En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de julio del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P., M. E. c/ C., M. I. s/ Cobro de Pesos. Laboral"** (Expte. Nº 143 Año 2011) venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 23/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.198.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda incoada por M. E. P. contra M. I. C. requiriendo el pago del seguro de vida por el fallecimiento de su cónyuge J. V. y condenó a B. C. S. S.A. a abonar a la actora, dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de pesos seis mil setecientos cincuenta ($ 6.750) con más los intereses que determina. Impuso las costas a cargo de la citada y fijó los honorarios de los abogados y de la perito contadora.

Para así resolver señaló inicialmente que no estaba en discusión la relación laboral habida entre el Sr. V. y la empleadora M. C. ni que la misma no se encontrara registrada. Señaló que la aseguradora citada en garantía, pretendió sin acreditarlo, que la demandada no abonó las primas correspondientes al seguro contratado así como que, entre el personal asegurado, no se encontraba V.

Para ello y siguiendo el dictamen pericial contable de fs. 94/95, dijo que, conforme la Resolución Nº 30729/05 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la solicitud de seguro que formulen los tomadores serán acompañadas de manera indefectible, con la copia de la última nómina del personal empleado declarado al Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS) a cargo de la AFIP, por lo que no cuestionada el alta de que da cuenta el formulario acompañado, corresponde tener por acreditado el extremo, máxime cuando la aseguradora permitió la contratación del seguro, por lo que corresponde inferir que la solicitud iba acompañada de la lista del personal con alta ante la AFIP, como el SR. V.

En cuanto a la falta de pago indica que la aseguradora tampoco lo acreditó y que sabido es que la prueba de la falta de pago no puede reposar sólo en lo que surja de sus propios libros.

Por tales argumentos y lo dispuesto por el art. 118 y conc. de la ley 17.418, rechazó la demanda contra M. C. y condenó a B. C. S. S.A. al pago del seguro por la suma de $ 6.750 con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut desde que debió hacerse efectivo el pago es decir desde 29/02/08. (Arts. 128,137, 276 LCT, LEY 23.928, art. 622 Cód. Civil).

En cuanto a la imposición de las costas, argumenta que la parte actora pudo considerarse con derecho a demandar a C. en virtud de la posición asumida por la aseguradora en la instancia extrajudicial, por la que se las impone a la Aseguradora.

La sentencia fue apelada por la citada en garantía, a fs. 118. Los agravios se agregaron a fs.120/121, sin réplica de las contrarias.

A fs. 138/139 y por SIL 30/11, se admite la producción de prueba pericial contable en extraña jurisdicción, que se agrega a fs.160 /188.

La codemandada C. impugna las conclusiones periciales a fs.191/194.

2. Los agravios de B. C. S. S.A.

Luego de reseñar los antecedentes del caso, la queja de la parte se sostiene en dos agravios.

En el primero cuestiona la arbitrariedad en la valoración probatoria pues ha omitido valorar la prueba documental acompañada en el responde y de donde surge que desde el 30/10/2007, la única cuota se encontraba pendiente de pago, registrándose un nuevo pago transcurridos tres meses del fallecimiento del Sr. V. Dice que la documental ofrecida no fue oportunamente cuestionada ni por la asegurada ni por la actora; que tampoco se hace cargo la sentencia que la propia actora reconoció que se había omitido la contratación del seguro de vida y que en definitiva acreditado la existencia de premios adeudados anteriores al deceso del asegurado corresponde la aplicación del art. 12 Res. SSN Nº 30729/05 liberando al asegurador de toda responsabilidad, configurando la omisión incurrida en una obligación de pago a cargo del empleador conforme lo normado por el Dec. Ley 1567/74 y normativa modificatoria.

En el segundo agravio se refiere al rechazo de la prueba pericial contable y al pedido de producción de la misma en esta sede, que como he señalado fue admitida por SIL Nº 30/11.

3. Tratamiento del agravio.

Llega firme a esta instancia que el Sr. J. V. trabajó en relación de dependencia para la demandada Sra. M. I. C. y que el trabajador falleció, vigente el vínculo laboral, el día 29 de febrero de 2008 (fs. 6).

Tampoco se ha controvertido que la Sra. M. C. contrató oportunamente el Seguro de Vida Obligatorio que le impone a todo empleador el Dec.Ley N 1567/74.

No ha sido motivo de agravios lo resuelto en la instancia de grado respecto a que el Sr. V., era personal asegurado por estar declarado al Sistema Único de la Seguridad Social.

Lo que ha sido materia de agravios es que, al momento del fallecimiento del Sr. V., la cobertura se encontraba suspendida por falta de pago, circunstancia no receptada en la sentencia.

Al tiempo de contestar la citación en garantía formulada por la Sra. C., la aseguradora aportó documental en copia simple, la que no mereció consideración alguna, ya de la actora ya de la demandada.

