



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:  
Julio Conte-Grand  
Consejo de Redacción:  
José María Medrano  
Fernando M. Bosch  
Guillermo Yacobucci

## DERECHO DE SEGUROS

SERIE ESPECIAL

### La notificación de siniestros al reasegurador

por RICARDO E. CANTILLO

Sumario: 1. EL PROCESO DE "CERTeza CONTRACTUAL" (*CONTRACT CERTAINTY*). - 2. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN. - 3. CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN DE SINIESTROS. - 4. CLÁUSULA DE COOPERACIÓN Y/O CONTROL. - 5. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA DE CONTROL. - 6. SEGUIR LAS SUERTES (*FOLLOW THE FORTUNES*). - 7. SEGUIR LOS PAGOS/ACUERDOS (*FOLLOW THE SETTLEMENTS*). - 8. CLÁUSULA DE REASEGURO COMPLETO. - 9. OTRAS SITUACIONES. - 10. CONCLUSIÓN.

El reaseguro es un negocio que cumple un rol fundamental dentro del mercado de seguros y tiene una larga tradición en la cual la suprema buena fe juega un papel fundamental en la relación "cedente<sup>(1)</sup>-reasegurador". Esa tradición significó que históricamente las partes se regieran sobre la base de un "pacto entre caballeros" en el cual la palabra tuvo una importancia mayor a la que se ve en otras relaciones contractuales, incluso mayor a la que se ve en el contrato de seguro en la relación entre "asegurado y asegurador".

Sin embargo, esta tendencia cambió notoriamente a partir del 11 de septiembre de 2001, luego del atentado a las torres gemelas. Si bien no es motivo del presente ahondar en las particularidades jurídicas de este evento en lo concerniente a la interpretación de cláusulas de seguro y/o reaseguro, vale destacar que uno de los aspectos que allí se discutieron fue si consistió en uno o dos eventos dado que dos aviones distintos impactaron en momentos diferentes.

El caso dio lugar a una batalla legal entre el licenciatario del complejo de las Torres Gemelas y varios aseguradores. El punto central de la discusión judicial se centró en que no se había emitido una póliza cubriendo el complejo al 11 de septiembre de 2001 sin perjuicio de que un intermediario había "colocado" el riesgo más de dos meses antes de la tragedia.

Esto es una cabal muestra de la "informalidad" hasta entonces frecuente en el mercado reasegurador. El proceso de cambio en la tendencia empezó en 2001 y el concepto de cuán necesario era implementarlo se reforzó en años posteriores ante la ocurrencia de importantes catástrofes naturales en las cuales se repitieron casos en los cuales las

partes se encontraron frente al incumplimiento de condiciones (por ejemplo de declarar los cúmulos de riesgos tomados por una cedente) por cuestiones propias de la informalidad propia de la relación entre las partes.

#### 1 El proceso de "certeza contractual" (*contract certainty*)

Como consecuencia de la profundización de la tendencia más arriba indicada, se originó en Londres, ciudad madre del seguro, el reaseguro y cuna de la mayoría de iniciativas dirigidas a lograr la mejora y mayor desarrollo de estos mercados, un movimiento de mercado denominado *contract certainty* o "certeza contractual".

Ésta es una iniciativa del denominado "London Market Group" (Grupo del Mercado de Londres) apoyada por la entidad regulatoria (*Financial Services Authority*) que tomó a cargo la redacción de un código de prácticas orientadas a lograr una mayor certeza contractual.

Es interesante analizar el concepto definido y las implicancias que esto está actualmente teniendo para el mercado asegurador y reasegurador.

Se define que la certeza contractual se alcanza a través de que las partes acuerden completamente todos los términos y condiciones que las unen al momento de formalizar y emitan los documentos contractuales pertinentes. Como podrá observarse esto no dista mucho de ser algo esperable dentro del marco de cualquier relación contractual normal. Sin embargo, es una clara muestra de que las prácticas del mercado anteriores a esta reforma eran sumamente informales a punto tal que no se emitían en todos los casos los documentos contractuales necesarios para enmarcar una relación tan compleja como la que une a una cedente y su reasegurador. Por otra parte, se puede leer entre líneas que una problemática creada por la vieja tradición es que las partes no siempre entendían y/o conocían los términos y condiciones que habían asumido<sup>(2)</sup>.

De todos modos, está claro que por el momento esto es sólo una tendencia a nivel mundial aunque con marcada

importancia en el mercado londinense, dato no menor dado que es allí donde se colocan los riesgos más sofisticados.

Las implicancias en Londres consisten en que los contratos deben estar formalizados a la fecha de su firma, que los términos y condiciones deben estar claramente expresados y libres de subjetividades y que los cambios al texto contractual deben también ser formalizados y documentados. Para el resto de los mercados la implicancia es muy limitada, quedando circunscripta a la influencia de las "mejores prácticas" que serán buscadas por la industria a modo de tendencia. En aquellos casos en que cedentes extranjeros cedan riesgos a reaseguradores londinenses o reaseguradores extranjeros acepten riesgos de cedentes londinenses las partes han de adaptarse a estas normas.

Desde todo punto de vista, ésta es una reforma necesaria independientemente de que se inicie después de más de un siglo de haber operado sobre la base de cierta informalidad.

#### 2 El deber de notificación

El reaseguro tiene tres pilares desde el punto de vista jurídico que son el interés asegurable, la suprema buena fe y la indemnidad.

La suprema buena fe ha sido históricamente la base central para resolver las disputas entre partes, ya que una amplia gama de problemas han sido solucionados de acuerdo a prácticas universalmente aceptadas en el mercado<sup>(3)</sup>.

La necesidad de elevar el principio de buena fe contractual contenido en el art. 1198 del cód. civil a una suprema

(3) LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO M. - PERUCCHI, HÉCTOR A., *El contrato de reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*, La Ley, pág. 49.

(1) En el marco del presente artículo la palabra "cedente" es usada con referencia a la aseguradora, y es sinónimo de reasegurada en los términos del contrato de reaseguro.

(2) SETTEMBRINO, FRANÇOISE, *Revista Gerencia de Riesgos y Seguro*, Fundación Mapfre, número 97.

### CONTENIDO

#### DOCTRINA

La notificación de siniestros al reasegurador, por Ricardo E. Cantillo.....	1
La reticencia y su prueba, por Carlos Schwarzberg.....	4

#### JURISPRUDENCIA

##### COMERCIAL

Seguro: Reticencia: prueba; dictamen pericial; domicilio en zona de menor riesgo; denuncia; falsedad; acreditación (CNCom., sala D, febrero 3-2009).....	6
Seguro: De vida colectivo de deudores: concepto; caracteres; muerte del mutuario; reticencia; normas aplicables (CNCom., sala D, septiembre 1-2009).....	8

##### PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Seguro: Productor de seguros: cobro de prima; falta de autorización; rehabilitación del contrato (CApel.CC Lomas de Zamora, sala III, septiembre 11-2009).....	11
--	----

##### PROVINCIA DE MENDOZA

Seguro: Delimitación del riesgo: diferencias entre las cláusulas de caducidad y exclusión de cobertura; prueba de la exclusión de cobertura (SC Mendoza, junio 29-2009).....	13
--	----

buena fe en materia de reaseguros tiene una explicación muy simple: el reaseguro es un negocio internacional en el que varios reaseguradores aceptan un porcentaje del riesgo cedido por una cedente sobre la base de declaraciones efectuadas por ésta acerca de hechos respecto de los cuales los reaseguradores normalmente no tienen ninguna proximidad física por lo que no les queda otro remedio que confiar plenamente en ellas.

Esta suprema buena fe tiene un aspecto pre-contractual y otro post-contractual. El primero está relacionado con declaraciones tendientes a que el o los reaseguradores fijen la prima. El segundo es el que tiene mayor relación con la materia abordada como título de este artículo y es la obligación que rige durante la ejecución del contrato de reaseguro por medio de la cual la cedente debe notificar al reasegurador aquellos hechos que puedan dar lugar a una participación del reasegurador en el pago.

Si bien tradicionalmente la relación cedente-reasegurador fue informal dado que el espíritu que la regía era la de un pacto entre caballeros, en la práctica siempre existió una tensión en esta relación. Esto fue resumido muy acertadamente por el Juez Lord Mustill de la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso "Hill vs. Mercantile & General Reinsurance Co. Plc."<sup>(4)</sup> quien afirmó la existencia de un conflicto inherente al reaseguro que consiste en la necesidad de evitar que el mismo hecho se investigue dos veces en contraposición con la necesidad de asegurar que el pago del reasegurador no esté viciado por elementos que están fuera de su control. La solución encontrada a esta tensión propia del reaseguro se basó en una norma que surge de la práctica de mercado: el reasegurador no será responsable si el hecho en cuestión no cuenta con cobertura bajo la póliza y/o el contrato de reaseguro.

Por otra parte, la informalidad tradicionalmente imperante en el mercado internacional de reaseguros a la que me he referido precedentemente implicó la existencia de un número de casos en los que las partes habían operado en el marco de una relación reaseguradora mediante un simple "slip" (documento que contiene los elementos indispensables para concretar un contrato de reaseguro<sup>(5)</sup>) en el que no constaban los términos del deber de notificación. Frente a esta problemática, se dieron una amplia gama de soluciones asociadas a lo que la práctica de mercado establecía y de ser necesario las partes se remitieron a la aplicación analógica de leyes (por ejemplo la Ley del Contrato de Seguro 17.418 en nuestro país).

Como consecuencia del cambio de tendencia iniciado luego del atentado de las torres gemelas y el proceso de certeza contractual, las partes del contrato de reaseguro vieron con buenos ojos una mayor formalización del deber de notificación, el cual fue materia de redacción de distinto tipo de cláusulas, algunas de las cuales analizaremos seguidamente a fin de determinar los distintos deberes impuestos contractualmente.

### 3

#### Cláusula de notificación de siniestros

Ésta es la cláusula más general, dado que establece como condición suspensiva para la responsabilidad del reasegurador (*condition precedent to liability*) que la compañía cedente notifique al reasegurador todo reclamo recibido, dentro de un plazo determinado de tiempo desde que tomó conocimiento, y proporcione la información esencial del reclamo.

El plazo de notificación varía en función del riesgo en cuestión, dado que en riesgos de responsabilidad civil es habitual un plazo de notificación mayor al que por ejemplo se utiliza en riesgos de incendio. Esta diferencia se basa en el tiempo que se presupone que una cedente tendrá que tomarse internamente para determinar si un hecho puede dar lugar al pago por parte de un reasegurador. En tal sentido, es mayor el tiempo necesario para investigar, por ejemplo, si un caso de responsabilidad civil médica puede ser considerado un siniestro reasegurado que el que se necesita para investigar si un incendio está reasegurado.

Una versión de ésta cláusula que ha sido muy usada en los contratos de reaseguro de exceso de pérdida locales establece la obligación de avisar siniestros en caso que superen un porcentaje determinado de la prioridad o deduci-

ble<sup>(6)</sup>. Esto ha dado lugar a conflictos interpretativos propios de las particularidades del contexto local. Comúnmente, cuando un asegurador recibe una demanda de daños y perjuicios por un accidente de tránsito con lesiones se constituye una reserva siguiendo los lineamientos de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Existen casos en que dicha reserva es menor a la prioridad del contrato de reaseguro. También es usual que con los elementos disponibles al momento de recibir la demanda la aseguradora haga una estimación del "riesgo judicial" o posible monto de sentencia del caso en cuestión y que la suma calculada sea menor a la prioridad. Sin embargo, es también posible que dichas estimaciones sean inferiores a lo que se decida en una sentencia o transacción a la luz de lo que surja de las propias pruebas producidas o por el devengamiento de intereses causados por un largo pleito. Estas cuestiones deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar el cumplimiento de esta cláusula.

### 4

#### Cláusula de cooperación y/o control

Las controversias causadas en torno a las deficiencias en el deber de notificación han sido materia de desarrollo de textos de cláusula más sofisticados de manera que cumplan con el objetivo de delimitar con mayor precisión la conducta esperada por el reasegurador de parte de la cedente de manera tal que no existan demasiados "cabos sueltos" al momento de la interpretación, lo cual generalmente crea un conflicto entre partes.

Han existido varias versiones de cláusula de notificación con mayor o menor grado de complejidad. Actualmente, los textos usados por los reaseguradores cuando buscan retener un mayor grado de participación activa en la tramitación son los de cooperación o control de siniestros.

La cláusula de cooperación establece como condición suspensiva de la responsabilidad del reasegurador que el mismo notifique dentro de un plazo determinado aquellas ocurrencias que puedan dar lugar a un siniestro, y que la cedente coopere con el reasegurador y/o sus representantes en la investigación y análisis. La mayoría de estas cláusulas también disponen que la cedente no debe hacer pagos sin previa aprobación del reasegurador.

La cláusula de control en sus diversos textos está caracterizada por un lenguaje más estricto a punto tal que dispone la obligación de notificar inmediatamente cualquier ocurrencia que pueda dar lugar a un siniestro, y establece por una parte la obligación de la cedente de proporcionar al reasegurador toda la documentación relativa al siniestro y por otra parte la facultad del reasegurador para designar representantes que controlen el trámite del siniestro. Esta cláusula es un poco más severa también en cuanto establece que ninguna promesa de pago o reconocimiento de responsabilidad será viable sin previa autorización del reasegurador.

Estas cláusulas son incorporadas ya sea en función del tipo de relación entre reasegurador y cedente o bien en función del riesgo reasegurado, dado que existen cierto tipo de riesgos que por su naturaleza pueden exigir por cuestiones de prudencia que el reasegurador tome mayores recaudos y quiera involucrarse en mayor medida que en otros.

Esta cláusula fue incluida en el texto de los contratos de reaseguros para paliar los problemas planteados en el reaseguro proporcional. En éstos, es principio universalmente aceptado que la responsabilidad principal por el manejo de los siniestros deberá yacer en la compañía cedente sin perjuicio de lo cual al mismo tiempo los reaseguradores necesitan ser prontamente notificados de los siniestros que pudieran involucrar su responsabilidad en manera sustancial<sup>(7)</sup>. En los reaseguros no proporcionales, por razones similares, también se requiere la temprana notificación de cualquier siniestro ante la posibilidad de que el valor final retenido por el reasegurado pudiera exceder al punto de entrada del tratado.

La cláusula en cuestión ha estado en uso en el mercado de reaseguros ya por bastante tiempo pero fue altamente influenciada por el caso "Insurance Company of Africa vs. SCOR" (1984), en el cual se sostuvo que la cláusula de co-

operación de siniestros meramente confiere al reasegurador el derecho a reclamar daños y perjuicios en caso de que pueda establecer que ha sufrido un daño resultante de la falta de cooperación de su reasegurado en lugar de conferírsele la posibilidad de rechazar el siniestro. Como consecuencia del resultado de este caso, los reaseguradores modificaron sus cláusulas a fin de lograr una construcción más rígida de la CCC<sup>(8)</sup>.

Actualmente, una amplia sección del mercado utiliza la cláusula estándar "SCOR UK (Cláusula 0124/83)" la cual establece que:

"Sin perjuicio de lo que pudiera contener el contrato de reaseguro y/o el texto de la póliza en contrario, es una condición precedente para la responsabilidad del reasegurador emergente de esta póliza que:

a) el reasegurado deberá, habiendo tomado conocimiento de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a la ocurrencia de un siniestro contra sí, avisar inmediatamente a los reaseguradores, en cualquier evento en un plazo no mayor a treinta días;

b) el reasegurado deberá cooperar con los reaseguradores y/o los representantes designados por éste que suscriban a esta póliza en la investigación y análisis de cualquier siniestro y/o circunstancias que hubieran dado lugar al siniestro;

c) ninguna transacción y/o compromiso deberá ser hecho y responsabilidad admitida sin previa aprobación de los reaseguradores".

Esta cláusula generó controversia en el mercado que desembocó en un caso de vital importancia resuelto por la Cámara de Apelaciones del Reino Unido en la que se ratifica la validez de la cláusula tal como fue redactada, acorde con la transcripción arriba efectuada.

### 5

#### Interpretación judicial de la cláusula de control

Es principio universalmente aceptado que la responsabilidad principal por el manejo de los siniestros deberá recaer en la compañía cedente sin perjuicio de lo cual al mismo tiempo los reaseguradores necesitan ser prontamente notificados de los siniestros que pudieran involucrar su responsabilidad en manera sustancial. En los reaseguros no proporcionales, por razones similares, también se requiere la temprana notificación de cualquier siniestro ante la posibilidad de que el valor final retenido por el reasegurado pudiera exceder al punto de entrada del tratado.

La cláusula de control de reclamos ha estado en uso en el mercado de reaseguros ya por bastante tiempo pero fue altamente influenciada por el caso "I.C.A. vs. SCOR" (1984)<sup>(9)</sup>, arriba mencionado. Más recientemente, en el caso "Gan vs. Tai Ping" (julio 2001)<sup>(10)</sup> se discutió 1) si el cumplimiento de la cláusula SCOR (UK) es una "*condition precedent to liability*" (condición suspensiva para la responsabilidad del reasegurador); 2) si desde el punto de vista de la redacción puede considerarse establecido que el incumplimiento al inciso c) de la cláusula SCOR arriba transcrita tiene lugar con la sola prueba de que el cedente transó el siniestro reclamado a una póliza de seguros subyacente y admitió responsabilidad; 3) también se analizó si puede ser implícitamente interpretado del texto del contrato de reaseguro que los reaseguradores no podrán postergar su aprobación a una transacción, a no ser que hubiera suficientes bases para hacerlo.

La decisión de la Cámara de Apelaciones Inglesa en relación al primer punto fue ratificar el texto de la cláusula dejando abierta la posibilidad de ulterior discusión dado que desde su punto de vista la no cooperación por parte de los reasegurados debe ser significativa o seria en su naturaleza.

El segundo punto fue resuelto de un modo que alivia algunas de las preocupaciones de los reaseguradores. La Cámara de Apelaciones disintió con la visión del Tribunal de la anterior instancia con el argumento de que esta cláusula ha de ser interpretada desde el punto de vista comercial y de negocios. Sobre dicha base, la Corte interpretó que el texto requiere la existencia de una transacción o una admisión de responsabilidad para que exista incumplimiento de la cláusula.

(6) MC LEAN, JOHN, *The application of reinsurance*, CII, page 5/5.

(9) Insurance Company of Africa vs. SCOR (UK) Reinsurance Company Limited (1985) 1 Lloyd's Rep 312. También citado en CARTER, ROBERT, cit.

(10) Gan Insurance Company Limited vs. Tai Ping Insurance Company Limited (Nº 3) (2001) Lloyd's Rep IR 291 (QB Com Ct).

(4) *The Right Honourable Lord Justice Mance*, Iain Goldrein QC, Professor Robert Merkin, Insurance Disputes, LLP, pág. 693.

(5) BULLÓ, EMILIO H., *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, t. 2, pág. 641.

(6) La prioridad o deducible representa el punto de partida para la participación del reasegurador en contratos de exceso de pérdida que se dispara una vez agotada la prioridad del asegurador reasegurado. Es similar al concepto de franquicia en una póliza de seguros.

(7) CARTER, ROBERT, *Reinsurance*, pág. 354.

El tercer punto es importante a fin de prevenir abusos de parte de los reaseguradores que se amparan en una CCC. La posición de la Cámara de Apelaciones fue denegar la posibilidad de considerar implícita dicha presunción.

Posteriormente se resolvieron otros dos casos sobre la misma cuestión. El primero de ellos fue "Eagle Star vs. Creswell" (2004)<sup>(11)</sup>. Eagle Star había asegurado a una firma estadounidense entre 1969 y 1970 y se reaseguró en el Lloyd's mediante un contrato que contaba por un lado con la cláusula *follow the settlements* y por otro lado con una cláusula de control que establecía la carga del reasegurado de dar aviso de los siniestros dentro de los siete días de su conocimiento, así como también la de cooperar con los reaseguradores dándoles el control de las negociaciones y transacciones de los siniestros.

Eagle Star intentó recuperar de su reasegurador montos abonados en acuerdos con la firma asegurada para recién luego recuperar de su reasegurador; éste rechazó los reclamos en virtud del incumplimiento de la cláusula de control aduciendo no haber tenido el control de las negociaciones y transacciones.

La Corte de Apelaciones inglesa consideró que la cláusula de control no imponía a los reaseguradores obligación de controlar la negociación o la transacción sino meramente le confería el derecho a hacerlo. Consecuentemente, se volcó por la posición de los reaseguradores quienes resaltaron su derecho a ser informados del comienzo de las negociaciones y a controlar las mismas.

Por lo tanto, la Corte de Apelaciones entendió que la cláusula en cuestión revestía el carácter de carga impuesta al reasegurado y que frente a su incumplimiento no es procedente sostener que prevalecía la cláusula "*follow the settlements*", ni tampoco hacer lugar a recuperó alguno aun en caso de probarse la responsabilidad con respecto al asegurado subyacente.

Otro caso relevante relacionado con la interpretación de la cláusula de control fue "Royal and Sun Alliance vs Dornbuch" (2004)<sup>(12)</sup>. Royal and Sun Alliance (RSA) había asegurado un porcentaje en cada una de las tres capas de una póliza de la empresa Coca Cola. Entre las coberturas otorgadas se encontraba la de Directors & Officers (Responsabilidad de Directores y Gerentes) que RSA reaseguró en un 100%. El contrato de reaseguro tenía por un lado una cláusula de reaseguro completo (full reinsurance clause) y por otro lado una cláusula de control. Esta última establecía la carga de notificar cualquier pérdida que pudiera dar lugar a un reclamo dentro de las setenta y dos horas de su conocimiento. Por otra parte, disponía la carga de poner toda información relevante a disposición de los reaseguradores quienes además tendrán el derecho a designar liquidadores, asesores e inspectores así como también a controlar las negociaciones, liquidaciones (ajustes) y transacciones.

En este caso "Coca Cola" fue notificado de dos acciones colectivas (*class actions*) en octubre y noviembre de 2000 de las cuales se dio aviso a RSA a principios y fines de noviembre del mismo año, respectivamente. Las acciones colectivas habían sido interpuestas por accionistas de Coca Cola contra ésta y tres funcionarios argumentando que los demandados habían manipulado el valor de las acciones llevando a los actores a comprar acciones a precios inflados.

RSA a su vez avisó a los reaseguradores algo más de un mes después de recibir las denuncias, esto es, una vez vencidas las setenta y dos horas dispuestas por la cláusula citada en el precedente párrafo.

Los reaseguradores rechazaron su responsabilidad argumentando que la cláusula de control al hacer referencia a "pérdidas" se refería a aquellas sufridas por los reclamantes de las acciones colectivas, las cuales habrían ocurrido en el momento en que ellos compraron las acciones. Por lo tanto, a criterio de los reaseguradores, RSA tomó conocimiento de la pérdida de los demandantes al ser notificado de las demandas por lo que debería haberlo notificado a los reaseguradores no más de setenta y dos horas después.

En cambio, RSA argumentaba que por pérdidas debía entenderse a aquellas sufridas por Coca Cola y sus funcionarios en lugar de las sufridas por los accionistas. Además, RSA resaltó que a su criterio la obligación de notificar sólo comenzaba a partir del momento en que la responsabili-

dad de Coca Cola fuera efectivamente determinada. Al momento de recibir las demandas colectivas RSA argumenta sólo haber tenido conocimiento de alegaciones en contra de Coca Cola y sus funcionarios, las cuales no habían sido aún probadas.

La decisión de la justicia inglesa cubrió, entre otros, dos aspectos de interés. Por un lado, la Corte Comercial decidió que RSA tenía obligación de considerar como pérdidas aquellas de los demandantes en las acciones colectivas, en lugar de las que eventualmente sufrieran Coca Cola y sus funcionarios. La doctrina cree en este sentido acertada la decisión de la justicia inglesa dado que su argumento es que una vez que RSA tomó conocimiento de que los accionistas alegaban haber sufrido una pérdida, se estaba frente a un detrimento que podría dar lugar a un reclamo.

