



**“Arroyo, Ricardo A. c/IRSA. Inversiones y Representaciones S.A.”**

*(CNacCiv., Sala “M”, 10 de julio de 2001,)*

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, julio 10 de 2001.

El Dr. Daray dijo:

La decisión adoptada en la anterior instancia motiva el agravio de ambas partes, en el caso de la accionada, por la responsabilidad en el evento dañoso que se le achaca; en el de la actora, por los montos indemnizatorios discernidos.

En lo que hace al primero de los temas a abordar, el de la responsabilidad, a poco de que se estudien los agravios traídos por la apelante en la pieza que analizo se advierte que todos ellos pivotan sobre lo que denominaríamos derecho societario, sin que el recurrente logre hacerse cargo de rebatir la responsabilidad aquiliana que, por la normativa concreta del art. 1113 CCiv., se le endilga. En efecto, se sostiene que el fallo de la juez de grado da por tierra con toda la teoría de las sociedades, que se ha condenado a un socio por la responsabilidad de la sociedad, por no ser IRSA. más que un socio accionista de la sociedad SAMAP., que sería la verdadera titular registral del predio donde se llevaba a cabo la obra en donde se produjo el accidente; que para ello no se acudió al art. 54 LS., esto es, no se desestimó la personalidad jurídica de SAMAP, ya que ésta no se constituyó con fines ilícitos, no se constituyó para perjudicar a la víctima del accidente y es anterior al mismo; por último, no se habría respetado el art. 39 CCiv. Éstos, en apretada síntesis, son los argumentos desplegados por el apelante.

Nada se dice, en definitiva, de la que fuera la tesis de la magistrada sentenciante, que es que la condenada IRSA. es quien recibe el provecho económico del emprendimiento en el cual resultaría lesionado el actor. Ello probado por la pericial contable, que, entre otros hallazgos de los libros contables de la apelante, transcribe información tal como: del libro Copiador Inventario y Balance n. 9, información complementaria: IRSA. Inversiones y Representación 31/3/1997, folio



37, reseña informativa: "A través de la alianza estratégica con Parque Arauco, el socio chileno de IRSA., la sociedad se encuentra actualmente desarrollando el antiguo mercado en un gran complejo comercial, cultural, recreativo y gastronómico"; en Memoria y Estados Contables, folio 59/60, carta del presidente a los accionistas, surge: "Buenos Aires 8/9/1997: Shopping Centers: El mercado de shopping centers de la Argentina ha crecido enormemente en los últimos años. Otra tendencia creciente es la localización de ciertos emprendimientos residenciales en las cercanías de los shopping centers y en los futuros power centers, como en tal caso del futuro Abasto Shopping Center y del exitoso complejo de Torres de Abasto que IRSA está desarrollando a través de SAMAP, la alianza estratégica de la sociedad con Parque Arauco de Chile".

Es así que la juez de grado ha considerado, en tesis que el apelante no rebate suficientemente, que la demandada no es una simple accionista que recibe dividendos de la propiedad del predio, sino que aquella propició una "unión estratégica de empresas" para la construcción de un complejo en los terrenos del que fuera el Mercado de Abasto y su aprovechamiento económico posterior, "siendo la compra de acciones de SAMAP el procedimiento utilizado para desarrollar esa actividad en su propio provecho".

Sentado lo anterior, el fallo apelado recuerda, en postura que adelantó compartiré, que el art. 1113 CCiv. no sólo hace responsable por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa al propietario sino también al guardián, habiendo una duplicidad de legitimados pasivos, los que tienen la dirección del hecho y los que sacan provecho económico de él; es que "servirse de la cosa" entraña un principio indiscutiblemente económico, se sirve de ella quien le saca beneficio (con citas de Salas, "El responsable por los daños causados", JA 74-570; Trigo Represas, "Dueño y guardián en la responsabilidad por el hecho de las cosas", en "Estudios de derecho civil", p. 540; Pizarro, "Responsabilidad civil", p. 393 y ss.; citados por Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio y Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias", t. 5, Ed. Astrea, p. 471).

