

Rivas Cordero c. Natanson

CNCiv., Sala I, 14/04/88, "Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s. daños y perjuicios".

Accidente de tránsito ocurrido en Uruguay. Juicio en trámite en Argentina. Jurisdicción internacional. Domicilio del demandado. Derecho aplicable. Hechos ilícitos. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Lugar donde se produjo el hecho ilícito. Convenio bilateral con Uruguay sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. Involucrados domiciliados únicamente en Argentina. Vigencia posterior al accidente. Ámbito temporal pasivo. Problemas de derecho transitorio. Irretroactividad de los tratados. Autonomía de la voluntad. Elección en el proceso del derecho aplicable. Prohibición legal. Aplicación de oficio del derecho extranjero. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. CIDIP II sobre Normas Generales. Convenio con Uruguay sobre aplicación e información del derecho extranjero.

En la ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 14 días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos: "*Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s. daños y perjuicios*" respecto de la sentencia corriente a fs. 517/21, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dres. Borda, Ojea Quintana y Fermé.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. Borda dijo: I. Contra la sentencia de fs. 517/21 que hizo lugar a la demanda entablada por Santiago Rivas Cordero, y en su mérito condenó a Jorge Gustavo Natanson y a Inca S.A. Cía. de Seguros, se alzaron todas las partes. La citada en garantía expresó agravios a fs. 577/81, la parte actora a fs. 582/91 y la demandada a fs. 595/97. A fs. 599/602, fs. 603/4, fs. 605/6 y fs. 607/9 obran las contestaciones de agravios presentadas por las partes.

II. Las recurrentes cuestionan la atribución de responsabilidad establecida en primera instancia.

El accidente que motiva el presente tuvo lugar el día 14 de enero de 1989, en la Ruta N° 10, a la altura del km 126, en la mano de circulación que va hacia Punta del Este, en la República Oriental del Uruguay, en oportunidad que el actor que se hallaba caminando por la banquina, fue embestido por el vehículo del demandado.

Habida cuenta de la existencia de elementos extranjeros relevantes en el caso, y como comparto las consideraciones que en el transcurso del estudio y deliberación ha formulado sobre el punto el Dr. Fermé y que expresará al votar en este acuerdo, adhiero a las mismas y sus conclusiones acerca del derecho aplicable.

Por ello, teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto por el derecho uruguayo en relación con la responsabilidad civil que pretende hacerse efectiva contra el demandado en este proceso, será necesario, a fin de juzgar si se ha mediado ruptura del nexo causal o desvirtuación de la presunción de culpa que emana de la ley, determinar la medida en que ha incidido en la producción del daño la conducta de la víctima alegada por la demandada como eximente y admitida en forma parcial por el *a quo*.

El accionado no ha logrado acreditar que, al momento del hecho, el actor estuviese caminando por la ruta y no por la banquina —como éste ha alegado—, como así tampoco que se

encontrare alcoholizado, o bajo el efecto de alguna droga, ni que el grupo de personas, en el que se hallaba la víctima, transitara en forma desordenada.

Mas, sin perjuicio de ello, considero que las circunstancias que resultan de autos permiten afirmar que la conducta asumida por la víctima en la emergencia ha contribuido a la ocurrencia del accidente en estudio, aunque disiento con el porcentaje de responsabilidad que le ha otorgado el primer sentenciante.

Ello así, no por el hecho de circular por la banquina (así ha de considerarse, puesto que el de hacerlo por la ruta, invocado por la parte demandada como eximente no ha sido demostrado como tampoco que el grupo lo hiciera jugando de manos —agravios, fs. 278- y no es exacto que el actor reconociera al absolver posiciones que iba por la ruta (como se afirma a fs. 604, cfr. respuesta de fs. 230 vta. a la posición 1ª del pliego de fs. 228). Y, que no traduce en sí mismo negligencia o imprudencia: pero circular por ese espacio a las 2.30 hs. en igual dirección que los vehículos que se desplazaban por la mano contigua, haciendo auto-stop o "dedo", como lo dijo uno de los acompañantes del actor en el acta de fs. 7 (Jobke) comporta sin duda aquella negligencia o imprudencia, pues impidió advertir con anticipación la presencia de dichos vehículos, dificultándose así la posibilidad de adoptar las precauciones o realizar los movimientos que la proximidad de los mismos podía requerir. El interés de la víctima y sus acompañantes en ser transportados hacia Punta del Este y la eventual imposibilidad de lograrlo en caso de caminar por la banquina opuesta no los autorizaba a circular en la forma en que lo hacían, con grave riesgo para sí e inclusive para terceros. En todo caso, debieron aguardar ser transportados detenidos en la banquina, en posición que les permitiera observar los automotores que circulaban hacia dicha localidad.

Pero la conducta del demandado ha de ser objeto de un reproche mayor, pues habiendo observado la presencia de personas en el lugar, sólo atinó a dar un golpe de volante, pero no pudo evitar embestir al accionante (ver fs. 7 vta.). Evidentemente, Natanson no ha sabido mantener el pleno control de su vehículo. Y esto constituye una obligación inexcusable de todo conductor, que debe estar siempre presto a afrontar las contingencias del tránsito, entre las que se encuentra el peatón distraído e incluso imprudente (exptes. 67.559, 76.615, etc.). Además, en la especie, no está demostrado que la víctima haya aparecido sorpresivamente delante del automóvil y, por otra parte, también, cabe tener en cuenta que el demandado conocía el lugar —ya que según lo dicho en oportunidad de absolver posiciones vivía cerca de allí (fs. 230)- y que, por lo tanto, debió prever la presencia de jóvenes en las adyacencias de la discoteca.

