

Título: [¿Puede declararse abusiva una cláusula de un contrato de seguros que delimita el riesgo asumido por el asegurador?](#)

Autor: Facal, Carlos J. M.

Publicado en: LA LEY 28/06/2018, 28/06/2018, 6

Cita Online: [AR/DOC/1157/2018](#)

Sumario: I. Introducción. Un diálogo difícil.— II. Diferencias entre la función de reparación del derecho de daños y la obligación contractual de pago de la prestación de la compañía de seguros.— III. ¿Procede declarar abusiva una cláusula delimitativa del riesgo?— IV. La extensión del riesgo cubierto y la protección de los contratos. El art. 1121 del CCyC. Sus antecedentes en el derecho comparado.— V. Algunas excepciones al principio.— VI. ¿Qué es una cláusula sorpresiva?— VII. La tacha de abusiva y sus fundamentos. La defensa del asegurador.— VIII. La función preventiva de la responsabilidad civil. Su mal uso.

I. Introducción. Un diálogo difícil

El diálogo de fuentes entre los distintos microsistemas normativos y el Código Civil y Comercial, tan necesario, no es siempre sencillo y suele transitar por caminos equivocados que pueden conducir a destinos inconvenientes.

En el caso que analizamos se debatió sobre la procedencia del pago del asegurador en un seguro voluntario de accidentes personales que ampara al personal del Servicio Penitenciario bonaerense.

El contrato de seguro describía el riesgo cubierto (accidentes), que definía como acontecimientos súbitos, violentos, debidos a causas externas e independientes de la voluntad del asegurado, que causaran el deceso o una incapacidad permanente a los asegurados.

Seguidamente, como es habitual en todo contrato de seguro voluntario, se delimitaba el riesgo, es decir que se colocaba fuera de la cobertura a algunas circunstancias que, si bien encuadraban en la amplia definición del riesgo cubierto (son accidentes que pueden causar incapacidad o muerte), las partes acordaban dejar fuera de la cobertura.

Una de esas circunstancias, expresamente enumerada en el contrato que fue sometido a discusión, era la de los accidentes sufridos como consecuencia del uso de motocicletas.

Lo primero que cabe preguntarse es si es legítimo que el asegurador defina y delimite el riesgo en un contrato de seguros. Y si concluimos que lo es, necesariamente tendremos que formular las siguientes preguntas:

¿Es correcto declarar abusiva y nula una cláusula que delimita del riesgo en un contrato de seguros? ¿En cualquier circunstancia?

Lógicamente la cuestión se torna más compleja cuando analizamos el contrato de seguro a la luz de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDC) y del "núcleo duro de protección" que blindo a estos contratos en el Código Civil y Comercial (CCyC).

Cuando proponemos el diálogo de fuentes rechazamos dos posturas extremas. La que podemos llamar negatoria, que, aun luego de la reforma de la LDC por la ley 26.361 y de la sanción del Código Civil y Comercial, sigue afirmando que esas normas —de carácter general— nada modifican ni influyen en las leyes especiales, como el microsistema normativo del seguro. Que siempre debe privilegiarse la aplicación de la norma especial por encima de la general.

Pero también debería ser declinada la postura que considera derogado el microsistema normativo de los seguros, y en particular sus leyes 17.418 y 20.091, y pasa por alto las características esenciales del instituto, transformándolo, lisa y llanamente, en un mecanismo de reparación de daños sin particularidades propias.

En mi opinión, no cabe duda alguna de que un seguro colectivo de accidentes personales voluntario, como el que nos ocupa, debe ser considerado un seguro de consumo, ya que su contratación tiene por objeto la protección de la persona del asegurado o de su grupo familiar o social, en caso de fallecimiento. Los contratos de consumo son una categoría que atraviesa transversalmente a los diversos tipos de contratos, y el contrato de seguro no es la excepción.

Dicho lo anterior, y como dijera el profesor Gabriel Stiglitz [\(1\)](#), se impone el diálogo de fuentes para la solución armónica de las diversas situaciones jurídicas.

En ese espíritu, estaremos particularmente atentos a la doctrina desarrollada por Rubén S. Stiglitz, que ha cultivado y enseñado tanto el derecho de seguros como el derecho de los contratos y el derecho del consumidor, demostrando que el diálogo fluido y respetuoso entre todas esas disciplinas es posible y es fecundo.

