

# **DOSSIER**

## **Casos de Responsabilidad Extracontractual Internacional**

---

Cátedra: Derecho Internacional Privado

Comisión C1

sino la ley aplicable a dicho tipo de obligaciones, cuestión que en ningún momento ha sido motivo de controversia.

Por lo expuesto, estimo que corresponde confirmar el fallo apelado en cuanto ha podido ser materia de recurso. Buenos Aires, 29 de agosto de 1969. E. H. Marquardt.

Buenos Aires, 24 de setiembre de 1969.

Vistos los autos "Sastre, Tomás c. Bibiloni, Filiberto Narciso y otro s. cobro ordinario".

Considerando: 1º) Que el recurso extraordinario interpuesto a fs. 79/81 fue declarado procedente por esta Corte a fs. 122.

2º) Que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revocó el pronunciamiento de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación de La Plata y declaró la competencia del juez interviniente para entender en esta causa, por cobro de daños y perjuicios resultantes de un accidente de tránsito ocurrido en la localidad de Punta del Este, República Oriental del Uruguay, en virtud de que los demandados tienen su domicilio en la República Argentina.

3º) Que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por el decreto-ley 7771/56 -cuyo texto se transcribe en el dictamen que antecede-, las acciones personales pueden entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto o, "iguamente", según dispone el segundo párrafo, "ante los jueces del domicilio del demandado".

4º) Que el ejercicio de tal opción por el actor en el proceso no se subordina a que el demandado admita voluntariamente ser sometido a esa jurisdicción, pues sólo se requiere su consentimiento (párrafo tercero y cuarto) cuando se trata de la "prórroga territorial", o sea, cuando la causa se promueve ante jueces distintos a los indicados en los dos primeros apartados del citado art. 56.

5º) Que no obsta a esta conclusión lo dispuesto en el art. 43 del mismo Tratado, porque él se refiere a la ley aplicable al caso -lo cual está fuera de la controversia- y no al tribunal que debe entender, aspecto regulado específicamente, como se dijo, en el art. 56 que integra el título XIV, "De la jurisdicción".

Por ello, lo dictaminado por el Señor Procurador General y las propias consideraciones del fallo apelado, se lo confirma en cuanto fue materia del recurso extraordinario interpuesto a fs. 79/81. Con costas. R. E. Chute. M. A. Risolía. L. C. Cabral. J. F. Bidau.

## Reger de Maschio c. Annan

JNEsp. Civ. y Com. 50, 10/10/83, Reger de Maschio, Wally D. y otro, c. Annan, Guillermo A.

Accidente de tránsito ocurrido en Uruguay. Juicio en trámite en Argentina. Derecho aplicable. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Lugar donde se produjo el hecho ilícito. Aplicación de oficio del derecho extranjero. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Convenio con Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero. Informe sobre derecho uruguayo requerido de oficio por el tribunal. CIDIP II sobre Normas Generales. Supremacía de los tratados. Excepción de prescripción. Rechazo. Responsabilidad. Capacidad. Derecho aplicable. Domicilio. Argentina. Transporte benévolo. Calificaciones.

Publicado en LL 1986-B, 393, con nota de A. Perugini, y en M. B. Noodt Taquela, *Derecho Internacional Privado* - Libro de casos, 2 ed., Bs. As., La Ley, 2006, pp. 17/20.

1º instancia

Buenos Aires, octubre 10 de 1983

Considerando:

Que las partes están contestes en que el accidente de tránsito que causó la muerte de Maschio ocurrió en la República Oriental del Uruguay, lo que resulta además corroborado por numerosas constancias de la causa.

Que como ya lo resolvió el tribunal al pronunciarse sobre la excepción de prescripción, y fue consentido por las partes, la responsabilidad civil extracontractual se rige por el derecho uruguayo.

Que la norma indirecta que indica el derecho aplicable debe buscarse en el Tratado de Derecho Civil Internacional suscripto en Montevideo el 19 de marzo de 1940 que fuera ratificado por el Uruguay el 12 de noviembre de 1942 y posteriormente por la Argentina por dec.-ley 7771/56 del 27 de abril de 1956 y que comenzó a regir las relaciones de derecho privado con elementos extranjeros entre ambos países a partir del 18 de junio de 1956.

Que el art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940 establece que "las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden".

Que en consecuencia, resulta indudable que la responsabilidad atribuida en autos a los demandados se rigen por el derecho uruguayo.

Que el problema de calificaciones que eventualmente podría plantearse con carácter previo a la elección de la norma de conflicto, no presenta dificultades.

Que, en efecto, cabe preguntarse si la responsabilidad en casos de transporte benévolo constituye un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual para el derecho del juez y para el derecho que presuntamente resultaría aplicable al caso.

Que en los supuestos en que el derecho del juez ("lex fori") encuadre el caso en forma distinta que el derecho resultaría aplicable ("lex causae"), se plantea el problema de decidir si la calificación debe ser efectuada por una u otra ley, lo que incide evidentemente en la norma

indirecta aplicable, pues si se considerara que el transporte benévolo constituye un supuesto de responsabilidad contractual, no resultaría aplicable el art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940, sino los arts. 37, 38, y 40 del mismo Tratado.

Que si bien la doctrina y la jurisprudencia han discutido sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por transporte benévolo, en la actualidad tanto el derecho argentino como el uruguayo consideran en forma casi unánime que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Que efectivamente, así resulta claramente del informe sobre derecho uruguayo requerido de oficio por el tribunal y que ha sido evacuado a fs. 306/311 por los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Instituto Uruguayo de Derecho Civil, en el que se expresa que "en el Uruguay, existe uniformidad de pareceres en cuanto a que este caso pertenece a la responsabilidad aquiliana".