Por ello, y ponderando las distinta gravedad de las conductas desarrolladas por los partícipes en el accidente y su influencia causal, estimo que corresponde responsabilizar al demandado, (arts. 1319, 1324, Código Civil Uruguayo) por el 70% de los daños experimentados por la sentencia apelada, estableciéndose que el accidente en estudio ha ocurrido en un 70% por culpa del accionado y en un 30% por culpa del actor.

III. Causa agravio a la demandada y a la citada en garantía la suma indemnizatoria otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente.

El actor ha sufrido, como consecuencia del accidente, un traumatismo en su antepie izquierdo, produciéndose un scalp de dorso de pie y luxación expuesta del primer metatarsiano. Ha requerido tratamiento quirúrgico primario (operación de la fractura expuesta) y tratamiento secundario con injerto de piel por el scalp. Ha informado el perito médico —a fs. 316- que pudo constatar la existencia de rigidez de la articulación metatarso falángica del hallux (dedo gordo), y en el resto de los dedos del pie izquierdo, como así también deformidad artrósica compatible con la lesión, a nivel de la articulación cuneometatarsia del hallux y que el actor presenta piel atrófica (piel injertada) de 13 cms. por 6 cm. desde la parte interna del tobillo hasta la raíz de los dedos y una cicatriz de 24 cm por 1 cm en el muslo izquierdo (zona dadora del injerto).

Habida cuenta que, en oportunidad de absolver posiciones (fs. 230 vta.), el actor manifestó que se encontraba físicamente normal y que, además, aclaró que caminaba normalmente (ver respuesta dada a la posición quinta del pliego de fs. 229), cabe apartarse del dictamen pericial en cuanto el experto sostiene que, además de las secuelas antes descriptas, a aquél le resultaba dificultoso despegar la punta del pie en marcha.

Por el contrario, cabe señalar que los informes emanados de la dirección General del Personal Naval, de la Armada Argentina (fs. 292 y 296), carecen de relevancia a efecto de probar la inexistencia de secuelas en el actor, ya que estas constancias administrativas no pueden oponerse a las conclusiones del perito médico.

A fin de determinar el resarcimiento debido a título de incapacidad sobreviniente, las secuelas deben ponderarse en tanto representen indirectamente un perjuicio patrimonial para la víctima, o sea, en cuanto impliquen una minusvalía que comprometa sus aptitudes laborales y la vida de relación en general, y, de ese modo frustren posibilidades económicas o incrementen gastos futuros, lo cual, por lo demás debe valorarse atendiendo a las circunstancias personales, socioeconómicas y culturales de aquélla. Como así también que tampoco cabe atenerse sin más a los porcentajes de incapacidad estimados en función de tablas genéricas, propias del derecho laboral, pues de lo que se trata en juicios de la naturaleza del presente es de apreciar la concreta incidencia que las secuelas, según su naturaleza y entidad, puedan tener sobre una persona determinada en orden al mentado menoscabo patrimonial.

Santiago Rivas Cordero tenía 18 años al momento de ocurrir el siniestro, y –según resulta de las constancias del beneficio de litigar sin gastos (fs. 49 y fs. 54/5)– es estudiante y trabaja en relación de dependencia.

Ponderando las pautas esbozadas precedentemente, como así también las secuelas antes descriptas (con excepción de la relativa a la supuesta dificultad en la marcha) estimo equitativo propiciar que esta indemnización sea reducida, teniendo en cuenta la atribución de responsabilidad que en el presente se propone, a la suma de \$13.000.

IV. También encuentro atendible, la queja que esbozan la demandada y la citada en garantía en relación al resarcimiento fijado en concepto de daño moral.

A efectos de ponderar el quantum de este resarcimiento cabe tener en cuenta la entidad de las lesiones sufridas, los tratamientos recibidos, el hecho de que el actor debió someterse a dos intervenciones quirúrgicas (la primera vez, para reducir la fractura expuesta y la segunda, para efectuar un injerto de piel), el tiempo que debió permanecer internado y la índole de las secuelas físicas y estéticas (piel atrófica en el dorso del pie de 13 cm por 6 cm y una cicatriz importante de 24 cm por 1 cm), como así también los padecimientos de inseguridad, angustia y otros íntimos padecimientos que éstas han debido generar al actor que se encontraba en su adolescencia cuando ocurrió el accidente. Valorando, pues, estas circunstancias estimo que la suma de \$10.000, en atención a la distribución de responsabilidad que en este voto se propone, resulta equitativa.

V. En cambio no resultan procedentes los agravios vertidos en relación al importe fijado para compensar las erogaciones efectuadas en concepto de asistencia médica.