II. Diferencias entre la función de reparación del derecho de daños y la obligación contractual de pago de la prestación de la compañía de seguros

El art. 37 de la LDC dispone que "se tendrán por no convenidas... a) Las cláusulas que... limiten la responsabilidad por daños".

Pero debemos comprender el alcance de esta disposición, que no es directamente aplicable al contrato de seguros.

Quien es proveedor no puede limitar su responsabilidad por los daños que generen los productos o servicios que mercadee. Si vendo automóviles, no puedo limitar contractualmente la reparación del eventual daño que los vicios o defectos de fabricación de esos vehículos causen a su adquirente o a terceros. Si ofrezco un servicio de restauración o catering, no puedo limitar contractualmente los daños que causen los alimentos que sirvo.

Pero el asegurador no "genera daños", sino que asume, contractualmente, la cobertura de algunos daños que puedan sufrir sus asegurados, hasta una suma determinada.

Lo que llamamos "producto de seguros" es un contrato en el cual se deslinda en qué circunstancias (siniestros) el asegurador deberá efectuar el pago de una prestación, y la cuantía de esa prestación eventual. Obviamente que el alcance de la obligación de asistencia financiera del asegurador no es susceptible de generar daños. La cobertura podrá parecerse amplia o restringida, suficiente para mis necesidades o insuficiente, pero como veremos, ello es harina de otro costal.

Quienes estamos expuestos a sufrir cualquier menoscabo patrimonial o personal (en nuestra vida, salud o integridad física) podemos —contractualmente— trasladar las consecuencias financieras del acaecimiento de un infortunio, a un asegurador. La obligación de "reparar" o "indemnizar" —lato sensu— del asegurador, no tiene por causa haber producido un daño, sino un contrato por el cual asumió, limitadamente, abonar una prestación si ocurría un evento dañoso, descripto en el mismo contrato.

Ningún asegurador de la tierra acepta cubrir "todos los riesgos", ni tampoco acepta cubrirlos sin límite de prestación.

La factibilidad técnica de la celebración de estos contratos radica en la individualización de los riesgos asumidos, en su delimitación y en el establecimiento de límites hasta los cuales se acepta dar cobertura.

En primer lugar, las partes individualizan los riesgos a asumir: enuncian el riesgo genérico que se cubrirá. Por ejemplo, el riesgo de fallecimiento más el de incapacidad total y permanente y de incapacidad parcial por accidentes, o solo el riesgo de fallecimiento, por ejemplo.

En segundo lugar, negocian la extensión de la cobertura individualizada. El asegurador suele limitar su cobertura a algunos supuestos de ocurrencia de riesgo y excluye otros, contenidos en la primera definición (2). Al hacerlo coloca "fuera del amparo" del contrato "a diversas situaciones en las que ese riesgo se acentúa notablemente, ya sea en su probabilidad o bien en su intensidad o amplitud dañosa" (3).

El correlato del riesgo asumido, de su delimitación y del límite pecuniario de la prestación que el asegurador promete para el caso de ocurrencia del siniestro, es el precio que cobra.

Por consiguiente, la norma del art. 37, LDC, que prohíbe limitar los daños contractualmente no alude al contrato de seguros.

Lo propio del contrato de seguros es asumir limitadamente la consecuencia de los riesgos que pesan sobre sus asegurados (4).

III. ¿Procede declarar abusiva una cláusula delimitativa del riesgo?

Si lo propio del contrato de seguros es delimitar riesgos, y ello no se topa con el derecho de consumo que prohíbe limitar las reparaciones por los riesgos que uno mismo genera, cabe preguntarnos si los jueces pueden declarar abusiva una cláusula que acepta dar protección a algunas situaciones y declina darla en algunas otras circunstancias.

No nos preguntamos si en el contrato de seguro, como en cualquier contrato de adhesión o de consumo, se puede o no declarar abusiva una cláusula cualquiera. Es evidente que ello es posible y la jurisprudencia y la doctrina nos han dado numerosos ejemplos de tales declaraciones.