Debido a que la carga probatoria del cumplimiento de la obligación, por tratarse de la demostración de un hecho destructivo o extintivo del derecho, corresponde al deudor, quien afirma que un derecho se ha extinguido o es nulo, debe probar los hechos, condiciones o presupuestos necesarios para establecer tal extinción o nulidad.

La demandada, al contestar demanda referenció, respecto de la pretensión de la actora de percibir las sumas correspondientes al seguro de vida, que contaba con la póliza asegurativa, para lo que adjuntó prueba documental, desentendiéndose de toda obligación al respecto.

Al adjuntar la Factura 233.043 (fs.36) que refiere a la facturación del período 1/10/2007 al 30/09/2008 en una única cuota de $ 24,55 con vencimiento el 31/10/2007, no acompañó comprobante alguno de pago. Valga recordar que éste es el período que comprende la fecha de fallecimiento del Sr. V.

En cuanto a la pericial contable cuyas conclusiones se agregan a fs. 94/95 la perito contable refiere a la vigencia de la póliza agregada a fs. 36 para el período 01/10/2007 al 30/09/2008, sin aludir en momento alguno que de las constancias de los libros contables de la Sra. C. se infiriera el pago de la misma.

En la sentencia de grado se pone la prueba de la falta de pago, en cabeza de la Aseguradora aún cuando se desestima la prueba pericial contable en sus propios libros, por lo que cabe realizar algunas consideraciones.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 118 de la Ley 17.418, la aseguradora citada en garantía no puede oponer en el juicio ni en la ejecución de la sentencia, las defensas nacidas después del siniestro; a contrario sensu, sólo puede deducir las defensas vinculadas con el contrato de seguro si son anteriores al siniestro. Estas defensas anteriores se subsumen en dos: inexistencia de seguro o insuficiencia de seguro. La ausencia o inexistencia de seguro abarca la falta de vigencia del contrato, sea por omisión del pago de la prima, agravación del riesgo, nulidad del contrato, delimitación objetiva del riesgo, delimitación subjetiva por mediar dolo o culpa grave del asegurado. De ello se desprende que la ausencia de seguro surge de un motivo anterior a la producción del siniestro, pues si se tratara de caducidad por incumplimiento de alguna carga impuesta al asegurado, la defensa deviene improcedente.

La insuficiencia de seguro, en cambio, presupone un contrato vigente, pero con limitación cuantitativa de la responsabilidad de la aseguradora o cuando se excluyen determinados rubros.

Mientras la ausencia de seguro libera al asegurador de toda responsabilidad, la insuficiencia de seguro limita cuantitativamente el monto de esa responsabilidad.

De manera que, si la aseguradora hace valer defensas nacidas antes del siniestro, no sólo debe oponerlas sino además debe probarlas adecuadamente. Es que la demostración de la existencia del contrato incumbe al asegurado y al tercero que acciona, en tanto que la aseguradora debe demostrar los hechos invocados como fundamento de su liberación. Así se ha pronunciado la doctrina mayoritaria que considera que la prueba del incumplimiento de las cargas y obligaciones del asegurado pesa sobre el

asegurador (cfe. Halperín, Seguros, Depalma, 1972, p. 237 y nota 51; Meilij, Seguro de Responsabilidad Civil, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 85; Soler Aleu, "La citación en garantía del asegurador" en ED 24-999).

En este aspecto, se configura una excepción a las reglas ordinarias sobre carga de la prueba en materia contractual, porque, en principio, quien invoca algún efecto de derecho ligado con un negocio jurídico, debe acreditar no sólo la existencia de éste, sino también que el deudor ha satisfecho las prestaciones que le incumbían o que ellas no son todavía exigibles. Y si el contrato de seguro no ha sido controvertido -tal el supuesto de autos- la aseguradora carga con la prueba de su falta de vigencia en el momento de producción del siniestro. Tal imposición rige, aún a pesar de la falta de oposición del asegurado a la declinatoria de cobertura y debía por ello, producir la prueba pericial en los libros contables, oportunamente ofrecida, pues es indudable que se encontraba en mejores condiciones para poner de relieve cuestiones atinentes a las vicisitudes del contrato de seguro (doctrina de las cargas probatorias dinámicas).

De allí que resultaba de trascendencia, contar con la prueba pericial que este Cuerpo dispuso y cuyas conclusiones se agregaran a fs. 160/ 188.

Ahora bien, el informe pericial ha sido cuestionado por la demandada. Se dará respuesta a las impugnaciones.

La parte demandada fue notificada conforme cédula obrante a fs. 141 de la SIL Nº 30/11. Nada dijo al corrérsele traslado de los puntos de pericia a fs. 70 (art. 463 del CPCC) y tampoco formuló observaciones al notificarse en esta sede, que la misma se cumpliría. Por lo que el cometido del perito era dictaminar sobre lo que le fue concretamente indicado, con el propósito de dar a conocer su opinión técnica requerida, por lo que nada debía informar sobre si los libros de comercio y contables de la aseguradora se llevaban en legal forma y bajo el estricto cumplimiento de las normas contables.