Al respecto, cabe señalar –como lo hemos hecho en anteriores oportunidades (exptes. 64.958, 72.520, entre otros)– que la sola circunstancia de contar con la cobertura de una obra social o de una cobertura médica prepaga –adecuadamente valorada por el a quo– no excluye que el actor haya debido incurrir en tales desembolsos, que pueden presumirse cuando, como sucede en el caso, se adecuan a la índole de las lesiones, tratamientos indicados e intervenciones quirúrgicas realizadas. Además, cuadra indicar que carece de relevancia que Asistencia Médica Internacional haya abonado la totalidad de los gastos médicos (ver fs. 338), pues esta entidad sólo se ha hecho cargo de la asistencia recibida por el actor en el Uruguay, y luego, cuando éste fue trasladado a nuestro país se le efectuó una nueva intervención quirúrgica y continuó el tratamiento hasta la rehabilitación.

Por ello, y toda vez que el importe acordado en la instancia inferior –que, ante la modificación en materia de responsabilidad que se propone en el presente, resulta elevado a la suma de \$1181,6– no es elevado, voto para que este agravio sea rechazado.

VI. Por todo lo expuesto, voto para que se modifique la sentencia apelada, estableciéndose que el demandado debe resarcir el 70% de los daños sufridos por el actor y reduciéndose el monto de la condena a la cantidad de veinticuatro mil ciento ochenta y uno con seis (\$24.181,6), con costas de esta instancia en el orden causado.

Por razones análogas a las expuestas el Dr. Ojea Quintana adhiere al voto que antecede.

El doctor Fermé dijo: El accidente de tránsito que hemos de juzgar se produjo en la República Oriental del Uruguay. En su momento, la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos reposó en el domicilio de la parte demandada. Ahora bien, en lo que atañe al derecho aplicable, es preciso consultar, en primer término, las fuentes del Derecho Internacional Privado convencional, cuando existen, lo que ocurre en el caso y no fue advertido ni por las partes ni por el primer juzgador. El tribunal de alzada no se encuentra impedido de hacerlo por los conocidos límites que impone el recurso a la jurisdicción del tribunal de apelación (art. 271, cód. procesal, en correlación con lo dispuesto en el art. 163, inc. 6° del mismo código), puesto que abierta la discusión sobre los temas relativos a la existencia de responsabilidad y la reparación, al juez incumbe aplicar el derecho que corresponde, por imperativo de la ley (art. e inciso citados en segundo término). La cuestión no se altera por el hecho de que las partes hubieren efectuado sus alegaciones con mención del derecho civil argentino y consentido la sentencia que aplica tal derecho, puesto que no pudiendo elegirse el derecho aplicable a los hechos ilícitos (la elección está vedada tanto en las fuentes convencionales como internas de nuestro Derecho Internacional Privado para esta materia), ni siquiera sería posible hacer referencia a una elección tácita resultante de una invocación o consentimiento coincidentes como la acontecida, por ej. en el caso "Deutsches Reisebüro, G. M. c. Speter, Armando", resuelto por la sala E de la CNCom., el 27-2-84). No es viable, sobre el punto, un acuerdo procesal concluyente. Por lo demás, el tribunal está obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero que resultase indicado por las normas del Derecho Internacional Privado (art. 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1939 y 1940; art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo 1979 [CIDIP II]).

En el caso, como se verá, la aplicación del derecho extranjero es una posibilidad que debe analizarse.

En efecto, no se discute que lo que se juzga es cuestión relativa a la responsabilidad por hechos ilícitos. De conformidad con el art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940, "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". Así, pues, una primera aproximación al tema nos indicaría como aplicable al accidente que se juzga el derecho uruguayo, puesto que en territorio de ese país se produjo el hecho del que la parte actora pretende derivar obligaciones referidas a la indemnización del daño sufrido con motivo del suceso. Empero, es preciso también tener en cuenta que nuestro país y la República Oriental del Uruguay han celebrado un Convenio en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito (aprobado por la República Argentina por ley 24.106), concluido en Buenos Aires el 8 de julio de 1971, llamado a entrar en vigor por el canje de los instrumentos de ratificación (art. 11 del convenio), lo que recién aconteció el día 7 de julio de 1995, dato suministrado por la Dirección Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. El mencionado convenio determina la ley aplicable y la jurisdicción internacionalmente competente en casos de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito acaecidos en territorio de un Estado parte y en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en el otro Estado parte (art. 1). Según su art. 2, la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se produjo el accidente, mientras que si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último. Tal es lo que ha acontecido en el caso de autos, de modo que no resulta indiferente la aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que conduce a la aplicación del derecho del lugar en que el hecho ilícito se produjo (expresión cuyo sentido es susceptible, como se verá, de interpretación) y que al menos a primera vista apunta a la aplicación del derecho uruguayo, o del Convenio recién mencionado, que determinaría como aplicable el derecho domiciliario de las personas participantes o afectadas y, por ende, al derecho argentino.

El accidente que se juzga aconteció el 14 de enero de 1989, o sea que al tiempo de suceder el mismo no se hallaba en vigencia el convenio y sí el tratado, mientras que al tiempo del juzgamiento, ya se produjo la entrada en vigor del convenio. Como decía Goldschmidt ("Derecho

Internacional Privado Derecho de la tolerancia", 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, n° 60, págs. 61/66) he aquí el supuesto en que el caso permanece y cambian las normas de Derecho Internacional Privado, lo que conduce al estudio del ámbito temporal pasivo de las normas respectivas. ¿Habrá de aplicarse el convenio bilateral a un accidente ocurrido antes de su vigencia o habrá de considerarse su sumisión a las normas ahora desplazadas pero vigentes al tiempo del hecho que se juzga?