Ahora bien, ¿es aceptable que se considere abusivo dejar fuera de la cobertura un riesgo o una circunstancia que afecta la ocurrencia del riesgo?

Cabe aclarar que circunscribimos el debate a los contratos de seguros "voluntarios", es decir aquellos que podrían o no haberse celebrado y en los que, generalmente, los contratantes acuerdan dar determinadas coberturas y excluir otras. En ocasiones, nada impide que a cambio de un mayor precio —prima—, se acuerde

ampliar la cobertura del seguro a supuestos a priori excluidos (5).

Stiglitz nos ilustra sobre la distinción entre la delimitación del riesgo y la cláusula abusiva, y explica por qué la delimitación del riesgo no puede considerarse abusiva: "...la delimitación del riesgo es tema que integra el objeto del contrato... Las descripciones positivas o los supuestos de exclusión implícita o expresa de cobertura acotan el objeto del contrato... De ello se desprende que la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata... Desde otra perspectiva, la limitación del riesgo presupone la carencia de cobertura o no seguro. En cambio, la cláusula abusiva integra el contenido negocial de un riesgo cubierto" (6).

Las cláusulas abusivas, conforme el inc. a) del art. 988 del CCyC, son las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente.

Evidentemente, si un riesgo no fue asumido por un asegurador, quedó fuera de la cobertura, del objeto del contrato. Por ende, no puede plantearse que una cláusula de exclusión es abusiva porque la cláusula abusiva es la que borra en la práctica o en su letra o en su interpretación —es decir desnaturaliza— la obligación asumida.

Lo mismo debe decirse del inc. b) del mismo artículo. Si un riesgo no fue asumido quiere decir que no integra el objeto del contrato. Consecuentemente, es impensable que una cláusula "importe renuncia" a lo que no fue asumido o "restricción" de derechos que no se tienen.

Finalmente, si un riesgo está claramente excluido de la garantía del asegurador, es evidente que no encuadra en el inc. c) de la norma y que no pueda decirse que no sea "razonablemente previsible". Una exclusión de cobertura, en un contrato de seguros, no es "una cláusula insólita, que el adherente no imagina que integraría el contenido del contrato" (7). De hecho, las cláusulas de exclusión de cobertura son cláusulas habituales en los contratos de seguro voluntario y lo son porque, como ya dijimos, lo propio del contrato de seguros es individualizar, delimitar y cuantificar económicamente la extensión de su responsabilidad en caso de siniestro.

IV. La extensión del riesgo cubierto y la protección de los contratos. El art. 1121 del CCyC. Sus antecedentes en el derecho comparado

El contrato de seguros debe ser interpretado literalmente cuando sus términos son claros y no se prestan a confusión. Y esta norma vale tanto para los contratos de seguros "consumo" como para los demás contratos de seguro celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, que no sean de consumo.

Esta doctrina ha sido rotunda y recientemente ratificada por la Corte Suprema en el caso "Buffoni" (Fallos 337:329), dictado el 08/04/2014, donde estableció que el asegurador no debe responder más allá de las condiciones pactadas en la póliza y recordó, enfáticamente, que los contratos son ley para las partes. Dijo la Corte: "...El contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197, Cód. Civil)... Demostrados los presupuestos fácticos y la existencia de la cláusula de exclusión de cobertura, no hay razón legal para limitar los derechos de la aseguradora, por lo que corresponde revocar la decisión sobre el punto".

Esta meridianamente clara doctrina fue nuevamente resaltada en el caso "Flores" (Fallos 340:765), en sentencia dictada el 06/06/2017. Dijo el más alto Tribunal: "La libertad de contratación está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de la autonomía de quien ha celebrado un contrato".

En ese fallo, el ministro Rosenkratz, abundando en los argumentos constitucionales, agregó: "La propiedad tiene protección constitucional (art. 17, CN) y ella se extiende a los derechos que nacen de los contratos (Fallos 137:47; 294:152; 304:856; 331:2006, entre otros)... Las consideraciones expuestas se ajustan, asimismo, a los precedentes de esta Corte según los cuales no es posible imponer obligaciones a la aseguradora más allá de los términos pactados en la póliza, pues como se dijo, la ley establece que el contrato es la fuente de las obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (Fallos 319:3489; 322:653)".