Si la peritación tiene por objeto, exclusivamente, cuestiones concretas de hecho, la investigación, verificación y calificación técnica o científica de hechos que por sus características técnicas o científicas, exijan, la actuación del experto, para desacreditarla, es necesario traer elementos de juicio que desvirtúen las conclusiones y no lo logra pues subyace en la queja, un cuestionamiento no a éstas, sino al modo en las que llega a determinar que la póliza no estaba vigente. Cuestionar que se expidió "mirando" en una pantalla un "sistema de consulta de cobranzas" no tiene en la impugnación sostén válido, pues ha dado cuenta cuál ha sido la metodología que utilizó para verificar los datos requeridos por la parte y en ese aspecto, los peritos son soberanos en la elección de los medios o métodos que utilicen para realizar el peritaje (cfme. Víctor De Santo "La prueba y los Recursos en los Procesos Ordinario y Sumarísimo" Ed. Universidad 1era Ed.Bs.As., 2010 pág 256), sin perjuicio claro está de la ulterior valoración judicial. *"El dictamen pericial sólo puede impugnarse con la demostración cabal de la incompetencia técnica, y sustentarse en bases sólidas que evidencien la equivocación del experto, objeción que debe contener fundamentos válidos que formen la convicción del juez sobre su procedencia."*(Sánchez, Carlos Alberto vs. Dufau, Nélida y otros s. Daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H; 11-03-2004; Rubinzal on line; RC J 4259/04). "*Para que las observaciones que pudiesen formular las partes a la pericia puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje".* ("Carracedo, Francisco y otro vs. Robbiani, Jorge Pablo María s. Cobro de dólares por acción de reajuste. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II, Azul, Buenos Aires; 27-04-2006; Rubinzal on line; RC J 1450/06).

Por otro lado tacha de nula la pericia, porque no se notificó a las partes con suficiente anticipación la fecha horario y lugar en que se realizaría la

misma. A esos fines, la intervención de las partes y sus letrados en los actos preparatorios de la pericia, es facultativa por lo que el perito no está obligado a invitar a las partes a esa etapa preliminar, a menos que hayan manifestado en el expediente que tienen interés en presenciar las operaciones. La parte demandada ni en la primera instancia ni al ordenarse en esta sede la prueba pericial, manifestó tal interés ni designó consultor técnico para tales actos. *"Debe tenerse en cuenta que el perito, como pauta, no tiene la obligación de invitar a las partes a la diligencia pericial, por lo que no constituye un requisito de validez de la pericia su concurrencia al acto. Sin embargo, si las partes hacen saber expresamente en los autos su voluntad de asistir a la diligencia, y esta circunstancia ha sido puesta en conocimiento del perito, constituye causal de nulidad el hecho de que éste haya omitido indicar el lugar, día y hora en que efectuará el examen"* (De Santo op cit pág.256). Diré también que fue notificado en autos, el juzgado dónde se había radicado la rogatoria (fs. 145) (art. 387 CPCC) y surge de fs. 176 que la perito designada informó la fecha en la que se constituiría en la sede de la Aseguradora.

Por lo expuesto y desestimadas las impugnaciones de la parte, surge del informe pericial, que del sistema de consulta de cobranzas exhibido por la aseguradora y en relación a la póliza 52.748 la primera cuota única referida al período 1/10/06 al 30/09/07 ($ 31,30) fue abonada el 2/11/06; el primer endoso con vigencia del 1/10/07 al 30/04/08 cuya prima era de $ 24,55 no fue abonada y el segundo endoso con vigencia desde el 1/05/08 al 30/09/08 por $ 19,44 fue abonada el 30/05/2008.

Con tal información he de tener por acreditado que al tiempo del fallecimiento del Sr. J. V., la póliza de seguro de vida que involucraba al trabajador estaba suspendida por falta de pago. "*La falta de pago y la anulación invocadas por la citada en garantía se muestran desde el punto de vista procesal, como hechos modificativos del derecho nacido con el contrato de seguro, cuya prueba, por tanto, estaba a cargo de quien los adujo como base de su*

defensa."(CNACivil, Sala B "Ferrari, Carlos c/ Creppi, Valentín" 28/02/1989. LA LEY 1989-D, 607 AR/JUR/1214/1989) y con ello cabe revocar la sentencia de grado en tanto condenó a B. C. S. S.A. a abonar el seguro de vida referido al Sr. J. V.

4. La revocación de la sentencia en el punto autoriza, a reexaminar la cuestión planteada en los términos en que ha sido trabada la litis.

Justificado en autos que la Sra. M. C., empleadora del Sr. V., no abonó la póliza del seguro de vida correspondiente a su empleado y que consecuentemente la aseguradora no resulta responsable ante el reclamo de la viuda del causante, es claro que la falta de pago de la prima, le es inoponible, debiendo en el caso responder el empleador.