Por otra parte, la decisión comentada resolvió la cuestión de si el conocimiento requerido de RSA para poner en funcionamiento la cláusula de control se refería a pérdidas reales o a meras alegaciones. Con relación a este importante punto, la Corte Comercial entendió que RSA sólo había tomado conocimiento de alegaciones de accionistas que demandaban en acciones colectivas pero que se encontraban sujetas a prueba. Por lo tanto, no puede afirmarse que RSA había tomado conocimiento de pérdidas realmente probadas por los accionistas, razón por la cual no pueden aducir los reaseguradores incumplimiento de la cláusula de control.

Como se puede apreciar, la cláusula de control de reclamos cobra cada vez mayor importancia en el marco de las relaciones entre reaseguradores y cedentes a punto tal que el paso del tiempo y los casos permiten examinarlas desde distintas ópticas y en el contexto de las demás cláusulas, tal como en los casos ingleses arriba mencionados en los que se decidió que prevalecía la cláusula de control sobre otras importantes cláusulas como la de reaseguro completo o comunidad de suertes.

## 6 Seguir las suertes (*follow the fortunes*)

Esta disposición pareciera ser más apropiada para los contratos automáticos de reaseguro proporcional que para los no proporcionales<sup>(13)</sup> dado que la idea subyacente es que el destino del reasegurador ha de seguir el de su cedente, no sólo en lo referente a siniestros sino también a primas, gastos y otros conceptos similares. Sin embargo, este "principio" propio de la más pura tradición del reaseguro se ha aplicado tanto al reaseguro proporcional como al no proporcional.

La importancia de este principio en materia de notificación de siniestros toma especial relevancia dado que ha sido uno de los principios interpretativos utilizados a fines de zanjar diferencias. La intención de este principio históricamente fue preservar el derecho de las cedentes a la indemnización, dado que la práctica habitual del mercado consistió en que es injusto privar a una cedente del pago de reaseguro por fallas técnicas involuntarias<sup>(14)</sup>, razón por la cual este principio se incorporó a los contratos bajo la fórmula "seguir las suertes/errores y omisiones"<sup>(15)</sup> ("*follow the settlements/errors and omissions*").

Sin embargo, este principio se aplica actualmente con mayor amplitud y se han generado varias controversias con motivo de la aplicación del mismo. Es interesante destacar que en más de un caso los conflictos estuvieron originados en deficiencias propias de la traducción de las cláusulas, lo cual es un problema inherente al mercado reasegurador, dada su internacionalidad y que los textos contractuales son redactados en primer lugar en el idioma del reasegurador y/o suscriptor que toma la decisión de aceptar el riesgo. Cuando se trata de riesgos colocados por los intermediarios de reaseguro en el mercado de Londres, hasta existen casos en que los suscriptores indican simplemente el número de cláusula estándar utilizada en dicho mercado. Consecuentemente, al proceder a la redacción de un contrato específico en castellano al que se incorporan todos los términos y condiciones impuestos por cada rea-

(13) LYDE and GILBERT, *The Reinsurance and International Risk Team of Barlow*, Reinsurance Practice and the law, LLP, sección 15.2.10.

(14) Ídem.

(15) Cláusula de errores y omisiones: "De acuerdo a su texto más común una parte acepta que, bajo las condiciones que más abajo detallaremos, la otra parte se verá liberada de las consecuencias de un acto suyo que pudiera ir en contra de los intereses de aquéllas en razón del contrato de reaseguro, si el mismo deviene de un error o de una omisión involuntaria", LÓPEZ SAAVEDRA - PERUCCHI, cit.

segurador, es común que los intermediarios de reaseguro traduzcan las cláusulas al castellano con términos que en algún caso ha resultado confuso, o vago, para la interpretación práctica y jurídica del contrato.

## 7 Seguir los pagos/acuerdos (*follow the settlements*)

Esta disposición es más específica que la anterior en lo referente al trámite de siniestros en la relación cedente-reasegurador y cobra mayor relevancia en lo referente a disputas acerca del cumplimiento del deber de notificación.

Una de las cuestiones más debatidas jurisprudencialmente es si se aplican las cláusulas *follow the fortunes* o *follow the settlements* ("seguir la suerte" y "seguir los pagos"), que habitualmente se incluyen en los contratos de reaseguro.

La doctrina<sup>(16)</sup> distingue como diferentes los conceptos de "acompañar la suerte del reasegurado" y "seguir las acciones del reasegurado", pues la primera implica asumir el riesgo original, con sus modificaciones debidamente comunicadas, compartiendo los efectos de hechos ajenos al propio asegurador-reasegurado, mientras la segunda implica asumir las consecuencias de decisiones y conductas del propio asegurador-reasegurado. Mientras que los principios de buena fe y comunidad de suerte imponen al reasegurador "acompañar la suerte del reasegurado", por el contrario, para que se produzca la obligación del reasegurador de "seguir las acciones del reasegurado", habrá de pactarse así en el contrato de reaseguro.

El principal problema generado por este tipo de cláusulas es que el mercado de reaseguros tradicionalmente se caracterizó por su poca formalidad, lo que causó que no siempre se redactara un contrato con todas las cláusulas y condiciones que obligaban a cedente y reasegurador, sino que ambas partes operaban regidas por lo que en el mercado de reaseguros se conoce como "nota de cobertura" en la cual se describe brevemente el riesgo cubierto, vigencia del reaseguro, tipo de reaseguro, partes involucradas y, entre otras cosas más, las principales cláusulas a manera de enunciación, sin precisar los términos específicos de ellas.

De manera tal que es común que las partes operen con una nota de cobertura que contiene la expresión "follow the settlements" sin que se incluya redacción expresa que establezca su alcance. Esto obliga tanto a las partes, como a los tribunales judiciales y/o arbitrales, a resolver sobre la base de los usos y costumbres del mercado.

Un tribunal de Nueva York precisó los alcances de la cláusula al establecer que debe ser interpretada en el sentido que el reasegurador debe "pagar como deba pagar la reasegurada, responsable o no" y que no debe abandonar al asegurador cedente a su suerte aun en el caso en que éste se vea obligado a abonar en exceso de lo que en derecho debería pagar<sup>(17)</sup>. En otro caso ("International Surplus Lines Insurance Co. contra Sindicatos del Lloyd's"<sup>[18]</sup>), un Tribunal Federal estadounidense destacó que el principio *follow the fortunes* se aplica a todo contrato de reaseguro aunque no haya incorporado en el mismo una cláusula expresa en tal sentido.

También ha sido materia de interpretación en los tribunales ingleses, ámbito en donde el seguro y el reaseguro cobraron mayor desarrollo.

Para la doctrina inglesa es explicado como la tensión propia del reaseguro, que fue interpretado en el precedente jurisprudencial "Hill vs. Mercantile & General Reinsurance Co. Plc" (citado en el punto 2 del presente artículo) en el cual la Cámara de Apelaciones de Inglaterra hizo mérito del conflicto propio en materia de reaseguros consistente en que el reasegurador habrá de responder por pagos o transacciones sobre las que no tiene el control definitivo, dado que son libradas al manejo de la cedente, lo que genera la "tensión" arriba referida.

Para ello las reglas deben ser que el reasegurador sólo responderá por reclamos cubiertos por su cedente en los términos de la póliza original subyacente y, por otra parte, que las partes son libres de acordar si ello ha ocurrido en cada caso. Por lo tanto, se destaca el importante rol de los

(16) *Reaseguro: teoría y práctica*, GERATEWOHL y ANGULO RODRÍGUEZ, Madrid, vol. II, 1997.

(17) "Insurance Co. of North América contra Fire Insurance Co.", 1970-322 N.Y.S. Id. 520, citado por LÓPEZ SAAVEDRA en *El principio del "follow the fortunes"*.

(18) LÓPEZ SAAVEDRA - PERUCCHI, *El contrato de reaseguro...*, cit., pág. 54.

(11) English Court of Appeal: Cadwick, Rix and Longmore LJJ, 14 de mayo de 2004.

(12) English Court of Appeal: Brooke, Mance & Longmore LJJ: 10 de Marzo de 2005.

usos y costumbres en esta relación. Aun cuando las partes hubieran celebrado un contrato con redacción específica de las cláusulas y condiciones que las unen, la costumbre del mercado ha sido redactar estas cláusulas con una amplitud que no siempre resulta favorable a los reaseguradores<sup>(19)</sup>, a punto tal que se han visto obligados al cumplimiento ritualista de la cláusula.

En el precedente "I.C.A. vs. SCOR UK" la Cámara de Apelaciones inglesa interpretó que la cláusula "follow the settlements" obliga al reasegurador a seguir la suerte de la cedente en caso que el reclamo esté cubierto por el reaseguro y que la liquidación haya sido llevada a cabo de manera honesta y responsable.

A los efectos prácticos, la importancia del fallo "I.C.A. vs. SCOR" consiste en que la cedente enfrenta requerimientos de hecho y de derecho para invocar la cláusula *follow the settlements*<sup>(20)</sup>. El requerimiento de derecho consiste en que el reclamo está cubierto por el contrato de reaseguro. De hecho se trata de demostrar que los pagos a transacciones fueron efectuados apropiada, honesta y responsablemente.

La implicancia concreta de esta distinción es que si bien el cumplimiento del requerimiento de derecho es excluyente, el de hecho tiene un mayor margen de permisividad dado que no se extiende a la cobertura de la póliza de seguros. Vale decir, la cedente sólo necesita probar que sus reclamos están cubiertos por el reaseguro pero ello no la obliga a probar que fue declarado responsable por una sentencia judicial en el reclamo subyacente. En la medida en que haya habido una simple transacción hecha dentro de los lógicos parámetros de responsabilidad y honestidad ella habilitará a recuperarla del reasegurador.

Una decisión reciente (2006) de la Corte de Apelaciones inglesa en el caso "EAIC vs. AXA"<sup>(21)</sup> trató el relevante tema del recupero de pagos no provenientes de sentencias contra reaseguradores (éstos son pagos provenientes de transacciones o pagos graciables). La aseguradora EAIC había reintegrado un importante número de reclamos a un asegurado que había llegado en forma previa a acuerdos extrajudiciales con terceros afectados por defectos en productos que el asegurado producía. EAIC intentó recuperar de AXA Re los montos pagados a su asegurado. El contrato entre ambas tenía una previsión de "follow the settlements".

El Tribunal de Apelaciones inglés sostuvo que para que opere esta previsión tienen que darse las siguientes condiciones: el reasegurador no estará obligado a reintegrar pagos que no hayan surgido de una sentencia judicial; el reasegurado tiene que acreditar la validez de su reclamo hacia el reasegurador de la misma manera en que el asegurado tiene que hacerlo con respecto al asegurador. Asimismo, asiste derecho al reasegurador a las mismas defensas que el asegurador hubiera tenido contra su asegurado, lo que implica que el reclamo debe estar cubierto por la descripción de riesgo de la póliza original, el reasegurado tiene que haber actuado de manera honesta y de acuerdo a las prácticas normales del negocio en la negociación del siniestro.

Por otra parte, el Tribunal trató el planteamiento de AXA Re en cuanto a que la demandante no había podido

(19) LÓPEZ SAAVEDRA - PERUCCHI, *ibidem*, pág. 55.

(20) *The Right Honourable Lord Justice Mance*, IAIN GOLDREIN QC, Professor Robert Merkin, obra citada, pág. 694.

(21) *English and American Insurance Co. Ltd. Vs. AXA Re* (2006) EWHC 3323, Mr. Justice Gloster.

determinar fehacientemente la naturaleza de todos y cada uno de los pagos que había hecho a su asegurado por lo cual esto demostraba la existencia de pagos graciables aducida por AXA Re, los cuales no son recuperables del reasegurador. Esta tesis fue rechazada por el Tribunal en virtud de que los pagos habían sido efectuados de manera honesta y de acuerdo a las prácticas de mercado. Asimismo se hizo hincapié en que otros reaseguradores habían respondido por la totalidad de las transacciones entre la actora aseguradora y su asegurado lo cual convalidaba la naturaleza legítima de los mismos en los términos de usos y costumbres del mercado reasegurador.

## 8 Cláusula de reaseguro completo

Existen mecanismos en adición a los específicamente creados para el tema de la notificación de siniestros, que han sido tratados precedentemente en este artículo. Esos mecanismos pueden surgir del texto contractual o de las prácticas habituales y/o usos y costumbres del mercado.

Un ejemplo es la referencia efectuada en algunos textos contractuales a la "cláusula de reaseguro completo" o "full reinsurance clause", cuya implicancia es que "el reaseguro cubre en los mismos términos y condiciones que los de la póliza original". Esta cláusula puede aparecer con cierta frecuencia en contratos de reaseguro facultativo y es potencialmente generadora de conflictos interpretativos fundamentalmente cuando el reasegurador no tiene presencia local y/o la ley aplicable al contrato de reaseguro no está definida o no es la argentina. En materia de notificación de siniestros, uno de los principales problemas que se pueden plantear es que los plazos de denuncia que surgen de la póliza normalmente son menores a las prácticas del mercado. Otro conflicto se plantea ante la eventual existencia de liquidadores de siniestros que intervengan en representación de reaseguradores y tomen conocimiento del siniestro antes de la notificación al reasegurador.

Estas cuestiones no han sido debatidas en la jurisprudencia argentina, razón por la cual es relevante analizar las conclusiones a las que se llegó en el Reino Unido, lugar éste donde existe un gran número de casos dada la importancia del mercado reasegurador y la cobertura de riesgos mundiales. A modo de resumen<sup>(22)</sup>, está claro para la jurisprudencia británica que la incorporación de términos tan generales como "sujeto a los mismos términos y condiciones que la póliza original" sólo será apto para incorporar al contrato de reaseguro aquellos términos y condiciones de la póliza de seguro que no contradigan o presenten conflicto con cualquier término expreso del contrato de reaseguro. Incorporar términos por referencia genera una gran dosis de incertidumbre, por lo cual sólo correspondería incorporarlos de manera apropiada a la redacción del reaseguro.

## 9 Otras situaciones

La práctica habitual del mercado ofrece una variedad de situaciones en las cuales se plantean controversias acerca de alguna de la notificación de siniestros y/o la intervención de los reaseguradores en la tramitación y negociación de los mismos.

(22) LYDE and GILBERT, *The Reinsurance...*, cit., sección 8-26.

Un ejemplo cada vez menos frecuente, pero que puede verificarse fundamentalmente en situaciones del pasado es la inexistencia de cláusulas. Tal como se mencionó en el punto 2, la informalidad propia del mercado reasegurador dio lugar a un buen número de situaciones en las que las partes enmarcaban los términos y condiciones de su relación contractual a las escasas disposiciones que surgieran del *slip*, entre las cuales no existía mención alguna al deber de notificación de siniestros.

La práctica del mercado en estos casos ha determinado que la cedente siempre tiene el derecho a pagar los siniestros y el reasegurador tiene el derecho a examinar su propia responsabilidad, en la cual no sólo cobran relevancia los términos y condiciones del contrato de seguro sino también las del reaseguro, las cuales pueden diferir. En todo caso, el principio de "seguir las suertes" puede tomar importancia para resolver este tipo de cuestiones.

El pago graciable es otra situación en la cual puede producirse un conflicto relacionado con el aviso y el pago por parte del reasegurador. Está claro en mi opinión que no existe obligación alguna de que el reasegurador siga a la cedente en pagos que no estén cubiertos por la póliza de seguros respecto de los cuales la cedente haya tomado la decisión de atenderlos por cuestiones comerciales.

También pueden darse supuestos de pagos efectuados negligentemente por la cedente, ya sea por defectos en la tramitación (por ejemplo incumplimiento del deber de rechazar en término) o por no haber llevado a cabo las investigaciones pertinentes frente a casos que a la luz aparecen como no cubiertos por la póliza de seguros. Estos casos también legitiman al reasegurador a rechazarlos.

## 10 Conclusión

El deber de notificación es uno de los pilares en los que se asienta la operatoria del contrato de reaseguro a punto tal que es uno de los aspectos que generan mayores controversias en la relación cedente-reasegurador.

Sin embargo, el análisis del cumplimiento de este deber es materia relativamente compleja dado que deberán tomarse en cuenta diversas aristas, algunas de las cuales deberán ser analizadas combinadamente.

Los casos sometidos a interpretación judicial que han sido brevemente relatados en este artículo demuestran que existen dificultades muy específicas y tal vez no siempre claras al momento de recibir un siniestro.

Los cambios de tendencia iniciados por los atentados a las torres gemelas y el proceso de certeza contractual obligan a las partes a revisar sus contratos enfocándose en la existencia de cláusulas de notificación, cooperación y/o control, "follow the fortunes" (seguir las suertes), "follow the settlements" (seguir los pagos) y a capacitarse en estas cuestiones. También deben tomarse en cuenta otras disposiciones de los contratos tales como la ley aplicable y la jurisdicción que pueden tener relación directa con las precedentes a los efectos interpretativos.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en un mercado tan tradicional como el reasegurador, las partes podrán seguir apelando a las prácticas del mercado y sus usos y costumbres para resolver estas dificultades.

VOCES: SEGURO - CONTRATOS - DERECHO COMPARADO - NOTIFICACIÓN

# La reticencia y su prueba

por CARLOS SCHWARZBERG

Sumario: LA IMPUGNACIÓN POR RETICENCIA. – PRUEBA DE LA RETICENCIA. – ESPECIALIDAD DE LOS PERITOS. – LICENCIADO EN SEGUROS. – NEGLIGENCIA DEL ASEGURADOR. – COLOFÓN.

## La impugnación por reticencia

El art. 5° de la Ley de Seguros establece que "el asegurador debe "impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la "reticencia o falsedad". En el caso comentado la actora<sup>(1)</sup> alegó prescripción de la acción por no haber promovido la accionada la acción de nulidad dentro

(1) La sentencia dice "la demandada" pero obviamente ésta no puede haber argumentado que el planteo de reticencia estaba prescripto.

del término legal. Este tema, bien resuelto por la sentencia, no es sin embargo pacífico. La controversia existente gira en torno al término "impugnar" ya que al respecto sostuvieron HALPERÍN y MORANDI<sup>(2)</sup> que implicaba la necesidad de promover la acción de nulidad. Más allá de que se trataría de un plazo de caducidad –como bien sostiene la sentencia– y no de prescripción como alegó la actora, la amplia mayoría de la doctrina<sup>(3)</sup> ha considerado que impugnar sólo significa

(2) *Seguros*, pág. 305.

(3) Conf. LÓPEZ SAAVEDRA en LL, 1999-F-423; SOTO, VILA, CONTARINO, CRACOGNA, MAGULA, CERREJUDO y PEREYRA en LL, 2003-B-1434; BULLÓ, *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*, t. 1, pág. 190 y sigs.

hacer saber al asegurado o beneficiario que el asegurador considera no válido el contrato en razón de la reticencia.

Varias razones justifican ese criterio y las podemos resumir así: 1) Impugnar no es, en nuestro plexo jurídico, sinónimo de demandar. Así el art. 254 del cód. civil establece el plazo en el que el presunto padre puede impugnar la paternidad –allí se habla de "reclamación" pero el sentido es el mismo–; y nunca se ha considerado que ello requiriera deducir una demanda. 2) Si frente al pronunciamiento del asegurador el asegurado no lo discutiera hubiera implicado un inútil y costoso dispendio jurisdiccional tramitar un juicio al respecto. 3) Cuando HALPERÍN y MORANDI hicieron la afirmación ya recordada, se interpretaba que el Código Civil requería la necesidad de demandar la nulidad para hacerla valer pero luego de la modificación por la ley 17.940 dispone que la nulidad puede hacerse valer por vía de acción o de excepción<sup>(4)</sup>. Por lo tanto la ne-

(4) Art. 1058 bis.

cesidad de la acción de nulidad ha desaparecido y puede invocarse por el demandado por vía de excepción. Por lo demás, como es sabido, las excepciones no prescriben. Antes de la reforma se sostenía la necesidad de interponer reconvencción si, frente a la demanda por cumplimiento, el accionado alegaba la nulidad del acto en base al cual se reclamaba; en ese sistema pudo entonces sostenerse respecto a la reticencia –aunque la tesis fuera aislada en doctrina– la necesidad de ejercer una acción de nulidad, pero luego de la modificación recordada, por cierto es indiscutible que podrá hacerse valer por vía de excepción. Por lo demás la acción de nulidad tiene un plazo de prescripción de dos años (art. 4050, cód. civil) lo cual sería incompatible con el lapso de tres meses previsto en el art. 5° de la Ley de Seguros aunque en este caso se trata de caducidad.

Cabe comentar que STIGLITZ<sup>(5)</sup> dice que la impugnación “debe constituir un acto recepticio”. La única razón que expresa al efecto es que como tal impugnación es un presupuesto de la ulterior pretensión de anular el contrato “su envío debe ser acreditado para el caso de ser negado en juicio”. Ahora bien, ese razonamiento conduce a que se pueda o no probar la notificación de la impugnación, lo que es distinto de afirmar que una notificación es recepticia, porque esto último significa que no basta haber remitido la comunicación sino que ella debe también haber sido recibida dentro de un determinado plazo.

La Ley de Seguros, en su art. 15, dispone que las denuncias y declaraciones impuestas por la ley o el contrato “se consideran cumplidas si se expiden dentro del término fijado”. Aplicando tal disposición a la impugnación del contrato, bastará con que el asegurador remita la respectiva notificación dentro del plazo que fija el art. 5° de la misma ley sin ser necesario que ella llegue a conocimiento del asegurado dentro de ese lapso. Por lo tanto la impugnación que requiere el art. 5° de la Ley de Seguros se cumple con el pronunciamiento del asegurador en tal sentido, formulado dentro del plazo legal.

Un tema independiente que no fue discutido en la causa es si, habiendo mediado denuncia de siniestro, el asegurador cuenta sólo con el plazo de treinta días (art. 56, Ley de Seguros) o con el de tres meses desde que conoció la reticencia (art. 5°, Ley de Seguros).

En el caso comentado el asegurador notificó por carta documento el rechazo del siniestro en razón de reticencia por no haber declarado el tomador el mieloma múltiple que lo aquejaba y se entendió que ello fue cumplido dentro del plazo legal por considerar que la enfermedad no fue conocida por la aseguradora antes del deceso sino posteriormente, pero ni siquiera contado desde el fallecimiento el lapso había transcurrido.

#### Prueba de la reticencia

Conforme al ya citado art. 5° de la Ley de Seguros la nulidad del contrato por reticencia requiere la acreditación de dos extremos:

a) Existencia de declaración falsa u ocultación de circunstancias conocidas por el asegurado.

b) Que ello, a juicio de peritos, hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones de haber estado el asegurador cerciorado del verdadero estado del riesgo.

En el caso en análisis la prueba del precedente apartado a) fue concluyente; podríamos decir antológica. En efecto: se trataba de un médico que ya había formulado consulta a la Academia Nacional de Medicina donde se confeccionó su historia clínica en la que consta el mal del cual el asegurado se enteró en marzo de 1995 en que formuló consulta a dicha Academia habiéndose efectuado punción de médula ósea en mayo de 1995. La sentencia no se detiene especialmente en este tema pero dice “si bien podría predicarse en la especie que el asegurado habría tenido conocimiento de su enfermedad con antelación a la contratación del seguro en función de su condición de médico y los estudios previos realizados en la Academia Nacional de Medicina...”. Maguer los condicionales, los antecedentes objetivos que la sentencia menciona no dejan lugar a dudas del ocultamiento de una enfermedad conocida por el asegurado. La vigencia de la póliza comenzó en agosto del mismo año. Los actores sostuvieron que el causante desconocía su enfermedad y que la aseguradora había manifestado desinterés en conocer el verdadero estado del riesgo.