Sabido es que el tema de la responsabilidad en un cada vez mayor panorama de ocurrencia de daños propios de la vida moderna ha agitado las aguas de los doctrinarios del derecho en las últimas décadas, y más aún de los que se dedican al



nuevo "derecho de daños". La idea de justicia conmutativa que inspira a esta época llevó a la adopción de diversas teorías que propiciaron una fuente de imputación que no reposara únicamente en la culpa; es así que nació la responsabilidad objetiva de la mano de la teoría del riesgo, esto es, lo que podríamos llamar la actual mecanización universal lleva a responsabilizar no sólo por los hechos que producimos con culpa sino por nuestros actos cuando éstos causan un daño injusto: ocurrido el daño es preciso que alguien lo soporte, y la práctica exige que aquellos que obtienen provecho soporten las cargas, como una equiparación justa a realizar; es así que el creador del riesgo debe responder por los resultados nocivos o dañosos que ocasione a terceros (Saleilles, Raymond, "La Responsabilité des fait des choses devant la Cour Superieure du Canada", "Revue Trimestrelle de Droit Civil", t. X, 1911/23; Le Tourneau, P., "La responsabilité civile", 1979, París, p. 5 y ss.; Josserand, Louis, "Les transports dans le traité général théorique et pratique de droit commercial", 1910, 891, París, Ed. Rosseau, p. 789; Ripert, George, "Le regle moral dans les obligations civils,", 1949, 115, París, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence", p. 206 y ss.; Mazzeau, Henri y León, y Tunc, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual", traducción de Alcalá Zamora y Castillo, t. I, vol. I, 70, 1962, Ed. Ejea, p. 87; Compagnucci de Caso, Rubén H., "Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo", en "Derecho de Daños", 1996, Ed. La Rocca, p. 59 y ss.).

Dentro de la teoría del riesgo que inspiró la reforma del art. 1113 CCiv. interesa destacar aquí lo que dio en llamarse la teoría del riesgo provecho o riesgo beneficio, cuya formulación sería: quien con su actividad crea riesgos y recibe beneficios debe en esa medida soportar los daños que ocasione, razonamiento que Compagnucci de Caso califica de "una sencillez y claridad meridiana". En este marco conceptual se ha puesto el acento en el interés económico, pues quien crea para los demás un riesgo está creando para sí una fuente de riqueza y, por ende, deberá afrontar las reparaciones.

Es que "la cuestión de la responsabilidad (conf. Lima, Alvino, 'Culpa e risco', 1960, Sao Paulo, p. 117 y ss., citado por Mosset Iturraspe, Jorge, 'Responsabilidad por daños. Parte general I', 1971, Ed. Ediar, p. 123), que es una mera cuestión de daños, de protección de derechos lesionados, de equilibrio social, debe, pues, ser resuelta atendiendo solamente a un criterio objetivo: quien se aprovecha de los



beneficios que sus actividades le proporcionan, debe, inversamente soportar los males originados en esas mismas actividades", esto es, "ubi emolumentum, ibi onus", o bien "cuius commodum, eius periculum".

En este mismo orden de ideas, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio elaborado por un equipo de destacados juristas (presentado al Ministerio de Justicia de la Nación el 18/12/1998) establece en su art. 1655 que: "Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad...". Como se ha venido viendo, se ensancha aquí la legitimación pasiva en un sentido tutelar para la víctima, es decir que no responderá frente al damnificado sólo el ejecutor material y directo del perjuicio, sino también el titular de la actividad dañosa, aun cuando esa actividad se desenvuelva materialmente a través de otros.

Asimismo, el tema de responsabilizar frente a las víctimas a quienes se benefician económicamente con una actividad que termina causando daños se ha debatido también en el caso de los organizadores de espectáculos deportivos, habiendo algunos tribunales enmarcado dicha responsabilidad desde la perspectiva del art. 1113 CCiv., entendiendo que dichas instituciones debían responder con relación a las demandas de daños presentadas por espectadores lesionados durante el desarrollo de una contienda deportiva, responsabilidad que extendieron también al supuesto en que los perjuicios hubieran sido causados directamente por la conducta de terceros ajenos a ambas partes (C. Nac. Civ., sala G, 14/12/1983, LL 1984-B-65, y en especial Sup. Corte Bs. As., 4/12/1990, ED 144-415; citados por la Corte Sup., 24/3/1994, in re "Di Prisco, Rosana M. E. v. Club Gimnasia y Esgrima de la Plata" , LL 1994-F-426). Que en el fallo de la Corte Suprema que se mencionara nuestro más alto tribunal se expidió por primera vez sobre la constitucionalidad del art. 33, ley 23184 (B.O. del 25/6/1985) -ADLA 45-B-1096-, que dispuso la obligación de garantía a cargo de aquellos que se benefician económicamente de la organización y participación en espectáculos deportivos.