Ello es así, pues al no haberse efectivizado el pago, la mora se produjo de pleno derecho con la consecuente sanción de suspensión de la cobertura a que refiere el art. 31 de la ley de seguros. Dicha suspensión se materializa en la supresión de la garantía asumida por el asegurador, de modo tal que si el siniestro ocurrió durante la suspensión, el asegurado no puede exigir el pago de la indemnización y dicha suspensión se mantiene hasta tanto el tomador regularice su situación, en cuyo caso se produce la rehabilitación ex nunc de la cobertura. *"El seguro de vida obligatorio previsto por el art. 3 Dec.1574/74 debe ser pagado por la empleadora. Su responsabilidad (es decir, el pago del beneficio) no sólo es viable en el supuesto de no contratación con una aseguradora, sino también en el caso de caducidad de la póliza por falta de pago de la prima."*("Vega de Hidalgo Teresa en J: Vega de Hidalgo Teresa c/ Fabril Casale SACIF y Buenos Aires Cía. de Seguros s/ Ordinario - Casación" - Fallo: 96199197 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 - Sala: 2 - Mendoza - 1996/06/21).

Luego de lo expuesto y en los términos del art. 17 de la Resolución 30729/05 que expresamente señala que *"El empleador será directamente responsable por*

el pago del beneficio ante la falta de concertación del seguro. La suspensión del seguro, por falta de pago o pago insuficiente del premio y la consecuente rescisión en su caso, hará directamente responsable al empleador por el pago del beneficio" deberá admitirse el reclamo incoado por la Sra. M. E. P. a la empleadora de su cónyuge, por haberse acreditado en autos que - al tiempo del deceso de su esposo-, la póliza asegurativa estaba suspendida por falta de pago.

Concluyo el tratamiento de los agravios, proponiendo al acuerdo se revoque la sentencia de grado y se condene a la Sra. M. L. C. a abonar a la actora, la suma de $ 6.750 con más sus intereses conforme la tasa activa que determina el Banco del Chubut desde el día 29/02/08 y hasta su efectivo pago (arts 128, 137 de la LCT).

5. Las costas.

a) Conforme la manda del art. 282 corresponde readecuar las costas dispuestas en la sentencia de grado para imponérselas en su totalidad a la demandada M. C., conforme el principio objetivo del art. 69 del CPCC. En cuanto a los honorarios allí dispuestos no existe mérito para reajustarlos en tanto reflejan la actividad cumplida en la primera instancia, agregando que -de corresponder- deberán adecuarse a los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria.

b) En cuanto a las costas en esta sede, se imponen a la demandada (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados que actuaron en esta sede y conforme su mérito y extensión y resultado obtenido se establecen en el 35% para el A. G. C. y el 25 % para el Ab. G. W., en ambos casos el porcentaje se aplicará sobre los que resulten para la instancia anterior. (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

Voto por a la cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Los antecedentes y la sentencia

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso y de los fundamentos del fallo apelado, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso concedido a la citada en garantía.

2 – Tratamiento de los agravios de la citada en garantía

Suspensión de cobertura por falta de pago

El eje central de la discusión se ha planteado en autos ante la defensa esgrimida por la aseguradora consistente en que al momento del fallecimiento del Sr. J. V. –dependiente de la demandada M. I. C.— la cobertura estaba suspendida por falta de pago. La sentencia argumentó que la citada en garantía no acreditó la falta de pago de la prima por parte de la empleadora y de allí que la condenara a pagar el importe convenido contractualmente y reclamado por la parte actora, desobligando a la empleadora demandada.

Viene al caso recordar que si el siniestro es el presupuesto inexcusable del nacimiento de la obligación de indemnizar, para ello es necesario que no interfiera circunstancia alguna que obste al derecho del asegurado, esto es, a) la caducidad por inobservancia de alguna carga de la que es titular pasivo y que libera al asegurador de su obligación principal; b) la suspensión de cobertura, que extingue el derecho del asegurado por la falta del pago de primas y, consecuentemente, libera al asegurador de su obligación principal hasta tanto la cobertura se rehabilite (hacia el futuro)

por efecto del pago, c) o bien, que el siniestro denunciado se halle excluido de la cobertura (conf. CNCiv., Sala A, 09/10/07, LLOnline AR/JUR/7539/2007; ídem, 23/06/2000, Nº 277.137). En nuestro caso, la defensa de la aseguradora encuadra en el inciso "b" precedentemente señalado.

Con respecto a la carga de acreditar en el proceso la existencia o no de causales que eximen al asegurador de su obligación de hacer frente al pago de la indemnización pactada contractualmente, se han sostenido –como generalmente ocurre— dos posturas: la que impone la misma a la compañía aseguradora y la que la pone en cabeza del asegurado.