En el caso en análisis se trató de un seguro de vida colectivo en el que cada asegurado debía llenar una ficha y

se incluyó una cláusula en la póliza conforme a la cual la veracidad en las declaraciones del principal y en las fichas individuales de los asegurados era condición de validez del contrato y reproducía el contenido del art. 5° de la Ley de Seguros.

Agreguemos que tal como la sentencia afirma la prueba de los extremos del apartado a) puede cumplirse por todos los medios de convicción.

Pasemos pues a ocuparnos del punto b) o sea el “juicio de peritos”. Previamente creemos necesario acotar que no coincidimos con la afirmación de la sentencia –fundada en la doctrina que cita– de que la reticencia constituye un vicio de la voluntad (art. 926, cód. civil para el error y art. 931 para el dolo) toda vez que, de ser así, el segundo requisito del “juicio de peritos” no existiría. En el régimen del Código Civil se requiere respecto del error que sea esencial y excusable y si bien en el art. 928 sobre el error no esencial dispone que para hacerlo valer se deben cumplir ciertos requisitos y establece entre ellos que “se demuestre que sin el error el acto no se habría celebrado” tales extremos se pueden acreditar por todos los medios de prueba. A su vez para el dolo se requiere que haya sido grave, que haya sido la causa determinante del acto, que haya ocasionado un daño importante y que no haya habido dolo por ambas partes. También estos requisitos carecen de prueba legal para ser acreditados. O sea: por una parte son diferentes las exigencias del Código Civil y de la Ley de Seguros y por otra es también diverso el modo de acreditarlas. Por supuesto que si medió reticencia puede decirse que la voluntad del asegurador estaba viciada pero hay recaudos a acreditar respecto de los vicios de la voluntad –excusabilidad, daño, etc.– que no se piden en la Ley de Seguros y a su vez ésta contiene la exigencia –ajena al Código Civil– del “juicio de peritos”.

No se discute que tal expresión significa que en este tipo de causas la pericial es una prueba sin la cual la reticencia no puede ser admitida pero donde dice “juicio de peritos” debe entenderse “opinión de peritos”. El caso es similar al de agravación del riesgo para el cual el art. 37 de la Ley de Seguros contiene el mismo requisito, o el art. 626, inc. 3° del cód. de Proceds. Al establecer la ley de seguros, esta “prueba legal”, surge la cuestión de si los jueces están obligados por el respectivo dictamen<sup>(6)</sup>. La sentencia en análisis sostiene correctamente que en principio el juez no puede apartarse de las conclusiones periciales siempre que estén fundadas y no sean arbitrarias. Cabe aquí preguntarse cuál sería la solución si se presentaran esos extremos: ¿podría el juez desentenderse de la pericia y declarar igual la nulidad del contrato? Si ello fuera factible la prueba dejaría de ser necesaria. Evidentemente en semejante hipótesis deberá disponerse la realización de una nueva pericia. Sin embargo la sentencia parece sostener que la solución sería rechazar la reticencia alegada, lo cual no puede sostenerse porque sería perjudicial a una parte en razón de que el perito designado por el juez no cumpliría correctamente su cometido.

Correlativamente –como bien sostiene la sentencia– por más convincente que sea la prueba del engaño u ocultación en que incurrió el contratante del seguro, ello no será suficiente si no se acredita con prueba pericial, que, enterado de la realidad, el asegurador no hubiera celebrado el contrato u otras hubieran sido sus estipulaciones.

Cabe aquí detenernos en un tema que la sentencia no aborda seguramente porque no formó parte de la discusión en el juicio: ¿la norma en análisis se refiere al concreto asegurador que celebró el contrato o a lo que hubiera hecho la generalidad de los aseguradores vale decir un asegurador tipo, hipotético o promedio? (“Buen padre de familia” o bien el individuo en cuestión). Del texto del art. 5° de la Ley de Seguros parece resultar que se trata del asegurador individual pues es éste el que no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera acordado con otras condiciones<sup>(7)</sup>.

#### Especialidad de los peritos

Llegamos así al tema fundamental para la solución a que arriba la sentencia. Consiste en resolver qué especialidad deben tener los peritos que dictaminen. En el caso en

estudio se habían ofrecido peritos contadores y al respecto se resolvió que esa no era la prueba adecuada que debe ser rendida por “peritos especializados en seguros de vida” como se dispuso en autos “Torga V. Adela c. Generali Arg. Cía. de Seguros s/cobro de pesos”<sup>(8)</sup> CNCom., sala D, 12-4-00, El Dial.com AA41D.

En dicho precedente, aunque se habló de una especialización en seguros de vida, se aceptó la idoneidad a tal fin de un licenciado en Organización y Técnica del Seguro. En efecto, una consulta al listado de peritos judiciales de la Cámara en lo Comercial muestra que se registran “Licenciados en Organización y Seguros” y “Licenciados en Organización y Técnica del Seguro” pero no existen expertos específicamente en Seguros de Vida. Apuntemos que en otros casos se consideró válida una pericia cumplida por actuarios. Por ejemplo, en el juicio “Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado S.A. de Ahorro para Fines Predeterminados y otros” (Cámara Comercial sala B, 30-6-88 con primer voto del Dr. Morandi) que cita la sentencia que analizamos. El único argumento para descalificar a un perito contador en el fallo comentado es el art. 464 del cód. proceds. cuando dice que el experto “deberá tener conocimientos especializados de las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse”. De los antecedentes reseñados en la sentencia no resulta que la actora ni el tribunal hayan cuestionado la especialización de los contadores para la pericia propuesta por la demandada. Siendo así la cuestión recién apareció con la sentencia de primera instancia que sostuvo la inidoneidad de los contadores a los fines del art. 5° de la Ley de Seguros.

Toda vez que, como vimos, la prueba pericial es un requisito legal insoslayable, resulta importante detenerse a dilucidar, ya que la ley no especifica el tipo de perito en cuestión, cuál sería idóneo a tal fin. En el precedente del fallo más arriba comentado sobre el tema que estudiamos, amén de peritos actuarios también se expidieron peritos médicos y el Dr. Morandi cita extensamente sus respuestas sin poner en duda la procedencia de esa especialización incluso para estudiar si la aseguradora hubiera celebrado el contrato de conocer lo que le fue ocultado. Es así que el perito médico hizo incluso referencia a los manuales de suscripción para estudiar si determinado diagnóstico es aceptable para un seguro de vida. Respecto de los actuarios recuerda el Dr. Morandi que son quienes elaboran las Tablas de Mortalidad que usan todas las aseguradoras del mundo y de nuestro país con la aprobación de la Superintendencia de Seguros de la Nación (arts. 23 y 24, ley 20.091).

Si nos detenemos en la normativa de la ley 20.488 que regula las incumbencias de los profesionales en ciencias económicas veremos:

a) Respecto de los actuarios:

Se dispone su intervención en los informes que se presenten a accionistas y Superintendencia de Seguro vinculados a tarifas, planes, reservas y similares. En el único artículo (4°) que habla de informes a presentar en juicios dice “cuestiones técnicas, relacionadas con la estadística, el cálculo de probabilidad en su aplicación al seguro”.

Como vemos, el actuario es el profesional que debe asesorar a las aseguradoras sobre estadísticas y cálculo de probabilidades que servirán para diseñar los distintos planes, sus tarifas y reservas. ¿Qué tiene que ver todo ello con opinar acerca de si un asegurador hubiera celebrado un contrato de conocer el verdadero estado del riesgo? Evidentemente nada porque esa decisión –la que es materia de investigación y prueba– no es técnica ni jurídica sino que es un tema de política empresarial. Si consultamos a un actuario si es conveniente tomar tal riesgo con determinada tarifa nos podrá responder sin duda. Pero algo muy distinto es preguntar qué hubiera hecho una compañía.

b) Pasemos a los Contadores Públicos:

En cuanto a dictámenes judiciales (art. 13, inc. b) un apartado especial los habilita “a las consultas o peritajes sobre libros (...) relacionadas con el comercio en general, sus prácticas, usos y costumbres”. Parecería que en la frase últimamente transcripta está la respuesta acerca de cuál es

(8) En este último juicio se sostuvo que la pericia debía ser cumplida por “un experto en seguros sobre la vida”, si bien luego aclara que el perito actuante fue un “Licenciado en Organización y Técnica del Seguro” que parece, a juicio de ese precedente, el profesional adecuado, si bien allí se desestimó la prueba por versar sobre la conducta en la plaza aseguradora y la existencia de distintos criterios al efecto, y no sobre la actitud que habría seguido el concreto asegurador del caso, que es lo que corresponde acreditar según la opinión del magistrado que votó en primer término –criterio que compartimos como ya ha sido explicado–.

(6) Ver al respecto el voto del Dr. Morandi en autos “Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado S.A. de Ahorro y otros” Cám. Com., sala B, 30-6-88 donde sostiene que el dictamen pericial no es vinculante para el juez y puede apartarse de sus conclusiones si existen razones valederas.

(7) Ver la nota siguiente.

el perito idóneo a los efectos que estudiamos. La sentencia comentada se limita a afirmar que un contador no cumple con esa característica sin fundamentar tal afirmación.

En el caso en estudio se plantearon para la pericia contable los puntos correctos conforme al art. 5° de la Ley de Seguros y fueron claramente respondidos en el sentido de que la aseguradora no hubiera celebrado el contrato u otras hubieran sido sus estipulaciones de haber estado asesorada sobre el verdadero estado del riesgo. La actora pidió explicaciones y en particular si el perito pudo constatar la política de la compañía o si ésta le fue informada por algún funcionario.

Tenemos entonces que la prueba fue ofrecida, no hubo objeción de la contraparte al respecto, el tribunal ordenó la producción de la pericia designando al experto y finalmente la actora le pidió explicaciones. Frente a tales antecedentes y habida cuenta del texto del art. 360, inc. 5° del cód. de proced. no resulta aceptable que sorpresivamente en la sentencia se sostenga que el perito no era el apropiado. Máxime teniendo en cuenta lo expuesto sobre incumbencias profesionales de los contadores y lo que decimos a continuación. El tribunal no puede hacer lugar a una prueba que no sea pertinente a la cuestión en debate como resulta del art. 360 del cód. de proced., aplicación de la cual es el art. 364 del mismo código<sup>(9)</sup>. Menos aún puede desentenderse de una prueba cuya producción dispuso. En el debido proceso que requiere nuestra Constitución no pueden tener cabida las celadas<sup>(10)</sup> de las partes ni menos del juzgador.

#### Licenciado en seguros

El listado de peritos del fuero incluye, en lo que aquí interesa, a los Licenciados en Organización y Seguros y a los Licenciados en Organización y Técnica del Seguro.

Las correspondientes carreras eran dictadas por la Universidad de la Marina Mercante –Facultad de Administración y Economía– y por la Universidad Argentina de la Empresa, respectivamente.

La nombrada en segundo término ha dejado de dictar la mencionada carrera. Sin perjuicio de ello veamos las incumbencias profesionales fijadas por la resolución 1372 de fecha 21-9-78 del Ministerio de Cultura y Educación que están indicadas en su Anexo I. Son las siguientes:

- Planificar, ejecutar y controlar integralmente planes, programas y proyectos de seguros.
- Realizar estudios cuantitativos y cualitativos de mercados locales, regionales, nacionales e internacional de seguros, así como proyecciones de oferta y demanda de productos y servicios en materia aseguradora.
- Diseñar las estrategias a aplicar en los procesos de seguros y controlar su ejecución.
- Asesorar sobre políticas de seguros, administrar carteras de seguros y de inversión.
- Planificar y ejecutar la organización de entidades aseguradoras.
- Asesorar a organismos de control en materia aseguradora.

Como puede verse, ninguno de los ítems transcritos tiene que ver con la cuestión en análisis y ni siquiera se lo autoriza a actuar como perito judicial como en cambio sucede con los actuarios y los contadores. Además, de ningún modo se los faculta para determinar, en un caso dado, si el asegurador no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera acordado sobre otras bases, que es lo que la ley requiere que sea dictaminado por peritos.

Si comparamos lo expuesto con cuanto hemos dicho sobre los contadores y los actuarios cabe sin hesitación concluir que los licenciados en seguros no están habilitados para expedirse sobre la cuestión o, en el mejor de los casos, serían los menos reconocidos a tal fin.

Por lo demás, como hemos visto, en el futuro no podrán egresar nuevos profesionales con este título porque la carrera ha dejado de ser dictada, lo que implica que si no se aceptan otros profesionales a los fines del art. 5° de la Ley de Seguros resultaría imposible cumplimentar este requisito normativo.

En cuanto a los “Licenciados en Organización y Seguros”, en realidad la carrera aprobada para la Universidad

de Morón se llama “Licenciado en Seguros”. Conforme a la resolución 2123 del 5-11-97 del Ministerio de Cultura y Educación sus incumbencias son las siguientes:

1. Diseñar estrategias para el desarrollo de las actividades del sector asegurador y reasegurador.
2. Desarrollar, planificar, coordinar, organizar y evaluar las actividades referidas al seguro y al reaseguro, y la intermediación.
3. Realizar el planeamiento y la coordinación de las actividades de investigación del sector asegurador, reasegurador y de los riesgos a asumir.
4. Asesorar en materia de política aseguradora a entidades del sector público y privado.
5. Asesorar en materia de elaboración de formas vinculadas a las actividades propias del sector asegurador.
6. Asesorar en materia de programación de los requerimientos financieros para hacer frente a la formación de reservas, capitales, mínimos, planes de saneamiento y erogaciones referidas a los riesgos asumidos.

De lo expuesto podrían tener alguna vinculación con nuestro tema los aps. 1°, 2° y 4° pero amén de su excesiva amplitud o generalidad una cosa es “diseñar estrategias” u “organizar y evaluar las actividades referidas al seguro” y otra muy distinta es estudiar si un determinado asegurador, conforme a sus prácticas de suscripción de riesgos (contratación de seguros), hubiera o no celebrado determinado contrato o lo hubiera pactado con otro contenido de haber estado informado del “verdadero estado del riesgo”, como reza el art. 5° de la Ley de Seguros.

Si bien a la Universidad de la Marina Mercante se le aprobó la carrera de “Técnico Universitario en Seguros”, ello ocurrió por resolución 729 del 7-6-07 del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y por lo tanto es posterior a la sentencia comentada por lo cual obviamos su análisis, amén de que sin duda no existen aún egresados de esa disciplina ni desde luego han sido aceptados entre quienes pueden desempeñarse como peritos en el fuero.

#### Negligencia del asegurador

La sentencia en análisis sostiene que en razón de que la aseguradora no exigió examen médico previo a la contratación, ni una declaración sobre sus enfermedades, no puede alegar la exclusión de cobertura incluida en la póliza para el caso de fallecimiento causado por enfermedad preexistente a la convención asegurativa.

Ante todo cabe aclarar que este tema es ajeno a la reticencia que se vincula con la actitud del asegurado y no se centra en la conducta del asegurador previa a la contratación. No obstante tiene una clara vinculación y en todo caso ha sido uno de los fundamentos de la sentencia que estudiamos. Al respecto el decisorio cita dos precedentes. Sin embargo uno de ellos<sup>(11)</sup> se trató en verdad de un problema de prescripción. El otro<sup>(12)</sup> es sumamente interesante porque mediante tres votos diferentes de los integrantes de la sala D de la Cámara Comercial se expusieron los siguientes criterios:

a) Dado que la aseguradora no había requerido examen médico ni declaración sobre enfermedades no puede invocar la exclusión de cobertura si el deceso se produjo en razón de una enfermedad preexistente; además no se alegó reticencia. El fundamento básico es la buena fe –voto del Dr. Monti–.

b) Se trata de una exclusión de cobertura incluida en la póliza, vale decir una delimitación del riesgo asumido por la aseguradora plenamente válida y ninguna norma legal, reglamentación o de costumbre obliga a la aseguradora a exigir una declaración sobre su salud al cocontratante ni someterlo a examen médico. Una cosa es la delimitación del riesgo y otra la reticencia –voto del Dr. Cuartero–.

c) La única circunstancia de no haber requerido declaración sobre la salud ni efectuado examen médico no es suficiente para resolver el juicio si la delimitación del riesgo no fue suficientemente informada al asegurado; por lo tanto cada caso deberá estudiarse en particular –voto de la Dra. Díaz Cordero–.

Por su parte el Dr. Morandi<sup>(13)</sup> dijo que son atendibles las razones expuestas por la aseguradora sobre la cantidad de operaciones que a diario se celebran a través del sistema de ahorro previo que tornan imposible cumplir con

exámenes médicos previos pero por sobre todo sostiene que “...la eventual negligencia de la Aseguradora no ha podido ser alegada con éxito en este juicio con el efecto de cubrir la malicia, el dolo y la mala fe del asegurado y en el que surge una patente reticencia...”. Agrega que aún practicándose examen médico ello no libera al asegurado de su obligación de brindar correcta información<sup>(14)</sup>.

Como vemos, la afirmación de la sentencia que analizamos sobre la eventual negligencia del asegurador no es un tema pacífico sino que existen al respecto diversos enfoques. En nuestra opinión, más allá de que sea práctica de muchos aseguradores hacer completar un formulario de preguntas<sup>(15)</sup> es claro que el contrato se celebra sobre la base de lo informado por el asegurado y es por ello que existen las normas sobre reticencia y agravación del riesgo. El cuestionario facilita la tarea de informar al asegurador pero ese deber no desaparece si las preguntas no se formulan.

#### Colofón

Como vimos, muchos temas son opinables pero lo que se destaca en la sentencia comentada es la afirmación –no fundada– de que el experto no era el apropiado siendo que la Ley de Seguros no requiere un perito en especial y creemos haber demostrado que el designado era el correcto. Lo lamentable es que por la vía elegida, en lugar de sancionar la mala fe del asegurado se condena injustamente a la aseguradora, frustrando los principios y finalidades básicos del derecho.

VOCES: **SEGURO - PRESCRIPCIÓN - NULIDAD - CADUCIDAD - EXCEPCIONES - RECONVENCIÓN - NOTIFICACIÓN - PRUEBA - PERITO - PRUEBA DE PERITOS - CONTADOR**

(14) En igual sentido puede verse el fallo de la Cam. Com., sala B, del 6-12-07, en autos “Mayaud Maisonave de Pérez Catella y otros c. Sur Seguros de Vida S.A. y otra”, donde se cita, sosteniendo igual criterio a HALPERÍN, *Seguros*, pág. 329.

(15) Acotemos de paso que se ha sostenido que lo no preguntado implica que es indiferente para el asegurador y correlativamente no incurriría en reticencia quien no informe algo que no se le consultó.

#### JURISPRUDENCIA

##### Seguro:

Reticencia: prueba; dictamen pericial; domicilio en zona de menor riesgo; denuncia; falsedad; acreditación.

1 – Puesto que, en el caso, la aseguradora le requirió al actor asegurado el suministro de información complementaria según lo previsto por el art. 46 de la ley 17.418, cabe concluir que no puede sostenerse el decaimiento del derecho de aquélla para invocar la reticencia de este último asegurado por haber expirado previamente el plazo previsto en el art. 56 de la misma ley, ni mucho menos considerar que hubo aceptación tácita del siniestro.

2 – Si bien para probar el hecho de la falsedad o de la reticencia resulta admisible todo medio de prueba, la trascendencia de la misma sólo puede establecerse por dictamen pericial, único medio indicado por la ley, por lo cual, omitida la prueba indicada, la nulidad del seguro fundada en la falsedad o reticencia del asegurado al tiempo de suscribir el contrato, es improcedente aun cuando se prueben los hechos que la constituyen.

3 – El juicio de peritos exigido por la ley para acreditar la trascendencia de la reticencia no necesariamente remite a la pericia arbitral regulada por el art. 773 del CPCC, pues lo dispuesto por el art. 5° de la ley 17.418 puede ser canalizado a través de la prueba pericial ordinaria, sin que sea necesario que el experto actuante sea especialista en temas de tratamientos técnicos de seguros.

4 – Dado que la prueba pericial realizada es suficientemente ilustrativa en cuanto a que, tal como lo postuló la aseguradora accionada, la falsedad incurrida por el actor en la denuncia de su domicilio no fue indiferente en el cálculo de la prima o, lo que es lo mismo decir, en la ponderación del riesgo asumido por la demandada, siendo evidente que de haber conocido la aseguradora el verdadero domicilio del actor habría procedido a cobrar un premio más alto, cabe considerar acreditada la reticencia invocada por esta última en los términos del art. 5° de la ley 17.418, ya que no es dudoso que

(9) El juez no es considerado un convidado de piedra como bien dice OSVALDO A. GOZAINI en *El principio de congruencia frente al principio dispositivo*, LL, 2007-D-1.

(10) En las acepciones 2, 3 y 4 del Diccionario de la Real Academia Española, 21ª ed.

(11) “Ledesma María Dolores y otros”, Cám. Com., sala B, 29-12-00.

(12) “Martínez Mirta c. Diners Club Argentina” del 2-9-05.

(13) En su voto ya citado en autos “Sucesión Rizzo Patrón y otros c. Círculo Cerrado S.A. de Ahorro y otros”.

la falsedad en cuanto al domicilio denunciado, influyó en el sentido de haber impedido a la aseguradora comprobar correctamente el riesgo objetivo que asumía y fijar proporcionalmente a él la prima. R.C.

6 – CNCom., sala D, febrero 3-2009. – Bisio, Juan Carlos c. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ordinario.

En Buenos Aires, a 3 de febrero de dos mil nueve, reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “Bisio Juan Carlos c/ Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ordinario”, registro n° 15346/2004, procedente del Juzgado N° 8 del fuero (Secretaría N° 16), donde está identificada como expediente N° 85.110, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Dieuzeide, Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1°) La sentencia de primera instancia tuvo por extemporánea y, a todo evento, no acreditada la defensa basada en la reticencia del asegurado que la accionada opuso al contestar la demanda y, como consecuencia de ello, admitió la pretensión de aquél condenando a Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada a pagarle, dentro de los diez días, la suma de \$ 23.100 en concepto de indemnización por el robo del automotor de su propiedad (un Mercedes Benz 230 E, modelo 1991, cubierto por la póliza n° 02/271803), y la de \$ 3.000 por privación de uso del vehículo, con más intereses y las costas del juicio (fs. 299/307).

Contra esa decisión apelaron ambas partes (fs. 310 y 312).

El recurso de la parte actora fue declarado desierto en fs. 336.

En cambio, la demandada expresó agravios en fs. 325/331, que obtuvieron la respuesta de fs. 333/335.

Asimismo, hay apelaciones por los honorarios regulados, las que serán tratadas en conjunto al finalizar el acuerdo.

2°) Existe en el memorial de la demandada un agravio que, aunque fue expuesto en segundo lugar, tiene precedencia lógica en el tratamiento, pues de su suerte depende que sea viable o no el examen de las otras críticas. Se trata de la queja relativa a la declarada extemporaneidad del planteo de reticencia del asegurado.

Al respecto, recuerdo que la sentencia apelada entendió que al momento de ser extrajudicialmente rechazada la cobertura invocándose la reticencia del asegurado (conf. carta documento de fs. 44 del 11/10/2002), había expirado el plazo de 30 días previsto por el art. 56 de la ley 17.418 contado a partir de que se efectuó la denuncia del siniestro (conf. comunicación de fs. 7, del 12/8/2002), cuyo curso, dijo el fallo, no podía considerarse que hubiera sido afectado por el hecho de haberse requerido al asegurado información complementaria en los términos del art. 46 de la ley 17.418, ya que la aseguradora no probó que tal requerimiento informativo hubiera sido efectivamente notificado a él. En esas condiciones, el pronunciamiento apelado concluyó que mediaba en el caso un supuesto de aceptación tácita de la cobertura por parte de la aseguradora demandada, lo que le impedía la alegación posterior de la reticencia del asegurado en la celebración del contrato de conformidad con el art. 5 de la ley 17.418 (fs. 303).