En igual sentido, lo decidido en materia de fabricantes de productos elaborados que causan daños a los consumidores. En dichos casos se ha dicho en un fallo de la sala H cuyo preopinante fuera el Dr. Kiper que: "Así, el riesgo creado opera tanto en el proceso de fabricación del producto como en la etapa de su puesta en el mercado,



a través del cual el fabricante se sirve de él para su beneficio. El producto elaborado se incorpora al mercado y, su comercialización, está al servicio del provecho económico del fabricante", concluyéndose que también éste debe responder frente al damnificado aunque se discuta su carácter de dueño o guardián (C. Nac. Civ., sala H, 26/3/1997, "Ryan Tuccillo, Alan M. v. Cencosud S.A. y otros", LL 1998-E-608). En comentario a este fallo, sostiene Sagarna "Como lo expresáramos supra el fabricante que coloca un producto en el mercado, debe seguir su recorrido y vigilar que el mismo sea vendido y consumido por las personas en condiciones idóneas para que no se produzcan daños, caso contrario es responsable por los perjuicios causados por un producto, que si bien salió de sus manos con la venta de terceros, aquél se beneficia económicamente y es quien se encuentra en mejores condiciones para ejercer esa vigilancia".

Sabido es que el tema del aprovechamiento económico del empresario ha sido muchas veces invocado a la hora de aplicar la teoría de la responsabilidad objetiva -en base al riesgo creado- que emana del art. 1113 párr. 2º ap. 2º CCiv. en el caso de los ferrocarriles. Así se ha dicho que: "De producirse algún daño para el pasajero durante el transporte, se justifica un amplio espectro de responsabilidad en cabeza de la empresa, en función del aprovechamiento económico que la explotación de dicha actividad supone... que en materia de empresa tiene una sólida base de solidaridad social, de justicia y de equidad, pues desde el momento en que el empresario obtiene con su actividad un beneficio, debe correr con los riesgos inherentes a ella y que crea para quienes usan sus servicios" (sala H, del voto del Dr. Kiper, "Favre, Juan J. c/ Ferrocarriles", del 8/9/1998).

Por último, en oportunidad de pronunciarse las distintas salas de esta C. Civ. que tengo el honor de integrar en casos de daños producidos en ocasión de programas televisivos, se ha sostenido también que: "La responsabilidad de un canal de televisión debe juzgarse también conforme a la idea del aprovechamiento económico, porque es justo que quien obtiene beneficios que comparte con el productor, soporte también los riesgos inherentes" (sala A, del voto de la Dra. Luaces, "Alvelo Hernández de Montes, J. c/ Canal 13 Río de la Plata TV y otros s/daños", 3/4/1989). En concordancia: "La responsabilidad por el daño moral causado por medio de un programa de televisión, debe juzgarse conforme a la idea del aprovechamiento económico, siendo estricto en justicia el principio por el que,



quien obtiene beneficios que comparte con otros productores y el canal de televisión, debe soportar, también, los riesgos inherentes al tipo de actividad de que se trata" (sala J, voto de la Dra. Brilla de Serrat, "Pérez Demarchi, Horacio c/ Telearte S.A. y otro s/daños", 8/7/1997).

De lo hasta aquí expuesto se colige que soy partidario de confirmar el fallo de grado en punto al tema de la legitimación pasiva de la apelante, y, en tanto no ha mediado ningún otro agravio atinente a la cuestión de fondo, deberá entonces confirmarse el fallo en materia de responsabilidad, restando atender a los agravios traídos por el damnificado en orden a los rubros indemnizatorios.

En lo que hace al tema de la incapacidad sobreviniente, preciso es destacar que los porcentuales que informan los peritos en base a baremos pensados básicamente para el ámbito laboral y no para el civil no pueden constreñir al juzgador sino que actúan como meros orientadores para el mismo, ya que de lo que se trata es de que en cada caso concreto se justiprecie la real incidencia que las secuelas tendrán en la vida del damnificado (conf. mi voto en expte. 293586/00, entre otros).

La reparación del daño busca en sede civil llenar un carácter integral (conf. esta sala, exptes. 218583/97, 246380/98, 266353/99, entre otros).

Atinente al tema en análisis se ha dicho que: "Corresponde entender por incapacidad sobreviniente a cualquier disminución en las aptitudes físicas o psíquicas que afecte la capacidad productiva o se traduzca en un menoscabo a la plenitud o dificultad de las actividades, productivas o no, que el sujeto solía realizar con amplitud y libertad" (C. Nac. Civ., sala H, "Jiménez, Jorge A. v. Contreras, Juan A." , del 26/5/2000; íd., sala E, expte. 24116/86; en igual sentido, Belluscio, "Código Civil comentado", t. 5, 1984, Ed. Astrea, p. 213, n. 13, comentario de la Dra. Kemelmajer de Carlucci).

