Relaciones al Código Civil y Comercial:
Artículo 7 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 7 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 985 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 985 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1092 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1092 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1093 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1093 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1094 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1094 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1095 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1095 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1096 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1096 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1117 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1117 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1118 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1118 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1119 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1119 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Artículo 1122 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1122 - NACI - Ley 26.994 (P.L.N.) / Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC **Voces:** BUENA FE ~ BUENA FE CONTRACTUAL ~ CLAUSULA ABUSIVA ~ COBERTURA DEL SEGURO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONDUCTA PROCESAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ CONSUMIDOR ~ CONTRATO DE CONSUMO ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ~ DAÑO PUNITIVO ~ DEBER DE INFORMACION ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DERECHO PATRIMONIAL ~ DERECHOS DEL ASEGURADO ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ DERECHOS PERSONALES ~ EXCLUSION DE COBERTURA ~ INTERPRETACION CONTRACTUAL ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ MOTO ~ PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD ~ POLIZA DE SEGURO ~ PREVENCION DEL DAÑO ~ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ~ SEGURO ~ TRATO DIGNO

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II(CCivyComAzul)(SalaII)
Fecha: 19/12/2017
Partes: Torres, Luis Ángel c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales
Publicado en: RCyS2018-V, 219
Cita Online: AR/JUR/91578/2017

Hechos:

Un empleado del Servicio Penitenciario Bonaerense impactó con su motocicleta con un perro cuando se dirigía a su trabajo y se fracturó el brazo. Realizó la denuncia ante la aseguradora, en virtud del contrato de seguro colectivo que lo incluía como dependiente de esa entidad, pero esta no cubrió el siniestro, motivo por el cual dedujo demanda de cumplimiento de contrato más daños, además, pidió la aplicación de daño punitivo. La Cámara admitió parcialmente la acción, declaró nula la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas y rechazó la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240. Asimismo, confirmó los montos otorgados por daño moral y daño punitivo y ordenó un mandato preventivo en consonancia con el Código Civil y Comercial.

Sumarios:
1. La cláusula que excluye del seguro a los accidentes derivados del uso de motocicletas y/o vehículos similares queda alcanzada por la regla de la abusividad prevista en el Código Civil y Comercial (arts. 1119, 1120 y cc) y en la ley 24.240 (arts. 3, 37, 52 y cc), no solo porque la demandada no cumplió con el deber de brindar información al

consumidor de forma cierta, detallada y veraz acerca de esa restricción, sino también porque el derecho que confiere esa cláusula configura un "estándar sospechoso de irrazonabilidad", cuya legitimidad no resultó argumentativamente explicada y justificada por aquella.
2. La exclusión de cobertura por accidente derivado del uso de motocicletas que se encuentra previsto entre las Condiciones Generales de la póliza como riesgo no asegurado junto a otros supuestos, entre ellos, picaduras de insectos, lesiones por radiación y suicidio, 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, Código Civil derogado; arts. 988 inc. c, 989, 1117, 1118, Código Civil y Comercial).
3. La conducta de la aseguradora de invocar una exclusión de cobertura en sede extrajudicial —en el caso, por accidente derivado del uso de motocicletas— y, al contestar la demanda, agregar tardíamente la póliza, es incompatible con el trato digno que debe dispensarse al consumidor, en los términos de los arts. 1, 2, 1096, 1097, 1098 y concs. del Código Civil y Comercial.
4. La póliza, al equiparar el riesgo excluido derivado de la circulación en motocicletas a los supuestos de picadura de insectos, sismos e inundaciones resulta irrazonable y abusiva (además de sorpresiva y engañosa para el asegurado), no guarda relación de proporcionalidad, ni es compatible con la naturaleza de la cobertura involucrada, pues no se entiende cuál es el fundamento lógico que explicaría que si el accidente es protagonizado a bordo de un automóvil, micro, combi, ferrocarril u otro medio de transporte está cubierto y, en cambio, no procede si el asegurado se desplaza en moto.
5. El ejercicio del derecho de la aseguradora demandada de no cubrir los daños personales del actor porque iba a trabajar en moto es abusivo y, por lo tanto, debe responder por el monto de condena en la medida del seguro, máxime cuando hoy en día se trata de un medio de transporte muy difundido, de más fácil acceso en el mercado que un automotor por su menor costo, por lo que si la causa de la exclusión radica en la mayor vulnerabilidad que podría resultar para el conductor de una motocicleta, aquella tendría que haberlo invocado clara e indubitablemente al defenderse del ataque de abusividad de la cláusula formulado en la demanda.
6. La cláusula del contrato de seguro colectivo que limita el riesgo cubierto por accidentes del asegurado a las pérdidas anatómicas y/o funcionales no resulta abusiva ni irrazonable ni contraria a la buena fe contractual, incluso integrando y armonizando, mediante el juicio de ponderación y el diálogo de fuentes, el régimen específico de seguros (Ley 17.418), el microsistema tuitivo del consumidor (arts. 37, 33 y ss, Ley 24.240) y las normas del Código Civil y Comercial referentes a los contratos por adhesión y de consumo (arts. 7, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes)
7.
8. El daño punitivo que debe abonar una aseguradora por hacer creer al asegurado que contrataba una cobertura que no era tal debe confirmarse, en tanto se cumplen los presupuestos de admisibilidad del instituto, tanto en su faz subjetiva como objetiva, pues la ubicación del supuesto de exclusión del uso de motocicletas entre otros tan obvios, tales como enfermedades, acciones criminales o enajenación mental, permite inferir que aquel supuesto pasa desapercibido y que, de haber sido conocido por el accionante, tal vez pudo decidir no contratar la póliza, ya que la motocicleta era su medio de locomoción para concurrir al trabajo.
9. El planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley del consumidor debe rechazarse, pues el planteo genérico fundado en opiniones doctrinarias generales no alcanza el umbral mínimo requerido para la declaración de incompatibilidad constitucional de la norma, que requiere al menos precisar de qué modo habría quebrantado garantías constitucionales cuya tutela se procura.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Azul, diciembre 19 de 2017.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 218/226? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

1ª cuestión. — El doctor Galdós dijo:

I.1. Luis Ángel Torres promovió demanda por cumplimiento de contrato, más los daños y perjuicios derivados del incumplimiento negocial, contra la Caja de Seguros SA, reclamando una indemnización de $129.000 por la incapacidad permanente y parcial que sufriera como consecuencia de un siniestro vial, y pidió la aplicación de

daños punitivos.

Expresó que el día 03/07/2014 sufrió un accidente de tránsito in itinere en el trayecto que va desde su lugar de trabajo (Servicio Penitenciario Bonaerense) hasta su domicilio, cuando en momentos en que circulaba en su ciclomotor impactó contra un perro que se cruzó en su camino, lo que le provocó su caída y, como consecuencia de ello, una lesión en su codo izquierdo. Manifestó haber sido atendido por su Aseguradora de Riesgos de Trabajo (Provincia ART), que aceptó el siniestro y brindó las prestaciones correspondientes. Dijo que la lesión fue diagnosticada como fractura de cúpula radial y requirió inmovilización con yeso por 30 días, más sesiones de rehabilitación, hasta que el día 01/10/2014 fue dado de alta. Denunció que la Comisión Médica de Bahía Blanca determinó que presentaba una incapacidad permanente, parcial y definitiva del 14,80%, atento la limitación funcional del codo izquierdo.

Realizó la denuncia del siniestro ante la Caja de Seguros SA, en virtud del contrato de seguro colectivo que lo incluye como dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense, quien no cubrió el siniestro alegando distintas causas, entre las cuales se destaca la exclusión de cobertura, por tratarse de un accidente derivado del uso de motocicletas, y no encontrarse cubierta la incapacidad sufrida. Consideró abusiva las cláusulas que determinan la exclusión de cobertura por el uso de motocicleta y las incapacidades resarcibles, en tanto se tendrán por no convenidas las que importen una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (art. 37 de la ley 24.240), debiendo estarse en caso de duda a la interpretación más favorable al consumidor. Invocó en apoyo de su pretensión las normas del consumo incluidas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, considerando una práctica abusiva de parte de la aseguradora las cláusulas de exclusión de los siniestros producidos por el uso de motocicletas y la que establece la modalidad de determinación de incapacidades. Asimismo, consideró incumplido el deber de información aduciendo que no le fue informado que la cobertura de incapacidades estaba supeditada a la pérdida anatómica y/o funcional. Solicitó el reconocimiento de una suma en concepto de daño punitivo con el fin de sancionar y disuadir al proveedor de conductas abusivas hacia los consumidores.

Se imprimió al proceso el trámite sumario atento la complejidad de los planteos que eximen la vía sumarísima prevista en la ley del consumidor y se concedió al actor el beneficio de litigar sin gastos (art. 53 de la ley 24.240) (fs. 55/56vta.).

2. La Caja de Seguros SA contestó la demanda y reconoció la existencia de dos pólizas de seguros colectivos contratados por el Servicio Penitenciario Bonaerense, Póliza de Seguro de Vida Colectivo N° 5060-9939717-01, riesgo: pérdida anatómico-funcional por accidente, por lo que se verifica ausencia de cobertura y Póliza de accidentes personales N° 5060-9640678-01 (fs. 72/78 y 79/126) para hipótesis de muerte o incapacidad, que excluye los daños derivados del uso de ciclomotor u otros vehículos similares, por lo que planteó la defensa de no seguro (fs. 131, fs. 191/208). Con relación al carácter abusivo de esta última cláusula expresó que tanto la exclusión del ciclomotor como la delimitación de las incapacidades resarcibles, constituyen restricciones razonables a la cobertura. Dijo que la delimitación del riesgo es proporcional a la prima recibida y al capital asegurado, y que allí radica el equilibrio financiero en el negocio del seguro, sin lo cual es imposible atender sus obligaciones y cumplir con su elevado fin social. De lo contrario, las pólizas serán excesivamente onerosas para quienes quisieran contratarlas. Adujo que las pólizas referidas cumplen con las leyes 17.418 de Seguros y 24.240 del Consumidor, y fueron aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación. En subsidio, opuso los límites de cobertura pactados y señaló que el daño moral reclamado es de interpretación restrictiva en materia contractual. Rechazó asimismo el daño punitivo, planteando la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 (fs. 130/136vta.).

3. La sentencia de la anterior instancia (fs. 218/226) y su aclaratoria de fs. 228, hizo lugar a la demandada promovida por Luis Ángel Torres contra Caja de Seguros SA, condenando a ésta última a abonarle la suma de $57.781, más los intereses a tasa pasiva desde la fecha de mora el día 01/04/2016 (fs. 228) hasta el día 01/08/2015 y a partir de dicha fecha hasta su efectivo pago la “tasa pasiva-plazo fijo digital” (fs. 225). Los honorarios fueron diferidos para el momento de practicarse la liquidación correspondiente.

Para así resolver la sentenciante señaló que, en principio, el contrato de seguro sólo puede probarse por escrito

y la póliza emitida por el asegurador, como expresión de la aceptación de una solicitud del asegurable, es el instrumento probatorio por excelencia del contrato y presupone su perfeccionamiento. Empero, hallándonos ante un contrato con cláusulas predispuestas, en el que una de las partes es ajena a la creación de su contenido, no debe dejarse de lado el principio de buena fe y, en determinadas circunstancias, deberá analizarse todo lo que rodeó a la contratación: qué promesas se formularon y qué coberturas se prometieron. En este contexto el deber de información no es una carga que recae sólo sobre asegurado. La redacción de las pólizas debe ser clara y de fácil lectura. En el caso de autos se le presentó al consumidor de seguros una situación al menos confusa que debe interpretarse conforme el art. 11 de la ley de Seguros integrado con las pautas que surgen de la Constitución Nacional y de la Ley del Consumidor, de manera profunda, abarcativa y tuitiva, dado que se trata de la protección de un derecho de tercera generación.