Justamente el art. 958 del CCyC establece que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido.

El contrato sólo podría ser modificado por los jueces en caso de contener cláusulas abusivas, que el magistrado podrá tenerlas por no escritas. Pero no pueden ser reputadas como tales las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el... servicio procurado (art. 1121 CCyC).

La delimitación de la cobertura tiene que ver con el grado y la extensión de la protección que se acuerda prestar y con el precio que se promete pagar por la protección acordada. El derecho del asegurado a que se le indemnice por los daños sufridos no surge de una obligación de reparar el daño causado, como la que acuerdan el art. 37 de la LDC o el art. 1716 del CCyC. Nace de un contrato de seguros, en el cual las partes precisaron

límites, cuantías, situaciones cubiertas y situaciones excluidas, además de un precio que el asegurado desembolsó para contar con esa protección.

La cláusula mediante la cual el tomador y el asegurador dejaron fuera del paraguas de protección a los accidentes derivados del uso de motocicletas, fue una delimitación objetiva del riesgo (porque no dependía de una conducta del asegurado, sino que describía puntualmente la situación a la que se negaba cobertura) (8).

La cláusula que sólo brinda cobertura a determinados accidentes y no a otros no tiene por objeto ni por efecto provocar un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119, CCyC).

Las cláusulas delimitativas del riesgo dicen que cubren algunos accidentes y que a otros no. Y las exclusiones deben enumerarse claramente y no son susceptibles de extensión analógica. Deben interpretarse estrictamente y de acuerdo con lo escrito, y si su interpretación no es clara deberán ser interpretadas a favor del consumidor asegurado (art. 1094, CCyC).

Pero, así como en caso de duda debe prevalecer la interpretación más favorable al consumidor, si su expresión es clara, aunque establece límites de los derechos del asegurado porque precisa el objeto del contrato, deberá ser aceptada y acatada.

El contrato debe ser respetado en su redacción, ya que como bien dice el art. 965 del CCyC, los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes. Ni el derecho del consumo, ni el art. 42 de la CN han eliminado las demás garantías constitucionales y un diálogo de fuentes serio y consistente no importa arrasar ni con la libertad contractual ni con el derecho de propiedad.

Si las cláusulas de limitación de los riesgos en los contratos de seguro voluntarios son declaradas, con ligereza, cláusulas abusivas, se podría incurrir en violación a los arts. 14 (ejercicio de toda industria lícita), 17 (derecho de propiedad) y 19 (limitación de la obligación a los términos asumidos contractualmente) de la Constitución Nacional.

Los aseguradores no están obligados a cubrir riesgos. Menos aún están obligados a cubrir todos los riesgos. Y cuando celebran un contrato aceptando dar coberturas a algunos riesgos y no a otros, esa decisión debe ser respetada, salvo violación de la ley.

Como de los riesgos asumidos y de la definición del capital asegurado aceptado surge también el precio de la cobertura, declarar arbitrariamente abusiva una cláusula que delimita el riesgo es directamente violatoria del art. 1121 del CCyC.

La Directiva 93/13/CEE (Comunidad Económica Europea), del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que es derecho obligatorio para todos los Estados que la componen, dice expresamente respecto de los contratos de seguro: "... que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación... que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".

V. Algunas excepciones al principio

Sentado el principio cabe, sin embargo, señalar alguna excepción.

Individualizado el riesgo, las cláusulas de delimitación (exclusión de situaciones a priori alcanzadas por la definición del riesgo cubierto), no podrían ser contrarias a la ley.

Por ejemplo, el art. 195 del Código Aeronáutico establece que "no podrá ser excluido de los contratos de seguros de vida o de incapacidad por accidente que se concierten en el país, el riesgo resultante de los vuelos en servicios de transporte aéreo regular. Toda cláusula que así lo establezca es nula". Las pólizas excluyen habitualmente los decesos o accidentes ocurridos por el uso de la aviación, salvo cuando se viaje como pasajero en vuelos de transporte aéreo regular. Y formulada de esa manera, la exclusión es legítima y aceptable. El riesgo de uso de la aviación como piloto —aun en vuelos de transporte aéreo regular— o como pasajero en vuelos de transporte no regular, pueden ser incluidos a cambio de una prima superior, y las aseguradoras lo hacen cuando así se les solicita.