La sucesión de normas de Derecho Internacional Privado en el tiempo es cuestión que, debido a que las normas indirectas suelen carecer de derecho transitorio especial, ha dado lugar a variadas doctrinas y hay valiosas obras dedicadas específicamente al tema (v.gr. Gavaldá, "Les conflits dans le temps" en *Droit International Privé*, Paris, 1955). No es este el lugar de hacer crónica de tales doctrinas (puede verse una sencilla y clara explicación del tema en Haroldo Texeiro Valladao, "Derecho Internacional Privado - Introducción y Parte General", trad. de Leonel Perezniño Castro, ed. Trillas, México, cap. 20), ni de decidirse por una u otra, pues a ellas habrá de acudir sólo en ausencia de preceptos normativos de derecho transitorio propios del Derecho Internacional Privado (según Boggiano, que cita la obra de Giardina en igual sentido, "lo ideal hubiese sido establecer normas de derecho transitorio especialmente aplicables a las normas de derecho internacional privado", "Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Depalma, t. III, pág. 70 y "La doble nacionalidad en D.I. Privado", Depalma, 1973, pág. 120. Así sucede en la reforma hecha en el derecho italiana en 1995). Cuando la cuestión se aborda en relación con fuentes de derecho interno, resulta posible hacer mérito de la falta de especificidad de las normas del Código Civil en relación con los problemas particulares del Derecho Internacional Privado y, con ello, adentrarse en la búsqueda de una solución apropiada y específica, con base en la elaboración doctrinal, mas reposando la solución del tema en normas contenidas en tratados o convenios internacionales, fuerza de preguntar sobre el ámbito temporal pasivo de normas de tal carácter. Aun así, la cuestión ha preocupado a los estudiosos, que señalan la conveniencia, al igual que respecto de la fuente interna, de que las normas del D. I. Privado determinen ellas mismas su aplicación temporal y elogian que varias Convenciones de La Haya así lo resuelvan (cfr. Ramón Viñas Farré, "Unificación del Derecho Internacional Privado Conferencia de La Haya D. I. Pr.", Bosch Casa Editorial, Barcelona, cap. II, II. C) "Aplicación de las reglas convencionales en el tiempo", y E] "Conflictos de Convenciones", págs. 68 y ss. y 80 y ss. Ver también la obra de Rigaux que cito luego, en el lugar allí mencionado).

El convenio bilateral uruguayo argentino nada dice sobre su aplicación temporal, como tampoco acerca de su relación con los Tratados de Montevideo.

Ahora bien, es indudable que hay que tener en cuenta las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues como enseña Rigaux, cuando la norma de conflicto de leyes o de conflicto de jurisdicciones pertenece a un tratado internacional, los problemas de derecho transitorio que puede suscitar dependen del derecho internacional general ("Derecho Internacional Privado, Parte General", Madrid, 198, pág. 408).

No puede desprenderse del convenio bilateral que las partes hayan tenido la intención de que aun los casos acontecidos con anterioridad se sujetasen al mismo, de modo de considerar "terminado" entre ellas el Tratado de 1940, en los términos del art. 59 de la Convención de Viena. Por lo demás, el Tratado de 1940 posee un contenido que excede, en mucho al convenio bilateral.

En su Parte III, "Observancia, aplicación e interpretación de los Tratados", la Sección 2, "Aplicación de los Tratados", de la mencionada convención, contiene el art. 28, cuyo título sienta el principio general que el texto desarrolla: "Irretroactividad de los Tratados". Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo. Por su parte, el art. 30, "Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia", establece las siguientes reglas:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes".

"2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último".

"3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior".

"4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:"

"a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma anunciada en el párrafo 3;"

"b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes".

"5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme el artículo 60, ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado".

Las reglas contenidas en el art. 30 resuelven la cuestión relativa a la vigencia del convenio bilateral uruguayo argentino en el sentido de que en las relaciones entre estos dos países ha de prevalecer ese convenio, pese a que sobre la misma materia coexiste con el Tratado de 1940 que también incluye al Paraguay, pues responden a la idea de que entre los Estados contratantes de ambos tratados sucesivos prevalece el ulterior, en tanto respecto del Estado que no tomó parte en éste, se mantienen íntegramente las disposiciones del anterior. Esto así, por cuanto la solución resulta de dos principios, el de la sucesión de los tratados en el tiempo y el de la ineficacia de los tratados respecto de terceros Estados (Benedetto Conforti, "Derecho Internacional", ed. española revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa, Zavallía, pág. 123). Dicen Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse que "la observancia de los tratados impuesta por la norma *pacta sunt servanda* plantea el problema de un eventual conflicto de incompatibilidad entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia. El sistema incorporado a la Convención en el art. 30 parte de la prioridad en la aplicación del tratado posterior, siempre y cuando esté en vigor, entre quienes son partes en el segundo tratado.... El art. 30.4 se ocupa del caso en que no todas las partes del tratado anterior son partes en el tratado posterior. En este supuesto lo que se analiza son las relaciones emergentes de los tratados y no el orden de prelación de un tratado sobre otro.... A los fines de una mejor comprensión debe pensarse en un tratado multilateral como en una suma de tratados bilaterales en lo que concierne a la pluralidad de vínculos jurídicos generados por el tratado multilateral. Esta disposición es aplicación del principio de la relatividad de las relaciones emergentes de un tratado multilateral" ("Derecho Internacional Público", Zavallía, Buenos Aires, 1994, t. I, págs. 116 y ss. texto y nota 204).