Conforme dichos lineamientos expresó que las pólizas de seguros de estas actuaciones son "seguros por cuenta ajena", en los cuales la figura del tomador no coincide con la del titular del interés asegurable (en el caso, Servicio Penitenciario —empleador— y, actor —empleado asegurado—). En estos supuestos, el tomador contrata a nombre propio, pero en interés ajeno, consistente en una prestación en beneficio de un tercero que no ha sido parte en el contrato. Se trata de una figura triangular en la que a los sujetos invariables y determinados desde la conclusión del contrato (tomador y asegurador), se habrá de añadir la del beneficiario o titular del interés asegurable. Así, el seguro de vida colectivo voluntario establece una relación directa entre la compañía aseguradora y las personas asegurables (empleados), resultando el empleador un simple intermediario.

Con relación a los daños cubiertos la Sra. juez a quo expresó que la póliza nro. 5060-9939717, mediante la cual se asegura una "pérdida anatómica o funcional no recuperable", lo hace en el capítulo de la incapacidad física total, permanente e irreversible, y al menos resulta exagerada que la incapacidad parcial y permanente —como en el caso que nos ocupa— no se halla cubierta, lo cual a todas luces resulta nulo si tomamos en cuenta el fin de seguro como tuitivo del asegurado, contrario a la buena fe y una falta al deber de información que pesa sobre la aseguradora (fs. 221vta.). Igual suerte corre la póliza nro. 5060-9640678-01 por resultar abusiva, toda vez que el beneficiario del seguro no tuvo conocimiento cabal de qué era lo que cubría el seguro colectivo, de cobertura tan limitada, rayando lo abusivo, absurdo y nulo (fs. 222). Consideró que ambas pólizas constituyen una infracción a la buena fe contractual y desnaturalizan el vínculo obligacional (arts. 4 y 37 inc. a) de la ley 24.240).

Seguidamente cuantificó los daños correspondientes al porcentaje de incapacidad (16,95%), conforme los siguientes parámetros: para la incapacidad parcial y permanente tomó el capital total asegurado en la póliza nro. 5060-9939717-01, al 03/07/2014, y lo multiplicó por el porcentaje de incapacidad (16,95%), lo que arrojó un monto de $27.696 y respecto de la segunda póliza 5060-9640678-01 expresó que el capital a la fecha del siniestro ascendía a $30.000 por lo que multiplicado por el porcentaje de incapacidad arroja la suma de $5.085, lo que totaliza $32.781. Por su parte, el daño moral fue cuantificado en la suma de $20.000 (fs. 223vta./224). Fijó en $5.000 el daño punitivo porque consideró que la demandada indujo a error a la actora en la creencia de una cobertura que no era tal, incumpliendo adecuadamente su deber de información, por lo que se encuentran reunidos en autos los requisitos que habilitan la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva (arts. 47 inc. b) y 52bis de la LDC).

4. La sentencia fue apelada por la Caja de Seguros SA (fs. 229), y el recurso fundado con la expresión de agravios de fs. 243/247. Los fundamentos del recurso fueron contestados a fs. 249/250vta.

El apelante se agravió de la declaración de abusividad, contraria a la buena fe y nulidad de la cláusula que cubre las "pérdidas anatómicas o funcionales por accidente" de la póliza nro. 5060-9939717-01 y de la cláusula que excluye los accidentes de motocicleta en la póliza nro. 5060-9640678-01. Expresó que la juez anterior no explica adecuadamente el porqué de su teoría y, aún explicándolos, sus argumentos son erróneos y erráticos desconociendo los pilares básicos del contrato de seguros. Dijo que está creando un nuevo contrato de seguros al extender sus efectos a un supuesto de hecho no previsto en la cobertura. Reconoció como cierto que el contrato de seguro es de adhesión y se encuentra regido también por la normativa consumerista, pero considera que la interpretación del contrato realizada en la sentencia de grado contraría los principios que rigen la materia (art. 1198 del Cód. Civ.). Manifestó que nada permite pensar que la previsión contractual que fija una cobertura

asegurativa para el supuesto de pérdida anatómica o funcional por accidente pueda extenderse al supuesto de incapacidad permanente parcial, expresamente excluida de la cobertura pactada (fs. 243vta.). Lo mismo cabe decir con relación a la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicleta en la póliza de accidentes personales. Expresó que de la cobertura convenida resulta de un modo claro y preciso que se pactó el seguro ante un supuesto de pérdida anatómico-funcional por accidente. La cláusula no es confusa, ambigua, ni contradictoria. Invoca el art. 985 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, como pauta interpretativa por considerarlo inaplicable en virtud de la fecha en que aconteció el accidente. Considera haber cumplido con las pautas previstas por el ordenamiento, la claridad de las cláusulas de exclusión no da lugar a interpretación alguna: la cobertura se limitó, en el supuesto de incapacidad, a la pérdida anátomo o funcional por accidente (cláusula 826), no pudiendo extenderse a otros supuestos ajenos a tales previsiones. Lo mismo expresó con relación a la que excluye de la cobertura los siniestros provocados por el uso de motocicletas. Se trata en ambas pólizas de un caso de "no seguro" o "no garantía".

Con relación al deber de información señaló que el propio actor agregó las pólizas de seguros, de manera que estaba en conocimiento del contrato y aceptó su contenido, habiendo abonado las primas a través del descuento de sus haberes. Adujo que tratándose de pólizas facultativas en cualquier momento pudo haber solicitado a su empleador salir de la póliza si no estaba conforme. Por ello, no se explica por qué se considera vulnerado el deber de información, atento que la parte actora no ha producido prueba en ese sentido.

Cuestionó el porcentaje de incapacidad otorgado al actor (16,95%) por cuanto para su determinación fueron utilizados criterios propios del derecho laboral, no siendo superior al 13% y se agravió de la condena por daño moral porque consideró que no se acreditó, ni que las vivencias del actor con posterioridad al accidente hayan excedido lo normal y la aseguradora no sometió a la parte actora a ninguna situación. Adujo que en materia contractual el daño moral no se presume, sino que requiere pruebas que lo admitan. En subsidio, solicitó la reducción del monto fijado a valores razonables.

Se agravió del daño punitivo fundado en que la aseguradora indujo a error al actor haciéndole pensar que contaba con una cobertura que no era tal, incumpliendo el deber de información. Alegó que fue el tomador del seguro (Servicio Penitenciario Bonaerense) quien representó colectivamente a sus empleados en la contratación. No hubo accionar malicioso de la compañía aseguradora. Además, en la contestación de la demanda se planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis. de la ley 24.240, aspecto que fue omitido en la sentencia apelada. Subsidiariamente, solicitó la reducción del monto fijado por este concepto. Por último, se agravió de la fecha de mora.

Corrida vista, el Fiscal General Departamental expresó que el contrato no fue suscrito por el actor, se trata de un seguro de vida colectivo contratado con intervención del Ministerio de Seguridad. Señaló que para establecer si una cláusula es abusiva hay que analizar cuál es la facultad que está ejerciendo el agente y cuáles son los límites que debe respetar, entre ellos el deber de información a cargo de la aseguradora. Deslindó la falta de información respecto del contenido de una cláusula, con su abusividad. Así, si una cláusula abusiva es informada adecuadamente, no dejará de ser abusiva. Consideró la ecuación económico-financiera del contrato de seguro y concluyó que si la sentencia entendió que la exclusión de un siniestro era abusiva debió contrastar dicha información con el precio que pagaba el beneficiario por el servicio que recibía. En cualquier caso la falencia atribuible a la empresa consiste en haber dejado de confirmar que la información sobre las condiciones del contrato haya llegado a todos los beneficiarios del seguro. Destacó que las pólizas analizadas no son las de cobertura que brinda la A.R.T, obligatorias para el accidente in itinere, sino que son productos extras que se contratan en forma colectiva. De este modo, el siniestro que sufrió el actor ya está cubierto por otro seguro, por lo tanto no quedó en completo desamparo. En ese caso, si una A.R.T pretendiera imponer una cláusula como la que aquí se analiza, sí existiría la posibilidad de que fuera abusiva, porque su obligatoriedad impone que la empresa incorpore todas las opciones de accidentes posibles. Pero éste no es el caso de autos. Expresó que el deber de información es fundamental y primario en las relaciones de consumo, y en supuestos como el de autos, donde las cláusulas contractuales alcanzan el número de más de ochocientas, existe una gran cantidad de exclusiones que no es sencillo captar para personas ajenas a las prácticas legales. Señaló que el monto del daño punitivo no es proporcionado a la seriedad, gravedad, extensión y cantidad de infracciones que se endilgan a la empresa, y dijo

que sin perjuicio de la solución que se tome, se adopten las medidas necesarias para que la compañía aseguradora informe a todos los asegurados dependientes del Servicio Penitenciario Bonaerense sobre la cláusula aquí debatida. Realizó consideraciones sobre la constitucionalidad del art. 52 bis. de la ley 24.240.

A fs. 259 se dictó la providencia de autos para sentencia, y habiéndose cumplido con los pasos procesales de rigor (fs. 260), esta Alzada se encuentra en condiciones de dictar sentencia.

II.1. En primer lugar corresponde determinar el derecho aplicable. En efecto y dado que los hechos acontecieron con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial (01/08/2015), rigen —por regla— las disposiciones del régimen anterior, salvo los efectos no consumidos de las situaciones jurídicas constituidas anteriormente. Por ello, el caso queda comprendido en el ámbito del Cód. Civil, sin perjuicio de la aplicación del Cód. Civ. y Com. como pauta interpretativa (art. 7°, párr. tercero del Cód. Civ. y Com.; "El art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación y el derecho transitorio en la responsabilidad civil (en la primera etapa de implementación del Cód. Civil y Comercial)" en Moisset de Espanés, Luis, "Derecho transitorio en el nuevo Cód. Civil y Comercial", Ed. Advocatus, Córdoba, 2016 p. 281; esta Sala, causa nro. 61297, sent. del 29/12/2016, "Plan Rombo SA...").

Recuerdo que en virtud del "principio de aplicación diferida, prolongada o de ultraactividad en materia de contratos y de normas dispositivas se sigue aplicando el Código anterior, salvo dos supuestos: que las nuevas normas sean imperativas (o sea cuando no son disponibles por los particulares) y que en las relaciones de consumo se trate de normas más favorables al consumidor" ("La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LA LEY, 2015-F, 867; "El art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación y el derecho transitorio en la responsabilidad civil"), cit.). Kemelmajer de Carlucci expresa que "la única novedad del artículo 7° respecto del texto anterior es la aplicación inmediata de la norma más favorable al consumidor, aunque sea supletoria" (cfr. "La aplicación del Cód. Civil a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", segunda parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2016, p. 216; Heredia, Pablo "El derecho transitorio en materia de contractual", en Revista Cód. Civ. y Com. de la Nación, año 1, N° 1, ps. 3,14). Señalan Freytes y Cafferata que "cuando el art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a las normas supletorias más favorables al consumidor en la relación de consumo, no sólo está haciendo referencia a las normas específicas de Defensa del Consumidor —que, por vía general, revisten carácter imperativo—, sino también a las normas de carácter supletorio, contenidas en el título referido a los contratos en general, como en la regulación específica de cada uno de los tipos particulares del contrato contenidos en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto y en cuanto ese contrato en particular, revista el carácter de contrato de consumo en los términos del art. 1093 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Coadyuva a esta interpretación, no sólo la interpretación amplia del régimen jurídico de los contratos de consumo, sino también el principio de interpretación más favorable al consumidor, contenido en el art. 1094 del Cód. Civ. y Com. de la Nación" (cfr. Freytes, Alejandro Enrique y Cafferata, Juan Manuel "La aplicación de la ley en el tiempo y los contratos" en "Derecho transitorio en el nuevo Código Civil y Comercial", Luis Moisset de Espanés (Dir.), Ed. Advocatus, Córdoba 2016, ps. 356/357).