Que en consecuencia el problema de calificaciones queda superado y resulta indudable el encuadramiento del caso en el art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940, como supuesto de responsabilidad extracontractual, lo que conduce como ya se ha señalado, a la aplicación del derecho material uruguayo.

Que la aplicación del derecho uruguayo, debe ser efectuada de oficio por el tribunal, aun en el caso de que las partes no alegaren ni probaren el derecho extranjero.

Que así lo dispone el art. 2º del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, que fuera ratificado por la República Argentina por Decr.-Ley Nro. 7771/56 y que por ende constituye ley de la Nación (art. 31, Constitución Nacional).

Que el art. 1º del Protocolo Adicional de 1940 establece que "las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos concurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata" y el mencionado art. 2º prescribe que: "Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada".

Que tratándose de un caso proveniente del Uruguay, el principio de la oficialidad ha sido mantenido y reafirmado en el "Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero", suscripto en Buenos Aires, el 20 de noviembre de 1980, ratificado por nuestro país por ley 22.411 (B. O. 6/3/81).

Que el art. 1º del mencionado convenio establece que: "Los jueces y autoridades de las partes cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento pertenece" y el art. 6º, 2º párr. del mismo convenio, mantiene el criterio de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo en el sentido de que "las partes en el proceso podrán siempre alegar sobre la existencia, contenido alcance o interpretación de la ley extranjera aplicable".

Que existiendo tratados internacionales vigentes con el Uruguay que regulan problemas de derecho internacional privado, no resultan de aplicación a los casos con elementos extranjeros provenientes de ese país las normas de conflicto de fuente interna, esto es aquellas contenidas en el Código Civil, de Comercio, Procesal, a leyes especiales, como es el caso del art. 13 del Cód. Civil.

Que los Tratados de Montevideo son aplicados exclusivamente por los países ratificantes de los mismos y solamente a los casos procedentes de países en los que rigen, por lo que el derecho internacional privado interno se aplica a cuantos casos llegue al conocimiento de autoridades argentinas, con tal que no resulten aplicables los Tratados de Montevideo (Goldschmidt, Werner, "Derecho internacional privado - Derecho de la tolerancia", "basado en la teoría trialista del mundo jurídico", núm. 31, p. 29 y núm. 49, p. 55, 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982).

Que como explica el autor citado, la aplicación del derecho internacional privado de fuente interna a todos aquellos casos con elementos extranjeros que no provengan de países ratificantes

de los Tratados de Montevideo, constituye una norma de derecho consuetudinario, aplicada invariablemente por tribunales y autoridades administrativas (op. cit., núm. 49, p. 55).

Que no obstante la aplicación pacífica de esa norma consuetudinaria y su aceptación unánime por todos los autores iusprivatistas, recientemente ha recibido sanción legislativa lo que confirma su validez.

Que efectivamente, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscripta en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo entre el 23 de abril y el 8 de mayo de 1979 (CIDIP II), se establece expresamente que: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo regulado en esta convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su derecho interno" (art. 1º).

Que si bien no se encuentra aún vigente (art. 14), la mencionada convención ha sido aprobada por la República Argentina por ley 22.921 del 4 de agosto de 1983, publicada en el B.O. del 27 de setiembre de 1983.

Que con relación al art. 1º de la Convención de Normas Generales, el delegado del Brasil, ante la CIDIP II, doctor Texeira Valladao, expresó en el seno de la Comisión II, en la décima sesión, al discutirse el proyecto de esta convención que: "el art. 1º, como dicen los franceses, existe por sí mismo. No hay necesidad de establecer a su juicio que los tratados valen más que las leyes y que éstas siguen en orden de precedencia a los tratados. Esto es innecesario y se sabe de la vida de todos los días". (Conf. "Organización de Estados Americanos -Secretaría General Actas y Documentos- Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP D)", vol. III, p. 219, Washington, 1980).

Que no obstante, el delegado de México, doctor Albarca Landeri, consideró necesario incluir el art. 1º presentado por el Grupo de Trabajo, "porque si bien puede resultar obvio a los especialistas de derecho internacional privado, no hay que olvidar que estas normas no están hechas exclusivamente para especialistas, sino que serán utilizadas por los jueces y abogados, que muchas veces no tienen esa especialidad"; razón por la cual el mencionado artículo 1º de la convención fue aprobado (Conf. OEA Secretaría General "Actas y Documentos CIDIP II...", *Op. Cit.*, vol. III, p. 220).

Que por tratarse de una norma universalmente aceptada, no siempre es explicitada claramente, pero si se consulta cualquier texto de derecho internacional privado, se advertirá que respecto de cualquier tema de la parte general o especial de la materia, se contemplan las normas de conflicto de fuente convencional -como es el caso de los Tratados de Montevideo- y las normas de conflicto de fuente interna y que estas últimas sólo se aplican si el caso contiene elementos extranjeros provenientes de países con los que no existe tratado.

Que algunos autores señalan que "los países que suscriben convenios, como los de La Haya sobre matrimonio, divorcio, etc., tratados como el de Montevideo, o el Código Bustamante, sustituyen su derecho por un derecho internacional común" (Lazcano, Carlos Alberto, "Derecho internacional privado", núm. 61, p. 138, Ed. Platense, La Plata, 1965).

