarían de la falta de ventas en el local, de donde se deduce que su participación en las ganancias es un mecanismo complementario de cobro del alquiler, adicional al canon fijo acordado al firmarse el contrato de locación.

(13) Este razonamiento es una de las vertientes en las que se suele dividir la denominada teoría del riesgo, la que se desdobra entre quienes colocan los daños en cabeza del sujeto que obtiene una ventaja económica de la realización de cierta actividad (riesgo-provecho), y los que van incluso más allá y sostienen que, independientemente del aprovechamiento económico, deben responder los que hayan introducido una cosa generadora de riesgo (riesgo-creado). Para un estudio más detallado véase ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, José Oscar y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales" Segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, pág. 199 y la profusa doctrina y jurisprudencia allí citada.

(14) Sería irrazonable que el administrador del shopping tuviera la obligación de controlar exhaustivamente lo que hacen o dejan de hacer a diario todos y cada uno de sus locatarios y dependientes, para lo cual debería contar con un ejército de personas y recursos que tornaría inviable cualquier emprendimiento de esas características.

(15) En este sentido la jurisprudencia ha rechazado la responsabilidad de la empresa dueña del centro comercial cuando ha quedado demostrado que los daños alegados tuvieron su causa en el actuar negligente del quien detentaba el uso y goce del inmueble (CN Civil, sala H, 2005/07/29-"SIPA S.A. c. Arcos Dorados S.A. y otro", LA LEY, 2006-C, 462).

(16) La cita pertenece a WEINGARTEN, Celia: "La confianza en el sistema jurídico", Ed. Jur. Cuyo, 2002, pág. 115.

(17) En ocasiones la responsabilidad del Estado Nacional puede verse comprometida no por la teoría del riesgo-provecho sino por "la falta de servicio en la actividad policial", que contribuye a que animales sueltos en la ruta causen daños. Al respecto véase CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad de los concesionarios viales" publicado en La Ley del 1° de noviembre de 2006 y la doctrina y jurisprudencia allí citadas. Sin embargo, a partir de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara el fallo "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 2006-F, 1141 dicha imputación de responsabilidad debería verse considerablemente reducida.