Ahora bien, esa prevalecencia del convenio bilateral en las relaciones argentino-uruguayas, indiscutible respecto de hechos acaecidos luego de su ratificación y vigencia, no resuelve, a mi juicio, la cuestión medular abordada, desde que por tratarse de un convenio que no sólo regula comportamientos de los Estados en sus relaciones entre sí, como sujetos del Derecho Internacional, sino que, por contener reglas de derecho sustancial encaminadas a resolver conflictos entre particulares, personas físicas o jurídicas (y en tal sentido las normas de Derecho Internacional Privado que indican el derecho aplicable también son sustanciales, pues resuelven el caso, si bien de modo indirecto), pueden encontrarse afectados derechos si se aceptase la posibilidad de una aplicación sobre casos acontecidos en sus hechos relevantes antes de la vigencia del convenio nuevo y en ese sentido, cobra relevancia la regla de la irretroactividad que como criterio general aparece en el transcripto art. 28.

No se me escapa que podrá sostenerse que la aplicación inmediata de las reglas del convenio bilateral no implicaría retroactividad, pero con palabras empleadas en un plenario de esta Cámara

respondo que la obligación que tiene causa en el hecho ilícito encuadra en la categoría de "relación jurídica" y que la opinión general somete la regulación de tal categoría de hechos a la ley vigente al tiempo de producirse (se citaron al respecto las obras de Gabba, Jossierand, Ripert y Boulanger, Roubier, Laval y Busso) y se añadió que ello se explica porque el hecho ilícito, que es fuente de la obligación del responsable al producirse instantáneamente, no queda sometido a acción fecundante alguna del tiempo, ni perdura más allá que en la virtualidad de sus consecuencias de esas pendientes de reparación. Corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de esa obligación, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (CNCiv., en pleno, 21-12-71, "Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu, S.A.", LL, 146-273). Por último, vale recordar que al referirse al ámbito temporal pasivo de los tratados de Montevideo, Goldschmidt enseñaba que "en cuanto a las normas indirectas, lo decisivo es el momento en que se realizan los hechos contemplados por el punto de conexión de la norma indirecta de cuya aplicación se trate" (nota a fallo, "En torno al problema del ámbito intertemporal del Tratado de Montevideo de 1940", JA, 1957-II-341).

De todo ello concluyo que el caso ha de resolverse por aplicación de la regla de conflicto contenida en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y no por las del convenio bilateral. Me adelanto desde ya a señalar que con la solución que a la postre ha de tener el caso según la propuesta de la Dra. Borda según cánones del derecho uruguayo, no diferente de la que correspondería según derecho argentino, la cuestión, en definitiva, parecerá puramente académica, y todo lo anterior que llevo dicho una pérdida de tiempo volcada dentro de una decisión jurisdiccional, pero lo cierto es que frente a la existencia de convenciones o tratados internacionales, incumbe a los jueces, como órganos del Estado, velar por su apropiada aplicación y cumplimiento, pues la falta de respeto a las que deben ser aplicadas en un caso concreto pueden generar responsabilidad internacional. Así ha acabado por recocerlo en su jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El caso, por tanto, ha de juzgarse de conformidad con "la ley del lugar en donde se produjo el hecho ilícito" (art. 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940). Prima facie, conforme al criterio generalizado anterior, por tal había de entenderse el lugar en donde ocurriera el hecho o la conducta dañosa, siguiendo el principio de la *lex loci delicti commisi*, no exento de críticas (cfr. Fermé, "La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el Derecho Internacional Privado", relato al X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y 4º Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, 1989, II.c). El despacho de la Sección Derecho Internacional Privado en los mencionados congresos, recomendó, *de lege lata*, sobre los Tratados de Montevideo, tener en cuenta que su redacción no impide efectuar calificaciones autóctonas innovadoras respecto del "lugar donde el hecho se produjo", contemplando, dentro del concepto señalado, no sólo el lugar donde se exterioriza la conducta, sino también aquel donde se producen sus consecuencias. Empero, es dudoso que hoy día, en un caso mixto argentino uruguayo resulte legítimo acudir a tal interpretación de los términos del punto de contacto empleado por la norma, desde que en el convenio bilateral, si bien es indudable que las recomendaciones de los congresos citados fueron bien tenidas en cuenta, se mantuvo como criterio básico el de que la responsabilidad se juzga por el derecho del Estado en cuyo territorio "se produjo el accidente" (art. 2, primer párrafo) y sólo en caso de que resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado parte el mismo se regulará por el derecho de este último (art. cit., párrafo segundo). Me parece, entonces, que en la inteligencia de ambos países resultaba necesario un nuevo tratado y no simplemente una nueva interpretación del existente, para que en tales supuestos se sometiese la responsabilidad de que se trata a la ley del país donde repercuten las consecuencias dañosas.