No hay discusión acerca de que la información complementaria referida, cuya notificación al actor la sentencia apelada tuvo por no probada, es la nota del 3/9/2002 obrante en fs. 116.

Pero hete aquí que, en rigor, la cuestión a decidir respecto de esa nota no era si había sido o no notificada al actor, sino si la firma puesta en ella –en el margen inferior izquierdo– le pertenecía o no al señor Bisio, ya que una respuesta afirmativa impediría considerar que hubiera ignorado su contenido.

A ese efecto, observo que el documento en cuestión fue acompañado con la contestación de demanda, y de él se corrió traslado al actor en los términos del art. 358 del Código Procesal (fs. 125). Al responder dicho traslado el ac-

tor dijo expresamente lo siguiente: “...esta parte desconoce la autenticidad y contenido de la documentación acompañada (...) a excepción de la firma plasmada por mi mandante sobre una planilla perteneciente a la empresa demandada, que asimismo también se la desconoce...” (fs. 127, el subrayado no está en el original).

Pues bien, la única planilla perteneciente a la aseguradora que ésta acompañó al contestar demanda fue, precisamente, la recordada nota del 3/9/2002, cuya firma por el actor fue por él reconocida según lo transcrito precedentemente, malgrado la contradicción lógica en que incurriera al reconocer como propia la rúbrica pero desconocer el documento en que ella fue puesta.

En esas condiciones, y de conformidad con lo previsto por el art. 356, inc. 1, del Código Procesal (aplicable en función de lo establecido en el citado art. 358), tengo por reconocida la autenticidad de dicha nota del 3/9/2002 mediante la cual, como bien lo sostuvo la aseguradora, se requirió al actor información documental complementaria de acuerdo –como de su texto resulta– a lo establecido por la cláusula 16 de las Condiciones Generales de la póliza, y lo previsto por el art. 46 de la ley 17.418.

A partir de allí, fácil es concluir que no puede hablarse de decaimiento del derecho de la aseguradora para invocar la reticencia del asegurado por haber expirado previamente el plazo de 30 días del art. 56 de la ley de seguros, ni menos considerar que hubo aceptación tácita del siniestro.

Esto último es así, porque si con fecha 3/9/2002 se requirió al asegurado, conformándolo él, el suministro de información complementaria según lo previsto por el art. 46 de la ley 17.418, resulta claro que el plazo de 30 días del citado art. 56 no podía empezar a correr sino a partir de recibida la última información o prueba recabada (conf. Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 288, texto y nota n° 28; y p. 290, texto y nota n° 32). Y en tal sentido, fue dicho en la contestación de demanda, sin que ello fuera controvertido por el actor en fs. 126 ni en su alegato (fs. 291/294), que él no llegó a aportar la información complementaria que le fuera requerida pues, antes de ello, la aseguradora tomó conocimiento de su reticencia en la celebración del contrato de seguro, procediendo a rechazar la cobertura por tal motivo (fs. 122 y carta documento de fs. 44); de donde se sigue, por lógica implicancia, que el plazo del art. 56 de la ley 17.418 ni siquiera comenzó a correr en contra de la aseguradora (recuérdese que ello estaba subordinado al suministro de la información complementaria, hecho que no se concretó), por lo que, como se dijo, mal puede hablarse de aceptación tácita del siniestro, como igualmente de decaimiento del derecho de invocar la reticencia, toda vez que para el ejercicio de este último derecho cuenta la aseguradora con un plazo de tres meses que arranca en el momento en que toma conocimiento de la reticencia o falsedad (art. 5, último párrafo, de la ley 17.418), siendo especialmente de destacar, con relación a esto último, que el actor en momento alguno sostuvo que lo actuado por la aseguradora hubiera sido en exceso de dicho marco temporal trimestral.

Por lo expuesto, entiendo que cabe admitir este agravio de la demandada, con el efecto de no tener por aceptado tácitamente el siniestro, ni extemporánea la alegación de reticencia del actor en la celebración del contrato de seguro.

3°) Lo concluido precedentemente, conduce al examen, ahora sí, del primer agravio de la parte demandada, que se refiere a la ponderación que hizo el juez *a quo* de la prueba producida en autos respecto de la reticencia imputada al actor.

Ante todo, corresponde recordar que lo imputado por la aseguradora al actor es haber denunciado –al tiempo de celebrar el contrato de seguro– un domicilio en la localidad de Brandsen, Provincia de Buenos Aires, que después se constató no era el real suyo ubicado, en verdad, en la Capital Federal; y que ello tuvo por propósito variar la cuantía de la prima del seguro, pues de acuerdo a la cláusula adicional n° 35 de la póliza, la prima se calcula en una proporción mayor si el asegurado se domicilia en la ciudad de Buenos Aires por ser zona de “Alto Riesgo”, que si se domicilia en una localidad bonaerense como la indicada, que es considerada zona de “Mediano Riesgo”.

Desde el punto de vista conceptual, debe ser observado que la referida imputación de la aseguradora se refiere, en rigor, a una falsedad y no a una mera reticencia del asegu-

rado. En tal sentido, recuerdo que la declaración del asegurado es “reticente” cuando la circunstancia influyente sobre el riesgo es omitida, mencionada en forma incompleta o de manera confusa y, por el contrario, es “falsa” cuando la circunstancia es declarada de un modo que no corresponde a la realidad (conf. CNCom. Sala B, 30/6/88, “Sucesión de Jorge Risso Patrón c/ Círculo Cerrado S.A.; íd. Sala A, 31/8/06, “Farias, Mauro c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”). Indudablemente, la sustitución de un domicilio por otro no es otra cosa que una falsedad.

El actor, empero, negó cualquier falsedad suya, e intentó alguna explicación (fs. 22), pero nada de ello es aceptable porque:

(a) En su D.N.I. figura domiciliado en la calle Darregueyra (hoy John F. Kennedy) 2910, piso n° 9, de la ciudad de Buenos Aires; y ese domicilio lo tiene al menos desde el 23 de julio de 1999, tal como resulta de la cédula verde del automotor, del título de propiedad y del informe histórico de dominio respectivo (véase estos documentos en fs. 17, 224 y 260). De tal manera, claramente faltó a la verdad cuando al contratar el seguro indicó como domicilio propio el de la ruta n° 215, km. 32,5, de la Provincia de Buenos Aires (fs. 174/175). Corrobora ello la circunstancia de que tanto al denunciar policialmente el robo del automotor (fs. 28 y 259), como al denunciar el siniestro a la aseguradora (fs. 7), como al intercambiar correspondencia con la contraria (fs. 8, 9, 11, 12) y, en fin, al promover la demanda (fs. 20, punto I), siempre, en todos esos casos, mencionó como su domicilio el de la citada calle John F. Kennedy de esta ciudad.

(b) La alegación, a modo de explicación de lo ocurrido, hecha por el actor al absolver posiciones, de que el seguro fue contratado por un socio comercial suyo (fs. 146), no fue corroborada por dicho socio al declarar como testigo (fs. 209/210), lo cual exime de cualquier ponderación sobre el particular a la luz de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 17.418, y permite concluir que la falsedad es exclusiva y personalmente imputable al actor.

Sentado lo anterior, la lectura del expediente evidencia, además, que el domicilio en la Provincia de Buenos Aires denunciado por el actor al contratar el seguro, corresponde a una planta procesadora de miel de su propiedad (conf. testimonio de fs. 221). De tal suerte, es inocultable que lo que hizo fue contratar una póliza relativa a un automotor propio indicando su afectación a un uso particular (fs. 174 y 175), pero denunciando un domicilio que, como se vio, no era ni es el “...domicilio y/o lugar de la guarda normal habitual...” del rodado al que se refiere la cláusula adicional n° 35 (fs. 181) que integra el seguro convenido (fs. 174).

4°) En función de lo expuesto precedentemente, juzgo suficientemente acreditada la falsedad invocada por la aseguradora en los términos del art. 5 de la ley 17.418.

Pero una cosa es tener por probado el hecho de la falsedad (o de la reticencia, si hubiera sido el caso) para lo cual todo medio de prueba resulta admisible (conf. CNCom. Sala D, 22/12/99, “Villalba, Héctor Ricardo c/ Suizo Argentina Cía. de Seguros S.A s/ ordinario”; íd. A, 3/5/07, “Suárez, Mariela c/ La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”; Morandi, J., *Estudios de derecho de seguros*, Buenos Aires, 1971, p. 255; Stiglitz, R., ob. cit., t. I, p. 651, n° 498; Meilij, G. y Barbato, N., *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, 1975, p. 39, n° 63; Steinfeld, E., *Estudios del derecho de seguros*, Buenos Aires, 2003, ps. 87/88, n° 27), y otra bien distinta es la acreditación de la “influencia” que dicha falsedad (o reticencia) tuvo sobre el riesgo cubierto o, dicho con otras palabras, la incidencia que habría producido el conocimiento de la verdad con relación a la contratación del seguro o a los términos de dicha contratación, desde la perspectiva de la entidad aseguradora (conf. CNCom. Sala D, 12/4/2000, “Torga, V. Adela c/ Generali Arg. Cía. de Seg. s/ cobro de pesos”), siendo fundamental a los fines del art. 5 de la ley 17.418 que el asegurador pruebe que las circunstancias ocultadas o inexactamente declaradas han sido influyentes sobre el riesgo, de una manera tal, que si el asegurador hubiese sido cerciorado de ellas no habría dado su consentimiento o lo habría dado en otras condiciones (conf. CNCom. Sala B, 5/4/90, “Molina de Rombola, Elisa c/ El Comercio Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”).

Al respecto, y tratándose particularmente de la falsa manifestación que se relaciona con el domicilio del asegurado, la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que, como regla, carece de influencia en la determinación del ase-

gurador de celebrar el contrato, pues el domicilio es un elemento indiferente y accesorio del negocio (conf. Stiglitz, R., ob. cit., t. I, p. 645, n° 494, texto y nota n° 110; CNCom. 31/10/1947, “Garmendía de Arhex, Nélica c/ La Continental Cía. de Seguros”). Sin embargo, excepcionalmente ello no es así, cuando la falsedad en el domicilio influye en el sentido de haber impedido comprobar el riesgo moral o el riesgo objetivo (conf. Morandi, J., ob. cit., ps. 244/245, punto “F”, texto y notas n° 109/111; y ps. 245/246, punto “K”).

Ahora bien, la acreditación de la “influencia” de la falsedad o reticencia en cuanto al riesgo no puede cumplirse por otro medio que no sea el “...juicio de peritos...” (art. 5, de la ley 17.418), inclusive en el caso que nos ocupa, pues la ley no distingue.

Es decir, como lo ha interpretado mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina, la trascendencia de la falsedad o reticencia sólo puede establecerse por dictamen pericial, único medio indicado por la ley (conf. CNCom. Sala A, 27/2/90, “Maruzza, Oscar c/ Alejandro Rígada s/ cobro de pesos”; íd. Sala A, 3/5/07, “Suárez, Mariela c/ La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”; íd. Sala C, 26/8/98, “Crisol Comunicación Creativa S.R.L. c/ Compañía Argentina de Seguros Visión s/ sumario”; íd. Sala D, 22/12/99, “Villalba, Héctor Ricardo c/ Suizo Argentina Cía. de Seguros S.A s/ ordinario”; Halperin, I., *Seguros – Exposición crítica de la ley 17.418*, Buenos Aires, 1972, ps. 180/181, n° 36; Morandi, J., ob. cit., p. 255; Soler Aleu, A., *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, 1969, ps. 105/106; Stiglitz, R., ob. cit., t. I, ps. 653/654, n° 499; Steinfeld, E., ob. cit., ps. 87/88, n° 27; Bulló, E., *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 184, n° 35). El “juicio de peritos” es, en efecto, esencial para acreditar la importancia de la falsedad o reticencia, y no puede ser suplido por otros medios de prueba, pues los peritos estimarán si sabido el verdadero estado del riesgo ello hubiera determinado que el asegurador no celebrara el contrato o modificara sus cláusulas (conf. CSJN, 4/5/92, “Pritchard, John Wayne c/ Minerva Cía. Argentina de Seguros S.A.”, Fallos 304:609).

De tal suerte, omitida la prueba indicada, la nulidad del seguro fundada en la falsedad o reticencia del asegurado al tiempo de suscribir el contrato, es improcedente aún cuando se prueben los hechos que la constituyen (conf. CNCom. Sala B, 30/4/90, “Morinigo de Erut, Paulina c/ El Sol Argentino Cía. de Seguros Grales. s/ ordinario”; íd. Sala D, 10/7/2000, “Dayian, Victoria c/ Aseguradores Industriales Sociedad Anónima Compañía Argentina de Seguros s/ ordinario”; íd. Sala D, 14/5/08, “Simone, Dante c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales s/ ordinario”; íd. Sala E, 25/6/84, “Cassaglia, Pedro c/ Betania Coop. de Seguros s/ sumario”; íd. Sala E, 12/2/99, “Corbalán, Mario c/ La Franco Pennlife de Seguros de Vida S.A. s/ ordinario”; íd. Sala E, 12/12/2002, “Novillo, José Armando c/ Garantía Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”; etc.).

Ahora bien, el “...juicio de peritos...” referido por la ley no necesariamente remite a la pericia arbitral regulada por el art. 773 del Código Civil, habiendo la jurisprudencia, en general, canalizado lo dispuesto por el art. 5 de la ley 17.418 a través de la prueba pericial ordinaria (conf. Aguirre, F., *El juez ante el juicio de peritos en la reticencia y el agravamiento del riesgo*, RDCO, t. 2008-A, p. 237, espec. p. 243). Además, conforme reiterada práctica judicial, no se requiere que el experto actuante sea especialista en temas de tratamientos técnicos de seguros (conf. Schiavo, C., *Contrato de seguro - Reticencia y agravación del riesgo*, Buenos Aires, 2006, ps. 185/186 y 189/190); semejante cosa no es requerida por la ley que rige la materia (conf. Schwarzberg, C., *La reticencia en seguros y su prueba*, ED 14/12/2007).

Teniendo lo anterior en cuenta, creo que la cuestión que aquí interesa se halla suficiente dilucidada con lo brevemente dictaminado en el peritaje de fs. 194, en cuanto allí se señaló que “...la diferencia de premio abonado por año entre un auto similar al del accionante con domicilio en Brandsen y otro con domicilio en Capital Federal era de \$ 68,00 y \$ 154,00 respectivamente...”. Esta prueba pericial, para cuya ponderación no forma óbice lo resuelto en fs. 163 por haber ella revestido carácter común (fs. 26, punto “E”), es a mi modo de ver suficientemente ilustrativa en cuanto a que, tal como lo postuló la aseguradora actora, la falsedad incurrida por el actor en la denuncia de su

domicilio no fue indiferente en el cálculo de la prima o, lo que es lo mismo decir, en la ponderación del riesgo asumido por la demandada, siendo evidente que de haber conocido la aseguradora el verdadero domicilio del actor habría procedido a cobrar un premio más alto. Así pues, no es dudoso que la falsedad en cuanto al domicilio denunciado, influyó en el sentido de haber impedido a la aseguradora comprobar correctamente el riesgo objetivo que asumía y fijar proporcionalmente a él la prima. En tal orden de ideas, casi es innecesario recordar la íntima relación existente entre el riesgo asegurado y el cálculo de la prima, pues la peligrosidad del evento establece la medida de la prima a pagar por el asegurado (conf. Morandi, J., ob. cit., ps. 213/214).

No ignoro que el párrafo del peritaje antes transcrito no fue, estrictamente, la respuesta dada por el experto a una interrogación especialmente referida a la cuestión de la “influencia” de la falsedad respecto de la ponderación del riesgo. Sin embargo, como dije, aprecio que dicho párrafo respondió en los hechos a tal interrogación de manera apta para decidir con justicia el pleito. A todo evento, no cabe perder de vista que en esta materia, relativa a la acreditación de la reticencia del asegurado, debe primar la verdad jurídica objetiva (doct. CNCom. Sala D, 29/6/84, “Armana, Arquímedes c/ Crédito Integral S.A. de Crédito y Financiaciones”), lo que significa afirmar que deben evitarse soluciones que signifiquen su ocultamiento ritual, ya que ello sería contrario a la exigencia del adecuado ejercicio del servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional.

5°) En las condiciones que anteceden, y sin que sea menester examinar los otros agravios de la aseguradora, corresponde admitir su apelación y revocar la sentencia de la instancia anterior, ya que la falsedad incurrida por el actor al contratar el seguro provoca su anulación, haciendo procedente el rechazo de la demanda (conf. Halperin, I., op. cit., ps. 178/179, n° 34), sin perjuicio de la devolución de las primas percibidas, tal como se ofreció en la carta documento de fs. 10.

Las costas, teniendo en cuenta el resultado obtenido y lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, deberán correr a cargo del demandante en ambas instancias (art. 68, primera parte, cit. Cód.).

6°) Por lo expuesto, si mi voto es compartido por los apreciados colegas del Tribunal, deberá revocarse la sentencia apelada, quedando rechazada la demanda, con costas al actor en ambas instancias.

Así lo propongo al acuerdo.

El señor Juez de Cámara, doctor *Dieuzeide* adhiere al voto que antecede.

El señor Juez de Cámara doctor Gerardo G. Vassallo no interviene en el presente acuerdo por hallarse en uso de licencia (RJN 109).

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Revocar la sentencia apelada, quedando rechazada la demanda.

(b) Imponer las costas de ambas instancias al actor (arts. 68, primera parte, y 279 del Código Procesal).

(c) En los términos del art. 279 del Código Procesal de la Nación y en mérito a la naturaleza, importancia y extensión de las tareas desarrolladas como así también las etapas procesales efectivamente cumplidas por cada uno de los profesionales intervinientes, Fíjase en \$ ... (pesos ...) el honorario de los letrados apoderados de la parte actora, Daniel J. Doctorovich y Horacio M. Doctorovich en forma conjunta, y en \$ ... (pesos...) el del letrado apoderado de la parte demandada, Pablo R. Manfra (art. 505 del Código Civil; arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432).

Ponderando las labores desempeñadas desde la aceptación del cargo de fs. 150 (v. experticia de fs. 194), fíjase en \$ ... (pesos ...) el honorario del perito contador, Vicente D’Anna (Dec. Ley 16.698/97, arts. 3 y ccdtes.).

Fíjase en \$ ... (pesos ...) el honorario del mediador, Francisco J. Pérez (Decreto 91/98, art. 21).

Por el escrito de fs. 325/331, fíjase en \$ ... (pesos ...) el honorario del abogado Pablo R. Manfra (art. 14 de la ley 21.839).

(d) Notifíquese, y oportunamente, devuélvase al juzgado de origen. – Pablo D. Heredia. – Juan J. Dieuzeide (Sec.: Gastón M. Polo Olivera).

## Seguro:

De vida colectivo de deudores: concepto; caracteres; muerte del mutuario; reticencia; normas aplicables.

1 – *El seguro colectivo de vida de deudores es un seguro que es contratado por el banco mutuante en su exclusivo interés, con el fin de proteger el recupero de su crédito ante la eventualidad del fallecimiento –o invalidez total o permanente del deudor, cuyo flujo de ingresos posibilita la regular amortización del préstamo concedido. En estos casos, el banco mutuante no sólo es el contratante directo del seguro (y, por tanto, “asegurado”) sino también su beneficiario, condición esta última en la que no puede ser sustituido por el deudor mutuario, por cuanto en los términos del art. 143 de la ley 17.418 resulta, justamente, un beneficiario oneroso.*

2 – *Respecto del seguro colectivo de vida de deudores, el deudor mutuario es un “tercero”, pues el banco mutuante no contrata a nombre de este último sino que lo hace “sobre” la vida de su deudor, quien consiguientemente permanece ajeno al contrato de seguro. Y tal condición de “tercero” del mutuario no se modifica cuando –como ha ocurrido en el caso– el banco mutuante le impone a aquél un adicional a los servicios de amortización del mutuo bajo la denominación de prima del seguro, ya que realmente el obligado al pago de esa prima es el tomador, o sea el banco, y lo que éste hace es discriminar conceptualmente la amortización de capital y demás componentes del precio por su servicio bancario y de mutuo.*

3 – *Puesto que en el seguro colectivo de vida de deudores, el banco mutuante contrata en su propio interés y no como representante del deudor mutuario, cuando este último es requerido para informar sobre su salud y condiciones psicofísicas no hace otra cosa que cumplir con un deber de colaboración para con el banco mutuante, que es quien lo requiere, y que entiende se cumplirá por el mutuario en forma plena y veraz. En las condiciones que anteceden, las normas de la ley 17.418 sobre reticencia, solamente serían predicables respecto del deudor mutuario a través de una interpretación extensiva de ellas, pues si bien él no es parte en ese contrato, la información que brinda sobre su salud se inserta, a la postre, en dicho contrato, pero tal interpretación no ha de conducir a resolver sobre la base del art. 5° de la referida ley, sino más bien a reclamar la aplicación de lo dispuesto por los arts. 10 y 129 de la misma.*

4 – *Tratándose de un seguro colectivo de vida de deudores, la cuestión referida la posible reticencia del deudor mutuario no debe ser resuelta bajo el exclusivo prisma del art. 5° de la ley 17.418, sino analizarlo a la luz de los arts. 10 y 129 de la misma ley, lo cual lleva a que el juzgamiento de la presunta reticencia en la celebración del seguro se haga, no sólo examinando el conocimiento y la conducta del tercero (en el caso, del deudor mutuario), sino también examinando, al mismo efecto, el conocimiento y la conducta del contratante del seguro (v.gr. del banco mutuante), pues tal es lo que exigen los mencionados arts. 10 y 129.*

5 – *Si en la celebración de un seguro colectivo de vida de deudores, el deudor no es requerido a completar algún cuestionario o si, interrogado deficientemente, hubiera omitido espontáneamente realizar una completa comunicación informativa del estado de riesgo, es evidente que esa situación –examinada a la luz del art. 129 de la ley 17.418– no puede volcarse en contra del mutuario, en tanto parte no técnicamente informada, y la duda debe resolverse contra los pre-disponibles profesionales. Caso contrario, mediando un completo cuestionario por parte del banco, el mutuario asume una conducta negligente o dolosa que haría aplicable el régimen de la reticencia.*

6 – *Dado que para determinar si hubo reticencia en el caso de un seguro colectivo de vida de deudores no sólo juega lo que el contratante del seguro conoció, sino también lo que debió conocer, cabe concluir que no hubo reticencia en la celebración del seguro motivo de autos, pues las pericias realizadas descartan que el deudor mutuario, al suscribir la declaración jurada de salud, hubiera tenido conocimiento de que lo afectaba una grave dolencia cardíaca. R.C.*

7 – CNCom., sala D, septiembre 1-2009. – S., L. M. y otro c. Galicia Seguros S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a 1 de septiembre de 2009, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara

ra Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “S. L. M. y otro c/ Galicia Seguros S.A. s/ ordinario”, registro n° 41978/2003, procedente del Juzgado N° 4 del fuero (Secretaría N° 8), donde está identificada como expediente N° 83478, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor *Heredia* dijo:

1°) Los cónyuges L. M. S. y J. B. F. G. adquirieron una propiedad destinada a vivienda propia para la cual tomaron un préstamo con garantía hipotecaria dado por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. En la respectiva escritura se pactó –cláusula 16ª– que el acreedor (o sea, el banco mutuante) podría contratar en su beneficio un seguro de vida e incapacidad a nombre del deudor (o sea, los citados cónyuges) en una aseguradora debidamente autorizada para operar en el ramo, por una suma asegurada equivalente al saldo de la deuda correspondiente al préstamo, estableciéndose que las primas respectivas serían abonadas por los mutuarios conjuntamente con las cuotas de amortización del préstamo (conf. escritura de fs. 2/24).