Que al estudiar el art. 13 del Cód. Civil argentino, otros autores de prestigio en la materia como Goldschmidt o Pardo, explican que en la órbita de los Tratados de Montevideo, al establecer el art. 2º de sus Protocolos Adicionales, la aplicación de oficio del derecho extranjero, el principio dispositivo contenido en el art. 13 del Cód. Civil queda derogado (conf. Goldschmidt, Werner, "Sistema y filosofía del derecho internacional privado", t. I, ps. 423/24, 2ª ed., Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952; Pardo, Alberto J., "Derecho internacional privado - Parte General", p. 269, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1975).

Que todo lo expuesto demuestra la inaplicabilidad en este caso del art. 13 del Cód. Civil, razón por la cual aun cuando las partes no han alegado ni probado el derecho uruguayo, este tribunal está obligado a aplicarlo, porque así lo imponen los tratados internacionales que son también leyes de la Nación e incluso en este caso de fecha posterior al Código Civil.

Que al no poder contar con la información sobre derecho uruguayo requerida por el suscripto a fs. 463 y 468, en virtud de lo resuelto por el Superior a fs. 510, se han de utilizar los textos legales, obras de doctrina y colecciones de jurisprudencia que se indican en cada caso, todos ellos medios de prueba admitidos para acreditar la existencia, vigencia y sentido del derecho extranjero; como asimismo el informe obrante en autos a fs. 306/311.

Que corresponde pronunciarse en primer lugar sobre la excepción de prescripción opuesta por la demandada, prescripción que se rige también por el derecho uruguayo en virtud de lo dispuesto por el art. 51 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, que establece que: "la prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas y como por otra parte, ya lo resolviera el tribunal a fs. 145 y fuera consentido por las partes".

Que admitida la obligación de reparar los daños en casos de transporte benévolo, constituye un supuesto de responsabilidad aquiliana, resulta de aplicación, como se señala en el mencionado informe, el art. 1332 del Cód. Civil uruguayo, que reza: "la acción concedida al damnificado prescribe en 4 años contados desde la perpetración del hecho ilícito; salvo cuando éste consiste en una infracción reprimida por la ley criminal, en cuyo caso la acción civil por el daño estará sujeta a la misma prescripción que el delito o cuasidelito." (República Oriental del Uruguay, Código Civil, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1977, también transcrito en el informe de fs. 306).

Que estando acreditado en autos que el accidente y el mismo fallecimiento de Sergio O. Maschio ocurrieron el día 27 de enero de 1978, en Punta del Este, República Oriental del Uruguay, el plazo de 4 años no había transcurrido al momento de iniciar la demanda el día 25 de enero de 1980, por la que la excepción debe ser rechazada.

Que por no haber transcurrido sino la mitad del plazo conferido por la norma, resulta innecesario tratar la posible ampliación del plazo en el caso de infracción reprimida por la ley criminal.

Que por otra parte, siendo necesario para el derecho uruguayo que la existencia de infracción penal sea declarada por el juez penal, al no existir constancia en estos autos de la existencia de la causa penal que debió instruirse en el país hermano, no cabe más que estar al plazo de cuatro años mencionado.

Que las costas de la excepción deben ser soportadas por ambos demandados, pues si bien la Defensora de Incapaces y Ausentes no ratificó su planteamiento en representación del entonces menor Guillermo A. Annan, al llegar a la mayoría de edad, éste ratificó expresamente todo lo actuado por su parte.

Que no podría ni siquiera eventualmente alegarse el desconocimiento del derecho extranjero por los demandados, a los efectos de ser eximidos por costas, pues si bien es cierto que en algunos casos se ha aceptado que el error sobre derecho extranjero constituye un error de hecho que puede ser excusable (Bartín, Etienne, "Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises", t. I, sum. 108, ps. 280/81, Ed. Domat-Montchrestein, París, 1930, citado por Goldschmidt en "Sistema...", op. cit. t. I, p. 403), en el caso de autos, ni siquiera aplicando el derecho argentino —que fue el invocado por las partes— la acción se habría encontrado proscripta.

Que, en efecto, si resultare aplicable el art. 4037 del Cód. Civil argentino, tampoco habría transcurrido el plazo de 2 años establecido en esa norma.

Que si el hecho ocurrió el día 27 de enero de 1978, como resulta acreditado en autos, la demanda interpuesta el día 25 de enero de 1980, fue deducida antes de que venciera el plazo de 2 años.

Que de las constancias de autos y del informe del Jefe de Despacho que se desempeñó como Secretario "ad hoc" en la feria judicial de enero de 1980, que luce a fs. 119 vta., resulta que indudablemente la demanda fue presentada el día 25 de enero de 1980, como surge del cargo mecánico y no el 28 de enero, como manos anónimas pretendieron burdamente modificar con bolígrafo.

Que de cualquier manera aun ubicándose en la posición más favorable a los demandados y suponiendo que la demanda hubiera sido presentada el 28 de enero, tampoco cabía la posibilidad de prescripción, porque en ese caso habría sido interpuesta en las primeras 2 horas del día siguiente hábil a aquel en que habría vencido el plazo, en el supuesto de que fuera de 2 años, (arts. 24, 25, 27 y 28, Cód. Civil argentino y art. 124, Cód. Procesal).