No caben dudas que al contrato de seguros, (más allá de ciertas disposiciones particulares en las que prevalece su especificidad microsistémica) queda comprendido en el régimen tuitivo del consumo, que las normas consumeristas son preponderantemente imperativas y más favorables al consumidor. Pero en el caso de autos en razón de que no existe contrato en curso de ejecución (art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), ya que los efectos del incumplimiento fenecieron bajo la vigencia del Cód. Civil, corresponde aplicar el Cód. Civ. y Com. de la Nación como doctrina interpretativa del anterior, y en todos los casos el intérprete judicial debe propiciar tornar operativo el diálogo de fuentes (arts. 1, 2, 3 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación) que, entre otros muchos aspectos, significa que el derecho privado proyecta sus efectos en las legislaciones especiales. Así, "por ejemplo, los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13) se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc." (cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Prólogo Código Civil y Comercial de la Nación, en Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso; Marisa Herrera "Código Civil y Comercial de la Nación comentado" - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015). Se ha dicho que "...la Ley de Seguros ha sido considerada como un microsistema de derecho privado en el Cód. Civ. y Com. de la Nación que ha dejado subsistente sus disposiciones aunque éstas deberán necesariamente armonizarse, integrarse

y complementarse con el nuevo cuerpo normativo, (cfr. Sánchez, Marina Lilén y Torres Carvallo, Jaime A. "Límites de cobertura en el seguro de responsabilidad civil. El tercero damnificado, a la luz de la jurisprudencia", LA LEY Gran Cuyo 2016 (julio), p. 4).

Por lo expuesto, resulta aplicable al presente el Cód. Civil, sin perjuicio de recurrir a las normas del Cód. Civ. y Com. como importante pauta interpretativa (arts. 7, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Com.; Kemelmajer de Carlucci, Aída "La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015, p. 59)

Consecuentemente resultan aplicables al presente los microsistemas de seguros (ley 17.418), del consumidor (24.240), el Cód. Civil y el núcleo duro constituido por el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, como pauta interpretativa (arts. 7, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y ss., 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes.).

III.1- La precedente base normativa influirá de manera decisiva en la solución que propiciaré al acuerdo, por lo que seguidamente ingresaré al análisis de los agravios que cuestionan la declaración de nulidad (por abusiva) de la cláusula que delimita el riesgo cubierto a las "pérdidas anatómicas o funcionales por accidente" (cfr. póliza de seguros nro. 5060-9939717-01) —la que anticipo entiendo no resulta abusiva— y luego la que excluye "los accidentes por el uso de motocicletas" (póliza de seguros nro. 5060-9640678-01) —que sí reviste dicha naturaleza—.

En realidad, y efectuando una precisión conceptual que más que nada tiene que ver con los efectos prácticos de la medida de control preventivo del contenido de la cláusula (que propondré más adelante como mandato preventivo; arts. 1710/1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación) luce evidente que, en el caso de autos, resulta notoriamente abusivo el ejercicio del derecho resultante de esa cláusula. En otras palabras: más que abusividad intrínseca o "per se", lo que se advierte de modo claro es que el derecho invocado por la aseguradora desnaturaliza, en concreto, las obligaciones asumidas con Torres (art. 1198 —según ley 17.711— del Cód. Civ., arts. 9, 10, 11, 1004, 984, 985, 986, 988, 989, 1073, y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 53 y concs. LDC).

2. Para elucidar la posible abusividad de las cláusulas de referencia, en consideraciones conceptuales que resultan de aplicación indistinta para los dos casos aquí en disputa, hay que tener en cuenta que se trata de seguros colectivos, contratados por intermedio del Servicio Penitenciario Bonaerense para los empleados que voluntariamente acepten ser incluidos (cfr. fs. 6 y 7), y que las pólizas son totalmente independientes de la Aseguradora de Riesgo de Trabajo (Provincia Seguros A.R.T) sobre cuyas prestaciones no versa la presente acción. En un reciente pronunciamiento abordé la cuestión de los seguros colectivos trayendo a colación, como argumento de autoridad, la opinión de Rubén y Gabriel Stiglitz, quienes señalan: "el contrato de seguro colectivo constituye un contrato celebrado en favor de tercero donde, el tomador-promisario, quien actúa en nombre propio, no estipula en su interés sino en el de cada uno de los asegurados. Se trata de un seguro por cuenta de los integrantes del grupo. El asegurador es el promitente/obligado, y el asegurado, que es ajeno a la celebración del contrato, se constituye en tercero en cuyo favor estipulan los dos primeros y, por tanto, es el titular del interés asegurable pues, en principio, se constituye en acreedor de la prestación principal que le es debida por el asegurador. En consecuencia, el seguro colectivo se celebra por cuenta y en interés del asegurado/adherente" (conf. Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., "Derecho de Seguros", Tomo IV, p. 129). También se ha dicho que "en el seguro colectivo, la regla general se halla constituida por la disociación de la persona del tomador con la del asegurado, contrariamente a lo que acontece en el seguro individual en que, en principio, existe coincidencia de ambas figuras salvo los supuestos del seguro por cuenta ajena. Por lo demás, el seguro colectivo se caracteriza por la existencia, en todos los casos, de una pluralidad de asegurados. El contrato lo formalizan, por una parte, el asegurador y, por otra, el tomador del seguro quien lo hace en carácter de contratante, suscriptor o estipulante" (conf. Stile, Enrique M., "Seguro colectivo de vida", en RCyS, 2006, 107, cita online: AR/DOC/1634/2006; esta Sala, causa nro. 61297, sent. del 29/12/2016, "Plan Rombo SA...").

Ingresando al tema de la exclusión de cobertura, señala Stiglitz que importa un supuesto de limitación del riesgo; la hipótesis no integra 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 atiente 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”, Tomo I, 5ta. edición, Ed. LA LEY 2008, ps. 256/258; art. 1 de la ley 17.418).

El presente caso versa sobre una exclusión de cobertura indirecta (la relativa a la incapacidad física), que a diferencia de la directa —que contempla expresamente los supuestos excluidos—, se verifica en hipótesis que no integran el marco conceptual del riesgo (la relativa a la circulación en moto), tal como ha sido definido (Stiglitz, ob. cit. p. 264). Expresa Barbato que “el proceso de ‘determinación del riesgo’ muestra dos fases: una positiva (la "individualización"), de enunciado del riesgo genérico que se cubre —incendio, robo, etc.—, y otra, negativa (la "delimitación"), por la que se colocan fuera del amparo diversas situaciones en las que ese riesgo se acentúa notablemente, ya sea en su probabilidad o bien en su intensidad o amplitud dañosa, por lo que el asegurador las considera no susceptibles de cobertura asegurativa o sólo amparables mediante una prima más elevada que la fijada en el contrato. En algunos casos, la fase del enunciado genérico contiene ingredientes determinativos que fijan límites a esa hipótesis general, reduciendo su extensión y fijando fronteras que contribuirán a establecer qué es lo que se encuentra dentro de la cobertura y qué es lo que ha quedado fuera de la misma: la definición de la índole del riesgo específicamente cubierto implicará la fijación de los límites resultantes de su contorno conceptual. Puede así hablarse de una delimitación expresa (negativa, derivada de la exclusión de supuestos concretos) y de otra implícita, producto de lo que queda fuera del contorno de la propia definición del riesgo cubierto” ("Derecho de Seguros" Nicolás H. Barbato (Dir.), Editorial Hammurabi, 2001, ps. 38/39).

La Suprema Corte provincial sostuvo que el contrato de seguro “debe interpretarse literalmente en los supuestos que la cobertura está expresada claramente, no siendo posible otorgarle una télesis extensiva, toda vez que la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura deben apreciarse restrictivamente” (conf. L. 34.016, sent. del 05/11/1985 en "Acuerdos y Sentencias", 1985-III-383; L. 43.530, sent. del 27/02/1990; L. 47.438, sent. del 10/12/1991; L. 50.997, sent. del 13/04/1993; L. 51.662, sent. del 24/05/1994; voto del doctor Soria en la causa L. 77.873, sent. del 27/10/2004; C. 107.403, del 21/12/2011, "Bruno...”).

3. De conformidad con los criterios expuestos, cabe señalar que la cláusula 826 describe el riesgo cubierto por accidentes del asegurado y lo limita al ítem: “pérdidas anatómicas y/o funcionales” y sub-ítems “pérdida funcional total del hombro, o del codo o de la muñeca ” (cfr. Cláusula 826 de la póliza 5060-9939717-01, fs. 111). Es decir, no cubre la pérdida de funcionalidad parcial producto de la lesión de Luis Ángel Torres (arts. 1, 153, 156 de la ley 17.418). El perito médico dictaminó que “el actor retoma sus tareas laborales, dice haber quedado con dolor reiterado y dificultad en la movilización del antebrazo izquierdo” y concluyó que, a raíz de la fractura del radio, “ha quedado con algunas alteraciones anatómicas y funcionales”, de tipo parcial y permanente (fs. 176, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ende, la incapacidad de Luis Ángel Torres queda fuera de los límites de cobertura de la póliza 5060-9939717-01, referida a la pérdida funcional total “del codo”, lo que no resulta abusivo, ni irrazonable, en el marco del seguro contratado (fs. 111, 175/176vta., arts. 1, 153, 156 de la ley 17.418, art. 1198 del Cód. Civ., arts. 1119, 1120 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

A mayor abundamiento, cabe destacar que la sentencia apelada analizó la Cláusula 819 “Cláusula Adicional de Incapacidad Física Total permanente e irreversible” —art. 2.1— (fs. 104), que evidentemente no resulta aplicable al caso, atento a que la incapacidad de Torres es parcial (fs. 176), por lo que los hechos encuadran en la cláusula N° 826 “Indemnizaciones Adicionales por Muerte y por Pérdidas Anatómicas y/o Funcionales causadas por accidente al asegurado” (fs. 111). Además omitió toda referencia a la defensa del demandado que planteó la exclusión de cobertura con fundamento en la cláusula 826 (fs. 111, 131, 175/176, 221, arts. 330, 354, 273 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Sin perjuicio de ello, —repito— no encuentro abusiva, absurda y contraria a la buena fe contractual la referida cláusula 826, incluso integrando y armonizando, mediante el juicio de ponderación y el diálogo de fuentes, el régimen específico de seguros (ley 17.418), el microsistema tuitivo del consumidor (ley 24.240, arts. 37, 38 ss. y cdtes.) y las normas del Cód. Civ. y Com. referentes a los contratos por adhesión y de consumo (arts. 7, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes.; esta Sala, causa nro. 61297, sent. del 29/12/2016, “Plan Rombo SA...”, Hernández, Carlos A. “Código

Civil y Comercial de la Nación" Ricardo Luis Lorenzetti (Dir.), Tomo VI, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 295).