En función de lo anterior, el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. contrató un “Seguro Colectivo de Vida de Deudores” que se instrumentó mediante la póliza n° 100.165 emitida por Galicia Vida Compañía de Seguros S.A. (fs. 246/277), la cual –en cuanto aquí interesa– aseguraba el riesgo de muerte de los deudores por causa de préstamos otorgados por el banco tomador (fs. 246) y señalaba, calificándose ello como “disposición fundamental”, que “...*Esta póliza ha sido extendida por la Compañía sobre la base de las declaraciones suscriptas... por los Deudores Asegurados en sus respectivas solicitudes y en la Declaración de Salud de estos últimos. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas... por los deudores asegurados, aun hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiere impedido el contrato o la aceptación de los seguros de los créditos individuales, o habría modificado las condiciones de los mismos, si la Compañía hubiese sido cerciorada del verdadero estado de riesgo, hace nulo el contrato o los seguros de los créditos individuales, según el caso...*” (fs. 250, artículo 1°, ap. “2”).

El 24/12/01 falleció el codeudor J. B. F. G. (conf. certificado de defunción de fs. 305 y oficio de fs. 311), tras lo cual su cónyuge supérstite –actora en autos– realizó la correspondiente denuncia del hecho.

El 3/9/02 el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. le remitió una nota a la señora L. M. S. por la cual le comunicó que la aseguradora, con fecha 24/4/02, había rechazado la cobertura de la operación de préstamo debido a que, después de analizar la documentación médica relacionada con el fallecimiento, la auditoría médica había concluido que al momento de solicitarse la cobertura el señor J. B. F. G. se encontraba afectado por patologías que eran de su conocimiento pero que no fueron reveladas por él al completar la Declaración de Salud, lo cual privó a la aseguradora de evaluar correctamente el riesgo asumido. En la misma nota, se le señaló a la señora S. que de haberse conocido esos antecedentes médicos, la cobertura asegurativa no hubiera sido otorgada. Asimismo, el citado banco le indicó –utilizando una conjugación verbal en primera persona– que “...*De acuerdo a lo prescripto por nuestros manuales de Tarificación y Suscripción, su condición médica establecía un exceso de riesgo tal, que lo hacía no asegurable y tornaba imposible la celebración del contrato de seguro. Lamentando no poder acceder al reclamo realizado, saludamos a Ud. muy atentamente...*” (fs. 36).

A esta comunicación respondió la señora S. con una carta documento que dirigió al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. expresándole que entendía infundado el rechazo de la cobertura del seguro (conf. carta documento del 10/10/02, fs. 28).

Tiempo después, el 29/1/03, la citada entidad bancaria remitió una carta documento a la señora S. adjudicándole la condición de deudora en mora del préstamo hipotecario, intimándole al pago de cierta cantidad por ese concepto, y haciéndole saber que, en caso de no mediar la correspondiente cancelación, se procedería al remate del inmueble

gravado (fs. 32). Como respuesta a esta comunicación, la señora S. envió sendas cartas documentos continentales de reclamaciones contra el banco (fs. 29/30) y contra la aseguradora, señalándole particularmente a esta última que se había producido el reconocimiento del derecho del asegurado por haber sido tardío el rechazo del 24/2/02 e intimándola, por ello, a cancelar el mutuo hipotecario (fs. 31).

Tras el fracaso de la mediación previa obligatoria (fs. 37/38), la señora S., por derecho propio y en representación de su hijo menor, promovió la presente demanda exclusivamente contra Galicia Vida Compañía de Seguros S.A., reclamándole el cumplimiento de la póliza n° 100.165 en la medida necesaria para dar por cancelado el mutuo hipotecario que suscribiera con su cónyuge (fs. 50/56).

2°) La sentencia de primera instancia descartó que se hubiera producido el reconocimiento del derecho en los términos del art. 56 de la ley 17.418 y, pasando a examinar las defensas de la aseguradora demandada, tuvo por acreditado, a partir de los peritajes médicos realizados en autos, que el señor J. B. F. G. padecía de dolencias físicas que, siendo conocidas por él, no fueron informadas cuando completó y suscribió la Declaración de Salud inherente al seguro contratado. Como consecuencia de ello, juzgó que se había producido un caso de reticencia en los términos del art. 5 de la ley 17.418; reticencia que podía ser invocada efectivamente por la aseguradora para resistir la demanda pues, pese a haberse producido la muerte del cónyuge de la actora (es decir, el siniestro) después de tres años de celebrado el contrato de seguro, aquella no podía en el caso sino calificarse como dolosa, lo cual era óbice para formar la incontestabilidad referida por el art. 130 de tal ley. Sobre tales bases, el fallo de la instancia anterior rechazó la demanda, con costas a la parte actora (fs. 899/916).

Contra esa decisión apeló la parte actora (fs. 923), quien expresó agravios en fs. 931/945, que fueron resistidos por la aseguradora demandada en fs. 948/957.

3°) El tratamiento de la apelación de la parte actora requiere, ante todo, de una necesaria precisión conceptual, que es derivación del correcto encuadre jurídico del caso.

Ambas partes en forma reiterada, y la propia sentencia de primera instancia, han calificado al fallecido J. B. F. G. como el “asegurado”, y desde esa perspectiva han discursado sobre los temas conflictivos.

Se trata, en mi criterio, de una calificación errónea, que es necesario superar para evitar equívocos en la búsqueda de la justicia del caso.

Me explico.

El seguro de que trata las presentes actuaciones no fue contratado por el señor J. B. F. G.. Tampoco por su esposa, aquí actora. En rigor, fue contratado por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., siendo este último y no aquellos, consiguientemente, el sujeto “asegurado”. Ello es lo que resulta de la simple lectura de la póliza n° 100.165 (en todas sus hojas aparece identificado el banco como el “asegurado”), y lo que se pactó en la cláusula 16ª del contrato de mutuo, mediante la cual se legitimó al banco mutuante para contratar en su beneficio un seguro sobre la vida del mutuario, para protección del crédito concedido y de sus accesorios (fs. 11 vta./12).

Se trata, en concreto, de la figura conocida como “seguro colectivo de vida de deudores”, que es contratado por el banco mutuante en su exclusivo interés, con el fin de proteger el recupero de su crédito ante la eventualidad del fallecimiento –o invalidez total o permanente– del deudor, cuyo flujo de ingresos posibilita la regular amortización del préstamo concedido (conf. Martín, M. y Facal, C., *El seguro de vida de deudores*, en XII Congreso Nacional de Derecho de Seguros, libro de ponencias, San Isidro, 2008, p. 563; véase también: Soler Aleu, A., *El nuevo contrato de seguro*, Buenos Aires, 1970, p. 297, n° 11).

En estos casos, el banco mutuante no sólo es el contratante directo del seguro (y, por tanto, “asegurado”) sino también su beneficiario, condición esta última en la que no puede ser sustituido por el deudor mutuario, por cuanto en los términos del art. 143 de la ley 17.418 resulta, justamente, un beneficiario oneroso (conf. Schiavo, C., *Contrato de seguro - Reticencia y agravamiento*, Buenos Aires, 2006, p. 145).

De su lado, el deudor mutuario es, respecto del seguro, un “tercero”.

En efecto, el banco mutuante no contrata a nombre del deudor sino que lo hace “sobre la vida del deudor”, quien

consiguientemente permanece ajeno al contrato de seguro. Y tal condición de “tercero” del deudor mutuario no se modifica cuando –como ha ocurrido en el caso– el banco mutuante le impone a aquél un adicional a los servicios de amortización del mutuo bajo la denominación de prima del seguro, ya que realmente el obligado al pago de esa prima es el tomador, o sea el banco, y lo que éste hace es discriminar conceptualmente la amortización de capital y demás componentes del precio por su servicio bancario y de mutuo (conf. Schiavo, C., ob. cit., p. 148).

Por cierto, tal comprensión de las cosas se ve confirmada si se pondera, desde una perspectiva más general, que ambos negocios conservan autonomía jurídica entre sí aun cuando el contrato de seguro reconozca causa fuente en el mutuo, pueden calificarse como negocios vinculados o conexos, y la causa final o móvil determinante sea casi común a ambos: la protección del crédito para el banco mutuante y la correlativa protección del débito para el mutuario (conf. Stiglitz, R., *Coexistencia de contratos bancarios y de seguros: contratos vinculados*, JA 2003-IV, p. 866).

4°) Definido, entonces, que malamente fue calificado el señor J. B. F. G. como “asegurado”, corresponde indagar si, teniendo ello en cuenta, resultó o no correcto aplicar a su respecto lo dispuesto por el art. 5° de la ley 17.418.

Sobre el particular, conviene advertir, ante todo, que el banco mutuante al contratar el seguro, no representa al deudor mutuario frente a la aseguradora. En efecto, el banco contrata –como se dijo– en su propio interés y, entonces, lo hace por derecho propio, no como representante del deudor mutuario. No contrata, pues, en nombre de este último, ni es tomador por un tercero asegurado.

Tan así es que, en rigor, cuando el deudor mutuario es requerido para informar sobre su salud y condiciones psicofísicas lo hace por iniciativa del banco mutuante, y no de la aseguradora con quien no tiene ningún vínculo contractual. Así, al informar sobre esos aspectos, el deudor no hace otra cosa que cumplir con un deber de colaboración para con el banco mutuante, que es quien lo requiere, y que entiende se cumplirá por el mutuario en forma plena y veraz (conf. Schiavo, C., ob. cit., p. 150). Es de notar, en este orden de ideas, que en el caso *sub examine* se ha dado, precisamente, la situación descripta, pues la Declaración de Salud que suscribió el señor J. B. F. G. se corresponde con un cuestionario que, si bien tiene membrete de la aseguradora, posee un recuadro en el que se destacó que era para “uso interno del banco” (fs. 35).

En las condiciones que anteceden, las normas de la ley 17.418 sobre reticencia en la celebración del contrato de seguro, solamente serían predicables respecto del deudor mutuario a través de una interpretación extensiva de ellas, pues si bien él no es parte en ese contrato, la información que brinda sobre su salud y estado psicofísico se inserta, a la postre, en dicho contrato.

Ahora bien, la interpretación extensiva mencionada no habría de conducir, sin embargo, a resolver sobre la base del art. 5 de la referida ley, sino más bien, en hipótesis como la de autos, a reclamar la aplicación de lo dispuesto por los arts. 10 y 129 de la ley 17.418, según lo ha destacado la doctrina (conf. Schiavo, C., ob. cit., p. 150).

Y esta última precisión lleva, a su vez, a que el juzgamiento de la presunta reticencia en la celebración del seguro se haga, no sólo examinando el conocimiento y la conducta del tercero (en el caso, del deudor mutuario), que es lo que hasta ahora únicamente se ha hecho en autos, sino también examinando, al mismo efecto, el conocimiento y la conducta del contratante del seguro (en el caso, del banco mutuante), pues tal es lo que exigen los mencionados arts. 10 y 129 (conf. Soler Aleu, A., ob. cit., ps. 298/299, n° 13).

A lo que no es inapropiado añadir, en tal orden de ideas, que respecto del contratante del seguro cuenta no solamente lo que conoció, sino también lo que debió conocer (conf. Halperín, I., *Seguros - Exposición crítica de la ley de seguros 17.418*, Buenos Aires, 1972, ps. 157/158).

En suma, y dando respuesta a la indagación propuesta al comienzo del considerando, lo que corresponde no es ver el problema bajo el exclusivo prisma del art. 5 de la ley 17.418 (malgrado la circunstancia equívoca de haberse transcrita dicho precepto en el formulario de fs. 35), sino analizarlo a la luz de los citados arts. 10 y 129.

5°) Pues bien, para avanzar en la senda precedentemente delineada, me parece útil comenzar por recordar un dato

de la realidad, destacado por la doctrina, que es propio de los contratos de seguro de vida de deudores.

Tal dato de la realidad es que en la conjunción del contrato de mutuo con el contrato de seguro, aparece de manera preponderante el interés del mutuante consistente en que el asegurador tome todos los riesgos de aquellos que se presenten a solicitar el crédito. Por ello, habitualmente intenta oponer al asegurador condiciones blandas de suscripción y débiles cuestionarios relativos al estado de riesgo al momento de declarar. Su interés claramente se contraponen con el del asegurador, porque lo guía el deseo de colocar sus préstamos a quienes califican crediticiamente y presionan al asegurador para que esos potenciales mutuarios no sean rechazados como riesgos asegurables (conf. Martín, M. y Facal, C., ob. cit., p. 565). Este dato de la realidad pudiera inclusive estar potenciado en casos, como el de autos, en que el banco mutuante y la aseguradora demandada forman parte de un mismo grupo económico.

Así las cosas, cuando el deudor no es requerido a completar algún cuestionario, o interrogado deficientemente hubiera omitido espontáneamente realizar una completa comunicación informativa del estado de riesgo, es evidente que esa situación —examinada a la luz del art. 129 de la ley 17.418— no puede volcarse en contra del mutuario, en tanto parte no técnicamente informada en el contrato de mutuo, y la duda no podría resolverse sino contra los predisponentes profesionales. Caso contrario, mediando un completo cuestionario por parte del banco, el mutuario asume una conducta negligente o dolosa que haría aplicable el régimen de la reticencia (conf. Schiavo, C., ob. cit. p. 150).

6°) A esta altura, y teniendo en consideración cuanto se ha dicho, corresponde examinar qué es lo que ha pasado en el caso de autos.

El señor J. B. F. G. suscribió el 20/7/98 (fecha indicada en fs. 172 y no cuestionada por la actora) una “Declaración Jurada de Salud” que incluía a un cuestionario que, entre otros requerimientos, comprendía veintisiete interrogaciones.

Entre tales interrogaciones, se le preguntó acerca de: I) si tenía “...dolor en el pecho, palpitaciones, hipertensión, fiebre reumática, ataque cardíaco, soplo u otra enfermedad del sistema cardiovascular...”, a lo que respondió con un “No”; II) si había “...sido sometido a electrocardiogramas, rayos X u otro tipo de análisis que no fueran chequeos de rutina...”, a lo que dijo que “No”; y III) si había “...sido paciente en hospital, clínica, sanatorio u otros establecimientos médicos...”, a lo cual contestó con un “Si” aclarando más abajo que lo fue para un chequeo general en el Hospital Británico (fs. 35).

Es de observar, de otro lado, que en la referida “Declaración Jurada de Salud” el señor F. G. expresamente autorizó “...a Galicia Vida Cía. de Seguros S.A. y a sus médicos, a solicitar informes acerca de mi salud y/o historia clínica tanto a los médicos que me han asistido o me asistan en el futuro, como a cualquier institución médica...”.

Pues bien, el peritaje médico rendido en autos, tras examinar la historia clínica suministrada por el Hospital Británico, informó que al señor F. G. se le había detectado el 10/9/96 una cardiopatía isquémica; el 17/2/98 una angiodisplasia de aparato digestivo; el 7/4/96 hipertensión arterial (HTA); y recibió medicación hipocolesterolémica a partir del 10/5/96. Frente a ese cuadro, el dictamen pericial concluyó que el nombrado había sido reticente al tiempo de celebrarse el contrato seguro, pues no informó claramente sus patologías. En ese orden de ideas, el peritaje también señaló: 1) que habiendo el nombrado respondido negativamente acerca de la existencia de dolores de pecho, surge de su historia clínica la presencia de dos internaciones por ese motivo; 2) que si bien dijo haber estado internado en el Hospital Británico por un chequeo general, de la historia clínica resultaban tres internaciones, dos por patologías cardíacas y una por patología gastroenterológica; y 3) que habiendo negado que se le hubieran practicado electrocardiogramas, rayos X u otro tipo de análisis, resultaba de la misma historia clínica que estudios de ese tipo se le realizaron en las tres internaciones referidas (fs. 671).

Frente a impugnaciones de la parte actora (fs. 683/686 y fs. 716/719), el perito médico designado de oficio afirmó, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: a) que el señor F. G. no pudo dejar de saber que tuvo dolor en el pecho, ya que fue internado por ese motivo en dos oportunidades (fs. 697); b) que, según su experiencia profesional,

en todos los casos se le informa al paciente el motivo por el cual debe quedarse internado (fs. 698); c) que no es probable que el señor F. G. hubiera olvidado que se internó dos veces porque le dolía el pecho (fs. 699); d) que “...este perito ha internado, por problemas similares a los sufridos por el Sr. F. G. a individuos con estudios primarios incompletos, y puedo asegurar, que sabían lo que les estaba pasando, siempre. Los cardiólogos nos aseguramos este pequeño detalle pues estamos ante patologías en que corre peligro la vida, y el paciente, o su familia, deben conocer con exactitud su estado para evitar problemas legales a posteriori...” (fs. 700); e) que el diagnóstico de egreso de la segunda internación fue “angor inestable” (fs. 701), y que frente a esa patología con aptitud para terminar en un proceso más grave (fs. 703), cualquier forma de seguro de vida era imposible (fs. 702, 731 y 733); f) que los pacientes conocen “normalmente” los motivos de una internación, siendo imprescindible que den su “conformidad ilustrada” para ello (fs. 702); g) que con ocasión de ser internado el actor fue sometido a ecocardiograma, a una prueba de esfuerzo y a una cineangiocoronariografía, dando por resultado la detección de una oclusión de la arteria coronaria del 75% que ameritaba un *bay pass* o una angioplastia a la brevedad (fs. 730); y h) que es posible concluir “...casi con certeza plena...” que el señor F. G. conocía su estado al redactar su Declaración Jurada de Salud (fs. 737) y que, por ello, entiende haber existido ocultamiento de datos, aunque sin poder afirmar con certeza absoluta que ello hubiera estado revestido de una intencionalidad dolosa (fs. 735).

Ahora bien, a requerimiento de la parte actora (fs. 749/751), el juez *a quo* ordenó un nuevo peritaje a realizar por el Cuerpo Médico Forense (fs. 768).

Este estudio pericial, que inicialmente se concretó con la presentación de fs. 839/841, fue posteriormente ampliado en fs. 851/852, sosteniéndose allí conclusiones que, también basadas en la historia clínica, fueron claramente contrarias a las postuladas por el perito médico designado de oficio.

En efecto, según el Cuerpo Médico Forense, aunque el 7/4/96 el señor F. G. fue asistido en el Hospital Británico por una presunta afección coronaria, habiendo consultado por “dolor al pecho”, no se confirmó en esa oportunidad accidente isquémico alguno, siguiendo posteriormente bajo vigilancia coronaria. En abril de 1998 fue internado nuevamente por “dolor precordial”, oportunidad en que se le detectó una lesión estenótica única y espasmo coronario que desaparece con una inyección local de NTG, con un eco estrés posterior negativo. Según los forenses, tampoco en esta oportunidad parece haberse sugerido al señor F. G. una revascularización, posiblemente por considerarse que el trastorno era más funcional que orgánico. Los exámenes complementarios no confirmaron un infarto de miocardio, el ecocardiograma reveló una cuerda tendinosa anómala en el ventrículo izquierdo sin trastornos de movilidad segmentaria, las enzimas no se alteraron y la prueba ergométrica fue normal. Solamente estudios posteriores mostraron una arteriopatía coronaria de tipo vasoespástica, pero el 31/3/00 (es decir, después de suscripta la Declaración Jurada de Salud) la prueba ergométrica (PEG) seguía dando resultado negativo. En consecuencia, concluyó el Cuerpo Médico Forense, el diagnóstico de cardiopatía “...es más una sospecha que una realidad necesitada de corrección cruenta...”, y que la muerte súbita —que es la que tuvo el señor F. G.— no es “...exclusivamente de causa cardíaca y, cuando lo es, frecuentemente es la 1ª manifestación de una coronariopatía ignorada por asintomática o de una anomalía estructural o funcional de otro tipo...” (fs. 851/852).

Como puede verse, lo informado por el Cuerpo Médico Forense descarta que el señor F. G. hubiera tenido conocimiento de que lo afectara una dolencia cardíaca susceptible de comprometer seriamente su salud. El dictamen forense puso de relieve que, en realidad, el nombrado no tuvo en ningún momento un diagnóstico preciso de cardiopatía orgánica, y las pruebas ergométricas que se le realizaron antes y después de suscribir la “Declaración Jurada de Salud” fueron normales. La cardiopatía isquémica de la que habló el perito designado de oficio, tampoco fue confirmada por el Cuerpo Médico Forense, y este último precisó, además, que no fue real la necesidad de una corrección cruenta, desestimando de tal manera aquello que había dicho el perito designado de oficio en cuanto a la necesidad de un *bay pass* o una angioplastia.

Por otra parte, el dictamen del perito médico designado de oficio, en cuanto sostuvo que el señor F. G. conocía de sus afecciones, no fue sino puramente conjetural. De hecho, el citado perito médico no hizo más que afirmarse en lo que, según su opinión, ocurre en la mayoría de las veces, esto es, que el paciente es informado de la enfermedad que padece, infiriendo de ello que también en esa situación debió encontrarse el señor F. G. Pero tal cosa, como dije, no es más que una mera conjetura, pues aun suponiendo que el nombrado hubiera tenido un diagnóstico preciso de cardiopatía orgánica (extremo descartado por el Cuerpo Médico Forense, según se vio), existe la posibilidad de que no hubiera llegado a conocerlo. Es que resulta notorio y forma parte de una realidad cotidiana, que los médicos, frente a patologías graves como la que entendió ver el perito designado de oficio, no informan directamente a los pacientes sino a su familia, y es esta última la que, a su vez, por comprensibles razones, solicita que el paciente no sea informado de lo que verdaderamente le sucede. Suponer, pues, para todos los casos y para todos los pacientes, la existencia por parte de éstos de un real conocimiento de lo que padecen, no se ajusta a la realidad de las cosas, ni a la experiencia cotidiana. Y tan así es ello, que aun cuando el perito médico designado de oficio expresó su convicción en el sentido de que el señor F. G. conocía de sus dolencias (lo que, se insiste, fue descartado por el Cuerpo Médico Forense), lo cierto y concreto es que, a la hora de extremar sus conclusiones, no pudo el experto brindar ninguna certeza plena sobre tal aspecto (“...casi con certeza plena...”, fueron sus palabras: fs. 737), ni afirmar enfáticamente que aquél actuó con intencionalidad dolosa (fs. 735).

De su lado, no es inapropiado observar que todas las dudas pudieron haber sido despejadas con una prueba muy simple, a saber, la declaración testimonial de los médicos que asistieron al señor F. G. en el Hospital Británico. Tales galenos pudieron haber explicado satisfactoriamente los pormenores del cuadro clínico que presentaba y, fundamentalmente, exponer acerca de si él era o no conocido por el paciente. Pero tal prueba, que lo era de la invocada reticencia y cuya rendición, por ende, incumbía a la aseguradora demandada (conf. Halperín, I. ob. cit., p. 179, n° 35; Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 650, n° 497), no fue siquiera ofrecida por dicha parte.