Que la posibilidad de interrumpir la prescripción liberatoria con la interposición de la demanda dentro del plazo previsto por el art. 124 del Cód. Procesal en el día hábil inmediato posterior al del vencimiento del plazo pertinente que establezca la legislación de fondo, ha sido admitida por la Excm. Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial en el plenario del 9 de mayo de 1983, dictado en autos "Pérez Zameza, Juan C. c. Simone, Héctor s. sumario", pero ya antes se había pronunciado en el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, en fallos del 7/9/76 (ED t. 69, p. 405 - LL t. XXXVII, J-Z, p. 1181, sum. 15-) y del 12/10/76 (LL 1976-D, p. 465) y la Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, el 28/9/76 (ED t. 69, p. 333 -LL 1976-D, p. 298-).

Que por todo ello, siendo, que aun en el supuesto de que hubiera resultado aplicable el derecho argentino, la acción no se encontraría prescripta, las costas deben ser soportadas por los demandados.

Que el Código Civil uruguayo regula la responsabilidad extracontractual en el Libro cuarto "De las obligaciones", Primera Parte "De las obligaciones en general", título I "De las causas eficientes de las obligaciones", capítulo II "De los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos", sección II "De los delitos y cuasidelitos", en los arts. 1319 y 1332.

Que el art. 1319 establece: "Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo".

"Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es con intención de dañar, constituye un delito, cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito".

"En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer".

Que el art. 1320 prescribe: "No son capaces de delito o cuasidelito los menores de 10 años, ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia".

Que el art. 1321 reza: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable".

Que el art. 1322 expresa: "Nadie es responsable del daño que proviene de caso fortuito a que no ha dado causa".

Que el art. 1323 aclara que: "El daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito".

Que el art. 1324 estatuye que: "Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado".

"Así el padre y a falta de éste la madre, son responsables del hecho de los hijos que están bajo potestad y viven en su compañía...".

Que luego de referirse a tutores, curadores, directores de colegio, maestros artesanos y dueños y directores de un establecimiento o empresa, la misma norma expresa en su párrafo final que "La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Que los siguientes artículos de la sección "De los delitos y cuasidelitos", no resultan de aplicación al caso, pues ayudan a la responsabilidad de los posaderos, del propietario de un edificio, de los habitantes del mismo, del dueño de un animal y a la acción de reembolso en caso de responsabilidad por hecho ajeno.

Que el art. 1331 establece que: "Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente del daño causado. No es aplicable esta regla cuando el daño proviene de cuasidelito. Sus autores responderán proporcionalmente".

Que finalmente el art. 1332 regula la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual, que ya ha sido analizado.

Que el conocido autor uruguayo Jorge Peirano Facio en su clásica obra "Responsabilidad extracontractual", Barreiro y Ramos, Montevideo, 1954, al tratar en el capítulo IV el "Fundamento de la responsabilidad civil", luego de un exhaustivo análisis sobre las teorías que consideran a la culpa, al riesgo o a la garantía como el fundamento de la responsabilidad civil y también las teorías, eclécticas, afirma que "En nuestro derecho el problema se plantea de un modo similar al que se planteó en el derecho francés, cuyos pasos siguen a los autores y la jurisprudencia nacionales. Desde el punto de vista legislativo hay lugar a distinguir, también entre nosotros, entre el derecho común cuyo fondo está constituido por las disposiciones del Código Civil, y los sistemas instaurados por las leyes especiales. Respecto del sistema que recoge nuestro Código Civil cabe decir que este cuerpo de leyes, surgido en momentos del apogeo de la tesis tradicional, recogió la noción de culpa, incluso con más exactitud y precisión que el Código Civil francés. Al margen de estas normas que son el derecho común en materia de responsabilidad, el legislador ha dictado algunas leyes destinadas a regir la reparación de daños en ámbitos muy circunscriptos y en las cuales, como acontece con la ley de accidentes de trabajo o con el Código de aeronavegación, recoge los postulados de la teoría del riesgo" (núm. 92, p. 172).

Que "Sin embargo —agrega el autor citado— cabe notar que no siempre nuestra jurisprudencia ha sido tan firme como en los casos de los fallos que vienen de citarse, ya que en muchas ocasiones —bien que aceptando siempre el régimen del Código Civil es el principio de la culpabilidad— nuestros jueces han llegado a soluciones que son propias de la teoría del riesgo; así a pesar del texto expreso del art. 1324 del Cód. Civil no se ha admitido la exoneración de culpa por prueba en contra del agente; o aun aceptándose que no hay responsabilidad sin culpa se afirma que la culpa radica en la creación de un riesgo, a cuyas consecuencias es preciso atenerse. Finalmente, existen sentencias que aunque parten de la idea de culpa dan entrada al concepto de riesgo si bien no buscan con ello, desvirtuar los principios de nuestra legislación sino sólo proporcionar un más justo criterio de interpretación del derecho" (*op. cit.* núm. 92, p. 173).

Que con respecto a las dudas que se plantean a propósito de los daños en cuya producción intervienen asimismo cosas y que generalmente consisten en deslindar cuándo un hecho debe ser calificado hecho de una cosa o cuando menos, causado por una cosa, y cuándo debe ser calificado como resultado de la acción del hombre, es decir en qué casos corresponde aplicar el art. 1319, Peirano Facio expresa que "nuestra jurisprudencia en general aplica la norma del art. 1324 a los accidentes de tránsito automovilísticos (*op. cit.* núm. 315, p. 608 y la jurisprudencia citada en notas 1, 2 y 5). Que ello conlleva una presunción de culpabilidad de quien se sirve de la cosa o la tienen a su cuidado, que autores como Echevarría ven claramente consagrada en el último párr. del art. 1324 ("Responsabilidad civil. Comentario a los artículos 1285 a 1293 del Código Civil", ps. 30/31, Montevideo, 1892, cit. por Peirano Facio, *op. cit.*, núm. 305, ps. 579/80), o según la posición de otros autores el fundamento sería la obligación legal de garantía, que nos obliga a evitar que nuestras cosas dañen a nuestro prójimo (Peirano Facio, *op. cit.*, núm. 305, p. 582).