Tampoco la redacción de una cláusula de exclusión puede vaciar de contenido el riesgo individualizado en la póliza. El ejemplo típico es la crítica que se formulara, hace ya muchos años, a la redacción de la cláusula de invalidez total y permanente en los seguros de vida, en el fallo "García Antonio c. La Buenos Aires Compañía de Seguros SA" (9). Dijo el Tribunal, "...la cláusula contractual... adolece de excesiva vaguedad precisamente en

el punto que resulta más decisivo para la controversia, pues hace depender el alcance de la incapacidad total y permanente de una consecuencia que aparece redactada con gran latitud. Tal incapacidad quedará configurada cuando al asegurado no le permita desempeñar por cuenta propia o en relación de dependencia cualquier actividad remunerada... La aseguradora admite que la pérdida de la vista de ambos ojos... beneficia al asegurado con el cien por ciento del capital asegurado. Ahora bien, en cualesquiera de estos casos no podría negarse al asegurado la capacidad de realizar alguna actividad remunerada... Si la aseguradora reconoce aquel beneficio en estos casos, no puede razonablemente entenderse los términos cualquier actividad remunerada en sentido literal... Si hubiera de entenderse en sentido amplio la cláusula ambigua en cuestión... (se) desvirtuaría la esencia sinalagmática de la relación contractual, pues consistiría lisa y llanamente en admitir una interpretación de aquella cláusula que facultaría al predisponente a denegar la prestación debida".

La exclusión de accidentes ocurridos mientras se circula en motocicletas, motonetas o ciclomotores no vacía de contenido la cobertura por accidentes. Deja fuera del amparo al contrato, a menos que se pague una prima adicional, una circunstancia que se ha demostrado desde hace más de treinta años [\(10\)](#), generadora de la mayoría de los accidentes mortales o con lesiones graves en el tránsito.

El asegurador puede declinar cubrir accidentes de tránsito y asegurar los demás accidentes. Puede asegurar accidentes de tránsito y excluir los que sean consecuencia de la circulación en motocicletas —como sucedió en este caso—. O podría cubrir los accidentes de tránsito, incluidos los de motocicletas. Para cada extensión del riesgo, ciertamente diferente, pactará un precio de cobertura diferente. Y cualquier decisión que adopte será legítima y amparada por su derecho a ejercer la actividad aseguradora, a negar cobertura, o a excluir algunos riesgos, sin que pueda ser nulificada por los jueces pretextando que alguna de las restricciones es abusiva.

VI. ¿Qué es una cláusula sorpresiva?

La sentencia del Tribunal de Azul afirma que "...la exclusión de cobertura por accidente derivado de uso de motocicletas que se encuentra previsto entre las condiciones generales de la póliza como riesgo no asegurado... aparece sorpresiva y contraria a la buena fe contractual, atento a que su inclusión en esa sección del contrato no resulta razonablemente previsible para el asegurado (art. 1198, Cód. Civil derogado; arts. 988 inc. c, 989, 1117, 1118, CCyC)".

Todas las cláusulas en las cuales se individualiza el riesgo y se lo delimita se detallan en las condiciones generales de las pólizas. No es una particularidad de esta póliza, motivo del litigio, ni es una práctica insólita, desacostumbrada, inusual o de mala fe. La afirmación del vocal fundante del voto no da razones plausibles más allá de la remisión a normativa general.

El art. 158 de la Ley de Seguros sólo requiere que consten en "condiciones particulares" las disposiciones de la póliza que se aparten de las normas legales derogables.

En ninguna norma, derogable o no derogable, se dispone que el asegurador de accidentes personales debe cubrir los accidentes que sufran los asegurados que circulen en motocicletas. De manera que es equivocado afirmar que la cláusula no es previsible por estar en las condiciones generales.

Además, tampoco es verdad que sólo estuviera en las condiciones generales. Conforme disposiciones de la Superintendencia de Seguros, esta exclusión, con todas las demás, figura en el Anexo I del contrato, ya que todas las exclusiones figuran en forma separada en un anexo especial, denominado así, con el propósito de alertar a los asegurados.