En lo que hace a la empleadora demandada, tengo en cuenta que la misma no logró controvertir adecuadamente lo señalado por el experto contable en su dictamen de fs. 178/179 vta. del cual se concluye que *"…al momento del deceso del Sr. J. V. el contrato de seguro colectivo de vida no se encontraba vigente…" (fs. 179).* El mismo hizo saber también que la Póliza Nº **.***, con vigencia del 01/10/07 al 30/04/08, estaba *"impaga"* (fs. 178 vta.), a lo que debe agregarse que el fallecimiento del dependiente se produjo el día 29 de Febrero de 2008 (conf. fs. 6).

Ante este panorama, debe tenerse presente que, si al tiempo de ocurrencia del siniestro el asegurado estaba en mora en el pago de la prima, no hay razón legal ni contractual para hacer extensiva a la aseguradora la responsabilidad por el siniestro (conf. CSJN, "Vasena Marengo c/ Rodríguez J.", 28/09/04, LL 2005-A, 635).

Lo que en definitiva se suspende es la eficacia del contrato en lo que concierne a la obligación a la que se halla sometido el asegurador. Técnicamente lo que se suspende es su obligación eventual de pago de la indemnización o de la prestación convenida (art. 1 Ley de Seguros) como consecuencia de la obligación principal a cargo del asegurado (conf. STIGLITZ, R., "Derecho de Seguros", T. III, pág. 64, La Ley).

Era pues la empleadora quien debió acreditar el pago de la prima, mas siendo su cargo (conf. art. 381 CPCC) no acompañó en autos ningún elemento de prueba que permita acreditar que abonó en tiempo oportuno la suma adeudada. No autoriza una conclusión diferente la circunstancia de que con posterioridad al 30/04/08, la aseguradora hubiese continuando con la recepción de los pagos de la prima de los meses subsiguientes (ver fs. 178 vta.). Es que no excluye que en cada caso hubiere operado la suspensión de la cobertura y su ulterior rehabilitación tenga efectos –de modo exclusivo— para el futuro (conf. CNCom., Sala A, 28/04/05, "Forcelledo c/ Cia. de Seg. La Mercantil"; CNCiv., Sala I, 30/03/95, "R.T.A. c/ Bottindari"; CSJMendoza, 16/12/03, "Centinela SRL en Cabezas c/ Garay"; CNCiv., Sala E, 16/12/03, "Groppa c/ Inca Cía. de Seg. y Ot."; ídem, 10/06/2011, "Genaro c/ Zurich Arg. Cía. de Seg. SA"; HALPERIN, I., actualizado por BARBATO, "Seguros", pág. 460/465. Ed. Lexis Nexis; LOPEZ SAAVEDRA, D., "El pago tardío del premio hecho por el asegurado y la recepción del mismo por el asegurador sin formular reservas", LL 2004-C-738).

No se soslaya que tal comportamiento pueda generar en el asegurado una situación de creencia en el sentido de que el silencio del asegurador ante la recepción de pagos posteriores tuviera un efecto saneador, pero ello importaría una tácita renuncia de derechos que no puede presumirse ni halla amparo en el marco legal (ver arts. 874 y 919 del C.Civ.) e iría contra lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Seguros en tanto establece en forma imperativa que: *"…si el pago de la primera o única prima no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago…"* (conf. CNCom., Sala B, 30/05/08, "Marcucci c/ Pcia. Seguros SA"; CNCiv., Sala E, 10/06/2011, cit.). Es que, los pagos posteriores a la mora no tienen otro alcance que la rehabilitación de esa póliza hacia el futuro y no purgan con retroactividad los efectos de la mentada suspensión (conf. CNCom., Sala B, 26/12/96, "I.O.A. c/ La Patagonia Cía. de Seg. SA"; ídem,

sala A, 25/08/2000, “Herrero c/ Garantía Arg. de Seguros SA”; ídem, Sala C, 28/12/92, “Barbará c/ La Unión Gremial Cía. de Seg. SA”; ídem, Sala D, 16/04/96, “Lee Chi Snag c/ Amparo Cía. de Seg.”; ídem, Sala E, 21/04/98, “Groppa c/ Inca S.A. Cía. de Seg.”, LL 1998-E, 834, entre otros).

Es de recordar que en el contrato de seguro, la obligación de indemnizar es el correlato del pago de las primas y la suspensión de la cobertura es una institución peculiar que opera como una pena privada para el supuesto de mora en el pago de la prima; es una caducidad en potencia.

Según la ley vigente, la mora en el pago produce la suspensión de la garantía (conf. HALPERIN-MORANDI, “Seguros”, T. I, pág. 412, Ed. Depalma 1986) y la sanción de la mora en el pago de las cuotas o períodos queda librada a la libre contratación (art. 32). En este caso, el art. 12 de la Póliza que regía las obligaciones de las partes dispone que *“…La falta de pago por parte del tomador-empleador de las primas en el plazo fijado en el artículo anterior, provocará la mora en forma automática y con ello la suspensión de la cobertura sin necesidad de aviso o intimación alguna…”* (fs. 65).