En suma, el caso ha de someterse al derecho uruguayo. Y, puesto que, como ya lo adelanté, corresponde aplicar de oficio el derecho extranjero llamado a resolverlo por el sistema de derecho internacional privado, paso a continuación a referirme a su contenido, pues no resulta conveniente suspender el dictado de la sentencia para hacerlo constar de manera auténtica en el expediente, puesto que el punto no se encuentra reglamentado de modo que así deba hacerse obligatoriamente. La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del derecho extranjero (CIDIP-II, Montevideo, 1979), establece modos de obtener tal información y crea

obligaciones a los estados miembros respecto de proveerla, mas no limita los modos de conocimiento del derecho extranjero por parte del tribunal de la causa.

Por lo demás, el derecho uruguayo habrá de aplicarse "tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable" (art. 2 de la Convención de Normas Generales de Derecho Internacional Privado y art. 1° del Convenio argentino-uruguayo sobre la aplicación e información del derecho extranjero, Buenos Aires, 1980, que recogen la teoría del uso jurídico), de donde resulta necesario no sólo el conocimiento de las normas del derecho extranjero aplicable, sino también su doctrina y jurisprudencia, ya que en esa aplicación el tribunal carece de la libertad de interpretación y demás facultades que le son reconocidas en la aplicación del propio derecho.

El derecho uruguayo legisla la responsabilidad civil extracontractual en el libro IV, título I, cap. II, sec. II del código civil. Según el art. 1319, "todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia sucedió, 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 un hacer o no hacer".

El art. 1320 relativo a los actos de menores y la responsabilidad de padres y guardadores carece de trascendencia para el caso de autos.

El art. 1321 señala que "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". Y según el art. 1322, "nadie es responsable del daño que proviene del caso fortuito a que no ha dado causa".

Según el art. 1324, "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 o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado...". Según el mismo precepto, "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".

En el Código Civil anotado (Montevideo, 1952), se señala que la responsabilidad que nace de los cuasidelitos sólo puede hacerse efectiva cuando el daño es debido a esos actos y no a imprudencia de las personas damnificadas, pues es un principio elemental de justicia que los descuidos o culpas sólo deben perjudicar a su autor pero ello no es causa eximente de responsabilidad para quien también incurre en falta, sino que hay lugar a la declaración de culpa común (tomo III, págs. 104 y 105, notas 129 y 138 al art. 1319).

Peirano Facio dice que la jurisprudencia uruguaya suele aplicar el art. 1324 a los accidentes de tránsito automovilísticos, lo que conlleva, añade, una presunción de culpabilidad de quien se sirve de la cosa o la tiene a su cuidado, que autores como Echeverría (Responsabilidad civil. Comentario a los artículos 1285 a 1293 del Código Civil, págs. 30/31, Montevideo, 1892) ven claramente consagrada en el último párrafo del artículo (Responsabilidad extracontractual, Montevideo, 1954, n° 305, págs. 579/80). Según otros autores, el fundamento se encuentra en una obligación legal de garantía, que nos obliga a evitar que nuestras cosas dañen al prójimo (Peirano Facio, op. cit., pág. 582). Según el mismo autor, la jurisprudencia ha arribado incluso a soluciones propias de la teoría del riesgo, o aún aceptándose no haber responsabilidad sin culpa, se afirma que la culpa consiste en la creación de un riesgo, a cuyas consecuencias hay que atenerse (pág. 173). Similares datos pueden extraerse del informe preparado por el Catedrático Profesor Enrique V. Frigerio como titular de Derecho Civil, a pedido de la Autoridad Central uruguaya en la solicitud formulada en los autos "Martínez, Gerardo Jesús c. Iglesias, Juan Manuel", del registro de nuestro juzgado 76, aunque el informante no se muestra partidario de la teoría del riesgo. En las mismas actuaciones, su colega, Jorge Gamarra informa igualmente sobre la inversión de la carga de la prueba. Según Gamarra, el art. 1324 alude a quien tiene la guarda material del automóvil. Lo mismo dice Frigerio, según quien la jurisprudencia uruguaya se inclinó con muy pocas excepciones por este criterio, que postulan Peirano Facio y Gamarra, en obras que cita, aunque añadiendo que conforme al principio de normalidad general, la guarda jurídica

genera la presunción de la materia; por lo que el problema solamente se plantea cuando se alegare y probare que el titular del poder jurídico, en los hechos, no lo tenía o no podía ejercerlo.

"El daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito" (art. 1323, cód. civil). Según Peirano Faño (op. cit. n° 202, pág. 361), la noción de daño, a los efectos del inc. 1° del art. 1319 del cód. civil, coincide con la que define el diccionario de la lengua y significa tanto como pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho, sin que haya lugar a distinguir esta noción vulgar de daño de una pretendida concepción jurídica del mismo.

Si bien carece de norma legal expresa, el derecho uruguayo admite la reparabilidad del daño moral, con carácter resarcitorio (a los efectos de no prolongar en demasía esta suerte de informe ad hoc sobre el contenido del derecho uruguayo, véase sobre el punto el contenido de la sentencia dictada por el que fuera juez del fuero, Julio A. Noodt Lorenzen (publicada en LL 1986-B-387, con nota de Alicia Perugini, La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo), donde se recogen datos certeros y precisos sobre la evolución doctrinaria y jurisprudencial acaecida en el vecino país sobre el tema. A dicha evolución se refiere también el informe del profesor Frigerio a que antes aludía. Al tema dedica su trabajo "El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado", la Dra. Beatriz Venturini (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992).