Que sin embargo, en el caso de transporte benévolo se ha considerado que no resulta de aplicación el art. 1324 "entendiendo que el transportado benévolamente, lo mismo que cualquier persona que en forma graciosa participa del uso de la cosa que le causa un daño, debe buscar la reparación del mismo a través de la norma del art. 1319" (Peirano Facio, *op. cit.*, núm. 319, p. 623).

Que la principal razón en apoyo de esta solución —explica Peirano Facio— deriva, según nuestro modo de ver, de que el Código Civil a este respecto de la responsabilidad por hecho de las cosas habla de aquéllas de que "uno se sirve"; y es evidente que quien participa en el uso de una cosa, está en las condiciones del que se sirve de ella, y por eso debe entenderse que no está amparado por la norma del art. 1324 (*op. cit.*, núm. 319, p. 623).

Que sin embargo otros autores como Arrosa consideran que no hay motivo fundado para establecer, en el caso de transporte benévolo, una excepción al régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas previsto por el art. 1324, inc. 1º ("La responsabilidad civil y el transporte benévolo. Anotaciones de doctrina y jurisprudencia"), La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, t. 37, pp. 297 y siguientes.

Que de cualquier manera, cualquiera sea la posición que se adopte, el conductor de un automóvil es responsable de los daños causados a una persona transportada benévolamente si se prueba su culpa en el accidente.

Que la culpa en el accidente, ninguna duda ofrece en el caso. Ella resulta de la misma contestación de la demanda cuando relatando el hecho, se expresa "...mi hijo aminoró la marcha y como el camión seguía su marcha en forma zigzagueante dirigió el coche hacia su banquina con tal mala fortuna que la rueda izquierda pegó con el borde de la pared derecha de un pozo profundo y torció el automóvil hacia su derecha parando completamente su movimiento con la punta de la trompa del automotor sobrepasando el medio de la calzada; fue entonces cuando el camión, tal vez aminorando su velocidad embistió al vehículo que se encontraba en posición de 45º respecto a su posición normal en la ruta".

Que obviamente, tal circunstancia no puede serle imputada al conductor del camión, pero además, existe bastante prueba concordante sobre la culpabilidad del joven Annan.

Que al absolver posiciones a fs. 242 Guillermo Annan, repite que se tiró a la banquina de su mano y reconoce que "perdió el control del vehículo" y que se le bloqueó la dirección quedando a 45º aproximadamente de su mano derecha.

Que los testigos que deponen en el proceso, que viajaban en el Renault conducido por Annan y en el Taunus conducido por Folatti, todos los cuales, con excepción de Jure, sobrino segundo y primo segundo de los demandados, declaran que la trompa del Renault se había pasado a la otra mano de la ruta.

Que la pericia mecánica producida por el ingeniero Costa, impugnada por la parte actora, cuya impugnación fue contestada por el ingeniero Payba, llega a la conclusión de que Annan circulaba aproximadamente a 70/75 km/h y que al momento del choque el Renault estaba atravesado en la ruta, desviado a su dirección de marcha en un ángulo mayor de 45º.

Que aun cuando los demandados impugnaron el informe del ingeniero Payba, su contestación, parece como suficientemente fundada y cabe aceptar sus conclusiones que concuerdan con la restante prueba.

Que Annan, transgredió el art. 17 de la ordenanza general de tránsito de la intendencia municipal de Maldonado, aprobada por resolución municipal 10.375/75, que establece que los conductores de vehículos deben ser dueños en todo momento del movimiento de los mismos y están obligados a conducirlos a velocidades prudenciales, que serán apreciadas de acuerdo a los lugares o circunstancias para evitar accidentes, perjuicios o molestias a los demás usuarios de la vía pública.

Que es abundante la jurisprudencia de los tribunales del Uruguay que la inobservancia de las normas reguladoras del tránsito hace sufrir una presunción de culpa en perjuicio del contraventor, si la infracción fue la causa del accidente (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. X, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979, Fallos 680, 688 y 689).

Que sobre el particular se ha pronunciado Jorge Gamarra en "Culpa por violación de las leyes y reglamentos", en Anuario de Derecho Civil uruguayo, t. IX, p. 187, quien sostiene que la mayoría de los casos que registran los anuarios afirman que hay culpa en caso de violación de los reglamentos, (I, 1177, 1183, II, 461, VII, 565, etc.).

Que los demandados invocaron la eximente de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito, que debe rechazarse, pudiendo citarse del mismo Anuario, un fallo que estableció: "La eximente de responsabilidad debe estar respaldada por una prueba determinativa, inequívoca, plena, que otorgue total integración al condicionamiento que contiene y eficacia para desconectar la relación causal, máxime si se tiene en cuenta que el art. 1319, Cód. Civil anuncia en forma

preceptiva y terminante la primacía definida del principio de responsabilidad, la obligación primaria que existe de reparar todo daño que se cause, lo cual impone a la excepción, exigencias de irrefragabilidad que, no se dan en la especie..." (*Idem*, t. X, Fallo 368).

Que aun cuando los demandados no han sostenido expresamente que la culpa del accidente, pudiera corresponder al conductor del camión con el que se produjo el choque, no puede dejar de señalarse que no han pedido su citación como tercero interesado.