4. La Ley del consumidor no contiene un concepto de cláusula abusiva, el que se extrae del art. 37 del Decr. 1798/1994, de fecha 13/10/1994, reglamentario de la ley 24.240, que consideró como "términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes". "La fórmula —se dijo— pone el acento en el resultado práctico del contrato, es decir en la alteración del equilibrio de la ecuación económica del contrato" (cfr. Carlos A. Hernández, ob. cit. p. 304; Lorenzetti, Ricardo Luis "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240", LA LEY 1994-C, 918, Pizarro, Ramón D. —Varizat, Andrés Federico "La desnaturalización de las obligaciones como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Una interesante innovación doctrinaria argentina)", LLC-2006, p. 10).

El nuevo Cód. Civil y Comercial vino a modificar dicho panorama; ahora las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y de consumo son aquellas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, importan una renuncia o restricción a los derechos del adherente o no son razonablemente previsibles (art. 988), sujetas a control judicial, aun cuando cuenten con aprobación administrativa (arts. 989, 1122 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). En los contratos de consumo específicamente (arts. 1092 y sgtes.) resulta abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por defecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; Leiva Fernández, Luis F. P. "Código Civil y Comercial comentado", Tomo V, Leiva Fernández (Dir.) Jorge H. Alterini (Dir. general), Ed. LA LEY 2015, p. 954).

Barocelli entiende que "el género de cláusulas abusivas es el brindado por el Cód. Civil y Comercial, por lo cual serán consideradas abusivas aquellas cláusulas que de cualquier manera puedan provocar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones generadas por el contrato, siempre y cuando esta situación perjudique al consumidor. Ahora bien, entendemos —afirma— por 'desequilibrio significativo' provocada por una cláusula a aquel que, de manera directa o indirecta, inmediata o mediata, haga superar de manera notable las ventajas del proveedor en perjuicio de los derechos del consumidor" (Barocelli, Sergio Sebastián "La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Cód. Civil y Comercial", RCCyCNa 2016, (mayo), 05/05/2016, p. 235; ver también Valicenti, Ezequiel "Cláusulas abusivas, desnaturalización de las obligaciones y derecho supletorio", http://www.nuevocodigocivil.com; "El problema del empresario consumidor. Las relaciones contractuales asimétricas entre empresarios", DJ, 30/11/2016, 1). A su vez, el análisis de abusividad de una cláusula debe realizarse de acuerdo al contexto y la finalidad del contrato (arts. 1065 inc. c. y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, cfr. Carlos A. Hernández, ob. cit. p. 306). Todo ello, en el examen integral de la unidad sistémica del derecho privado que, en este tema, comprende el abuso del derecho y de la situación jurídica como principio general, previsto en el Título Preliminar del Cód. Civil y Comercial (arts. 9, 10, 11, 12 concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) que se integra y completa con la abusividad en las relaciones jurídicas y en la relación de consumo en especial (art. 1198 del Cód. Civ., arts. 957, 958, 960, 963, 964 inc. c, 984, 985, 987, 988, 989, 1004, 1065, 1067, 1068, 1073, a 1075, 1092, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103 y sgtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Este examen, con relación a la póliza nro. 5060-9939717-01, no pudo concretarse atento a la inexistencia de información respecto del monto de la prima que se descuenta del sueldo de Luis Ángel Torres como empleado del Servicio Penitenciario Bonaerense (arts. 375, 384 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), dato que permitiría considerar y confrontar la ecuación económico-financiera del contrato. Por otro lado, el actor cuenta con seguro de riesgo de trabajo que cubrió el accidente in itinere (Provincia Seguros A.R.T), lo que no constituye un dato menor, por cuanto el accidente fue cubierto por otro seguro pero de carácter obligatorio (A.R.T) (cfr. dictamen del fiscal, fs. 254vta.), resultando las pólizas analizadas productos extras, contratados en forma colectiva para casos de muerte y pérdidas anatómicas y funcionales totales. De este modo, la obligatoriedad del seguro impone la previsión de todas las opciones posibles de accidentes y un mayor celo en el análisis de los riesgos cubiertos, no siendo el caso de autos donde el seguro es voluntario (cfr. arts. 37, 38 ss. y cdtes. de la ley 24.240, arts. 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y

Com.).

5. Por lo expuesto, la sentencia apelada deberá revocarse en cuanto declaró nula por abusiva la cláusula N° 826 de la póliza 5060-9939717-01, que excluye la cobertura de incapacidades parciales que no redunden en una pérdida anatómica o de la funcionalidad total del miembro afectado por un accidente (fs. 111, arts. 1°, 11, 120, 153, 156 de la ley 17.418, arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24.240, arts. 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. Y cdtes. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

IV.1. Cuestión distinta es la correspondiente a la póliza nro. 5060-9640678-01 de "Accidentes personales", cuyo Anexo 1 punto 7 excluye del seguro a "los accidentes derivados del uso de motocicletas y/o vehículos similares" (cfr. contrato agregado a fs. 191/208). Dicha cláusula queda alcanzada por la regla de la abusividad prevista en los citados arts. 1119, 1120 (recuerdo que al tratarse de un contrato de seguro colectivo media pluralidad de actos jurídicos), 1121, 1122, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación y arts. 3, 37, 52 y cc. ley 24.240 y art. 37 Decr. 1798/1994. Ello así porque deviene abusivo e irrazonable el ejercicio del derecho de no seguro por parte de la demandada, que acarrea en el caso la ineficacia de esa cláusula, por los siguientes fundamentos (arts. 1, 2, 3 y 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación):

a) El actor desconocía la existencia de la póliza nro. 5060-9640678-01.

En el escrito de inicio hizo referencia a un incumplimiento contractual de la aseguradora alegando la "no cobertura de las obligaciones estipuladas en las Condiciones de la Póliza N° 5060-9640678-01 o 5060-9939717-01 "ya que —afirmó— desconoce cuál es el nro. de póliza correcto, al haber consignado la demandada dos números diferentes en las misivas que me ha enviado" (sic demanda de fs. 47 vta.). O sea, que el actor creía que tenía contratada una sola póliza de seguros con La Caja, desconociendo que se trataban de dos contratos, de los que recién tuvo conocimiento en el intercambio de cartas documentos y de reclamaciones extrajudiciales (fs. 41, 42), con posterioridad al siniestro. El actor tenía en su poder, y adjuntó como prueba documental, la póliza nro. 5060-9939717-01 (fs. 6/38) y realizó un verdadero esfuerzo argumentativo para solicitar la declaración de abusividad de una cláusula correspondiente a una póliza que no le fue entregada. Señaló que: "pese a que del listado de exclusiones establecidas en el Anexo I de las Condiciones Generales de la Póliza N° 5060-9939717-01, no se evidencia la existencia de accidentes ocurridos por uso de motocicleta, vengo a cualquier evento a solicitar se declare abusiva tal cláusula, toda vez que esta parte desconoce cuál es la Póliza que se encuentra vigente entre las partes, ya que reitero, en dos de las misivas enviadas han manifestado número de pólizas diferentes (5060-9640678-01 y 5060-9939717)" (cfr. demanda, pto. III, fs. 48).

b) El actor, antes del siniestro, desconocía la exclusión de cobertura por sufrir un accidente circulando en moto.

Lo expuesto anteriormente conlleva la obvia conclusión de la falta de información de Torres acerca del alcance y restricciones del seguro contratado y el evidente desconocimiento de la existencia misma de una segunda póliza y, por lo tanto, de la mentada cláusula. La demandada no cumplió con el deber de brindar información al consumidor de forma cierta, detallada y veraz (art. 42 de la CN, art. 4 de la ley 24.240, arts. 985, 988, 989, 1100, 1102, 1119, 1120, 1121, 1122, 1073, 1075 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

c) La aseguradora invocó la exclusión en sede extrajudicial y al contestar la demanda, pero agregó tardíamente la póliza.

En la contestación de demanda la aseguradora agregó la póliza 5060-9939717-01 (fs. 72/129), que ya se encontraba en el expediente por haberla traído el actor, y no adjuntó la faltante, sino que lo hizo recién después de celebrada la audiencia de fs. 190 (cfr. fs. 191/208 y 209), habiéndose seguidamente certificado la prueba y llamados autos para sentencia (fs. 210/210vta.). Adviértase que el actor se vio obligado a litigar todo el proceso sin contar con el texto de la póliza de accidentes personales que excluía la cobertura de su siniestro. Esa conducta de la aseguradora es incompatible con el trato digno que debe dispensarse al consumidor (arts. 1, 2, 1096, 1097, 1098 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación; cfr. Valicenti, Ezequiel "La igualdad en las relaciones de consumo. La protección contra la discriminación del consumidor", AP/DOc. 1247/2016, cit.).

d) La cláusula es sorpresiva.

El supuesto de exclusión se encuentra previsto entre las Condiciones Generales, como riesgo no asegurado (fs. 193vta.), junto a supuestos como: picaduras de insectos (ítem 1), lesiones por radiación (ítem 2), accidentes causados por lipotimias, convulsiones, estados de enajenación mental, (ítem 4), accidentes ocurridos en carreras, ejercicios o juegos atléticos de acrobacia (ítem 5), accidentes derivados de deportes náuticos (ítem 6), accidentes derivados del uso de motocicletas y vehículos similares (ítem 7), manifestaciones, derivaciones y consecuencias derivadas del H.I.V (ítem 8), accidentes causados por hechos de guerra civil o internacional (ítem 9), causados por fenómenos sísmicos, inundaciones u otros fenómenos naturales (ítem 11), accidentes por tumulto, rebelión, motín o sedición (ítem 12) y suicidio (ítem 13).

En los supuestos descriptos, la exclusión de cobertura por accidente derivado del uso de motocicletas aparece sorpresiva y contraria a la buena fe contractual, atento a que su inclusión en la sección descripta del contrato no resulta razonablemente previsible para el asegurado (art. 1198 del Cód. Civ., arts. 988 inc. c., 989, 1117, 1118 del Cód. Civ. y Com.). Señala Stiglitz que la cláusula sorpresiva participa del género de las cláusulas abusivas, y señala que: "no forman parte de las reglas de autonomía propias del contrato en cuestión. No se cuenta con ellas. Aparecen subrepticiamente. Se trata de cláusulas que ingresan clandestinamente. Su inclusión en el contrato, justamente, presupone que el predisponente cuenta con que el adherente no las espera, por lo que su expectativa consiste en tomarlo desprevenido..." (Stiglitz, Rubén S. "Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Cód. Civil y Comercial de la Nación", Contratos. Parte General, Tomo I, Rubén S. Stiglitz (Dir.), LA LEY 2015, p. 13).

e) El riesgo excluido es irrazonable y desproporcionado.

La póliza, al equiparar el riesgo excluido derivado de la circulación, en motocicletas a los supuestos mencionados anteriormente (picadura de insectos, sismos, inundaciones, etc.) resulta irrazonable y abusiva, (además de sorpresiva y engañosa para el asegurado), no guarda relación de proporcionalidad, ni es compatible con la naturaleza de la cobertura involucrada. No se entiende cuál es el fundamento lógico que explicaría que si el accidente es protagonizado a bordo de un automóvil, micro, combi, ferrocarril u otro medio de transporte está cubierto, y —en cambio— no procede si el agente penitenciario se desplaza en moto. Hoy en día se trata de un medio de transporte muy difundido, de más fácil acceso en el mercado que un automotor por su menor costo, por lo que si la causa de la exclusión radica en la mayor vulnerabilidad que podría resultar para el conductor de una motocicleta, la demandada tendría que haberlo invocado clara e indubitablemente al defenderse del ataque de abusividad de la cláusula formulado en la demanda.

f) La demandada no cumplió con la carga argumentativa de fundar la razonabilidad de una cláusula sospechosa de abusividad.