El juez debe ponderar el perjuicio acudiendo a las reglas de experiencia y apreciando la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica (arts. 140 y 141, código general del proceso del Uruguay; Tribunal de apelac. del 2° turno, 19-2-68 y 17-7-89, cit. por Gamarra).

Tales son, pues, los contenidos del derecho uruguayo que habrán de tenerse en cuenta para resolver el caso en examen, contenidos que esta sala ya ha aplicado en su sentencia interlocutoria del 30-7-1986 en autos "Gutter, Marcos c. Alvarez, O.", JA, 1987-I-221).

No deseo abrir polémica sobre la calificación que corresponde a la cuestión atinente a las costas y su relación con la reparación del daño, pero señalo que en opinión del profesor Frigerio vertida en el informe mencionado, "los gastos causídicos son extraños al daño reparable y su imposición en la sentencia se determinará en función de la conducta procesal, tal como lo dispone el art. 668 del cód. civil. Y así lo tiene decidido la Corte Suprema de Justicia en anteriores y actual integración...".

En cuanto a los intereses, desde que atañen a cuestiones vinculadas con el pago y su oportunidad, habrá que estar al derecho argentino, como derecho del domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación, al no poderse determinar, en ese momento, por su naturaleza, un lugar de cumplimiento de la obligación de resarcir el daño causado por el daño ilícito (art. 33, Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940).

Como comparto las consideraciones que sobre la forma en que corresponde resolver los agravios traídos a conocimiento del tribunal se formulan en el voto de la Dra. Borda, lo hago en igual sentido, destacando que la solución propuesta, fundada en la aplicación del derecho uruguayo no resulta en modo alguno "manifiestamente contraria a los principios" del orden público internacional argentino (art. 5, Convención de normas generales de Derecho Internacional Privado).

Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: modificar la sentencia apelada, reduciendo el monto de la condena a la cantidad de pesos veinticuatro mil ciento ochenta y uno, con seis (\$24.181,6). Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado.

En atención a lo resuelto precedentemente y lo establecido en el art. 279 del cód. procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas en el primer pronunciamiento. Y en atención al monto por el que prospera la demanda, la labor profesional apreciada en su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts. 6°, 7°, 9°, 19, 37 y 38 y concordantes de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, regúlanse los honorarios del patrocinio letrado y representación de la parte actora, Dres. Palamarca, Cordero y Wainfeld, en

conjunto; los de los letrados apoderados de la citada en garantía, Dres. Tiberi y Ferrari, en conjunto, y los correspondientes al letrado apoderado del codemandado Natanson, Dr. Matrajt. Considerando los trabajos efectuados por los expertos, su incidencia en el resultado del proceso y las pautas del art. 13 de la ley 24.432, régulanse los honorarios del perito contador Sr. Zeldin; los del perito médico Dr. Waisberg y los de la perito contadora Andrea Papini. Por la actuación en la alzada, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 14 de la ley 21.839, régulanse los honorarios de la Dra. Palamarco, los del Dr. Ferrari y los de la Dra. Romano. Hágase saber que las regulaciones precedentes han sido establecidas sin perjuicio de la eventual reducción que pudiera corresponder por aplicación del art. 505 del Código Civil modificado por el art. 1° de la ley 24.432. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- D. M. Borda. J. M. Ojea Quintana. E. L. Fermé.

Fernández, Liliana c. Bonavera, Walter s. daños y perjuicios. CSJN

CSJN, 04/09/12," Fernández, Liliana M. y otras c. Bonavera, Walter O. y otros s. daños y perjuicios". Accidente de tránsito ocurrido en Uruguay. Juicio en trámite en Argentina. Transporte benévolo. Seguro de responsabilidad civil. Exclusión de cobertura. Póliza del Mercosur. Resolución 120/1994 del Grupo Mercado Común. Incorporación de la normativa del Mercosur. Derecho aplicable. Omisión de tratamiento. Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. Convenio Uruguayo Argentino sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito.

Buenos Aires, 4 de septiembre de 2012

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A. en la causa Fernández, Liliana M. y otros v. Bonavera, Walter O. y otros s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280, CPCCN).

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, archívese.- R. L. Lorenzetti. E. S. Petracchi. J. C. Maqueda. E. I. Highton de Nolasco (en disidencia).

Disidencia de la Dra. Highton de Nolasco

Considerando:

1) Que contra la sentencia dictada por la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora "El Comercio compañía de Seguros a Prima Fija S.A." y extendió la condena a su respecto, interpuso ésta el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

2) Que en un accidente de tránsito que tuvo lugar en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, se produjo el deceso de un pasajero transportado en forma benévola, por lo que sus sucesores promovieron demanda contra Walter O. Bonavera –quien conducía el vehículo en el momento del accidente- y contra Federico L. Holjevac, a la vez que solicitaron la citación en garantía de la compañía de seguros "El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A.", reclamando la atención de la responsabilidad civil originada en el siniestro. La mencionada aseguradora opuso excepción de falta de legitimación pasiva, fundada en no hallarse amparado el siniestro por las condiciones particulares de la cobertura, celebrada de conformidad con la resolución 120/1994 del Grupo Mercado Común del Mercosur, incorporada al derecho interno mediante la resolución 23.875 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Sostuvo que dicha norma no incluye la responsabilidad civil por terceros transportados en el vehículo, al establecer en el punto 2 del Anexo I, "Riesgo Cubierto": "Se considera riesgo cubierto la responsabilidad civil del asegurado (de acuerdo con lo previsto en la cláusula I) proveniente de

daños materiales y/o personales a terceros no transportados por el vehículo asegurado en esta póliza, como consecuencia del accidente de tránsito...".