Que acreditada la culpabilidad del conductor Guillermo Annan en el hecho ilícito, corresponde pronunciarse sobre la responsabilidad que pueda caberle a su padre Moisés Annan, quien era además propietario del vehículo al momento del accidente, como se reconoce expresamente en la contestación de demanda de fs. 101.

Que de conformidad con lo dispuesto por el art. 1324 ya transcripto, existe responsabilidad del padre y de la madre por el hecho ajeno en el caso de actos ilícitos cometidos por los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía.

Que la ley que debe determinar si una persona es menor de edad y se encuentra sometida a la patria potestad es la de su domicilio, ya que el art. 1º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 establece que: "La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio".

Que de acuerdo a las calificaciones autárquicas de domicilio contenidas en el mismo tratado, resulta que el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, se determina en primer lugar por "la residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él" (art. 5º, inc. 1º) y que "el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de éstos, el lugar de su representación" (art. 7º).

Que en virtud de lo que disponen las normas mencionadas, el domicilio de Moisés Annan y el de su hijo se encontraban al momento del accidente —como así también posteriormente— en la República Argentina, pues en ella se hallaba la residencia habitual de los mismos, por lo que resulta aplicable la ley argentina para determinar la capacidad y el ejercicio de la patria potestad (art. 18, Tratado de Montevideo de 1940).

Que por ello, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 126 y 128 del Cód. Civil argentino, Guillermo Angel Annan era menor de edad a la fecha del accidente pues contaba con 18 años de edad, como resulta de la partida de nacimiento de fs. 123.

Que también resulta de las constancias de autos que el menor sujeto a patria potestad vivía con su padre, como lo exige el art. 1324 del Cód. Civil uruguayo para atribuir responsabilidad al progenitor.

Que puede señalarse que Moisés Annan ni siquiera ha invocado que concurra el supuesto de eximente de responsabilidad consagrado en el último párrafo del art. 1324 ya transcripto y por otra parte resulta tácitamente del responde que el menor utilizó el vehículo e incluso participó en la carrera de regularidad con autorización de su padre.

Que además la responsabilidad de Moisés Annan se atribuye en razón de poseer la guarda material del rodado requisito exigido por la jurisprudencia uruguaya para responsabilizar a una persona por el hecho de la cosa.

Que en efecto, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en el sentido de que el titular pasivo de la responsabilidad por el hecho de la cosa es su guardián material, es decir, quien tiene la cosa a su cuidado o se sirve de ella y no su propietario o guardián jurídico (Conf. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. X, ya citado, sumarios núms. 25, 627/29, 361/36);

Que en el caso de un automóvil conducido por el hijo sometido a patria potestad, se considera que la guarda material es conservada por el padre (Conf. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. VIII, ps. 756 y siguientes).

Que por todo lo expuesto Moisés Annan es también responsable del accidente producido por Guillermo A. Annan, siendo dicha responsabilidad solidaria, pues no se trata del supuesto de

coautoría consagrado por el art. 1331 del Cód. Civil, en el que se establece la regla de la proporcionalidad, sino que existen distintos factores de atribución de responsabilidad; en un caso se responde por el hecho propio y en el otro por el hecho de la cosa como guardián material, según lo tiene resuelto pacíficamente la jurisprudencia uruguaya.

Que con respecto a la extensión del resarcimiento cabe señalar que en el derecho civil uruguayo, "la noción de daño, a los efectos del inc. 1º del art. 1319 del Cód. Civil, coincide con la que define el diccionario de la lengua y significa tanto como pérdida, disminución o menoscabo sufrida por un sujeto de derecho, sin que haya lugar a distinguir esta noción vulgar de daño de una pretendida concepción jurídica del mismo.

De un modo un tanto descriptivo, pero sumamente comprensivo, podemos afirmar que daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo (Peirano Facio, op. cit. núm. 202, p. 361).

Que como sucede en otros derechos, también en el uruguayo, la doctrina y la jurisprudencia requieren que el daño sea cierto (D. J. A., 67, 313, A. D. C. U. I., 1236; ídem, II, 449, 451, ídem, VIII, 747), pero no se trata de una certeza absoluta, sino relativa según una razonable y fundada consideración (Gamarra, Jorge, "Panorama de la jurisprudencia más reciente en materia de responsabilidad civil extracontractual", en Anuario de derecho civil uruguayo, t. X, 1979, p. 112).

Que además del resarcimiento de los daños materiales que resulta expresamente del art. 1323 del Cód. Civil uruguayo, ante la falta de una norma legal expresa en el Código Civil que disponga la reparación del daño moral, la doctrina y la jurisprudencia uruguayas se vieron precisadas a pronunciarse sobre su procedencia.

Que la doctrina uruguaya admite desde antiguo la reparación del daño moral, ya que el problema fue planteado en forma orgánica en 1914 por J. J. Amézaga ("Culpa aquiliana. Lecciones del curso de derecho civil", p. 295, Montevideo, 1914), quien expresa que aunque el Código no posea en materia de delitos y cuasidelitos ninguna disposición relativa al daño moral no es ajeno a la idea de daño de que nos habla el art. 1319. Refiriéndose al juramento del Código Civil, en efecto, dice que en los casos de obligaciones civiles provenientes de delito, cuasidelito o dolo, el juez puede diferir juramento cuando sus dudas recaigan sobre el valor real o de afección de las cosas (art. 1611), de lo que concluye que el derecho uruguayo admite la reparación del daño moral (op. cit., p. 305).