Además, desde del punto de vista laboral, con el mercado tan competitivo que hoy en día encuentran los trabajadores, con altísimos índices de desempleo, que sólo podrá tener cabida para los más aptos, resulta muy difícil la reinserción de un trabajador lesionado, disminuido en sus aptitudes psicofísicas, extremo que el



juzgador no puede desatender (conf. mi voto en exptes. 278753/00, 298107/00, entre otros).

Con la pericia médica practicada en autos se ha constatado que el actor padece, con nexo causal comprobable con las lesiones sufridas en el accidente, un cuadro de disbasia moderada provocada como consecuencia de una alteración anátomo funcional de su tendón de Aquiles -por su ruptura-, con reducción de la excursión de movimiento de flexo extensión del pie izquierdo, con pérdida de fuerza, presteza y velocidad de gestos y movimientos a ese nivel, con leve claudicación en la marcha y dolor a la palpación de la región; además de cicatriz quirúrgica. En la esfera psíquica se constata un síndrome sinistrósico leve, pasible de mejoría con terapia.

Luego, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima, que incluyen su edad y ocupación, y lo resuelto por la C. Civ. en casos próximos, propongo elevar prudentemente la partida, que hallo exigua, hasta alcanzar la suma de \$ 20.000, que a juicio del suscripto repara equitativamente el daño infligido.

Atinente al lucro cesante, a poco de que se estudie la prueba rendida en autos se advertirá que el actor no ha logrado probar con certeza la extensión que conllevaría el mismo, por lo que nada apoya su actual pretensión de elevación de la partida de \$ 1000 discernida por la a quo. Adviértase que el perito médico señala que si bien en la historia clínica acompañada se comprueba la indicación de tratamiento de rehabilitación, ni la realización ni la duración del mismo puede constatarse (ver fs. 173 vta. pto. c). Tampoco el accionante ha logrado acreditar el nivel de ingresos previo al accidente que denunciara en su libelo inicial. En este orden de ideas, estimo prudente confirmar lo decidido en el fallo apelado (arts. 386 y 165 CPCCN).

En punto a los intereses, los mismos se deben desde la producción del perjuicio, que, salvo en el caso de los gastos, es la del ilícito. En el caso de los gastos, la fecha de inicio del cómputo de los intereses es la de su erogación (conf. esta sala, expte. 297620/00, entre otros). Es así que los que se devengarán sobre los gastos futuros han sido bien concedidos desde la fecha de la sentencia (conf. esta sala, expte. 297048/00). En cuanto a los gastos de farmacia, siendo que no se han



probado las fechas de erogación de cada uno de los afrontados, resulta prudente la fecha estimativa calculada por la juez de grado. Diversa es la solución en el caso del lucro cesante, que no puede ser considerado un gasto y que debe sin dudas llevar intereses desde la producción del ilícito (C. Nac. Civ., en pleno, 16/12/1958, "Gómez, Estéban c/Empresa Nacional de Transportes", LL 93-667).

Las costas deberán quedar a cargo de la accionada, que resulta vencida (art. 68 CPCCN).

Por ello, voto porque se modifique parcialmente el fallo apelado, elevando a la suma de \$ 20.000 la reparación de la incapacidad sobreviniente del accionante, estableciendo que los intereses sobre el rubro lucro cesante correrán desde la fecha del accidente, confirmando todo lo demás cuanto decide que fuera objeto de recurso. Costas a la accionada, vencida (art. 68 CPCCN).

La Dra. Álvarez adhiere por análogas consideraciones al voto del Dr. Daray. Se encuentra vacante la vocalía n. 39 (art. 109 RJN.).

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el tribunal resuelve: modificar parcialmente el fallo apelado, elevando a la suma de \$ 20.000 la reparación de la incapacidad sobreviniente del accionante, estableciendo que los intereses sobre el rubro lucro cesante correrán desde la fecha del accidente, confirmando todo lo demás cuanto decide que fuera objeto de recurso. Costas a la accionada, vencida (art. 68 CPCCN.). Atento a lo precedentemente dispuesto, déjense sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en autos (art. 279 CPCCN) y difiérese su tratamiento para una vez practicada y aprobada la liquidación definitiva, la que deberá incluir el rubro gastos y tasa de justicia a que alude el art. 1 ley 24432. Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Fdo: Hernán Daray.- Gladys S. Álvarez. (Sec.: Mario J. Isola).