Entiendo –de conformidad con la postura bajo análisis— que la empleadora demandada ha olvidado que las reglas de la carga de la prueba determinan lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el *“thema probandum”* en el juicio, deben aparecer justificados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones u oposiciones (conf. DEVIS ECHANDIA, “Teoría General de la Prueba Judicial”, T. I, pág. 142). Es en definitiva un imperativo de su propio interés.

Por lo tanto, no habiendo acreditado la empleadora que se encontraba al día en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de pago con la aseguradora y ante las claras conclusiones que surgen del dictamen pericial contable producido en autos, es procedente declarar que en este caso la cobertura estaba automáticamente suspendida desde la hora 24 del día de

vencimiento impago, no correspondiendo condenar a la citada en garantía al pago de importe alguno como consecuencia del fallecimiento del Sr. J. V. ocurrido el día 29 de Febrero de 2008.

He analizado hasta aquí la postura que tiene en cuenta esencialmente la figura del "asegurado" y la carga probatoria que queda a su cargo. Corresponde referirme ahora a la postura que circunscribe la problemática en la prueba que debe producir el "asegurador" cuando afirma la existencia de una causal que la torna irresponsable frente al siniestro.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 118 de la Ley 17.418, la aseguradora citada en garantía no puede oponer en el juicio ni en la ejecución de la sentencia, las defensas nacidas después del siniestro; o sea, sólo puede deducir las defensas que tengan relación con el seguro pero anteriores al siniestro. Ante este cuadro de situación puede ocurrir que se plantee que el seguro es inexistente o insuficiente. Será inexistente cuando no está vigente, por ejemplo, por falta de pago de la prima. Será insuficiente, cuando hay un contrato vigente, pero con un límite en la responsabilidad del asegurador. La "inexistencia" provoca la liberación de la aseguradora quien no tendrá ninguna responsabilidad; a su vez, si el seguro es "insuficiente" la responsabilidad del asegurador se limita con respecto al monto. Por lo que –conforme la postura que estoy analizando— cuando el asegurador opone alguna defensa que es anterior al siniestro, queda a su cargo la demostración de la misma. De allí que el asegurado acreditará que existe un contrato –lo que también debe hacer el tercero que reclame— y, por su parte, el asegurador debe acreditar las causales que la hacen irresponsable frente al siniestro.

En este caso no está controvertida la existencia del contrato de seguro, de allí que la citada en garantía debía probar que el mismo carecía de vigencia al producirse el fallecimiento del dependiente (J. V.). He aquí la razón por la cual era procedente producir en autos la prueba Pericial Contable

oportunamente ofrecida por la citada en garantía y a practicarse en sus libros contables, lo cual fue admitido por este Cuerpo en su resolución dictada a fs. 138/139 y que obra agregada a fs. 178/179 vta.

Como bien lo ha indicado el referido dictamen, estaba estipulado que la falta de pago de las primas por parte del empleador, provocará la mora automática y con ello la suspensión de la cobertura sin necesidad de aviso o intimación alguna (conf. art. 12 de la Póliza) (fs. 179).

Surge también de la labor del experto contable que la cobertura se encontraba así suspendida entre los días 01/10/07 y 30/04/08 (conf. fs. 178 vta.), habiéndose producido el fallecimiento del asegurado el día 29 de Febrero de 2008 (fs. 6).

En este sentido, se ha dicho que *"el incumplimiento del asegurado al pago de la prima en la forma convenida con la aseguradora importa la suspensión de la cobertura, o sea la cesación temporaria de la garantía contratada, sin que el pago posterior rehabilite la cobertura en suspenso, ya que se proyecta sólo hacia el futuro, pues el efecto del pago es ex nunc. La aceptación de lo debido con atraso no puede interpretarse como expresión de una suerte de prórroga convencional de los plazos originales estipulados"* (CNCiv., Sala C, 10/08/99, "Randazzo de Caputo c/ Barbeito"; ídem, Sala M, 10/09/07, "Jara c/ Raffaelino", DJ 28/05/08, 265; DJ 2008-II, 265).

Está claro, pues, que al tiempo de ocurrido el fallecimiento del dependiente asegurado la cobertura estaba suspendida, suspensión que la doctrina caracteriza como un efecto reactivo de tipo sancionatorio, que sigue al incumplimiento moroso de la obligación de satisfacer el pago de la prima (conf. STIGLITZ, R.S. y G.A., "Contrato de Seguro", pág. 444, Ed. La Rocca 1988).

En el caso, la citada en garantía se ha opuesto al progreso del reclamo en su contra declinando la cobertura por no haber sido abonada por la demandada la póliza que contratara. El asegurado debe pagar la prima en

tiempo y modo propio, incurriendo en mora si no lo hace en los plazos pactados o señalados por la ley.