Que posteriormente, también aceptaron la indemnización por daño moral J. P. Aramendia ("La reparación pecuniaria del daño moral en doctrina y en nuestro Código Civil" apartado de la Justicia uruguaya; ps. 45 y sigts., núms. 27 y sigts., Montevideo, 1945) y Jorge Peirano Facio (op. cit., núm. 223, p. 396).

Que Jorge Gamarra ("Panorama de la jurisprudencia más reciente en materia de responsabilidad civil extracontractual", en A. D. C. U., t. X, p. 113), bajo el título de "El triunfo del daño moral", afirma que "si hay algo firme es que doctrina, jurisprudencia y derecho positivo, de todo el mundo, aconsejan actualmente su reparación. En Uruguay la doctrina, pero incluso en los últimos tiempos la ley (arts. 63, ley 13.892 y 145, ley 14.106), admiten su reparación, por lo que el problema está incluso resuelto en vía legislativa. Coincidiendo con ello una marcada evolución jurisprudencial, favorable al daño moral, terminó por reducir los pronunciamientos adversos a una escasísima minoría (D. J. A., 68, 833, A. D. C. U., K, 265); por otra parte la jurisprudencia de la Corte está sólidamente asentada, desde mucho tiempo atrás, en pro de su reparación y los tribunales acompañan este criterio así como también los jueces en lo Civil (L. J. U. 39, 5017; 59, 7062; 73, 8787; 74, 8552; 75, 8517),

Que el autor citado sostiene que la pretensión por daño moral es una pretensión indemnizatoria, única configuración compatible con el estado actual del derecho uruguayo (arts. 1319, 1342) a su entender, y considera claramente errónea la fijación del monto del daño moral en proporción al daño patrimonial causado, ya que la indemnización debe calcularse en función del perjuicio sufrido (op. cit., ps. 113/114).

Que también se ha sostenido que la apreciación del daño debe realizarse en concreto y no abstractamente; esto es, valorarse la mayor o menor sensibilidad del lesionado (Ordoqui, Gustavo,

"Derecho judicial y la evaluación del daño extracontractual", en A. D. C. U., t. VIII, p. 262), vale decir que la apreciación, en lo posible, debe adecuarse a datos reales e individuales, en lugar de ficticios y genéricos (Gamarra, Jorge, "Panorama...", op. cit., p. 115).

Que finalmente ha de puntualizarse que si bien la tramitación del proceso se rige por la "lex fori", es decir por la ley procesal del Estado en donde se promueve (art. 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940), "las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso" (art. 2º del mismo Tratado) por lo que la apreciación de las pruebas rendidas en autos ha de efectuarse de acuerdo a las pautas señaladas del derecho uruguayo.

Que entrando en concreto al examen de los daños cuyo resarcimiento pretenden las actoras, cabe señalar que el absurdo error material en que incurrieran quedó subsanado en la audiencia celebrada a fs. 129.

Que luego de la audiencia, los demandados pretenden costas por el incidente, las que resultan manifiestamente improcedentes. En efecto, cuando las actoras dicen 20 años por 12 meses y ponen como resultado 480, la corrección de tan evidente error no podía perjudicar ni favorecer a los demandados que en la audiencia admitieron, como era lógico, su corrección y si no se practicó en ese mismo acto, fue para evitar que se pudiera incurrir en un nuevo error.

Que puede señalarse que, aun cuando en ese momento no estaba en vigencia la norma del art. 125 bis del Cód. Procesal, según la reforma de la ley 22.434, implica una pauta interpretativa importante y establece que el juez "... podrá invitar a las partes a reajustar sus pretensiones, si correspondiere.

Que por ello, la mera corrección de un error evidente, no puede estimarse como constituyendo un incidente que pueda dar lugar a costas.

Que las actoras destacan las diversas actividades que cumplía Sergio O. Maschio, las que lo muestran como multifacético y que de ninguna manera pueden admitirse en su totalidad y con el alcance que se pretende.

Que aun cuando se tratara de un superdotado, no puede admitirse que un joven que sigue sus estudios universitarios, que se destaca en deportes y con amplia vida social, pueda tener el tiempo necesario para una tarea tan absorbente como dirigir una oficina de representaciones publicitarias, a lo que debe sumarse que no puede menos que dudarse que pudiera tener los conocimientos especializados y la capacidad y madurez necesarias para ello máxime cuando también había seguido cursos de inglés y había obtenido el título del I. S. E. R. en "Producción de programas y comerciales para radio y televisión" y actuó como fletero.

Que sobre el particular, debe destacarse que el padre de Sergio era el titular de dicha oficina y falleció el 19 de marzo de 1977.

Que la disminución de ingresos y virtual fracaso en dicha actividad, de la que se pretende se encargó a la muerte del padre no puede dudarse que tal disminución y virtual fracaso no se produce a consecuencia de su muerte, sino el fallecimiento de su padre que, debe suponerse tenía experiencia y capacidad profesional necesarias. Que son poco convincentes las expresiones, huérfanas de prueba por otra parte, de que Sergio O. Maschio se hizo cargo de la oficina, la que marchaba prósperamente y que, recién ante su desaparición, mermaron los ingresos. Razonablemente la disminución se fue produciendo desde la muerte del padre.

Que tratándose de un menor que al fallecimiento del padre sólo contaba 18 años, no puede fácilmente admitirse que haya asumido la dirección, que cabe suponer debió asumir la madre o fue compartida con su progenitora.

Que lo destacado, se encuentra avalado por el informe del perito contador, que muestra una drástica reducción del patrimonio a valores constantes en 1977, antes del fallecimiento de Sergio, luego de la muerte de su padre.