3) Que la cámara de apelaciones, al confirmar el rechazo de la excepción resuelto por el juez de grado, sin desconocer la circunstancia objetiva de la falta de cobertura, juzgó que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y que, en el caso, "la demandada no tenía certero conocimiento del verdadero riesgo cubierto por la póliza de seguros al transitar fuera del país", aseveración que sustentó en prueba testimonial producida en la causa y en declaraciones prestadas en sede penal. Añadió que esa cláusula afecta inequitativamente los derechos del consumidor reglados por la ley 21240, modificada por la ley 26361 y que se creó una situación de desigualdad o desequilibrio motivado en la forma de contratación —cláusulas predisuestas o de adhesión—, las posiciones de las partes en cuanto a su escaso poder de negociación y la desinformación en cuanto al objeto de la relación que las unió.

4) Que la aseguradora solicita la revocación del fallo, invocando la existencia de cuestión federal, al haberse alterado la jerarquía normativa en perjuicio de disposiciones de naturaleza internacional, a la vez que alega la violación de las garantías constitucionales de debido proceso, de defensa en juicio y del derecho de propiedad. Invoca también la arbitrariedad de la sentencia, por haberse efectuado una caprichosa valoración del derecho aplicable y de la prueba producida.

5) Que el remedio federal es formalmente procedente, ya que se encuentra en juego la aplicación, interpretación y alcance de normativa federal, relativa a un contrato de seguro, celebrado con ajuste a la normativa internacional prevista en la resolución 120/1994 del Grupo Mercado Común del Mercosur (GMC), que fue incorporada al derecho interno mediante la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 23.875 "Póliza del Mercosur" (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Corresponde, asimismo, abocarse al examen de las causales de arbitrariedad planteadas, en la medida en que se vinculan de un modo inescindible con la prescindencia de las normas federales en juego (Fallos 313:1513; 321:651; 328:2004, entre muchos otros).

6) Que la declaración 1/96 del Consejo del Mercado Común aprobó el Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, que reconoce sus antecedentes en el Convenio Uruguayo Argentino sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. En dicho instrumento se regulan los casos de responsabilidad civil por accidentes de tránsito ocurridos en el territorio de uno de los estados parte, en los que resulten afectados personas domiciliadas en otro de esos estados, a cuyo efecto las disposiciones contemplan —entre otros aspectos— la calificación del domicilio, del derecho aplicable, la individualización del juez competente y, en lo que aquí interesa, el régimen de seguro de responsabilidad civil.

7) Que mediante la resolución 23.875 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, se incorporó al derecho interno la reglamentación de las pólizas establecida en la resolución 120/1994 del GMC, que, en lo referente a los riesgos cubiertos, individualiza los daños materiales o personales a terceros no transportados. Así lo ratifica la propia resolución 23875/1995, que en sus Considerandos explicita que la póliza aprobada por el Grupo Mercado Común cubre los daños causados a personas y/o cosas no transportadas, y en el punto 2 del Anexo 1, "Riesgo Cubierto" individualiza exclusivamente al proveniente de daños materiales y/o personales a terceros no transportados por el vehículo asegurado.

8) Que, en tales términos, resulta evidente que la disposición citada excluye de la cobertura de riesgos de la Póliza del Mercosur, a los daños que sufrieran las personas transportadas en el vehículo.

Cabe tener presente que tales disposiciones no constituyen una limitación de responsabilidad, sino que importan una extensión de la cobertura contratada en el país, que opera de forma automática en las condiciones y con el alcance establecidos por el acuerdo internacional.

9) Que el *a quo* prescindió de dicha normativa con solo apoyo en circunstancias fácticas y de derecho común, lo que importa desconocimiento de los compromisos asumidos por el país en el ámbito del Mercosur, a la vez que coloca a las compañías aseguradoras de la República Argentina en desigualdad de condiciones respecto de las domiciliadas en otros estados parte, contraviniendo de tal modo los propios objetivos de las resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del Mercosur.

10) Que el fallo apelado se traduce en una importante alteración de las condiciones generales establecidas en la normativa del Mercosur, que fueron fijadas atendiendo a objetivos comunes de protección —dado el incremento de accidentes de tránsito con puntos de contacto internacionales—, cuya atención fue contemplada mediante la extensión automática de cobertura de las aseguradoras, dentro de límites básicos de responsabilidad civil. Dicho sistema se vería totalmente desvirtuado si se pretendiese su extensión fuera del marco normativo y sin la correspondiente previsión estadística del seguro.

11) Que, en orden a las consideraciones precedentes, corresponde admitir los agravios de la apelante y revocar lo decidido, en cuanto el *a quo*, mediante un inadecuado razonamiento, ha prescindió de la aplicación de la normativa federal inherente al caso.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario deducido y se revoca la sentencia apelada, con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.