En tercer lugar, no puede ser sorpresiva una cláusula incorporada en todos los contratos de seguros de accidentes personales, salvo excepciones expresas, desde enero de 1990 e incluso desde antes.

La cláusula sorpresiva no es sinónimo de una cláusula que el asegurado —en este caso— no tenía presente. Es muy probable que muchos asegurados en numerosos contratos de seguro no tengan presente qué cubre y qué no cubre su póliza, porque se trata de contratos complejos. Pero ello no habilita a tachar de abusiva por sorpresiva una cláusula del contrato.

Dejamos de lado la circunstancia que la póliza y el accidente en cuestión ocurrieron antes del comienzo de la vigencia del Código Civil y Comercial y que este concepto fue incluido, como novedad, por este cuerpo, ya que no estaba presente en la definición de cláusula abusiva del art. 37 de la LDC.

Como aprendemos en el Código Civil y Comercial Comentado, dirigido por Lorenzetti [\(11\)](#), la inspiración de esta norma proviene del Código Civil Alemán de 2002, art. 305, c) que considera sorpresivas a las incluidas en las condiciones generales que sean "tan excepcionales" que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas. También fueron definidas —siempre según lo señalado en la obra citada— en el Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de Contratación española, como aquellas cláusulas que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, "resulten tan insólitas que el contratante no hubiera

podido contar razonablemente con su existencia".

De manera que, para ser tachada de abusiva, una cláusula debería revestir la característica de ser insólita, inhabitual, inimaginable, rayana con el absurdo y ajena al objeto contractual. Por ejemplo, si se excluyeran de cobertura los siniestros que el asegurado sufra cuando viste traje de calle —circunstancia no relacionada con el riesgo cubierto e insólita—. Pero nunca puede considerarse insólita una cláusula que excluya accidentes provenientes del escalamiento de montañas o del uso de motocicletas u otras circunstancias que, sin lugar a duda, agravan el riesgo en su frecuencia o intensidad.

VII. La tacha de abusiva y sus fundamentos. La defensa del asegurador

El tribunal imputa a la demandada que, ante el cuestionamiento de la exclusión de los accidentes en moto, por abusiva, formulado en la demanda, no explicó los motivos de dicha exclusión. Dice que, por tanto, esa cláusula "configura un estándar sospechoso de irrazonabilidad cuya legitimidad no (fue) argumentativamente explicada y justificada".

El aserto nos obliga a indagar acerca de en qué términos debe impugnarse una cláusula por abusiva, y consecuentemente, cómo debería ejercerse la defensa.

Los términos en los cuales se dedujo el pedido de nulidad de la cláusula, según surgen de la demanda presentada en el expediente, fueron los siguientes: "Conforme lo normado en el art. 37 de la ley 24.240, sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. La interpretación del contrato debe hacerse en el sentido más favorable al consumidor. Por su parte el art. 1119 del Cód. Civ. y Com. establece que es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Las cláusulas que disponen la exclusión de responsabilidad por parte de la Aseguradora por accidentes ocurridos en motocicletas... se traduce en una práctica abusiva que contraría el trato equitativo y no discriminatorio (art. 1098, Cód. Civ. y Com.) que debo recibir como consumidor en este contrato de consumo que hemos suscripto".

Como puede apreciarse la impugnación consistió en una referencia a normas generales, interpretadas en términos que ya hemos cuestionado por no ser ajustados a derecho y a una interpretación armónica del derecho de los consumidores y el derecho de seguros. Las afirmaciones son meramente dogmáticas y no explican concretamente, ni siquiera en forma somera, por qué la exclusión de los accidentes motivados en la circulación con motocicletas es abusiva, inequitativa o discriminatoria.

El tribunal imputa, a nuestro juicio incorrectamente, que la aseguradora, en su responde, no explicó en detalle cuáles son las razones para privar de cobertura a los accidentes en motocicletas. Si lo hizo o no lo hizo no tenía importancia, porque la impugnación de la cláusula no era tal. Aparentemente el asegurador se defendió, acorde al ataque, en forma genérica: "el riesgo asumido y el riesgo excluido fue la base del cálculo de la prima... Asegurador y asegurado pueden pactar el alcance de la cobertura y el precio correspondiente a dicha cobertura".