Que luego del fallecimiento de Sergio, en 1978, se observa una mayor reducción y la venta de un paquete de valores ajustables.

Que resulta fundamental, atento a la forma en que se calculó el pedido de indemnización, que no es lo mismo percibir una suma mensual durante 20 años, que percibir anticipadamente el total, pues la misma se calcula para consumirse en dicho plazo y mientras se reduce produce intereses, actualmente muy altos, consecuencia de la inflación constante.

Que desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que el monto reclamado por la actora solamente en concepto de valor vida, que quedó fijado a fs. 130 en \$a 39.073,85 (\$ ley 390.738.480), calculados a valores de enero de 1980; equivaldría actualmente a \$a 1.732.065,62, utilizando el índice de precios mayoristas nivel general publicado por el I. N. D. E. C, por ser el empleado por el perito contador a fs. 345/46.

Que si se actualizan las ganancias del año 1976 de la oficina de representaciones publicitarias del padre, Sergio O. Maschio resulta que el importe que consigna el perito contador a fs. 345 vta., a mayo de 1981 es de \$a 2610,46 anuales, importe que actualizado por el índice mencionado, equivale actualmente a \$a 55.905,61.

Que si se considera que se trata de las ganancias de un año, equivaldría a valores actuales a \$a 4658,80, en tanto la indemnización pretendida por las accionantes equivaldría a \$a 7216,94 mensuales, teniendo en cuenta que se reclamó un período de 20 años, por lo que debe dividirse el importe por 240 meses.

Que ha de considerarse que durante el año 1976, Rodolfo O. Maschio, padre, de Sergio vivía y era quien conducía la empresa, por lo que no puede tenerse en consideración los valores de ese año, como más no sea para advertir que la muerte del padre produjo evidentemente una disminución de las ganancias.

Que entonces, si se consideran las ganancias del año 1977, que valores de mayo de 1981 el perito contador calcula en \$a 1607,89 y que actualizadas al presente equivalen a \$a 34.434,57 anuales, lo que equivaldría a \$a 2869,55 mensuales.

Que en cuanto a la coactora Silvia N. Maschio, hermana de la víctima, no sólo no se ha sostenido y probado debidamente que su sustento haya estado a cargo de su hermano, sino que tampoco se ha sostenido, lo que reviste la mayor importancia, que esté incapacitada para trabajar.

Que en cuanto al daño moral, es procedente fijarlo, también a la fecha de la demanda, en la suma de \$a 4450.

Que debe admitirse por la suma pedida de \$a. 45, el rubro gastos de sepelio.

Que la procedencia del reajuste por depreciación monetaria y de los intereses, así como su "quantum", deben regirse por derecho argentino, ya que por tratarse de cuestiones referidas a las modalidades del pago, se aplica el derecho del lugar de cumplimiento de las obligación.

Que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 33 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940, si no puede determinarse el lugar de cumplimiento de la obligación, ha de considerarse como tal el del domicilio del deudor al momento de nacimiento de la obligación.

Que en este caso el domicilio de los deudores, ubicado en la República Argentina, coincide además con el lugar donde tramita el juicio, por lo que corresponde en definitiva aplicar a este aspecto de la cuestión, derecho argentino.

Que conforme al plenario "Empresa Fournier c. Frusteri", de la Excma. Cámara del Fuero, procede la desvalorización monetaria pedida, cuyo monto no puede fijarse por pautas rígidas, sino quedar librado al prudente arbitrio judicial, teniendo en cuenta como elemento importante, aunque no vinculatorio, los índices de nivel general de precios al por mayor y al por menor del Indec., de los que no cabe apartarse excesivamente, además de las constancias del proceso.

Que teniendo en cuenta la fecha del accidente, la de la demanda y que no todos los rubros se incrementan en igual proporción, se elevan hasta \$a 280.000, el daño ocasionado por la muerte de Sergio Maschio, hasta \$a 170.000 al daño moral y hasta \$a 10.000, los gastos de sepelio.

Que al reconocerse la actualización, los intereses no pueden calcularse a las tasas comunes, que contemplan el fenómeno inflacionario, sino que debe acordarse el llamado "interés puro", a

cuyo efecto las leyes 21.488; 21.499 y 21.839, al fijarlo en el 6% anual, dan una pauta interpretativa y es el que admite la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. sala III, BJ, 649-9226; sala VI, exp. 17.497 y sala IV, exp. 61.641).

Que los intereses se devengan en el caso, desde el día del fallecimiento de Sergio Maschio, con excepción de los gastos de sepelio, que devengan desde la fecha de la factura.

Que las costas deben imponerse a la parte demandada en su totalidad, incluida la excepción que fue rechazada.

Por estas consideraciones, normas legales y jurisprudencia citadas, fallo: I. Rechazando la excepción de prescripción opuesta.

II. Haciendo lugar parcialmente a la demanda deducida por indemnización de daños y perjuicios, condeno a Guillermo A. Annan y a Moisés Annan, en forma solidaria, a pagar a las actoras Wally D. Reger de Maschio y Silvia N. Maschio, dentro de los 10 días de notificado y bajo apercibimiento de ejecución, la cantidad de \$a 460.000, con más sus intereses al 6% anual, desde las fechas indicadas en los considerandos para cada rubro, hasta la de este pronunciamiento y a las tasas del Banco de la Nación Argentina, consideradas como vencidas, en lo sucesivo y hasta el efectivo pago.

III. Con las costas de la excepción y del proceso, a cargo de los demandados.- J. A. Noodt Lorenzen.