La aseguradora en su contestación de demanda sostuvo que la exclusión por el uso de motocicleta en la delimitación del riesgo es proporcional a la prima y al capital para cada asegurado. Dijo que allí radica el equilibrio financiero en el negocio del seguro, sin lo cual es imposible atender sus obligaciones y su elevado fin social. De lo contrario, las pólizas serían excesivamente onerosas para quienes quisieran contratarlas (fs. 131 vta.). Cabe señalar que esas alegaciones genéricas no cumplen con la carga argumentativa de explicar la no abusividad de una estipulación que, al apartarse injustificadamente del standart o modelo de razonabilidad, produce una alteración grave y significativa en los derechos del consumidor en beneficio del proveedor del servicio (cfr. Valicenti, Ezequiel "La desnaturalización de las obligaciones y las transformaciones del derecho supletorio contractual" cit). Si bien es cierto y ello también es un hecho notorio, que los riesgos cubiertos por el seguro inciden en el costo, cuya determinación depende de estudios técnicos, cálculos actuariales y del análisis de la ecuación económica financiera del contrato, lo que requiere de la ponderación de numerosas variables y contingencias, no lo es menos que en tal caso la aseguradora no puede sorprender engañosamente al asegurado, y —cuanto menos— debería informarlo clara y asertivamente para permitirle decidir libremente su adhesión o no.

En definitiva: resulta relevante que el derecho que confiere la cláusula en análisis configura un "estándar sospechoso de irrazonabilidad", cuya legitimidad no resultó argumentativamente explicada y justificada por la demandada. En las Conclusiones y Recomendaciones del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, se reafirmó que "la noción de cláusula abusiva se construye a partir de la idea de desequilibrio en el diseño

normativo de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, independientemente de su negociación o no, provocando su ineficacia absoluta" (cfr. "Conclusiones y Recomendaciones del XVII Congreso Argentino del Derecho del Consumidor, I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor, realizado en Mar del Plata, los días 3 y 4 de noviembre de 2017). En el mismo sentido expresó Stiglitz que "el desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso de poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor ..." (Stiglitz, Rubén S. "Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación", Contratos en el nuevo código Civil y Comercial. Contratos. Parte General, Tomo I, Rubén S. Stiglitz (Dir.), LA LEY 2015, ps. 30 y 31). Explica Krieger que "la abusividad requiere, de una ruptura del equilibrio contractual; la obtención de una de las partes de beneficios desproporcionados en función de los compromisos asumidos a cambio" (cf. Krieger, Walter Fernando, "Régimen de las cláusulas abusivas", en Krieger, Walter Fernando - Barocelli, Sergio Sebastián, "Derecho del consumidor", Segunda edición, ED, p. 124).

2. En conclusión final, Luis Ángel Torres, agente del Servicio Penitenciario Bonaerense, utiliza la motocicleta como vehículo habitual de locomoción para trasladarse a su trabajo; la aseguradora cuenta con 11.476 asegurados a través de este sistema de seguro colectivo a los que les cobra puntualmente la prima a través del recibo de sueldo, y por la forma de contratación —mediante su empleador—, la utilización de la moto es un medio accesible y usual para la zona por lo que, en este caso, corresponde declarar abusivo el ejercicio del derecho de la demandada de no cubrir los daños personales del actor porque iba a trabajar en moto. Pondero en especial que, en este proceso, la demandada no argumentó, ni acreditó (cuando se defendió de la alegación de abusividad y adujo la legitimidad de la cláusula) qué razones fundadas en consideraciones técnicas y económicas justificaban la exclusión que —así— luce desajustada. Por lo tanto la aseguradora deberá responder por el monto de condena, en la medida del seguro (arts. 42 CN, art. 38 Const. de la Prov. de Bs. As., arts. 1, 11, 118, 153, 154, 155, 156 de la ley 17.418; arts. 1, 2, 3, 4, 37, 38, 65 de la Ley del Consumidor; arts. 1, 2, 3, 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., arts. 1100, 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

V. La aseguradora cuestionó además el porcentaje de incapacidad, la admisión del daño moral, el daño punitivo y la fecha de mora (fs. 243/247).

1. El porcentaje de incapacidad.

La sentencia apelada consideró fundado el porcentaje de incapacidad (16,95%) que surge de la pericia médica de fs. 175/176vta., que fue impugnado por la demandada y sostenido por el médico (Dr. A.) en la audiencia videograbada, de la que surge que "utilizando el baremo laboral concluye que una incapacidad por movilidad del 13% y a la misma le agrega factores de ponderación por cuanto la persona no es sólo movilidad, sino es vida de relación, etc. para aclarar finalmente respecto puntualmente de la impugnación obrante a fs. 187 por la demandada, que de haber utilizado el baremo Rinaldi-Altube de manera civil se hubiera arribado al mismo resultado" (fs. 222vta.). El planteo realizado en el pto. c de la expresión de agravios (fs. 295vta.) reproduce la impugnación de fs. 187/188, que fue sustanciada y contestada por el perito médico en la audiencia, formando la convicción de la sentenciante anterior (arts. 384 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

De la audiencia surge que el perito médico A. se refirió a los factores de ponderación, que tienen por finalidad "ser más justos" con el lesionado, quien no sólo padece la inmovilidad (13%) derivada del accidente, ya que según el experto "el paciente es más que movilidad". El letrado de la compañía sostuvo la impugnación pero sin brindar argumentos puntuales (sólo genéricos) de las razones por las cuales la magistrada anterior debiera apartarse del 16,95% fijado en la pericia —impugnación que sostuvo en la alzada sin aportar argumentos adicionales—. Finalmente, aclaró el perito que de haber utilizado el baremo general Altube-Rinaldi para el fuero civil, el porcentaje de incapacidad hubiera sido el mismo (arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Cabe recordar que constituye inveterada jurisprudencia de este Tribunal que "la incapacidad sobreviniente comprende: 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas (una suerte de "lucro cesante" a

acreditar en cada caso); 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir que no es estrictamente laboral (una suerte de "daño emergente presunto"); 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social, estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto —en cierta manera también un "daño emergente presunto"— (esta Sala causas N° 58.109, sent. del 20/02/2014 "Montesano...", N° 60.135, sent. del 29/12/2015 "Genta...", entre otras).

En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar el agravio y confirmar el porcentaje de incapacidad (16,95%), tomado para cuantificar las indemnizaciones (arts. 384, 474, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Los montos fijados en la sentencia apelada no fueron recurridos por las partes, por lo que arribaron firmes a esta alzada (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

2. La admisión del daño moral y su cuantificación.

La magistrada de la anterior instancia consideró acreditado el daño moral, porque los padecimientos del actor exceden lo normal, de lo que se puede esperar o tener en expectativa de la cobertura de un seguro de vida colectivo, fijando el monto en la suma de $20.000 (cfr. Considerando VIII. B, fs. 223vta/224). La apelante señaló que en la admisión de este rubro la a quo incurrió en arbitrariedad porque no explica qué pruebas consideró para concluir que lo vivido por el actor "excede lo normal", y no advierte cuál sería la relación causal entre lo actuado por la aseguradora y la frustración por falta de cobro por parte del asegurado, con fundamento en el legítimo rechazo de la cobertura. En subsidio solicitó que se reduzca el monto a valores razonables (fs. 296).

En principio, cabe decir que el daño moral deriva del accidente de tránsito sufrido por el actor y se concreta en las aflicciones padecidas por el grado de incapacidad parcial permanente, sus secuelas y los tratamientos médicos a los que debió someterse, resarcimientos que procuran una mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón y penurias (cfr. Iribarne, Héctor P. "De los daños a la persona", ps. 147, 577, 599; Cám. Nac. Civ., Sala F, 12/03/2004 "García...", voto de la Dra. Highton de Nolasco El Dial AA1F9C; Cám. Nac. Civ., Sala F 03/08/2004, "T., V.O..." R.R.C y S. 2004-1238, esta Sala causas N° 54.544, del 10/03/2011 "A.M.A c. F. N. R"; N° 54.530, del 23/08/2011 "Torres..."; N°

58.109, del 20/02/2014 "Montesano..."; N° 58.537, del 14/08/2014 "Kressi...", N° 59.068, sent. del 18/02/2015 "Roldán...", entre otras).

De la pericia psicológica surge que el actor tenía 42 años al momento de la pericia, permaneció un mes enyesado en su brazo izquierdo y debió realizar rehabilitación por tres meses más, sin que el brazo le haya quedado como estaba antes del accidente (fs. 170vta.). También surge que le tomó miedo a la motocicleta y debe seguir trasladándose a diario desde Olavarría a la Unidad 38 del Penal de Sierra Chica, distante a unos kilómetros (cfr. fs. 170/172).

Con lo expuesto, tengo por acreditado el daño moral a raíz de los padecimientos producto de la lesión que le causaran a Torres el accidente de tránsito protagonizado al regreso de su trabajo (art. 384, 474, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En lo que respecta a la cuantificación, cuestionada en subsidio por la apelante, cabe señalar que este Tribunal ha resuelto las causas nros. 56.851, del 14/05/2013 "Argüello...", 58.011, del 30/10/2014 "Ward..." y 58.626, del 29/12/2014 "Arrouy...", entre otras, en los que se tuvo en cuenta el grado de incapacidad parcial y permanente que surge de las pericias (en el caso de autos es del 16,95%), los tratamientos médicos a los que fue sometido el afectado y los trastornos que tendrá que afrontar en el futuro por el grado de inmovilidad del codo producto de la lesión (conf. pericia médica de fs. 175/176vta.; pericia psicológica de fs. 170/172, arts. 384; 474; esta Sala causa nro. 56.851, del 14/05/2013 "Argüello..." y 58.011, del 30/10/2014 "Ward...", N° 59.068, sent. del 18/02/2015 "Roldán...", entre otras).

De un análisis de los antecedentes del Tribunal surge que el monto fijado para el daño moral ($20.000) no sólo no aparece como irrazonable, sino que se encuentra muy por debajo de los precedentes de la Sala. Solo por poner algunos ejemplos, en el caso "Siebenhaar..." (causa nro. 62.088), sentencia dictada con fecha 21/09/2017, se fijó una indemnización por daño moral de $280.000 para un caso de incapacidad del 30%; en el caso "Duhalde...", (causa nro. 61.149), sent. del 05/09/2017, quien sufrió quebradura de brazos en accidente de tránsito, se fijó en

concepto de daño moral la suma de $380.000, para una incapacidad del 43,21%, en el caso “Olivetto” (causa nro. 60.877), sent. del 30/11/2016, niña de 9 años que se quebró el codo izquierdo en un pelotero sufriendo una incapacidad del 15%, se fijó en concepto de daño moral la suma de $120.000. Dichos precedentes ponen en evidencia que el monto de $20.000 establecido en la sentencia apelada se encuentra muy por debajo de los establecidos por la jurisprudencia de esta Sala, y no se elevan por no haber sido apelado por el actor, en virtud del principio de la prohibición de reforma en perjuicio del apelante (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la procedencia y el monto del daño moral, dado el límite del agravio, en la suma de $20.000 (arts. 1078 Cód. Civ. y 1741 del Cód. Civ. y Com.).