He destacado ya la claridad de la norma que contiene el art. 31 de la Ley de Seguros al disponer la irresponsabilidad del asegurador por el siniestro cuando el pago de la prima no se efectuara oportunamente y el siniestro ocurre antes del pago. Es que el efecto de la mora automática en la ley referida, es la liberación del asegurador por el siniestro ocurrido antes del pago de la prima. La tutela otorgada por el asegurador se suspende y hace devolución del riesgo asumido, trasladándolo al asegurado moroso (conf. SOLER ALEU, "El nuevo contrato de seguro", pág. 133, Ed. Astrea 1970; HALPERIN, "Seguros", pág. 254, Ed. Depalma 1972).

Esta institución peculiar de "suspensión" no es más que el retiro de la garantía mientras el asegurador adeuda las primas vencidas, funcionando como una verdadera pena, que solo el asegurado puede hacer cesar ya que no queda desobligado del pago y el contrato producirá todos sus efectos desde que se pague la misma, la ley opta por la existencia del negocio jurídico; pero el pago después del siniestro –como antes lo he destacado aquí— no tiene otro alcance que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura.

La SCBA avala esta posición cuando declara que existe suspensión cuando el asegurado no ejecuta, en el curso del contrato, una obligación determinada que le es impuesta, se le retira –entonces—la garantía hasta el día en que se coloca nuevamente en las condiciones del seguro, es una caducidad en potencia (conf. SCBA, Ac. 33.598, DJBA, 130-397; Cám.Civ.Com.Morón, Sala II, 25/11/02, RSI 813-4; ídem, Sala II, 17/02/2011, RCyS 2011-VI, 259).

Queda claro, entonces, que la aseguradora acreditó en autos la falta de pago de las primas, según las constancias periciales ya mencionadas, cumpliendo así con la carga impuesta a quien invoca la suspensión de la cobertura

derivada de la falta de pago de la prima –supuesto de hecho en el cual fundamentó su defensa— (conf. art. 381 CPCC).

Luego de analizadas las dos posturas existentes sobre la carga probatoria conducente a eximir de responsabilidad al asegurador y por las consideraciones vertidas, entiendo que la queja de la citada en garantía debe prosperar. Por lo tanto, propongo –conforme lo hace también en su voto precedente la Sra. Jueza de Villafañe— la revocación de la sentencia debiéndose rechazar la demanda respecto de la citada en garantía B. C. S. S.A.

3 – <u>La impugnación del dictamen pericial contable</u>

La conclusión a la que he arribado en el punto anterior en modo alguno resulta conmovida por la impugnación a la prueba Pericial Contable (fs. 178/179 vta.) que realizara la parte demandada en su presentación obrante a fs. 191/194 vta.

La Sra. Jueza de Villafañe ha referido claramente en su voto precedente el tenor de la impugnación en cuestión y de allí que resulte innecesario reiterarlo aquí. Adelanto que en modo alguno la presentación que estoy considerando consigue, con solidez científica, desvirtuar las claras y terminantes conclusiones de la experta.

Ante la situación que aquí se ha presentado es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos

impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues –como es sabido—éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir

solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial contable obrante en autos a fs. 178/179 vta. está científicamente fundado y emana de una profesional con sólida versación en materia contable, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC), de allí que –coincido con la Sra. Jueza de Villafañe— en que corresponde asignarle pleno valor probatorio en los puntos que se le han propuesto responder.

La impugnante ha planteado en la misma presentación, la "nulidad" de la pericia basándose en que no se informó a las partes la fecha en que sería realizada la pericia y que, si bien en ajena jurisdicción la perito hizo saber la fecha de realización, ello no fue denunciado en autos por ante esta Alzada.

Anticipo que es una regla sabida y conocida la que expresa que no hay nulidad sin perjuicio. Pues bien, en este caso en ningún momento acredita la nulidicente cuál es el "perjuicio" que le ha causado la causal que esgrime como sustento de su pretensión. Esto basta para el rechazo de su planteo.

No obstante lo destacado, viene al caso remarcar que la concurrencia de las partes a las operaciones técnicas se ha considerado que no es esencial, de modo tal que ellas deberán manifestar su interés en concurrir, para que el perito los cite (conf. C.Civ.1ª.Cap., 24/10/40, JA, 72-462; C.Civ.2ª.Cap., 10/06/41, JA, 75-276; CNCiv., Sala B, 15/06/56, LL, 83-696; C.Com.Cap., Sala B, 24/07/57, JA, 1957-IV-403). Este derecho debe ser ejercido por los interesados en la oportunidad respectiva y no cuando la pericia ya está cumplida, de modo que, si no efectúan el pedido debidamente, los peritos

no tienen el deber de notificarles la fecha en que cumplirán su cometido (conf. C.Civ.2ª.Cap., 15/05/36, LL, 2-572; CNCiv., Sala E, 15/06/56, JA, 1957-IV-403; cit. FALCON, E.M., "Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación", T. II, pág. 212, Ed. Astrea 2006).

Por lo tanto, para que la nulidad planteada tuviese sustento, la incidentista debió manifestar en el expediente su voluntad de concurrir al examen, pidiendo que se haga saber esa circunstancia a la perito. En tal caso, si la experta omitiera notificarle el lugar, día y hora de la realización del mismo, correspondería admitir su pretensión (ver FALCON, E.M., ob. cit., T. II, pág. 212).