La Excma. Cámara, si no reparó en que una cláusula delimitativa del riesgo no es impugnable por abusiva —salvo situaciones excepcionales—, por lo menos no debió haber admitido como una impugnación fundada lo que no era más que un lamento de que una circunstancia hubiera quedado fuera de cobertura.

VIII. La función preventiva de la responsabilidad civil. Su mal uso

Finalmente vayan algunas consideraciones sobre las —a nuestro criterio— poco atinadas medidas que el Tribunal ordena, pretextando ajustarse a los arts. 1710 y 1711 del CCyC.

El objetivo del instituto es evitar que el daño ocurra, si su ocurrencia es inevitable que disminuya su magnitud o evitar la agravación si el daño ya se produjo.

Evidentemente, las medidas ordenadas, no tienen el carácter de preventivas ya que no apuntan ni a evitar los accidentes en ocasión del uso de motocicletas, ni a disminuir su magnitud, ni —es obvio— a evitar la agravación del daño sufrido por el actor.

Las medidas dispuestas, en línea con el equivocado razonamiento desplegado por el Tribunal que parecería considerar que el asegurador es causante o responsable del daño sufrido por su asegurado más allá de los límites contractualmente asumidos, sólo apuntan a que, en esta póliza, y en todos los seguros que en adelante se celebren cubriendo accidentes personales, no sean excluidos los accidentes sufridos por quienes circulan en motocicletas. Vistas desde esta perspectiva son restrictivas del derecho constitucional de celebrar contratos, que integra el derecho de propiedad.

Al disponerlas, los jueces pretenden crear un verdadero seguro obligatorio, facultad que sólo tiene el Poder Legislativo, y a sustituir al único organismo con competencia federal para regular el quehacer asegurador, cual

es la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Se debe comprender la causa por la cual los aseguradores asumen la obligación —lato sensu— de compensar daños sufridos por sus asegurados: no deben hacerlo por haber sido los causantes del daño (art. 1716, CCyC) sino porque se dedican profesionalmente a concertar contratos con personas humanas y personas jurídicas, en los cuales se comprometen, al cambio del pago de un precio, a pagar una prestación en caso de ocurrencia de un evento que se describe en el contrato, individualizándose y delimitándose (art. 1º, ley 17.418). La causa de su responsabilidad no es el daño causado, sino el contrato suscripto.

Cuando el asegurador conviene con el tomador del seguro en cuáles circunstancias pagará su prestación y en cuáles no, y cuando determina con el tomador cuánto pagará en cada caso —siempre menos o igual que el daño sufrido— ejerce un derecho legítimo.

Si los jueces obligaran a los aseguradores a cubrir riesgos con la extensión que ellos dispongan —desconociendo la técnica, la práctica aseguradora y las posibilidades reales de los aseguradores y reaseguradores—, lo único que lograrán es una de dos situaciones: a) si el riesgo es aceptable a costa de un precio mayor, elevar el precio a todos los interesados en cubrirse. Los que jamás nos transportamos ni viajamos en moto no podríamos contar con un seguro de accidentes personales al precio en que hoy podemos obtenerlo. b) si el riesgo se tornara no asegurable o el asegurador no deseara asumirlo, aunque fuera a mayor precio, la cobertura desaparecerá del mercado o ya no estará disponible para todos.

La función preventiva de la responsabilidad civil apunta a implementar otras medidas que podrían ayudar a evitar que estos episodios ocurran. Por ejemplo, solicitar a los municipios que eviten la presencia de animales callejeros en las calles y avenidas, disponer mayor frecuencia de transporte público u ordenar al servicio penitenciario —en este caso— que provea de movilidad segura a los agentes que deben tomar o dejar el servicio en horas de la noche, disponer que determinadas calles y avenidas cuenten con reductores de velocidad como lomos de burro o cunetas que ordenen la conducción de motocicletas a menos velocidad, etc.

Podrá juzgarse la razonabilidad de las medidas y su conveniencia, a la luz de su eficacia —capacidad para disminuir los accidentes— y eficiencia —costo de su implementación versus accidentes evitados.