VI. El daño punitivo.

1. La sentencia apelada fijó la suma de $5.000 en concepto de daño punitivo, por considerar que la aseguradora indujo a error al actor y le hizo creer que contrataba una cobertura que no era tal (lo que la póliza no cubre es la incapacidad parcial sino sólo la amputación o la pérdida funcional total del brazo (póliza 5060-9939717-01) y porque la póliza de accidentes personales excluye la cobertura si el asegurado se traslada en motocicleta o vehículo similar (póliza 9640678-01) (art. 52 bis de la LDC, fs. 225).

La demandada adujo que la sentencia de grado omitió tratar su planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley del consumidor, introducido oportunamente en la contestación de la demanda (fs. 132/134).

Con relación al tema cabe señalar que pese a las críticas doctrinarias transcriptas en la contestación de la demanda, la regulación del instituto que efectúa el art. 52 bis L.D.C., es objeto de constantes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales correctoras. Cabe traer a colación lo expresado en la causa “Rossi, Laura Viviana c. Whirlpool Arg. SA s/ ds. y ps. Incumplimiento contractual...” el daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la L.D.C. (o la denominada multa civil del art. 1587 del Proyecto de Cód. Civil y Comercial de 1998 o la sanción pecuniaria disuasiva de los arts. 1714 y 1715 del Proyecto 2012 del Cód. Civil y Comercial) consiste en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros” (“Daños punitivos. Diálogos de la Doctrina” Llamas Pombo, Eugenio - Mayo, Jorge A. - Galdós, Jorge: LA LEY, LA LEY 2011-E, 1155; “Los daños punitivos. Su recepción en el Cód. Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, RCyS, 1999-23 y “Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa”, Revista de Derecho de Daños n 6-Daño Moral, p. 133). Señala Pizarro que los daños punitivos “son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro Ramón, “Derecho de Daños-Segunda Parte-Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas”, p. 291). La naturaleza sancionatoria y disuasoria de la sanción pecuniaria disuasiva se emplaza en la triple función de la responsabilidad civil (prevenir, reparar y sancionar), prevista expresamente en el Proyecto 2012 del Cód. Civil y Comercial (arts. 1708 a 1716) (esta Sala, causa 57.494, sent. del 11/06/2013 “Rossi...” cit.).

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci sostuvo que “los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo” (cfr. “Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino? en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVII, segunda época, nro. 3, citado en mi trabajo “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor” Tratado del derecho del consumidor, Tomo III Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández (Dir.), LA LEY 2015, p. 260).

De esta manera, la sanción pecuniaria disuasiva no sólo está destinada a punir graves inconductas del demandado sino también a prevenir hechos similares en el futuro (carácter destacado por López Herrera y Pizarro, ver citas en “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor” cit. p. 261), sancionar y desalentar inconductas sin desatender otras funciones adicionales y complementarias, como desmantelar los efectos resultantes del denominado “ilícito lucrativo” (cfr. “La responsabilidad civil —parte general— en el Anteproyecto”, LA LEY 2012-C, p. 1254, “Los daños punitivos. Su recepción en el Cód. Civil de 1998. Primeras

aproximaciones", RCyS, 1999,23; "Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa", RDD, 6-133, "La sanción pecuniaria disuasiva ambiental", RDA, 31-86, Llamas Pombo, Eugenio - Mayo, Jorge A. y Galdós, Jorge M. "Daños punitivos. Diálogos de doctrina", LA LEY 2011-E, 1155 y sgtes.).

Del marco legal y conceptual descripto surge la debida tipificación del ilícito civil, sin que el planteo genérico de inconstitucionalidad —fundado en opiniones doctrinarias generales— alcance el umbral mínimo requerido para la declaración de incompatibilidad constitucional de una norma, que requiere al menos precisar de qué modo habría quebrantado garantías constitucionales cuya tutela se procura.

Este Tribunal ha señalado en diversos precedentes que "...en principio, las leyes se presumen constitucionales, la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere plena prueba, clara y precisa de su oposición con la Constitución y el pronunciamiento de inconstitucionalidad exige prudencia y cautela en su emisión: es la última ratio del ordenamiento jurídico y exhibe un caso de extrema gravedad institucional, y si hubiese duda, se debe decidir por la constitucionalidad de la norma y no por su invalidez..." (esta Sala, causa nro. 44.519, del 21/08/2002 "Aller...", causa nro. 45.051, del 03/12/2002 "Banco Velox SA...", causa 50.319, del 20/02/2007 "Sindicato de Choferes de Camiones...", entre otras, causa nro. 42.282, del 28/08/2001, "Leveroni...", causa nro. 44.020, del 25/02/2002 "Castelli...", entre otras).

Por ello, debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis. de la Ley 24.240 —texto según ley 26.361—, realizado por la aseguradora (art. 18 de la CN).

2. En lo atinente a la configuración de los daños punitivos esta Sala ha delimitado el concepto señalando que: "...su configuración requiere de dos requisitos: "uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio" por los derechos ajenos (conf. "Daños Punitivos. Diálogo de Doctrina" cit. LA LEY 2011-E, 1155). "La condena por daños punitivos es procedente sólo ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable" (López Herrera Edgardo "Los daños punitivos en el Derecho Argentino art. 52 bis. Ley de Defensa del Consumidor" Lexis N° 003/013877). La jurisprudencia al interpretar el art. 52 bis de la ley 24.240 siguió ese criterio de considerar insuficiente la culpa como factor de atribución subjetivo exigiéndose: "grosera indiferencia" (Cám. Civ. y Com. Salta Sala I, 13/04/2011 "P., D.H. c. Telecom Personal SA" con nota aprobatoria de Ondarcuhu, José "Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional" LA LEY 2011-C-123); haber "actuado con desdén" (Cám. Civ. Com. y Minería Gral. Roca, 26/03/2010 "Ríos Juan C. c. Lemano SRL", RCyS 2010-225); mediar "abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva" (C.C. Com. Mar del Plata Sala II, 27/05/2009, "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina" cit. LA LEY 2009-C-647); "graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (C.C.Com. Rosario Sala II, 29/07/2010 "Rueda Daniela c. Claro Amx Argentina SA", LA LEY 2010-F, 397); "una conducta particularmente grave" (Cám. Nac. Com., 26/04/2011 "Fasan Alejandro c. Volkswagen SA, elDial.com-AG21ED); un "daño causado con malicia, mala fe, grosera negligencia" (Cám. Civ. de 1ª Nominación de Córdoba, 27/10/2011 "Navarro c. Gilpin", cita online: AR/JUR/69904/2011). Se advierte claramente que la interpretación correctora del texto legal se inclina mayoritariamente por no aplicar la multa civil ante el mero incumplimiento (Rua María Isabel "El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA, 09/11/2011 fasc. 6, p. 10; citar Abeledo Perrot N° : 0003/015640). Con relación al segundo requisito, el elemento objetivo, consiste —en lo conceptual— en una conducta que produzca un daño que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad (conf. "Daños Punitivos. Diálogos de la Doctrina" cit. LA LEY 2011-E, 1155). La Suprema Corte de Buenos Aires la admitió cuando confirmó el "leading case" de la Cámara de Mar del Plata en la que se juzgó un supuesto de grave conculcación del trato digno del consumidor (Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala H, 27/05/2009 cit. LA LEY 2009-C-640)" (esta Sala, causa 57.494, cit.).

Conforme lo expuesto, y en relación a la póliza nro. 5060-9939717-01 (que sólo cubre la amputación o la pérdida funcional total del brazo excluyendo la incapacidad parcial), considero que no se verifican los

presupuestos de procedencia del daño punitivo. No advierto que la aseguradora haya actuado con un "notorio desinterés", "despreocupación evidente" o una "grave indiferencia o menosprecio" para los derechos del asegurado, atento a que se trata de un supuesto de exclusión destinado a delimitar el alcance y contorno de la cobertura (doct. art. 52 de la LDC, art. 1714 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera (Dir.), Graciela Medina (Coord.), Abeledo-Perrot, 2012, p. 879 y sgtes., "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor" con la colaboración de Gustavo H. Blanco y María Eugenia Venier, en "Tratado de Derecho del Consumidor", cit., Tomo III, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández (Dir.), Ed. LA LEY 2015, p. 292).

Distinto es el caso de la póliza 5060-9640678-01 (fs. 191/208vta.), que excluye expresamente del seguro de "los accidentes derivados del uso de motocicletas y vehículos similares" (Anexo 1, pto. 7, fs. 193vta.), y que fuera declarada abusiva en esta sentencia, porque aquí sí se verifican los presupuestos de admisibilidad del instituto, tanto en su faz subjetiva como objetiva. En lo que atañe al aspecto subjetivo considero deliberada la exclusión del uso de motocicletas y vehículos similares de la póliza de accidentes personales, atento que los destinatarios del seguro son agentes del Servicio Penitenciario Bonaerense y utilizan dichos medios de locomoción para trasladarse al lugar de trabajo. Por otra parte, la ubicación del supuesto de exclusión entre otros tan obvios como enfermedades, acciones criminales, enajenación mental, accidentes de navegación y aeronavegación no realizados en líneas de transporte regular, virus H.I.V, guerra civil, rebelión, terrorismo, sismos, inundaciones, catástrofes, tumultos, maniobras militares, suicidio, etc. (ver Anexo 1), permite inferir que el accidente derivado del uso de motocicletas pasa allí desapercibido, y de haber sido conocido por Luis Ángel Torres tal vez pudo decidir no contratar la póliza, ya que la motocicleta era su medio de locomoción para concurrir al trabajo. Dicho incumplimiento en su deber de información no se supera, como pretende el apelante, intentando trasladando el deber de informar el contenido de la póliza al Servicio Penitenciario Bonaerense (ver agravio de fs. 246vta.), porque el deber de informar en forma cierta, clara y detallada de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de comercialización constituye una obligación del proveedor (arts. 4 de la ley 24.240 —texto según ley 26.361, art. 1100 del Cód. Civ. y Comercial—), dado que el contrato de seguro fue confeccionado por la Caja de Ahorro y Seguros SA, y se trata de un contrato de cláusulas predispuestas en cuya confección el asegurado no tuvo injerencia.

Por todo ello, propicio al acuerdo confirmar el daño punitivo fijado en la sentencia apelada en pesos cinco mil $5.000 atento a que el monto no ha sido recurrido por la parte actora y en virtud del principio de prohibición de reforma en perjuicio del apelante, aclarando que dicha indemnización no se encuentra alcanzada por la medida del seguro y deberá ser afrontada en su totalidad (art. 52 bis de la Ley 24.240 —texto según ley 26.361—, art. 118 de la ley 17.418, arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. El mandato preventivo en las cláusulas contractuales masivas abusivas.

1.- Reproduciré brevemente algunas consideraciones vertidas en anteriores decisorios sobre el mandato preventivo judicial (esta Sala II, Azul, 11/11/2015, "Biordo, Miguel Á. vs. Rutas al Sur Concesionario Vial s. Daños y perjuicios", Causa n° 59966, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7657/15; causa N° 60.647 del 17/11/2016, "Espil, María I. y otro c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj." con nota "Alcances de la acción preventiva de daños" de Pahor, Daniela - Leguiza Casqueiro, Guillermo, LA LEY BA-2017 (agosto), 3). Allí sostuve que el mandato preventivo o de prevención constituye —junto con las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada— una de las herramientas procesales fundamentales para la prevención del daño. Se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador (esta Sala, causas citadas).