Aun más: la aseguradora demandada ni siquiera observó el informe del Cuerpo Médico Forense (véase silencio guardado frente a la providencia de fs. 856) y, al ser ello así, no cabe sino recordar que, como regla, corresponde estar a las conclusiones de dicho organismo oficial habida cuenta de la seriedad, peso científico y objetividad que cabe reconocerle, que se halla garantizada por las normas específicas que regulan la designación y actuación de sus integrantes (conf. CSJN, 6/12/77, “Haizaguerre de Arrabal c/ Centro Asistencial Privado Iatros S.A.”, Fallos 299:265; CSJN, 13/2/96, “Peleriti, Humberto Rosario s/ homicidio culposo”, Fallos 319:103; CNFed. Civ. Com. Sala II, 7/7/98, “Peralta, Lilia Margarita c/ Estado Nacional y otros s/ responsabilidad médica”; íd. Sala II, 10/8/99, “Lupo, Teresa Eneida c/ Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ responsabilidad médica”; íd., Sala II, 23/3/00, “Mezquiriz, Rodolfo Rubén c/ Hospital Italiano de Buenos Aires y otros s/ responsabilidad médica”; íd. Sala III, 24/11/95, “Cantero Zaracho c/ Obra Social de la Industria Textil y otro s/ responsabilidad médica”; íd. Sala III, 15/7/99, “Méndez, Miguel Mario Domingo (h) c/ IOSE y otros s/ responsabilidad médica”; etc.).

No dejo de apreciar, desde luego, que objetivamente el señor F. G. al completar la “Declaración Jurada de Salud” negó haber tenido dolores de pecho, pese a que se internó dos veces con ese síntoma; silencio haber sido sometido a electrocardiogramas, rayos X u otro tipo de análisis, lo que claramente no fue así; y nada dijo sobre la presencia de una patología gastroenterológica tratada en 1998 (se le encontró un pólipo en el colon, y placas de angiodisplasia en estómago, duodeno y colon; conf. fs. 852). Sin embargo, entiendo que esas circunstancias no constituyen elementos de juicio relevantes para decidir. Así lo pienso, por lo siguiente: a) la doloración en el pecho bien pudo haberla considerado innecesario declarar en función de que, como se dijo, en momento alguno tuvo F. G. un diagnóstico sobre la existencia de una dolencia cardíaca; b) por las mismas razones pudo creer innecesario declarar el sometimiento a estudios como los indicados; y c) no se ha afirmado en autos que la referida patología gastroenteroló-

gica hubiera guardado relación de causalidad con el riesgo realizado.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no hay reticencia en la celebración del contrato de seguro cuando no se declara lo que no se conoce (conf. Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, t. I, p. 612, texto y nota n° 11) y, particularmente, que la ignorancia de la enfermedad no vicia el seguro de vida (conf. Halperín, I., ob. cit., p. 173, n° 22), concluyo que la póliza n° 100.165 no está afectada por reticencia imputable al señor F. G.

7°) Aunque lo desarrollado y concluido en el considerando precedente parece bastante para fundar este voto y propiciar, por consecuencia, la revocación del fallo apelado, sólo por abundar señalo, todavía, lo siguiente:

(a) El perito designado de oficio dijo que el señor F. G. fue contradictorio en su Declaración Jurada de Salud (fs. 732). No importa cuáles fueron los términos de esa supuesta contradicción. Pero es lo cierto que si se la acepta como existente, la consecuencia necesaria de ello es que la supuesta contradicción debió naturalmente ser advertida por predisponentes del formulario en que se realizó tal declaración jurada, y en función de ello pedirse las aclaraciones pertinentes ya que, como lo explica Antigono Donatti, frente a declaraciones manifiestamente equívocas, cuando no se han pedido aclaraciones, lo que corresponde es entender que el asunto no ha sido considerado como una circunstancia influyente para el asegurador (conf. Donati, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 310, n° 419, texto y nota n° 84).

Este aspecto de la cuestión no carece de importancia porque es inherente al examen que autorizan los arts. 10 y 129 de la ley 17.418, máxime cuando, como se ha dicho más arriba, en casos como el *sub lite* no sólo juega lo que el contratante del seguro conoció, sino también lo que debió conocer.

(b) Para el examen de las cuestiones discutidas, este voto no se ha apartado de los términos en que quedó planteada la litis en cuanto al examen de la supuesta reticencia solamente teniendo en cuenta la actuación del señor F. G.

Sin embargo, su cónyuge aquí actora fue codeudora del mutuo y, por ello, el seguro también se contrató sobre su vida.

De tal suerte, cabe recordar que si el contrato incluye varias personas o intereses, y la reticencia afecta a una parte de ellos, el asegurador "...puede rescindir todo el contrato si no lo hubiese celebrado en las mismas condiciones respecto de los intereses o personas no afectados..." (arts. 6 *in fine* y 45 de la ley 17.418; Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, t. I, p. 637).

La ausencia de una indagación sobre esta última particularidad aparece igualmente como contraria a la postura de la demandada.

8°) En las condiciones que anteceden, no es necesario estudiar los agravios referentes a la existencia de una aceptación tácita de la cobertura fundada en el art. 56 de la ley 17.418, o bien a la invocada incontestabilidad del seguro con base en lo dispuesto por el art. 130 de la misma ley. Cualquier respuesta que se brinde acerca de tales aspectos, es irrelevante frente al hecho de quedar desestimada la alegación de reticencia en la celebración del contrato que fundó extrajudicial y judicialmente el rechazo de la cobertura.

Juzgo, pues, que debe revocarse la sentencia apelada, con el efecto de ser admitida la demanda de cumplimiento de contrato y ordenar a la aseguradora demandada el pago al banco asegurado del saldo de deuda vigente al día del fallecimiento del señor J. B. F. G..

9°) En atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal, corresponde resolver sobre las costas.

Al respecto, recuerdo que, como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales y como lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de las costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (conf. Chiovenda, G., *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 404, Madrid, 1925; Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, p. 472, Buenos Aires, 1942).

Este criterio ha sido adoptado también, como principio, en la ley procesal vigente (art. 68 del Código Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1989, t. 3, p. 85), lo que implica que el peso de las costas debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón

suficiente (conf. Fassi, S., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, n° 315, Buenos Aires, 1971).

Es evidente, por otra parte, que la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues como regla no es justo que el triunfador se vea privado del resarcimiento de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derechos (conf. CNCom. Sala D, causa n° 9888/02 "Srebro, Brenda c/ Red Cellular SA y otro", sentencia del 21/10/2006; CNFed. Civ. Com. Sala III, 13/12/91, "Antorcha Cía. de Seg. SA c/ buque Monte Rosa", LL 1992-C, p. 155).

En función de ello, no advirtiendo razones para apartarse del criterio objetivo de la derrota, interpreto que en ambas instancias deben ser impuestas a la aseguradora demandada (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

10°) Por lo expuesto, propongo al acuerdo que se revoque la sentencia apelada, con el efecto de admitirse la demanda, y condenar a la aseguradora demandada el pago al banco asegurado del saldo de deuda vigente al día del fallecimiento del señor J. B. F. G., de manera tal que ello posibilite la extinción total del crédito tomado por este último y por su cónyuge supérstite, así como la cancelación de la hipoteca dada en garantía de ese crédito. Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores *Vassallo* y *Dieuzeide* adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Revocar la sentencia apelada con el efecto de admitir la demanda, y condenar a la aseguradora demandada al pago al banco asegurado del saldo de deuda vigente al día del fallecimiento del señor J. B. F. G., de manera tal que ello posibilite la extinción total del crédito tomado por este último y por su cónyuge supérstite, así como la cancelación de la hipoteca dada en garantía de ese crédito.

(b) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

(c) Diferir la regulación de los honorarios hasta tanto sea informado por la aseguradora el saldo de deuda debido al banco asegurado.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. – Pablo D. Heredia. – Juan J. Dieuzeide. – Gerardo G. Vasallo (Sec.: Gastón M. Polivera).

## Seguro:

Productor de seguros: cobro de prima; falta de autorización; rehabilitación del contrato.

1 – Cabe recordar que el mero productor de seguros, a diferencia del agente institorio, no está investido de la representación necesaria para recibir pagos del asegurado, a menos que lo haga extendiendo recibos del asegurador (cfr. art. 53, ley 17.418).

2 – Los agentes institorios estarán regidos por las reglas del mandato con las limitaciones de objeto y zona propios de todo mandato, y con la aplicación de las normas referidas al de carácter tácito cuando la apariencia conduzca a la conclusión de que existan facultades para un acto determinado. La ratificación que haga la aseguradora de lo actuado, ya sea en forma expresa o tácita, equivale al mandato y tiene efectos retroactivos al día del acto, con todas las consecuencias del mandato (arts. 1935 y 1936, *cód. civil*; 54, ley 17.418). Por el contrario, en el caso de los productores asesores no habrá mandato ni relación de dependencia, por lo cual no existirá representación ni atribución directa de actos al asegurador, salvo que algunas facultades se atribuyan expresamente. En principio, los productores asesores se hallan restrictivamente habilitados para las funciones taxativamente enunciadas en el art. 53 de la LS, acotadas a las operaciones en las cuales intervengan. Entre ellas, pueden recibir el pago de la prima teniendo en su poder recibo emitido por el asegurador y si efectuaran la percepción por sí sin facultad expresa, no sería un pago hecho al asegurador (cfr. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Las aseguradoras y su representación. Sucursales, agentes institorios o productores", *La Ley on line* 18/5/09, 1).

3 – Los instrumentos obrantes a fs. 7/11 no son suficientes para tener por acreditada la cancelación de la prima corres-

pondiente a la póliza cuya copia obra a fs. 12/14, dado que –en primer término– los mismos no indican haber sido expedidos por la empresa de seguros, sino por propia cuenta de la productora. Por otra parte, son los propios recibos los que indican claramente al dorso que "...Los únicos sistemas habilitados para pagar premios de contratos de seguros son los siguientes: a) medios electrónicos de cobro, b) entidades bancarias: pago en ventanilla o débito en cuenta, c) tarjetas de débito, crédito o compras. Las entidades aseguradoras sólo podrán considerar cumplida la obligación de pago de premio de los contratos de seguros cuando se produzca el efectivo ingreso de los fondos en alguno de los sistemas enumerados en el párrafo anterior.

4 – Si bien la productora en su relación con el asegurado podía recibir sumas de dinero, la recepción de las mismas no generaba ipso facto la cancelación del premio, sino que aquélla debía a su vez darlas a la aseguradora o a un agente institorio de ella que tuviera facultades para actuar en su nombre (cfr. art. 54, ley 17.418).

5 – Corresponde acordar razón a la demandada La Segunda al aseverar que había acaecido la caducidad del seguro por falta de pago del premio. Ello así, por cuanto no media en la especie autorización para operar en representación de La Segunda ni el ejercicio de un mandato tácito –como estimó la magistrada de la instancia de origen–, que ligara a la productora y a la aseguradora, y que permitiera tener por cancelado el premio con la recepción de las sumas que dan cuenta de los recibos otorgados por aquélla, agregados en autos a fs. 7/11.

6 – Cuadra recordar que el art. 31 de la ley 17.418 dispone que "si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago". Entonces, la mora en el pago del premio genera la carencia de garantía del riesgo y libera por consiguiente al asegurador de indemnizar cualquier siniestro que ocurra en el lapso que media desde la mora hasta la rehabilitación del contrato, que se produce al día siguiente de efectivizarse la cancelación de la prima adeudada (cfr. Meilij, "Manual de Seguros", pág. 21; Stiglitz-Stiglitz, "Contrato de Seguros", pág. 44 y sigs.; SCBA, Ac. 33.598 del 15-IV-1986 y 48.903 del 15-7-1997).

7 – Procede señalar, de conformidad con lo decidido por el Alto Tribunal Provincial, que la recepción de los pagos efectuados después del vencimiento no tiene otro alcance para la aseguradora que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura (cfr. SCBA, Ac. 62.862 del 5-7-98; Ac. 81.557, del 25-6-03, entre otros).

8 – Epilogando la cuestión y haciendo foco en el centro de las razones esbozadas por la judicante, la invocada seguridad jurídica no puede servir de argumento para recrear una relación jurídica inexistente, desde que la sola presencia del consumidor de buena fe del seguro, no importa extender la garantía asegurativa contra la compañía que no ha visto cumplido el pago del premio para la vigencia del contrato, desde que no se ha demostrado el obrar antijurídico de la misma sino de un tercero a quien no la une ningún vínculo por el que deba responder.

9 – Habiendo quedado sin prueba la alegada entrega de las sumas a Segsur S.R.L. o, en definitiva, a La Segunda Coop. Ltda. de Seguros, en término, corresponde que la responsabilidad por dicha omisión sea asumida por la productora de seguros María Verónica Salzano, desde que habiendo mediado una acción negligente de su parte, se ocasionó la pérdida de la indemnización que iba a percibir Paez por la sustracción de su rodado. Daño, entonces, que merece ser enjugado por la causante de dicha imposibilidad.

8 – CApel.CC Lomas de Zamora, sala III, septiembre 11-2009. – Páez, Julio César c. Salzano, María Verónica y otra s/incumplimiento de contrato.

En Lomas de Zamora, a los 11 días del mes de septiembre del año dos mil nueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de este Departamento Judicial, doctores: Norberto Celso Villanueva y Sergio Hernán Altieri, con la presencia del Secretario del Tribunal se trajo a despacho para dictar sentencia la causa número: 225, caratulada: "Paez, Julio César c/ Salzano, María Verónica s/ incumplimiento de contrato". De conformidad con lo dis-

puesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones:

1º) ¿Es justa la sentencia apelada ?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, *in fine* del C.P.C. y C.); dio el siguiente orden de votación: Dr. Norberto Celso Villanueva y Dr. Sergio Hernán Altieri.

A la primera cuestión, el Dr. *Norberto Celso Villanueva* dijo:

1) ANTECEDENTES - SENTENCIA - AGRAVIOS:

a) La Magistrado titular del Juzgado n° 11 dictó resolución (fs. 317/322), haciendo lugar a la demanda por incumplimiento de contrato promovida por Julio César Paez contra “La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros” y Marina Verónica Salzano, condenándolos al pago de la suma de \$ 4.400 con más sus intereses a calcular conforme la tasa que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires para giros no cubiertos sin autorización en cuentas corrientes hasta su efectivo pago, con costas a las demandadas vencidas, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

b) La actora y las demandadas apelaron dicho pronunciamiento, siéndoles concedidos los recursos a fs. 336. A fs. 359/361 expresó agravios la accionante, haciendo lo propio las demandadas La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales y María Verónica Salzano a fs. 362/364 y 365/366, respectivamente. La actora replicó las críticas vertidas con sus presentaciones de fs. 368/370 y 371/373, obrando la del apoderado de la aseguradora a fs. 374/375.

c) La demandante endereza su argumentación contra la desestimación del daño moral, entendiendo que existen elementos probatorios que dan cuenta de los padecimientos a que se vio sometido el actor por verse privado de la indemnización correspondiente al hecho asegurado.

d) Por su parte, los accionados se alzan contra la decisión que los condena al pago del resarcimiento por la pérdida del automotor robado.

La aseguradora aseverando que no se ha demostrado la existencia de mandato a favor de la productora de seguros para cobrar las sumas correspondientes a la prima, por lo que no corresponde que asuma las consecuencias de un seguro que, a la fecha del siniestro asegurado, se encontraba caduco por falta de pago. También se agravó por la falta de admisión de la acción contra la tercera citada Segsur SRL y por la imposición de costas en su contra.

A su turno, la productora de seguros Salzano refiere que, habiendo recibido los pagos de manos del accionante, entregó dichas sumas a la tercera citada Segsur SRL, quien a su vez rendía cuenta de dichas cantidades a la aseguradora, de lo que debe inferirse su conducta diligente, según estima, endilgando la responsabilidad al tercero interviniente y a la aseguradora demandada.

2) DEFENSA DE CADUCIDAD DE CONTRATO DE SEGURO - TRATAMIENTO - EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LAS DEMANDADAS:

a) Antes de adentrarme en la médula de las críticas, corresponde dejar aclarado, en orden al reparo opuesto por la actora y la demandada La Segunda al contestar la expresión de agravios, que las piezas tildadas de insuficientes traídas a consideración de este Tribunal, satisfacen sustancialmente los requisitos que el Código de rito exige para considerar abastecida la crítica, por lo que el pedimento allí formulado no podrá recibir favorable recepción en esta sede revisora (doctr. arg. art. 260 del Código Procesal C. y C.)

b) Sorteada la admisibilidad recursiva, cabe indicar que la cuestión atinente a la responsabilidad en el incumplimiento del contrato asegurativo, impone reflexionar sobre la relación que ligara a la productora Salzano y la compañía de seguros La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros.

A dichos fines, cabe recordar que el mero productor de seguros, a diferencia del agente institorio, no está investido de la representación necesaria para recibir pagos del asegurado, a menos que lo haga extendiendo recibos del asegurador (cfr. art. 53 de la ley 17.418).

En ese sentido, los agentes institorios estarán regidos por las reglas del mandato con las limitaciones de objeto y zona propios de todo mandato, y con la aplicación de las normas referidas al de carácter tácito cuando la apariencia

conduzca a la conclusión de que existan facultades para un acto determinado. La ratificación que haga la aseguradora de lo actuado, ya sea en forma expresa o tácita, equivale al mandato y tiene efectos retroactivos al día del acto, con todas las consecuencias del mandato (arts. 1935 y 1936, Cód. Civil; artículo 54 de la ley 17.418). Por el contrario, en el caso de los productores asesores no habrá mandato ni relación de dependencia, por lo cual no existirá representación ni atribución directa de actos al asegurador, salvo que algunas facultades se atribuyan expresamente. En principio, los productores asesores se hallan restrictivamente habilitados para las funciones taxativamente enunciadas en el art. 53 de la L.S., acotadas a las operaciones en las cuales intervengan. Entre ellas, pueden recibir el pago de la prima teniendo en su poder recibo emitido por el asegurador y si efectuaran la percepción por sí sin facultad expresa, no sería un pago hecho al asegurador (cfr. Gregorini Clusellas, Eduardo L.; “Las aseguradoras y su representación. Sucursales, agentes institorios o productores”; La Ley on line 18/05/09, 1).

Atendiendo los razonamientos precedentes, los instrumentos obrantes a fs. 7/11 no son suficientes para tener por acreditada la cancelación de la prima correspondiente a la póliza cuya copia obra a fs. 12/14, dado que –en primer término– los mismos no indican haber sido expedidos por la empresa de seguros, sino por propia cuenta de la productora.

Por otra parte, son los propios recibos los que indican claramente al dorso que “...Los únicos sistemas habilitados para pagar premios de contratos de seguros son los siguientes: a) medios electrónicos de cobro, b) entidades bancarias: pago en ventanilla o débito en cuenta, c) tarjetas de débito, crédito o compras. Las entidades aseguradoras sólo podrán considerar cumplida la obligación de pago de premio de los contratos de seguros cuando se produzca el efectivo ingreso de los fondos en alguno de los sistemas enumerados en el párrafo anterior...”. Por ende, si bien la productora en su relación con el asegurado podía recibir sumas de dinero, la recepción de las mismas no generaba *ipso facto* la cancelación del premio, sino que aquélla debía a su vez darlas a la aseguradora o a un agente institorio de ella que tuviera facultades para actuar en su nombre (cfr. art. 54, ley 17.418).

Desde otra óptica, la demandada Salzano parece atribuir a Segsur SRL la calidad de representante de la empresa de seguros, dado que señala que la misma tendría facultades para recibir los pagos de las primas y que, efectivamente, a través de dicha intermediaria habría entregado las cantidades recibidas de manos de Paez (ver fs. 62/63). Dicha condición ha sido expresamente negada por Segsur SRL, quien al contestar la citación de tercero formulada a instancias de Salzano, indicó que su intervención en la cuestión se limitó a celebrar el contrato por la aseguradora (ver fs. 90 vta.), quedando la gestión de la cobranza a cargo de la empresa asegurativa. Al respecto, no se ha producido prueba en contrario que demuestre los dichos de la productora accionada.

Por el contrario, es la propia Salzano quien afirma que no existió relación entre ella y La Segunda que le permitiera percibir las sumas con efecto cancelatorio, por lo que, habiendo recibido sumas de un tercero en calidad de intermediario, debió demostrar que sus diligencias fueron eficientes para canalizar la llegada del dinero a destino.

De la prueba pericial contable, de cuyas precisiones no encuentro mérito para apartarme y afirmando el experto que la papelería contable de la aseguradora fue llevada en legal forma, se deduce que las cuotas correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2003, fueron percibidas por La Segunda con fecha 13 de marzo, o sea, con posterioridad al vencimiento operado el día 12 de cada uno de esos períodos (ver fs. 249/251).

Dicho orden de cosas, obliga a acordar razón a la demandada La Segunda al aseverar que había acaecido la caducidad del seguro por falta de pago del premio.

Ello así, por cuanto no media en la especie autorización para operar en representación de La Segunda ni el ejercicio de un mandato tácito –como estimó la magistrado de la Instancia de origen–, que ligara a la productora y la aseguradora, y que permitiera tener por cancelado el premio con la recepción de las sumas que dan cuenta los recibos otorgados por aquella, agregados en autos a fs. 7/11.

Por otro lado, cuadra recordar que el art. 31 de la ley 17.418 dispone que “si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador

no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago”.

Entonces, la mora en el pago del premio genera la carencia de garantía del riesgo y libera por consiguiente al asegurador, de indemnizar cualquier siniestro que ocurra en el lapso que media desde la mora hasta la rehabilitación del contrato, que se produce al día siguiente de efectivizarse la cancelación de la prima adeudada (cfr. Meilij, “Manual de Seguros”, p. 21; Stiglitz-Stiglitz, “Contrato de Seguros”, p. 44 y ss.; SCBA, Ac. 33.598 del 15-IV-1986 y 48.903 del 15-7-1997).

Procede señalar también, de conformidad con lo decidido por el Alto Tribunal Provincial, que la recepción de los pagos efectuados después del vencimiento no tiene otro alcance para la aseguradora que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura (cfr. SCBA, Ac. 62.862 del 5-7-98; Ac. 81.557, del 25-6-03, entre otros).

Epilogando la cuestión y haciendo foco en el centro de las razones esbozadas por la judicante, la invocada seguridad jurídica no puede servir de argumento para recrear una relación jurídica inexistente, desde que la sola presencia del consumidor de buena fe del seguro, no importa extender la garantía asegurativa contra la compañía que no ha visto cumplido el pago del premio para la vigencia del contrato, desde que no se ha demostrado el obrar antijurídico de la misma sino de un tercero a quien no la une ningún vínculo por el que deba responder.

En ese sentido, la apelación articulada por La Segunda Cooperativa de Seguros Limitada merece tener favorable acogida, rechazando la acción entablada en su contra.

c) Ante tal orden de cosas, habiendo quedado sin prueba la alegada entrega de las sumas a Segsur SRL o, en definitiva, a La Segunda Coop. Ltda. de Seguros en término, la responsabilidad por dicha omisión corresponde que sea asumida por la productora de seguros María Verónica Salzano, desde que habiendo mediado una acción negligente de su parte, se ocasionó la pérdida de la indemnización que iba a percibir Paez por la sustracción de su rodado. Daño, entonces, que merece ser enjugado por la causante de dicha imposibilidad.

3) ANÁLISIS DE LOS RUBROS INDEMNIZATORIOS

Por último, atendiendo la queja esgrimida por la actora en torno a la falta de reconocimiento del agravio moral que dice haber padecido como consecuencia del incumplimiento del contrato asegurativo, corresponde señalar que –tal como lo tiene señalado el cimero Tribunal provincial– en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido, se requiere la clara demostración de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (cfr. SCBA, Ac. 86.205 del 6-10-04 en autos “Feito, Valentín c/ Asociación de Médicos de Gral. San Martín y Tres de Febrero s/ daños y perjuicios”, entre otros, JUBA Sum. B7749).

Ese claro postulado, obliga a sostener la decisión de la Instancia primigenia desde que no se han allegado elementos a la causa, que permitan inferir la existencia del padecimiento que el actor dice haberlo afectado, el que no puede extraerse *in re ipsa* de la sola circunstancia de no contar con las sumas correspondientes a la indemnización del seguro contratado, tal como pretende en su argumentación recursiva.