Surgiendo de autos que no se han cumplimentado oportunamente por la demandada los recaudos referidos, su pretensión es de imposible admisión.

4 – <u>La condena a la empleadora</u>

Habiendo propuesto precedentemente la revocación de la sentencia en crisis en cuanto condenara al pago a la aseguradora citada en garantía, la consecuencia que ello acarrea es la responsabilidad que le cabe a la empleadora del dependiente fallecido por haber incumplido la obligación impuesta por el Decreto N° 1567/74.

La norma que contiene el art. 3° del referido Decreto dispone que la falta de concertación del seguro *"…hará directamente responsable del pago del beneficio al respectivo empleador"*. No es necesario hacer mayores consideraciones para arribar a la conclusión de que la suspensión de la cobertura provocada por la mora de la empleadora en el pago de la prima del seguro oportunamente contratado, acarrea para ella las mismas consecuencias que *"la falta de concertación del seguro"* prevista por el mencionado art. 3°.

Por lo tanto, siendo improcedente la condena a la aseguradora por encontrarse acreditado que al tiempo en que se produjo el fallecimiento del dependiente no se encontraba abonada la prima del seguro, dado que

frente a esta situación no hay razón legal ni contractual para hacer extensiva la responsabilidad al asegurador, corresponde a la empleadora demandada responder por el pago del beneficio reclamado por la parte actora.

En directa relación con este tema, he dicho en el punto "2" del presente, que el efecto de la mora automática en que incurriera la empleadora que surge de la Ley de Seguros, es la liberación del asegurador por el siniestro (fallecimiento del dependiente) ocurrido el día 29 de Febrero de 2008. Y ello así porque la tutela otorgada por el asegurador se suspende y hace devolución del riesgo asumido, trasladándolo al asegurado –la empleadora, en este caso— morosa.

En consecuencia, comparto lo propuesto en su voto precedente por la Sra. Jueza de Villafañe en que corresponde condenar a la demandada, M. I. C., a abonar a la actora, M. E. P., la suma de $ 6.750.- (Seis Mil Setecientos Cincuenta Pesos), con más sus intereses conforme a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 29 de Febrero de 2008 hasta su pago efectivo (conf. arts. 128, 137 y concs. LCT).

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Atento la conclusión precedente que da respuesta a la cuestión propuesta al Acuerdo, corresponde cumplimentar lo normado por el art. 282 del ritual. En consecuencia, deben imponerse la totalidad de las costas de la primera instancia a la demandada M. I. C., no encontrando mérito para reajustar la regulación de los honorarios practicada en la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria.

6 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas a la parte demandada que resulta vencida (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios que

corresponde regular al letrado apoderado de la citada en garantía, Dr. G. L. C. y al letrado patrocinante de la demandada, Dr. G. N. W., por su labor en la Alzada, considero ajustados a la normativa aplicable los porcentuales regulados a ambos en su voto por la Sra. Jueza de Villafañe (conf. arts. 5, 13 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara los argumentos de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) REVOCAR la sentencia de fs. 111/ 112.

2) CONDENAR a la Sra. M. I. C. a abonar a M. E. P., dentro del quinto día y mediante depósito de ley, la suma de Pesos seis mil setecientos cincuenta ($ 6.750) con más los intereses que determina el Banco del Chubut S.A. para la tasa activa desde el 29 de febrero de 2008 y hasta su efectivo pago.

3) IMPONER las costas de la primera instancia a la demandada M. I. C., sin modificar los honorarios estipulados en la sentencia de grado (art. 69 el CPCC).

4) IMPONER las costas de la Alzada a la demandada M. I. C. (art. 69 del CPCC). REGULAR los honorarios del Ab. G. C. en el 35% y los del Ab. G. W. en el 25 % de los que resultan de la instancia anterior, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales si así correspondiere (arts. 5, 7, y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod).

5) De forma.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de julio de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR** la sentencia de fs. 111/ 112.

2) **CONDENAR** a la Sra. M. I. C. a abonar a M. E. P., dentro del quinto día y mediante depósito de ley, la suma de Pesos seis mil setecientos cincuenta ($ 6.750) con más los intereses que determina el Banco del Chubut S.A. para la tasa activa desde el 29 de febrero de 2008 y hasta su efectivo pago.

3) **IMPONER** las costas de la primera instancia a la demandada M. I. C., sin modificar los honorarios estipulados en la sentencia de grado (art. 69 el CPCC).

4) **IMPONER** las costas de la Alzada a la demandada M. I. C. (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. G. C. en el 35% y los del Ab. G. W. en el 25 % de los que resultan de la instancia anterior, con más el IVA si

correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales si así correspondiere (arts. 5, 7, y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod).

5) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.**

REGISTRADA BAJO EL Nº /13. SDL. CONSTE.