La doctrina de esos precedentes puede sintetizarse del modo siguiente:

- La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso en el Cód. Civil y Comercial y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso (arts. 1708, 1710 a 1713).

- Las normas citadas, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido sólo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

- Las disposiciones del nuevo Cód. Civil y Comercial importan la modificación implícita de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrase normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal.

- El Poder Judicial debe controlar pero no ejecutar las medidas, pues no se trata de convertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos. Sobre esa base, se encuentra en condiciones de ordenar que se elimine el riesgo mediante la adopción de medidas idóneas, aunque no siempre se está en condiciones cognoscitivas de detallar en concreto las que resultan procedentes (cfr. Zavala de González, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo I arts. 1708 a 1723, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, Alveroni Ediciones, ps. 268 y ss.).

- El régimen jurídico de la prevención en el Cód. Civ. y Com. tiene una primera manifestación en la regulación del abuso del derecho (arts. 10 y 14 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), debiendo el juez ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (cfr. Caferatta, Néstor A. “Responsabilidad Civil por daños ambientales”, en Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad civil objetiva-II, p. 47 y sgtes, arts. 1032, 1710 del Cód. Civ. y Com.; “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LA LEY del 12/10/2017).

- Resulta importante que el juez, cuando la dificultad de la situación fáctica lo amerita, determine un mecanismo o programa de ejecución, con plazos y etapas, y —en su caso— apercibimientos y sanciones, quedando sujeto al control judicial lo atinente a la verificación de su cumplimiento. En este proceso, en el que la cuestión relativa a la revisión y reformulación de la cláusula del negocio jurídico complejo reviste dificultades técnicas, requiere de cálculos actuariales, análisis de costos, del estudio detenido de la ecuación económica financiera, de la intervención del órgano de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación) y la participación y audiencia de las partes involucradas (la Caja de Seguros SA y el Servicio Penitenciario Bonaerense), corresponde que el juez determine el objetivo específico a cumplimentarse y los plazos de ejecución, delegando su implementación en los organismos estatales competentes. Esto supone seguir la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en la causa "Mendoza" (cf. CS, 20/06/2006, "Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", LA LEY 2006-D, 281 Fallos: 329:2316, y reiterada muy recientemente en la causa “La Pampa Provincia de c. Mendoza Provincia de s/ Uso de aguas” del 01/12/2017) consistente en transferir la responsabilidad del estudio, análisis, evolución, etc., y la posterior elevación de conclusiones al órgano judicial, en plazos razonables, para la aprobación o no del mencionado informe y, concluida esa etapa, el poder administrador (que cuenta con los recursos técnicos y materiales) proceda a la implementación y ejecución de la medida; aunque todo ello sujeto al control judicial del cumplimiento de los objetivos establecidos. Insisto: la conclusión final, que pondere los criterios de menor restricción y de medio más idóneo previstos en el art. 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación deberá ser aprobada por el juez de la causa pero sobre la base de los informes y trabajos técnicos que efectúe el poder administrador que es el constitucional y legalmente competente e idóneo para su determinación.

2.- Procede ahora abocarme al mandato de prevención que corresponde dictar en autos. Aquí quedó acreditada la abusividad del ejercicio del derecho otorgado a la aseguradora por una cláusula de exclusión de cobertura (exclusión del riesgo asegurado en supuesto de seguros colectivos por incapacidad total o parcial por accidente o muerte accidental en siniestros derivados del uso de motocicletas) (fs. 198 vta., Anexo 1, punto 7), que involucra a 11.476 asegurados (cfr. póliza nro. 5060-9640678-01, fs. 191), quienes ostentan derechos individuales

homogéneos patrimoniales, derivados —repito— de un contrato de seguro voluntario, que es de consumo, predispuesto, común y uniforme para todos ellos. Esto así, entre otros muchos fundamentos, porque no se acreditó fundada, razonable y técnicamente que la ecuación económica financiera del contrato impedía, dificultaba o tornaba inviable fáctica, económica o jurídicamente la cobertura excluida.

3.- En este contexto, recientemente y en un importante evento jurídico se concluyó de modo unánime que "frente a prácticas comerciales ilícitas los consumidores podrán invocar la ineficacia del acto, si procediere, además de disponer de remedios de naturaleza preventiva, resarcitoria y sancionatoria". Y se puso de relieve "la importancia de instar acciones colectivas a los fines de combatir eficazmente las prácticas y cláusulas abusivas". Señalo también, por la vinculación que tiene la cuestión con el mandato de prevención que corresponde dictar en autos, que en "la articulación entre los sistemas de control administrativo y judicial en materia de cláusulas abusivas, resulta indispensable reconocer a los fines de la eficacia de la tutela que la aprobación administrativa de las condiciones generales de la contratación no excluye el control judicial de las cláusulas abusivas" ("XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor", Mar del Plata, 03/11/2017).

Estas conclusiones resultan concordantes con lo allí propiciado por Frustagli quién sostuvo que "en el marco de diálogo entre Derecho Privado y principios constitucionales, interesa ahora analizar cómo los instrumentos preventivos dirigidos a evitar la causación de daños (conforme surge de los principios y reglas que emergen de los arts. 1710, 1711, 1712 y 1713 del Cód. Civil y Comercial) pueden actuar también en relación con la protección de los legítimos intereses económicos del consumidor. En concreto, interesa poner de relieve su posible actuación como freno a la práctica de imponer cláusulas abusivas en los contratos con consumidores" (Frustagli, Sandra "El mandato preventivo como herramienta de erradicación de cláusulas abusivas (su disertación en el "XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor", Mar del Plata, 03/11/2017, inédito).

4.- La Corte Suprema abordó la cuestión de los derechos de incidencia colectiva, sus características, clasificación y funcionamiento, a partir del fallo "Halabi" (CS, Fallos: 332:111, LA LEY 2009-B, 259 y sgtes.) y dicho estándar tuvo luego recepción en materia contractual al reconocerse legitimación a las asociaciones de usuarios y consumidores para promover procesos judiciales colectivos en defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos patrimoniales (CS, sent. del 21/08/2013, P., 361 XLIII, "Padec c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales", CS, 519/2012 "Consumidores Financieros. Asociación Civil p/su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", CS, 1074/2010 "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario" del 21/08/2013 y 24/06/2014 y CS, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. SA s/ ordinario", sent. del 27/11/2014, AR/JUR/59062/2014). Esto no importa soslayar que en este último antecedente se resolvió que no mediaban intereses individuales homogéneos en la discusión de la validez de una cláusula contractual relativa a una póliza de seguros (que excluía la cobertura en caso de parentesco con el asegurador) porque no se demostró la dificultad del acceso a la justicia de la entidad actora que invocó la representación colectiva. Este no es el supuesto de autos, en los que —como dije— se encuentran asegurados en las condiciones antes señaladas más de 10.1 agentes del servicio penitenciario bonaerense por lo que entiendo resultan cumplidos los requisitos que habilitarían formalmente la acción colectiva, lo que aquí se traduce en la admisión del mandato preventivo destinado a que la autoridad de aplicación proceda a estudiar, analizar y reformular la cláusula declarada ineficaz valorando y apreciando las razones técnicas conducentes. Ello se compadece con otros pronunciamientos de la Corte Nacional, por ejemplo, cuando reconoció legitimación a una asociación que demandó a una compañía de seguros con el objeto de que cese en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba (CS, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", AR/JUR/27336/2014). Igualmente se admitió la legitimación de una asociación civil que inició demanda contra un Banco privado con el objeto de que se lo condenara a devolver a los usuarios de cuenta corriente de la entidad lo percibido de más durante los últimos diez

años por el cobro del concepto denominado “riesgo contingente” (CS, “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/27334/2014). En sentido concordante expresa Compiani que “en materia de seguros, las prácticas y las cláusulas abusivas en seguros pueden ser observadas a la luz de las normas protectorias de los arts. 42 y 43 de la CN y de la ley del Consumidor cuando se trate de un seguro de consumo, además de las leyes especiales que rigen el contrato de seguro (ley 17.418), la actividad aseguradora (ley 20.091) y la actividad de intermediación de seguros (ley 22.400), mediante la vía de las acciones colectivas referidas a intereses pluriindividuales homogéneos, no sólo por los afectados, sino también por las asociaciones de defensa de los consumidores, cuando se verifiquen en el caso los requisitos trazados pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (cfr. Compiani, María Fabiana “Las acciones colectivas como recurso contra cláusulas y prácticas abusivas”, AR/DOC/2569/2017, RCCyCN, 17/11/2017, p. 8).

5.- Por todo lo expuesto, configurándose un supuesto fáctico y jurídico que habilitaría una acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos en cláusulas abusivas en el contrato de consumo de seguros colectivos, entiendo pertinente disponer que se notifique la presente sentencia a la autoridad de contralor (Superintendencia de Seguros de la Nación), a la aseguradora y al Servicio Penitenciario Provincial, para que procedan a informar a los asegurados el alcance voluntario del seguro y el de la cláusula abusiva; y se analice y disponga su reformulación, considerando todas las implicancias técnicas y económicas pertinentes y —si correspondiere— su eliminación o replanteo conforme su incidencia en el precio final del seguro.

VIII. En consecuencia se ordena:

1) A la Superintendencia de Seguros de la Nación sita en Av. Julio Argentino Roca 721 (CP C 1067 ABC), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de autoridad de aplicación (arts. 23, 28 y 29 de la Ley 20.091); al Servicio Penitenciario Bonaerense, con domicilio en Calle 6, 122 (CP 1900) de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y a la demandada la “Caja de Seguros Sociedad Anónima”, en el plazo de veinte (30) días corridos a partir de la notificación de la presente, en la medida y por los medios que convengan o acuerden, procedan a informar en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar (Anexo 1, pto. 7 de la Póliza 5060-9640678-01; arts. 34 inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 37, 38, 39 de la LDC, arts. 23, 28, 29 de la Ley 20.091; arts. 1, 2, 3, 7, 988, 989, 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com.); 2) Fijar el plazo de 120 días corridos para que la autoridad de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación) con intervención de las partes interesadas (Servicio Penitenciario Bonaerense y La Caja de Ahorro y Seguros SA), y en su caso de otros organismos técnicos competentes, proceda a elaborar y presentar, para su aprobación, a la Sra. Jueza de la causa un informe detallado y circunstanciado que reformule la cláusula considerada abusiva procurando la incorporación como riesgo asegurable los accidentes personales sufridos por los asegurados que circulan en moto o vehículo similar. Para ello el estudio e informe mencionados deberá considerar todos los aspectos técnicos involucrados, analizando la incidencia de ese riesgo excluido en el monto final de la prima, conforme la ecuación económica del contrato, los cálculos actuariales y las restantes variables que correspondan (póliza 5060-9640678-01, Anexo 1, punto 7, fs. 193 vta.). En el caso en el que la inclusión del riesgo mencionado precedentemente no resulte fáctica, jurídica o económicamente viable las partes emplazadas deberán argumentar, explicar y justificar las razones que impedirían su concreción, ofreciendo —si procediera— medios alternativos (por ejemplo precios diferenciados en uno u otro supuesto).

3) Autorizar a la Sra. Juez de la causa para que a través del ejercicio de sus facultades ordenatorias, dicte las complementarias que considere convenientes para que se cumpla el mandato de prevención (art. 34 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación) procediendo al control del cumplimiento de las metas y plazos fijados, los que se disponen bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

4) El informe precedente y las restantes medidas deberán ser presentados en este expediente y estarán sujetos a la fiscalización y aprobación de la Sra. Jueza de la causa.