En tal sentido, corresponde confirmar el pronunciamiento en crisis.

Consecuentemente, con la salvedad indicada en el punto 3, voto por la negativa.

A la primera cuestión, por compartir los mismos fundamentos, el doctor *Altieri* dijo que: vota en igual sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. *Norberto Celso Villanueva* expresó:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión anterior, corresponde modificar la apelada sentencia de fs. 317/322, rechazando la demanda entablada contra La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros. Las costas de ambas Instancias habrán de imponerse a la demandada Salzano que resulta vencida (art. 68 del Código de rito). Propicio diferir

la consideración de los honorarios profesionales, hasta tanto se practiquen las determinaciones en la instancia de origen.

Así lo voto.

A la segunda cuestión, por compartir los mismos fundamentos, el doctor Altieri expresó que: vota en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia:

Que en el Acuerdo celebrado quedó establecido:

1º) Que la sentencia de fs. 317/322 debe modificarse.

2º) Que las costas de Alzada deben imponerse a la demandada Salzano.

Por ello: Y fundamentos consignados en el acuerdo, modifícase la apelada sentencia de fs. 317/322, rechazándose la demanda contra La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros. Impónense las costas de ambas Instancias a la demandada Salzano. Difiérese la consideración de los honorarios profesionales hasta la oportunidad señalada al tratarse la segunda cuestión. Regístrese. Notifíquese y, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen. – Norberto Celso Villanueva. – Sergio Héran Altieri.

## Seguro:

Delimitación del riesgo: diferencias entre las cláusulas de caducidad y exclusión de cobertura; prueba de la exclusión de cobertura.

1 – El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado; normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej. incendio), y luego señala diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas, y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización. La determinación del riesgo implica pues dos fases: (A) la individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ej. incendio, robo, granizo, muerte, etc.), y (B) la delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo. Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o de no garantía. Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inseguras, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos concretos en los que operará el seguro. En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro; ausencia de tutela o garantía. Estas cláusulas no atribuyen directamente derechos ni imponen obligaciones sino que su función consiste en describir el ámbito dentro del cual el seguro brindará su amparo. Son esencialmente descriptivas, marcando el área de aseguramiento mediante la mención de inclusiones y exclusiones.

2 – Las cláusulas de exclusión de la cobertura (llamadas también de no seguro o no garantía), al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, hay entre ellas diferencias significativas, entre otras, las que se enumeran a continuación: (a) Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar los riesgos que, ab initio, no están cubiertos; (b) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato... (c) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien tiene la carga de probar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora; (d) La caducidad autoriza a la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía ninguna relación tiene con la rescisión; se trata, simplemente, de una situación ajena al contrato; (e) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los

terceros, aun al trabajador en el seguro de accidente de trabajo; (f) Las reglas de interpretación de unas y otras presentan algunas variantes. Hay consenso en que la extensión del riesgo asegurado y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Halperín, Isaac, "Seguros", 2ª ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y sigs.).

3 – Las cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a las necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable. En otros términos, "si bien la enunciación de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse en forma limitativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ya que se produciría un desequilibrio de la prestación asumida por el asegurador en beneficio de la parte asegurada, ello es así siempre y cuando la cláusula no sea confusa, que haya podido recibir de buena fe una interpretación más amplia, o cuando la limitación pretendida es contraria a la naturaleza del riesgo cubierto; es decir, que aun las cláusulas de enunciación de los riesgos y de extensión de la cobertura deben interpretarse conforme a la expectativa razonable y al propósito del hombre corriente de negocios.

4 – La sentencia no distingue entre interpretación de la cláusula negocial y valoración de la prueba rendida. Adviértase que en muchas ocasiones, la cláusula puede ser clara, pero la cuestión versa sobre cómo debe valorarse prueba que no tiene esa contundencia o claridad. Para esos casos, la jurisprudencia mayoritaria del país entiende que "La duda acerca de la configuración o no de un supuesto de exclusión de cobertura en el contrato de seguro favorece al asegurado debido a su condición de parte más débil en la relación pues se trata de quien está en peores condiciones de demostrar la extensión de la responsabilidad del asegurador (CNCom., sala A, 7/11/2002, Doc. Jud. 2003-1-891; conf. CNCom., sala B, 12/5/2003, LL, 2004-A-118; CNCiv., sala K, 23/9/2003, "Díaz c. Muñoz", Doc. Jud. 2004-1-579). En el mismo sentido se ha decidido que "La prueba de la defensa de la aseguradora (en el caso, el agravamiento del riesgo porque usó el vehículo como remisse) debe ser concluyente (CNCom., sala C, 31/10/2006, Doc. Jud. 2007-2-49).

5 – La arbitrariedad es manifiesta en tanto: (a) La cláusula no impone expresamente esa prueba al asegurado. Por lo tanto, en un caso dudoso como éste, la posición del tribunal de apelaciones implica contravenir la regla universalmente aceptada en los contratos predispuestos, como el del seguro, cual es la regla contra proferentem, o in dubio contra stipulatorem (ver, entre muchos, CNCom., sala B, 24/9/1998, "Campanario c. Plan Ovalo", LL, 1998-F-262, con nota aprobatoria de Zavala Rodríguez, Carlos J., y Zavala Rodríguez, Facundo, "Un fallo ejemplificador: Campanario", en LL 2000-D-607). (b) Imponerla supone hacer cargar al asegurado con pruebas de muy difícil control, especialmente si, como en el caso, el conductor se encuentra internado en un nosocomio que para colmo no es el que ha recibido la muestra. (c) Se trata de cálculos que, como lo señala el informe obrante a fs. 30, dependen, incluso, de circunstancias personales. (d) En el caso, tengo especialmente en cuenta la escasa diferencia entre el grado máximo tolerado en la póliza (1.g) y al que se llega aun con este discutido cálculo retrospectivo (1.04 g).

9 – SC Mendoza, sala I, junio 29-2009. – INTIAR S.A. en J. 11.063/83.987 INTIAR S.A. c. Triunfo Coop. de Seguros Ltda. p/daños y perjuicios s/inc. cas.

En Mendoza, a veintinueve días del mes de junio del año dos mil nueve, reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 94.243, caratulada: "INTIAR SA en J. 11.063/83.987 INTIAR SA c. Triunfo Coop. de Seguros LTDA p/daños y perjuicios s/inc. Cas.

Conforme lo decretado a fs. 76 deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci; segundo: Dr. Alejandro Pérez Hualde; tercero: Dr. Carlos Böhm.

### ANTECEDENTES

A fs. 13/23 vta. el abogado Mariano Giménez Riili, por Intiar SA, deduce recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra la sentencia dictada por la Quinta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 225/230 de los

autos n° 11.063/83.987, caratulados: "Intiar SA c/Triunfo Coop. de Seguros Ltda. p/daños y perjuicios".

A fs. 39 se admiten formalmente los recursos deducidos y se manda correr traslado a la contraria, quien a fs. 52/70 contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 72/73 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja rechazar los recursos deducidos.

A fs. 75 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 76 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión: ¿Son procedentes los recursos interpuestos? Segunda cuestión: En su caso, ¿qué solución corresponde? Tercera cuestión: Costas.

A la primera cuestión la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, dijo:

### I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de estos recursos son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 3/6/2006 un accidente de tránsito se produjo en Carril Cervantes. Las constancias del sumario n° 3132/06 originarios de la Seccional 10 de Maipú acreditan las siguientes circunstancias: el personal policial fue advertido a las 7.45 aproximadamente; el impacto afectó a un camión Chevrolet, asegurado en Liderar, que transportaba una carga completa de bebidas, y a una camioneta Toyota, conducida por G. R. R., asegurada en Triunfo Cooperativa de Seguros, que quedó totalmente destruida. Rauek resultó lesionado y fue trasladado a la Clínica de Cuyo en la ambulancia del servicio coordinado, a cargo de una médica, Noemí Rivero. El acta deja constancia que se comisionó personal a fin de realizar la correspondiente extracción de muestra sanguínea a ambos conductores para ser remitida al Cuerpo Médico Forense a fin de que se realice la correspondiente prueba de alcoholemia. A fs. 11 existe copia del oficio enviado por la Comisaría 49 de Rodeo del Medio al Hospital Central mediante la cual se solicita se extraiga una muestra sanguínea al ciudadano G. R. R.; hay una firma con un sello aclaratorio que dice Natalia Manzino, mat. 7911, coordinador UTI y en manuscrito se lee: "Recibido, 11.40". El acto de la policía que clausura los procedimientos deja constancia que el Sr. G. R. R. fue trasladado a la Clínica de Cuyo en ambulancia, acompañado de una médica.

A fs. 20/21, radicado el expediente ante la Sexta Fiscalía Correccional, el 24/6/2006 se recibe el resultado de la prueba de alcoholemia realizada al conductor G. R. R., cuyo resultado es 0.60 gr., marcada como alcoholización "leve". Dice, además: "Fecha de recepción de la muestra: 09/6/2006" (el día está escrito a mano y el mes en sello fechador), "hora 10.45; fecha de realización de la pericia, 13/6/2006, hora 10 horas"; firma el Dr. Carlos Paravano. Más abajo hay un sello que dice "Mendoza, 12/6/2006, remítase al lugar de origen". Deja en blanco los claros relativos a la fecha de extracción de la muestra y estado de la muestra.

2. El 7/12/2006, en autos n° 83.987, originarios del Décimo Quinto Juzgado en lo Civil, Intiar SA, propietaria de la Toyota conducida por R., inició demanda ordinaria por cobro de pesos contra Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. por la suma de \$ 90.000. Relató que había contratado un seguro de flota con la demandada por el cual aseguró varios vehículos de su propiedad, entre otros, la Toyota Land Cruiser 4 x 4; que encontrándose vigente el contrato, el 3/6/2006 se produjo un accidente; que denunció el siniestro; que el 25/8/2006 la aseguradora le envió una carta documento rechazando el siniestro porque el conductor estaba en estado de ebriedad, como surge del cálculo retrospectivo, en tanto el pedido fue recibido cuatro horas más tarde del accidente; que por carta documento rechazó lo expresado por la aseguradora y la intimó a cumplir el contrato. La demandada mantuvo su posición lo que la obligaba a iniciar el juicio. Sostuvo que era absolutamente falso que R. condujera en estado de ebriedad; en subsidio, alegó: que la cláusula era nula por abusiva; que no podía ser aplicada según su tenor literal, y mucho menos haciendo un cálculo retrospectivo; que el solo hecho de conducir habiendo realizado una ingesta de alcohol no es causal de rechazo de la cobertura; la ingesta debe haber sido de una entidad tal que le haya vedado sus aptitudes para manejar.

Como segundo subsidio adujo que la cláusula era inoponible a la asegurada desde que la alcoholemia era atribuible al conductor y no al asegurado, una persona diferente. Ofreció prueba.

3. Triunfo Cooperativa de Seguros compareció, contestó la demanda y solicitó su rechazo. Alegó la cláusula prevista en la póliza según la cual la aseguradora no indemnizará "Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibitoria, alucinógena o somnifera, o en estado de ebriedad; se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia, u otro que corresponda, o cuando habiéndose practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil de sangre al momento del accidente. A los fines de la comprobación queda establecido que la cantidad de alcohol en sangre de una persona, desciende a razón de 0.11 gramos por mil cada hora". Dijo que el cálculo retrospectivo llevaba a sostener que al momento del accidente, el conductor tenía 1.04 gramos por mil en sangre, y si se toma el sistema de corrección del Cuerpo Médico Forense, era de 1.27.

4. Se rindió la siguiente prueba:

Póliza de seguros.

Cartas documentos cruzadas entre actora y demandada.

Informe del Cuerpo Médico Forense. Explica cómo se realizan los cálculos retrospectivos; en personas sanas, teniendo en cuenta un valor promedio del coeficiente de etiloxidación, se debe sumar al valor de la alcoholemia hallado, 0.15 de alcohol por hora; distingue entre personas sanas, alcohólicos crónicos, con y sin daño hepático; señala que lo correcto debería ser realizar una curva personalizada; también que es muy importante tener certeza de que en el momento de la toma de muestra haya finalizado la fase de absorción de alcohol y la curva del metabolismo se encuentre en fase descendente. Frente a alcoholemias normales no es posible hacer cálculo retrospectivo.

5. A fs. 164/167 la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda. Entendió no probada la causa invocada por la demandada por las siguientes razones:

(a) El conductor quedó internado en la Clínica de Cuyo por lo que la hora que aparece en el oficio dirigido al Hospital Central carece de toda relevancia.

(b) Según el expediente policial se comisionó a personal para realizar la medida, desconociéndose en qué lugar y a qué hora, en definitiva, se efectuó la extracción de sangre, todo lo cual debió ser acreditado por la aseguradora.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado. En el caso, no se verifica dificultad probatoria que sirva de presupuesto a esa teoría.

(c) Si se carece de este dato horario, no resulta admisible el cálculo retrospectivo que realiza la demandada, debiendo atenernos al resultado arrojado por el examen agregado al expediente penal y, en consecuencia, entender que el siniestro se encuentra comprendido en el riesgo previsto en el contrato.

(d) Por lo tanto, es irrelevante ingresar en la cuestión relativa a si la culpa grave debe ser del asegurado o del conductor.

6. Apeló la aseguradora. La Cámara Quinta revocó la decisión con estos argumentos:

(a) En el caso, la cláusula afirma que "el asegurador no indemnizará cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibitoria, alucinógena o somnifera, o en estado de ebriedad; se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia, u otro que corresponda, o cuando habiéndose practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil de sangre al momento del accidente. A los fines de la comprobación queda establecido que la cantidad de alcohol en sangre de una persona, desciende a razón de 0.11 gramos por mil cada hora". La cláusula es clara y es más benigna de lo que surge del informe del Cuerpo Médico Forense, que afirma que el grado desciende a 0.15 g. por hora.

(b) El informe del Cuerpo Médico Forense que obra a fs. 21, si bien merece serias críticas en cuanto a su confección, en tanto las fechas aparecen como confusas, ha sido reconocido por la propia parte actora en su demanda cuando, a fs. 68 dice que el Sr. R. presentó 0.60 gr. de alcohol por mil gramos de sangre.

Con tal reconocimiento, era carga de la parte actora demostrar que la extracción de la sangre del conductor del

vehículo siniestrado se había producido a una hora tal que, con el cálculo retrospectivo que preveía la cláusula del contrato de seguro, no llegaba al grado de alcoholización previsto.

Ninguna prueba aportó al efecto, por lo que cabe seguir las constancias de la causa penal. De ella surge que el accidente se produjo a las 7.40 (acta de procedimiento policial) y la extracción de sangre se debió haber efectuado, por los menos, a las 11.40, esto es, luego de la recepción de tal petición, tal como surge de la constancia de fs. 11 de las actuaciones policiales. Ello nos da un lapso de cuatro horas que, al estar a la cláusula aludida, incrementa el resultado del grado de alcoholización en 0.44 gramos, lo que lleva a un total de 1.04 al momento del accidente, ubicando tal gradación en la alcoholización media, caso en el cual ya no puede sostenerse, sin más, que tal grado de alcoholización no influya en la conducta de la persona, sin perjuicio que tal gradación sobrepasa el límite pactado contractualmente, lo que lleva objetivamente a libertar a la aseguradora.

(c) En diversas oportunidades, la Cámara se ha pronunciado en contra del criterio de la Sala Primera de la Corte de la provincia y considera abusivas este tipo de cláusulas y no oponibles; sin embargo, dado que esas decisiones han sido revocadas, no queda sino adaptarse a esa jurisprudencia.

## II. LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE.

### 1. Recurso de inconstitucionalidad.

La recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por incurrir en vicios graves y groseros en el razonamiento, apartarse claramente de las circunstancias del proceso y omitir hechos y pruebas decisivas.

Argumenta del siguiente modo:

(a) La sentencia da por cierto que el conductor manejaba en estado de ebriedad (causal de exclusión de cobertura). Para llegar a esa conclusión sigue el razonamiento de la aseguradora, hace un cálculo retrospectivo y afirma que se le extrajo una muestra de sangre por lo menos después de las 11.40 horas del día del hecho; como el accidente fue a las 7.40 y la muestra dio como resultado 0.60 gramos, a la hora del accidente tenía más de un gramo de alcohol en sangre.

La arbitrariedad del fallo deviene de que no existe en autos una sola constancia de que la extracción haya sido efectuada a las 11.40 horas, circunstancia que la propia Cámara admite cuando reconoce que el informe del Cuerpo Médico Forense posee varios errores, uno de ellos es que no consta la hora en que se extrajo la sangre; no obstante, sin prueba que lo avale, deriva que debió haberse efectuado a las 11.40 horas.

De las constancias del expediente penal surge que se pide una extracción de sangre que fuera recibido por la Dra. Manzano en el Hospital Central a las 11.40; el conductor R. no se encontraba internado en ese nosocomio sino en la Clínica de Cuyo por lo que ese pedido ninguna incidencia o relevancia tiene para decidir el caso.

Tampoco hay pruebas sobre a qué hora se le extrajo la sangre. Más aún, en el informe del Cuerpo Médico no hay constancia alguna no sólo de la hora sino de quién extrajo la sangre ni en qué nosocomio se realizó. Lo único cierto es el informe del grado de alcohol en sangre, que está por debajo del previsto por la póliza para que opere la exclusión invocada.

Es injusto hacer cargar sobre el asegurado los errores en el procedimiento de realización del examen de alcoholemia y, mucho más, hacer recaer sobre él la carga de la prueba de que la hora de extracción fue a otra hora.

El asegurado no tuvo ninguna responsabilidad en los presuntos errores que se atribuyen al Cuerpo Médico Forense ni nada pudo hacer por evitarlos, si existieron.

(b) La Cámara no trata un argumento decisivo esgrimido por la actora quien no sólo dijo que R. no circulaba en estado de ebriedad sino que manifestó que, con prescindencia de lo expuesto, esa conducta no era imputable al asegurado ni podía serle atribuida; se citaron los arts. 70 y 114 que hacen mención a la culpa grave del asegurado y no a la del conductor; la sentencia nada dice sobre la oponibilidad o inoponibilidad a Intiar SA de la eximente de la ebriedad del conductor. La omisión es relevante porque la cláusula por la cual Triunfo se excusó de cubrir el siniestro es de las denominadas cláusulas de delimitación subjetiva del riesgo y, por ende, sólo la culpa grave del asegurado tiene entidad suficiente para que la aseguradora rechace el siniestro, tal como lo tiene resuelto esta Corte en el caso "Huarpe en j° Rojas" del 24/5/1988 (LS 20326) con amplio apoyo doctrinal y jurisprudencial.

### 2. Recurso de casación.

La recurrente denuncia errónea interpretación y aplicación del art. 179 del CPC. Argumenta del siguiente modo:

La actora probó la existencia del contrato de seguros, la ocurrencia del siniestro, la destrucción del vehículo; además, sin estar legalmente obligada, probó que el resultado del examen de alcohol al conductor estaba por debajo de los valores que eximen a la aseguradora de su deber de responder.

Conforme el art. 179 quien invoca una causal impeditiva debe acreditarla. Era la aseguradora quien debió acreditar que si la eximente era aplicable al caso, el conductor guiaba bajo los efectos del alcohol en grado superior al previsto en la póliza.

El modo como razona el tribunal puede comprometer sensiblemente la razón y función social del seguro; de allí que el fallo de primera instancia hizo lugar a la demanda, al considerar no probada la causal de exclusión. El desarrollo argumental de la Cámara lleva a que cada vez que se produce un accidente el asegurado debería probar que conducía sobrio, en contra de toda la doctrina y jurisprudencia que pone sobre la aseguradora la carga de probar la existencia del hecho que excluye la cobertura.

## III. UN PRECEDENTE DE ESTA SALA.

1. En la decisión del 1/8/2008 (LS 390-185, publicada en LL 2009-A-475 y en La Ley Gran Cuyo 2009 pág. 138, en ambas con nota crítica de José L. Correa, "Culpa del conductor no asegurado. Cláusula de exclusión de cobertura legítima. ¿Cambio de jurisprudencia en la SC mendocina o error en la sentencia?") esta Sala debió responder si resultaba arbitraria o normativamente incorrecta una sentencia que rechazó la declinatoria de la aseguradora en un caso en el que: (a) la citada invocó como causa de no seguro un hecho previsto en una cláusula de las condiciones generales de la póliza, cual es, la ebriedad del conductor del vehículo asegurado; (b) el estado de ebriedad al momento del accidente surgía de la prueba de alcoholemia regularmente practicada y, consecuentemente, era un hecho no discutido; (c) la víctima no había apelado la decisión de primera instancia que había acogido la declinatoria de la citación y la cláusula se pretendía hacer valer contra el conductor del vehículo asegurado y contra el propietario de ese vehículo, no tomador del seguro.

2. La decisión recordó los precedentes en materia de cláusulas de exclusión de cobertura y cláusulas de caducidad. Se dijo que la sentencia recurrida citaba como precedente el caso "Huarpe en j. Rojas", resuelto por esta sala el 24/5/1988 (LS 203-26, publicado en JA 1989-I-944 y LL 1988-E-14) pero silenciaba una serie de casos posteriores que precisaron los alcances de aquella decisión a través de la clásica distinción entre cláusulas de delimitación del riesgo objeto de la cobertura y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (que incluyen las cláusulas de caducidad y las de suspensión de cobertura por falta de pago).

La sentencia se remite a la base doctrinal y jurisprudencial de la distinción explicada en fallos del 27/12/1993 ("San Cristóbal en j. Maradona", LS 242-45, publicado en JA 1995-I-639, LL 1994-E-588, Doc. Jud. 1994-2-903 y RDCO 1993-B-363); del 21/12/1995 ("Triunfo en j. Intraguglielmo", LS 262-359, publicada en LL 1996-D-182, Doc. Jud. 1996-1-871, ED 167-520 y Voces Jurídicas La Ley Gran Cuyo 1996-2-148; del 14/5/2003 ("Martínez en j. Carrasco Salinas", LS 322-17, publicada en F.C. 58-241, Jurisprudencia de Mendoza 63-153 y JA, 2003-IV-880, con nota aprobatoria de Stiglitz, "La determinación del riesgo y su oponibilidad a terceros: la cuestión en el seguro contra la responsabilidad civil"); del 9/6/2003, ("Martínez, en j. Lucero", LS 323-1, publicada en La Ley Gran Cuyo 2003-854, ED 206-205 y Resp. Civil y seguros 2004-7654); del 16/12/2003 ("Centinela", LS 332-227, publicada en La Ley Gran Cuyo 2004-337, Foro de Cuyo 63-160, Doc., Jud. 2004-3-626); del 17/12/2003 ("Olaizola", LS 333-30 publicado en Foro de Cuyo 63-182 y en Rev. Jurídica Argentina del Seguro, la empresa y la responsabilidad civil, n° 46/47 pág. 165); del 10/9/2007 ("Lima", LS 381-81, publicada en Rev. del Foro 84-133 y Actualidad Jurídica Región Cuyo 2008-2493), del 27/12/2007 ("Triunfo en j. Oliva", LS 385-80) y del 29/5/2008 ("Gamboa", LS 389-179).

Los precedentes citados recuerdan, entre otros, los siguientes conceptos básicos (tomados, especialmente, de la obra de Hernández Moreno, "Contrato de seguro: exclusión de cobertura y cláusulas limitativas", Barcelona, ed. Cedecs, 1998, pág. 37 y ss):

El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado; normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej. incendio), y luego señala diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas, y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización. La determinación del riesgo implica pues dos fases: (A) la individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ej. incendio, robo, granizo, muerte, etc.), y (B) la delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo.

Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o de no garantía. Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos concretos en los que operará el seguro. En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro; ausencia de tutela o garantía. Estas cláusulas no atribuyen directamente derechos ni imponen obligaciones sino que su función consiste en describir el ámbito dentro del cual el seguro brindará su amparo. Son esencialmente descriptivas, marcando el área de aseguramiento mediante la mención de inclusiones y exclusiones.

Estas cláusulas de exclusión de la cobertura (llamadas también de no seguro o no garantía), al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, hay entre ellas diferencias significativas, entre otras, las que se enumeran a continuación:

(a) Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar los riesgos que, *ab initio*, no están cubiertos;

(b) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; la de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato.

En tal sentido ha dicho el Supremo Tribunal español que "las cláusulas delimitadoras del riesgo no limitan los derechos del asegurado sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituyen una excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado sino que, por constituir el objeto contractual excluye la acción del asegurado, que no ha nacido, puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato

(ST España, 9/2/1994, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, n° 35, 1994, pág. 526, con nota aprobatoria de María A. Calzada Conde).

(c) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien tiene la carga de probar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora;

(d) La caducidad autoriza a la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía ninguna relación tiene con la rescisión; se trata, simplemente, de una situación ajena al contrato;

(e) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los terceros, aun al trabajador en el seguro de accidente de trabajo;

(f) Las reglas de interpretación de unas y otras presentan algunas variantes. Hay consenso en que la extensión del riesgo asegurado y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Halperín, Isaac, "Seguros", 2ª ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y ss).

3. Se aclaró que, de cualquier modo, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a las necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable. En otros términos, "si bien la enunciación de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse en forma limitativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ya que se produciría un desequilibrio de la prestación asumida por el asegurador en beneficio de la parte asegurada, ello es así siempre y cuando la cláusula no sea confusa, que haya podido recibir de buena fe una interpretación más amplia, o cuando la limitación pretendida es contraria a la naturaleza del riesgo cubierto; es decir, que aún las cláusulas de enunciación de los riesgos y de extensión de la cobertura deben interpretarse conforme a la expectativa razonable y al propósito del hombre corriente de negocios".

4. Más adelante, la sentencia se preocupa por ubicar la cláusula que excluye el seguro por ebriedad del conductor y afirma: La primera cuestión a resolver es si la cláusula que excluye el seguro en los casos de ebriedad del conductor es una cláusula de no seguro o de caducidad. Se reconoce que la cláusula en cuestión tiene un tinte sancionador, propio de las cláusulas de caducidad; no obstante, es una cláusula de exclusión del riesgo, desde que de un modo descriptivo indica, *ab initio*, un riesgo no cubierto, colocándolo fuera del contrato; es una situación ajena al contrato (conf. Babot, Fernando, "Seguro automotor: la exclusión de cobertura por ebriedad del conductor no asegurado", La Ley Noroeste 200-821 y ss).

5. Luego se pregunta si se trata de una cláusula abusiva y se describe la situación jurisprudencial. "No se desconocen algunas decisiones que, incluso pretendiendo fundar su posición con cita de jurisprudencia de esta Corte, han declarado que esta cláusula, por la que se amplía el no seguro resulta abusiva, pues su aplicación suprime la obligación de la compañía de seguros en contra de lo dispuesto por el art. 158 de la LS" (Cám. Nac. Civ. sala K, 6/4/2006, LL 2007-B-391; Cám. Nac. Civ. sala C, 6/3/2001, LL 2001-E-125 y Doc. Jud. 2001-2-1114).

Independientemente de que esos precedentes no distinguen los supuestos de riesgos excluidos (objetivos) y causales de caducidad (subjetivos), en ambos supuestos se discutía si esa cláusula era o no oponible a la víctima. Por el contrario, en el caso a resolver, igual que lo que aconteció en el expediente resuelto por esta Sala el 10/9/2007 ("Lima", LS 381-81, publicada en Rev. del Foro 84-133 y Actualidad Jurídica Región Cuyo 2008-2493), la cláusula se invoca frente al conductor y al propietario del vehículo asegurado no tomador".

La decisión concluye que en el caso, frente al conductor, la cláusula no parece abusiva, ni contraria a la buena fe comercial en razón de que las propias circunstancias de la causa mostraban de modo manifiesto este aserto; el accidente se produjo cuando el conductor del vehículo asegurado circulaba en estado de ebriedad, en condiciones excluidas no sólo por la póliza, sino prohibidas por la propia Ley de Tránsito (velocidad claramente excesiva). También se tuvo en cuenta que la cláusula no era confusa y podía ser perfectamente comprendida por cualquier persona que contrate un seguro contra la responsabilidad civil; no daba lugar a interpretaciones diversas, a diferencia de lo ocurrido en el precedente del 11/4/2000 ("Triunfo en j. Órdenes", LS 294-407) en el que, ante la duda, se interpretó en contra de la aseguradora predisponente y en consecuencia se admitió la existencia de la cobertura.

#### IV. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL PRECEDENTE Y EL CASO A RESOLVER.

La diferencia fundamental entre el precedente y el caso a resolver es que mientras en aquél el estado de ebriedad surgía sin discusión alguna de la prueba de alcoholemia existente en el expediente penal, en el caso, lo discutible es, justamente, si esa prueba ha sido rendida en el expediente. Por otro lado, tampoco estaba en juego la interpretación de la cláusula relativa al cálculo retrospectivo ni cómo debía aplicarse.

#### V. EL NUDO GORDIANO DE LA DISCUSIÓN.

En el caso, el asegurado tiene frente a sí el resultado de la prueba de alcoholemia cuyo resultado lo ubica dentro de la cobertura.

¿Debía también probar a qué hora se había hecho ese estudio para hacer el cálculo retrospectivo? ¿Debía probar

## EDICTOS

### CITACIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 12, a cargo del Dr. Rafael Cruz Martín, Secretaría N° 24, a cargo del Dr. Jorge Medici, sito en calle Marcelo T. de Alvear 1840, Planta Baja, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; cita a JULIO YAGUEDU (D.N.I. 29.401.140) para que dentro del quinto día el que se contará a partir de la última publicación comparezca a estar a derecho y tome la intervención que le corresponda, bajo apercibimiento de designar al Defensor Oficial para que la represente, en los autos caratulados: "BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c. YAGUEDU, JULIO s/ ejecutivo". El presente deberá publicarse por dos días en El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de septiembre de 2009. Jorge Medici, sec.

I. 29-12-09. V. 30-12-09 27747

### CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en Libertad 731 piso 10° de Capital Federal, hace saber que SERIGNE FAYE, DNI N° 93.978.139 de nacionalidad Senegalesa de ocupación comerciante, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que

tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días. Buenos Aires, 17 de diciembre de 2009. M. Andrea Salamendy, sec.

I. 28-12-09. V. 29-12-09 27736

### SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 65, a cargo de la Dra. María Gabriela Fernández Zurita, Secretaría única a mi cargo, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de MARCHIANO MARIA JOSEFA. El presente deberá publicarse por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2009. José María Salgado, sec.

I. 24-12-09. V. 29-12-09 27731

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 60, cita y emplaza a herederos y acreedores de MIGUEL VECCHIET por el término de treinta días. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, marzo 26 de 2009. Javier Santamaría, sec.

I. 24-12-09. V. 29-12-09 27733

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 49, Secretaría Única sito en

Uruguay 714, Piso 7° de esta ciudad, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de LILIA DORA POLINO. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2009. Viviana Silvia Torello, sec.

I. 29-12-09. V. 31-12-09 27744

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 66, sito en Av. de los Inmigrantes 1950 piso 1° of. 110 de Cap. Fed. cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JOSE KESTELMAN. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, diciembre 15 de 2009. Carmen Olga Pérez, sec.

I. 28-12-09. V. 30-12-09 27738

Buenos Aires. El Sr. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 73, ubicado en Av. De los Inmigrantes 1950 PB CABA, cita y emplaza por (30) días a herederos y acreedores de CARBONELL JAIME FRANCISCO a fin de que se presenten a hacer valer sus derechos en los autos caratulados "CARBONELL JAIME FRANCISCO s/Sucesión Ab-Intestato" (Expte. 19110/09). A cuyo fin publíquense edictos en el diario El Derecho. Buenos Aires, noviembre 19 de 2009. Mariana G. Callegari, sec.

I. 24-12-09. V. 29-12-09 27730

El Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Civil N° 27 cita y emplaza por el

término de 30 días a herederos y acreedores de JUANA DEL MASTRO, ELSA CARMEN DE MATTEIS o DEMATTEIS Y NELIDA INES DEMATTEIS. Publíquese por tres días en El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, diciembre 17 de 2009. Soledad Calatayud, sec.

I. 28-12-09. V. 30-12-09 27739

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 49, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de FELIX FRANCISCO MARTIN Y HERRERA. Publíquese por tres días. Para publicar en El Derecho. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2009. Viviana Silvia Torello, sec.

I. 28-12-09. V. 30-12-09 27740

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ALFREDO ANTONIO DI PACCE a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, octubre 29 de 2009. Christian R. Pettis, sec.

I. 29-12-09. V. 31-12-09 27743

### VIARIOS

Por 5 Días. Buenos Aires. El Sr. Ricardo D. Sarmiento, corredor inmobiliario matriculado en CUCICBA N° 1136, tomo I, folio 44 con oficinas en Av. Corrientes 524 piso 2°, Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, hace saber, a los fines previstos en la Ley N° 11.867 de Transferencia de fondo de Comercio, que BAR MATHEU SRL, con sede social en Av. Rivadavia 2402, piso PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, transferirá a "LOS PREMIOS S.A.", CUIT: 30-71122909-0, con domicilio en Perú 30, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el procedimiento que prevé la Ley antedicha, libre de todo pasivo, deuda, impuestos, tasas y gravámenes, el fondo de comercio del ramo restaurante-cantina (602.000), casa de lunch (602.010), café bar (602.020), despacho de bebidas-wisquería-cervecería (602.030), Com. Mini. elab y venta pizza, fugazza, faina, empanadas, postres, flanes, churros, grill, sito en Av. Rivadavia 2402 PISO PB Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual se denomina "PETALOS". En dicho acto se transferirá el siguiente personal: Mendoza Guillermo Javier, 20-07247414-8, 17/08/2006, sereno; Talarrico Rubén Edgardo, 20-08511964-9, 23/09/2008, lavacopas; Acosta Fabián Alberto, 20-17450824-1, 20/06/2008, repartidor; Pelozo Jorge Leonardo, 20-21605414-9, 01/06/2007, dep. mostrador; García Pablo Oscar, 20-21871020-5, 01/05/2009, cocinero; Navarro Miguel Ángel, 20-22211793-4, 24/08/2006, dep. mostrador; Rolón Adrián, 20-22681772-8, 10/08/2006, cajero; Noriega Ángel Ariel, 20-

23428290-6, 10/08/2006, cajero; Acosta Guillermo Fabián, 20-23437130-5, 10/08/2006, dep. mostrador; Palavecino Hugo Daniel, 20-25320845-8, 23/10/2008, lavacopas; Sosa Alfredo Abel, 20-27874042-1, 03/11/2006; dep. mostrador; Cantero Diego Ariel, 20-28000336-1, 01/10/2007; dep. mostrador; Heredia Mauro Federico, 20-30342259-6, 24/06/2008, lavacopas; Zacaria Mario Sebastian, 20-30914829-1, 05/11/2008, repartidor; Lugo Carlos Leonardo, 20-32704220-4, 05/10/2007, repartidor; Penayo Grance Vidal, 20-62147081-8, 07/02/2008, ayte. cocinero; López Osvaldo Ramón, 23-32115163-9, 25/09/2008 lavacopas; Díaz Yolanda Dolores, 27-05772187-7, 10/08/2006, dep. mostrador. Oficina a la cual deberán notificarse las Oposiciones de Ley: Sr. Ricardo D. Sarmiento, corredor inmobiliario matriculado en CUCICBA N° 1136, tomo I, folio 44, Avenida corrientes 524 2° piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ricardo D. Sarmiento. DNI 7.887.776 Matrícula 1136 Tomo: I Folio 44 CUCICBA

I. 28-12-09. V. 4-1-10

27742

INTERIOR: Bahía Blanca: Notas Jurídicas: Tel. (0291) 4527524 / La Plata: José Panfili Tel./Fax (0221) 155600571 / Mar del Plata: Jorge Rabini Tel./Fax (0223) 154219908

San Nicolás de los Arroyos: Guillermo Darré Tel. (011) 1551365607 / Córdoba: Alveroni Libros Jurídicos (0351) 4217842 / Mendoza, San Juan, San Luis: José Graffigna Tel. (0261) 154670751

Santa Rosa, La Pampa: María M. Cortesini Tel. (02954) 15591461 / S. S. Jujuy: Librería Universitaria Tel./Fax (0388) 4237963 / Santa Fe: Ediciones Jurídicas Contables Tel. (0342) 4598890 - Cel. (0342) 155034031

San Miguel de Tucumán: Bibliotex Tel. (0381) 4217089 / Noreste: Jorge Thea Tel. (0343) 155105411 / Patagonia: Nelson Ramírez Tel. (011) 1550279241 / Rosario: Luis Ruscica Tel. (0341) 155059552



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

UNIVERSITAS S.R.L.

Tucumán 1436/38 (C1050AAD) Ciudad de Bs. As.

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y VENTAS:

TEL. / FAX: (011) 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@el-derecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

en contra de la constancia existente en el oficio dirigido al Hospital Central?

La Cámara responde afirmativamente; dice que la carga de la prueba pesaba sobre el asegurado porque, "según admite la Corte, en opinión que ella no comparte pero acata, ésta es una cláusula de exclusión de cobertura oponible al asegurado".

La respuesta es arbitraria. En los párrafos siguientes explicaré por qué.

#### VI. LA ARBITRARIEDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

##### 1. Una aclaración inicial.

La sentencia no distingue entre interpretación de la cláusula negocial y valoración de la prueba rendida. Adviértase que en muchas ocasiones, la cláusula puede ser clara, pero la cuestión versa sobre cómo debe valorarse prueba que no tiene esa contundencia o claridad.

Para esos casos, la jurisprudencia mayoritaria del país entiende que "La duda acerca de la configuración o no de un supuesto de exclusión de cobertura en el contrato de seguro favorece al asegurado debido a su condición de parte más débil en la relación pues se trata de quien está en peores condiciones de demostrar la extensión de la responsabilidad del asegurador (Cam. Nac. Com. sala A, 7/11/2002, Doc. Jud. 2003-1-891; conf. Cám. Nac. Com. sala B, 12/5/2003, LL 2004-A-118; Cám. Nac. Civ. Sala K, 23/9/2003, "Díaz c/Muñoz", Doc. Jud. 2004-1-579). En el mismo sentido se ha decidido que "La prueba de la defensa de la aseguradora (en el caso, el agravamiento del riesgo porque usó el vehículo como *remisse*) debe ser concluyente (Cám. Nac. Com. Sala C, 31/10/2006, Doc. Jud. 2007-2-49).

2. La insuficiencia de la prueba relativa al cálculo retrospectivo.

Coincido con la sentencia de primera instancia en la absoluta y manifiesta insuficiencia de la prueba relativa al cálculo retrospectivo. Efectivamente:

(a) El conductor nunca estuvo internado en el Hospital Central; la recepción del oficio respectivo por parte de una persona en ese nosocomio no es prueba de nada porque no es allí donde se realizan los test de alcoholemia.

(b) El horario está indicado en letra manuscrita, sin otro dato; hay que presumir que esa letra pertenece a Natalia Manzino, desde que la funcionaria tampoco ha sido citada a juicio.

(c) El horario en el que el accidente se produjo tampoco es preciso, desde que el acta policial relata que el personal policial fue advertido a las 7.45 aproximadamente.

(d) Según la sentencia recurrida, el consentimiento del asegurado al test practicado en el Cuerpo Médico Forense significa consentir el horario indicado en el oficio dirigido al Hospital Central. No advierto la posibilidad de vincular un acto con el otro y de tal vinculación derivar un consentimiento. Se trata de dos actos separados e, insisto, ese horario fue colocado, al parecer, por una persona que recibió una muestra en el Hospital Central, nosocomio en el que conductor nunca estuvo internado.

#### VII. LA ARBITRARIEDAD EN EL MODO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA.

##### 1. La cláusula en cuestión.

La cláusula de exclusión dispone que "el asegurador no indemniza cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona en estado de ebriedad y se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia, u otro que corresponda, o cuando habiéndose practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil de sangre al momento del accidente". Luego, a los fines de la prueba, la cláusula sólo dice: "A los fines de la comprobación queda establecido que la cantidad de alcohol en sangre de una persona, desciende a razón de 0.11 gramos por mil cada hora".

##### 2. El rigorismo en la aplicación.

El rigorismo formal de la sentencia recurrida respecto de la carga probatoria del asegurado es manifiesto en tanto le exige acreditar que conforme el test de alcoholemia se encuentra asegurado, y además, probar la total identidad de ese resultado con los cálculos retrospectivos previstos en la cláusula.

La arbitrariedad es manifiesta en tanto:

(a) La cláusula no impone expresamente esa prueba al asegurado. Por lo tanto, en un caso dudoso como éste, la posición del tribunal de apelaciones implica contravenir la regla universalmente aceptada en los contratos predispuestos, como el del seguro, cual es la regla *contra proferentem*, o *in dubio contra stipulatorem* (ver, entre muchos, Cám. Nac. Com. sala B, 24/9/1998, "Campanario c/Plan Ovalo", LL 1998-F-262, con nota aprobatoria de Zavala Rodríguez, Carlos J., y Zavala Rodríguez, Facundo, "Un fallo ejemplificador: Campanario", en LL 2000-D-607).

(b) Imponerla supone hacer cargar al asegurado con pruebas de muy difícil control, especialmente si, como en el caso, el conductor se encuentra internado en un nosocomio que para colmo no es el que ha recibido la muestra.

(c) Se trata de cálculos que, como lo señala el informe obrante a fs. 30, dependen, incluso, de circunstancias personales.

(d) En el caso, tengo especialmente en cuenta la escasa diferencia entre el grado máximo tolerado en la póliza (1.g) y al que se llega aun con este discutido cálculo retrospectivo (1.04 g).

#### VIII. IRRELEVANCIA DEL RESTO DE LAS ARGUMENTACIONES.

Dado el resultado al que llego en los puntos precedentes, entiendo innecesario ingresar en el resto de las argumentaciones del recurrente.

#### IX. EL MONTO DE LA CONDENA.

Al apelar, la aseguradora argumentó, en subsidio, en contra del monto de condena. A fs. 208 vta. punto 16, dijo que para el caso que se confirmara la sentencia de primera instancia, no debía condenarse al pago de la suma de \$ 90.000 (como lo había solicitado la actora, por aplicación de la cláusula 90 E cap. B art. 6 de la póliza) porque correspondía aplicar el art. 9 de dicho capítulo, cláusula que establece cómo se indemniza el daño total. En definitiva, pidió se aplique el art. 9 y no el 6 de la cláusula y que se lo liberara del pago de intereses.

Al responder los agravios, el apelado dijo que la argumentación no era audible, en razón de que no había sido sometida a la primera instancia.

Asiste razón a la actora. La cuestión planteada ante el tribunal de alzada no fue objeto de tratamiento en la primera instancia. En efecto, al contestar la demanda, la aseguradora "negó que deba indemnizar a la actora por la destrucción total del vehículo asegurado" (hecho que luego ha reconocido, porque está fuera de discusión que el vehículo asegurado presentó justamente ese daño); nada sostuvo en subsidio para el supuesto que no prosperara la defensa relativa a la cláusula de exclusión.

#### X. CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de sala, corresponde hacer lugar al recurso, revocar la decisión recurrida y confirmar la de primera instancia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. *Pérez Hualde*, adhiere al voto que antecede.

A la segunda cuestión la Dra. *Aída Kemelmajer de Carlucci*, dijo:

Atento el modo como ha sido resuelta la cuestión anterior corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios articulados a fs. 13/23 por la parte actora del principal INTIAR SA contra la sentencia de fs. 225/230 del expediente N° 83.987/11.063, "INTIAR SA C/ TRIUNFO COOP. DE SEGUROS LIMITADA P/ D. Y P. " dictada por la Quinta Cámara Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Primera Circunscripción, la que se revoca y en consecuencia, se confirma la resolución dictada por la Sra. Jueza *a quo* a fs. 164/167.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. *Pérez Hualde*, adhiere al voto que antecede.

A la tercera cuestión la Dra. *Aída Kemelmajer de Carlucci*, dijo:

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

*Boletín Oficial del 15-12-09*

Ley 26.572. **Empresas del Estado.** Empleados Públicos. Privatizaciones. Programa de Propiedad Participada. Ex agentes de SOMISA. Acciones clase "B". Indemnización económica. Reconocimiento. Cálculo. Beneficiarios. Declaración de inembargabilidad. Notificación de las liquidaciones. Plazo. Autorización al Poder Ejecutivo nacional para la emisión de bonos. Segundo párrafo del artículo 5° del Decreto N° 1144/1992. Modificación.

Decreto 2010 de diciembre 14 de 2009. **Moneda.** Deuda Pública. Fondo del Bicentenario para el Desendeudamiento y la Estabilidad. Creación. Objeto. Integración. Reservas. Base monetaria. Inembargabilidad de bienes. Artículo 6° de la Ley N° 23.928. Sustitución.

*Próximamente en nuestros boletines EDLA.*

Las costas de la alzada y las de esta instancia se imponen a cargo de la demandada vencida (arts. 148 y 36 -I del CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. *Pérez Hualde*, adhiere al voto que antecede.

Sentencia

Mendoza, 29 de junio de 2.009.

Y Vistos:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

I. Hacer lugar a los recursos extraordinarios articulados a fs. 13/23 por la parte actora del principal INTIAR SA contra la sentencia de fs. 225/230 del expediente N° 83.987/11.063, "INTIAR SA c/ Triunfo Coop de Seguros Limitada P/ D. Y P. " dictada por la Quinta Cámara Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Primera Circunscripción, la que se revoca. En consecuencia, la parte resolutive de la sentencia de Cámara queda redactada del siguiente modo:

1°) Rechazar el recurso de apelación promovido por la aseguradora a fs. 170 y en consecuencia se confirma la resolución dictada por la Sra. Jueza *a quo* a fs. 164/167".

2°) Imponer las costas de alzada a cargo de la aseguradora recurrente."

3°) Regular los honorarios de alzada del siguiente modo: Dr. Alfredo Bisero Paratz, en la suma de pesos ... (\$ ...); Dr. Mariano Gimenez Riili, en la suma de pesos ... (\$ ...); Dr. Horacio Florian Varas, en la suma de pesos ... (\$ ...); Dr. Ezequiel Ibañez, en la suma de pesos ... (\$ ...) (arts. 3, 15, y 31 Ley 3641-Mod. Dec. Ley 1304/75).

II. Imponer las costas de los recursos extraordinarios a cargo de la demandada recurrida.

III. Regular los honorarios por los recursos extraordinarios del siguiente modo: Dr. Alfredo Bisero Paratz, en la suma de pesos ... (\$ ...); Dr. Mariano Gimenez Riili, en la suma de pesos ... (\$.); Dr. Horacio Florian Varas, en la suma de pesos ... (\$.); Dr. Ezequiel Ibañez, en la suma de pesos ... (\$ ..) (arts. 3, 15, y 31 Ley 3641 Mod. Dec. Ley 1304/75).

IV. Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos quinientos treinta y cuatro (\$ 534), con imputación a la boleta de depósito obrante a fs. 1.

Notifíquese.

Constancia: Que la presente resolución no es suscripta por el Dr. Carlos Böhm, por encontrarse en uso de licencia (art. 88 ap. III del C.P.C.). Secretaría, 29 de junio de 2.009. – *Aída Kemelmajer de Carlucci*. – *Alejandro Pérez Hualde*.