Pero que haya más o menos seguro, más barato o más caro, con mayores o menores sumas aseguradas, nada influirá en que ocurran menos accidentes o que éstos sean menos graves.

(1) Conferencia en el reciente XVII Congreso Nacional de Derecho de Seguros, celebrado en Mendoza en la primera semana de mayo de 2018.

(2) STIGLITZ, Rubén S. "Derecho de Seguros", Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016. 6ª ed. actualizada y ampliada, t. I., acápite 209, p. 294.

(3) BARBATO, Nicolás Héctor. "Determinación del Riesgo y exclusiones a la Cobertura", en BARBATO, Nicolás H., (Coordinador), Derecho de Seguros, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2001.

(4) Como explica el Profesor Rubén STIGLITZ y se cita en el fallo comentado, a pesar de que el Tribunal no es enteramente observante de la doctrina trazada, los riesgos no cubiertos o los riesgos excluidos son "... hipótesis (que) no integra(n) el contrato, por lo que el asegurador no está obligado a garantizarla ni el asegurado a reclamarla. El evento no ha sido cubierto por el asegurador, no lo tomó a su cargo, ni percibió prima por garantizarlo. La exclusión de cobertura es un tema atinente a la delimitación del objeto contractual, se caracteriza por describir las hipótesis o circunstancias en que el siniestro se halla fuera de la garantía asegurativa" (STIGLITZ, Rubén S. "Derecho de Seguros", Ed. La Ley, 2008, 5ª. ed., t. I, ps. 256/258; art. 1º de la ley 17.418).

(5) Otras consideraciones podrían haber para seguros obligatorios, creados por ley, en los cuales el alcance de la cobertura debiera estar dado por la misma norma que los crea. El asegurador que provea la cobertura, en estos seguros obligatorios, no puede apartarse o limitar, la protección acordada legislativamente.

(6) STIGLITZ, Rubén S. ob. y loc. cit., acápite 218, p. 306.

(7) STIGLITZ, Rubén S. ob. y loc. cit., t. II, acápite 497, p. 62.

(8) Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo Español, Nro. 273/2016, de 22 de abril (RJ 2016/87926), expone la tradicional distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro (las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro; mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha

producido). Citado en <http://ajtapia.com/2016/06/el-tribunal-supremo-define-las-clausulas-lesivas-en-los-contratos-de-seguro-sentencia-de-la-sala-primer>
Varias sentencias del Tribunal Supremo español vienen insistiendo con la diferenciación: por un lado las cláusulas lesivas o limitativas de los derechos del asegurado, que en su letra o práctica operan "para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido"; y, por otro lado, la cláusula de delimitación del riesgo..., que es la que especifica la clase de riesgos que se han constituido en objeto del contrato" (con relevancia, por tanto, sobre el precio del seguro). Entre otros fallos del Supremo español de fechas 13/07/2002 (RJ 5910), del 23/10/2002 (RJA 8971) del 04/02/2003 (RJA 843) y 01/07/2010 (RJ 6554). En otras palabras, la cláusula delimitativa del riesgo fija el objeto del contrato y debe hacerlo en forma clara y precisa. Si una cláusula de un contrato de seguros deja fuera de la cobertura una situación o supuesto determinado, no puede ser declarada abusiva. La cláusula que borra o menoscaba en la letra o en la práctica la cobertura concedida en el contrato, puede tener naturaleza abusiva.

(9) CNCom., sala E, 11/04/1983, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, t. 9, p. 117 a 123 con nota de SCHIAVO, Carlos A.

(10) El origen de esta cláusula limitativa del riesgo asegurado es incluso anterior a la sanción de la resolución general de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 20.610, dictada el 08/01/1990. Por esta resolución, aún vigente, se aprobaron condiciones generales uniformes para los seguros de accidentes personales. Allí se excluyen de cobertura los accidentes generados en la circulación de motocicletas y vehículos similares. Como dice la resolución en sus considerandos, se plasmaron en esa resolución condiciones que ya venía utilizando la plaza aseguradora desde hacía algunos años y que habían sido aprobadas por el organismo.

(11) "Código Civil y Comercial de la Nación", comentado/dirigido por LORENZETTI, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed. t. V, p. 653, nota a pie de página 93.