IX. La fecha de mora.

El agravio referido a la fecha de mora debe declararse abstracto (fs. 247), atento a que el apelante no tuvo en cuenta que dicho aspecto del pronunciamiento fue modificado en la sentencia aclaratoria de fs. 228, en la cual fue establecida la mora a partir del día 01/04/2016 y quedó firme.

Por ello, corresponde declarar abstracto el recurso en la parcela relativa a la fecha de mora, por haber arribado la cuestión firme a la alzada (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

X. Por lo expuesto, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró nula por abusiva la cláusula N° 826 de la póliza 5060-9939717-01, que excluye la cobertura de incapacidades parciales que no redunden en una pérdida anatómica o de la funcionalidad total del miembro afectado un accidente, la que mantiene su vigencia y por la cual no debe responder la aseguradora (fs. 111, arts. 1°, 11, 120, 153, 156 de la ley 17.418, arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24.240, arts. 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes.); confirmar la sentencia apelada en la parcela que declaró nula, por abusiva y contraria a la buena fe contractual, la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas o vehículos similares (Anexo 1, pto. 7 de la póliza 5060-9640678-01). En virtud de ello, la aseguradora deberá responder por el monto de condena, en la medida del seguro (art. 118 de la Ley 17.418); confirmar la procedencia y el monto del daño moral, dado el límite del agravio, en la suma de $20.000 fijado en la sentencia apelada (arts. 1078 Cód. Civ. y 1741 del Cód. Civ. y Com.), rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 —texto según ley 26.361— (art. 18 de la CN) y confirmar el daño punitivo fijado en la sentencia apelada en pesos cinco mil $5.000 atento a que el monto no ha sido recurrido por la parte actora y en virtud del principio de prohibición de reforma en perjuicio del apelante, aclarando que dicha indemnización no se encuentra alcanzada por la medida del seguro, por lo que deberá ser afrontada en su totalidad (art. 52 bis de la Ley 24.240 —texto según ley 26.361—, art. 118 de la ley 17.418, arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), ordenar un mandato preventivo dirigido a:

1) A la Superintendencia de Seguros de la Nación sita en Av. Julio Argentino Roca 721 (CP C 1067 ABC), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de autoridad de aplicación (arts. 23, 28 y 29 de la Ley 20.091); al Servicio Penitenciario Bonaerense, con domicilio en Calle 6, 122 (CP 1900) de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y a la demandada la "Caja de Seguros Sociedad Anónima", en el plazo de veinte (30) días corridos a partir de la notificación de la presente, en la medida y por los medios que convengan o acuerden, procedan a informar en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar (Anexo 1, pto. 7 de la Póliza 5060-9640678-01; arts. 34 inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 37, 38, 39 de la LDC, arts. 23, 28, 29 de la Ley 20.091; arts. 1, 2, 3, 7, 988, 989, 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com.); 2) Fijar el plazo de 120 días corridos para que la autoridad de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación) con intervención de las partes interesadas (Servicio Penitenciario Bonaerense y La Caja de Ahorro y Seguros SA), y en su caso de otros organismos técnicos competentes, proceda a elaborar y presentar, para su aprobación, a la Sra. Jueza de la causa un informe detallado y circunstanciado que reformule la cláusula considerada abusiva procurando la incorporación como riesgo asegurable los accidentes personales sufridos por los asegurados que circulan en moto o vehículo similar. Para ello el estudio e informe mencionados deberá considerar todos los aspectos técnicos involucrados, analizando la incidencia de ese riesgo excluido en el monto final de la prima, conforme la ecuación económica del contrato, los cálculos actuariales y las restantes variables que correspondan (póliza 5060-9640678-01, Anexo 1, punto 7, fs. 193 vta.). En el caso en el que la inclusión del riesgo mencionado precedentemente no resulte fáctica, jurídica o económicamente viable las partes emplazadas deberán argumentar, explicar y justificar las razones que impedirían su concreción, ofreciendo —si procediera— medios alternativos (por ejemplo precios diferenciados en uno u otro supuesto), 3) Autorizar a la Sra. Juez de la causa para que a través del ejercicio de sus facultades ordenatorias, dicte las complementarias que considere convenientes para que se cumpla el mandato de prevención (art. 34 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación) procediendo al control del cumplimiento de las metas y plazos fijados, los que se disponen bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 5) declarar abstracto el recurso en la parcela relativa a la fecha de mora por haber arribado la cuestión firme a la alzada (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 6)

imponer las costas de ambas instancias en un 50% a cada parte, atento el resultado del pleito, encontrándose las del actor sujetas a beneficio de gratuidad (arts. 68, 69, 274 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 53 de la ley 24.240 y 25 de la ley 13.133) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec.-ley 8904/1977).

Así lo voto.

Los doctores Peralta Reyes y Longobardi adhieren al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor Galdós, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: 1) revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró nula por abusiva la cláusula N° 826 de la póliza 5060-9939717-01, que excluye la cobertura de incapacidades parciales que no redunden en una pérdida anatómica o de la funcionalidad total del miembro afectado un accidente, la que mantiene su vigencia y por la cual no debe responder la aseguradora (fs. 111, arts. 1°, 11, 120, 153, 156 de la ley 17.418, arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24.240, art. 1198 del Cód. Civ., arts. 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes.); 2) confirmar la sentencia apelada en la parcela que declaró nula, por abusiva y contraria a la buena fe contractual, la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas o vehículos similares (Anexo 1, pto. 7 de la póliza 5060-9640678-01). En virtud de ello, la aseguradora deberá responder por el monto de condena, en la medida del seguro (art. 118 de la Ley 17.418); confirmar la procedencia y el monto del daño moral, dado el límite del agravio, en la suma de $20.000 fijado en la sentencia apelada (arts. 1078 Cód. Civ. y 1741 del Cód. Civ. y Com.), 3) rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 —texto según ley 26.361— (art. 18 de la CN) y confirmar el daño punitivo fijado en la sentencia apelada en pesos cinco mil $5.000 atento a que el monto no ha sido recurrido por la parte actora, aclarando que dicha indemnización no se encuentra alcanzada por la medida del seguro, por lo que deberá ser afrontada en su totalidad (art. 52 bis de la Ley 24.240 —texto según ley 26.361—, art. 118 de la ley 17.418, arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 4) ordenar un mandato preventivo dirigido a: 1) A la Superintendencia de Seguros de la Nación sita en Av. Julio Argentino Roca 721 (CP C 1067 ABC), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de autoridad de aplicación (arts. 23, 28 y 29 de la Ley 20.091); al Servicio Penitenciario Bonaerense, con domicilio en Calle 6, 122 (CP 1900) de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y a la demandada la "Caja de Seguros Sociedad Anónima", en el plazo de veinte (30) días corridos a partir de la notificación de la presente, en la medida y por los medios que convengan o acuerden, procedan a informar en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar (Anexo 1, pto. 7 de la Póliza 5060-9640678-01; arts. 34 inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 37, 38, 39 de la LDC, arts. 23, 28, 29 de la Ley 20.091; arts. 1, 2, 3, 7, 988, 989, 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com.); 2) Fijar el plazo de 120 días corridos para que la autoridad de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación) con intervención de las partes interesadas (Servicio Penitenciario Bonaerense y La Caja de Ahorro y Seguros SA), y en su caso de otros organismos técnicos competentes, proceda a elaborar y presentar, para su aprobación, a la Sra. Jueza de la causa un informe detallado y circunstanciado que reformule la cláusula considerada abusiva procurando la incorporación como riesgo asegurable los accidentes personales sufridos por los asegurados que circulan en moto o vehículo similar. Para ello el estudio e informe mencionados deberá considerar todos los aspectos técnicos involucrados, analizando la incidencia de ese riesgo excluido en el monto final de la prima, conforme la ecuación económica del contrato, los cálculos actuariales y las restantes variables que correspondan (póliza 5060-9640678-01, Anexo 1, punto 7, fs. 193 vta.). En el caso en el que la inclusión del riesgo mencionado precedentemente no resulte fáctica, jurídica o económicamente viable las partes emplazadas deberán argumentar, explicar y justificar las razones que impedirían su concreción, ofreciendo —si procediera— medios alternativos (por ejemplo precios diferenciados en uno u otro supuesto), 3) Autorizar a la Sra. Juez de la causa para que a través del ejercicio de sus facultades ordenatorias, dicte las complementarias que considere convenientes para que se cumpla el mandato de prevención (art. 34 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación) procediendo al control del cumplimiento de las metas y plazos fijados, los que se disponen bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts.

37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación,

5) declarar abstracto el recurso en la parcela relativa a la fecha de mora por haber arribado la cuestión firme a la alzada (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 6) imponer las costas de ambas instancias en un 50% a cada parte, atento el resultado del pleito, encontrándose las del actor sujetas a beneficio de gratuidad (arts. 68, 69, 274 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 53 de la ley 24.240 y 25 de la ley 13.133) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Decr. Ley 8904/1977).

Así lo voto.

Los doctores Peralta Reyes y Longobardi adhieren al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, se resuelve: 1) revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró nula por abusiva la cláusula N° 826 de la póliza 5060-9939717-01, que excluye la cobertura de incapacidades parciales que no redunden en una pérdida anatómica o de la funcionalidad total del miembro afectado un accidente, la que mantiene su vigencia y por la cual no debe responder la aseguradora (fs. 111, arts. 1°, 11, 120, 153, 156 de la ley 17.418, arts. 4, 37, 38 y 39 de la ley 24.240, art. 1198 del Cód. Civ., arts. 7, 8 al 11, 985, y sgtes., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y sgtes., art. 1117, 1118, 1119, 1122 ss. y cdtes.); 2) confirmar la sentencia apelada en la parcela que declaró nula, por abusiva y contraria a la buena fe contractual, la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas o vehículos similares (Anexo 1, pto. 7 de la póliza 5060-9640678-01). En virtud de ello, la aseguradora deberá responder por el monto de condena, en la medida del seguro (art. 118 de la Ley 17.418); confirmar la procedencia y el monto del daño moral, dado el límite del agravio, en la suma de $20.000 fijado en la sentencia apelada (arts. 1078 Cód. Civ. y 1741 del Cód. Civ. y Com.), 3) rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 —texto según ley 26.361— (art. 18 de la CN) y confirmar el daño punitivo fijado en la sentencia apelada en pesos cinco mil $5.000 atento a que el monto no ha sido recurrido por la parte actora, aclarando que dicha indemnización no se encuentra alcanzada por la medida del seguro, por lo que deberá ser afrontada en su totalidad (art. 52 bis de la Ley 24.240 —texto según ley 26.361—, art. 118 de la ley 17.418, arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 4) ordenar un mandato preventivo dirigido a: 1) A la Superintendencia de Seguros de la Nación sita en Av. Julio Argentino Roca 721 (CP C 1067 ABC), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su carácter de autoridad de aplicación (arts. 23, 28 y 29 de la Ley 20.091); al Servicio Penitenciario Bonaerense, con domicilio en Calle 6, 122 (CP 1900) de la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, y a la demandada la “Caja de Seguros Sociedad Anónima”, en el plazo de veinte (30) días corridos a partir de la notificación de la presente, en la medida y por los medios que convengan o acuerden, procedan a informar en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar (Anexo 1, pto. 7 de la Póliza 5060-9640678-01; arts. 34 inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 37, 38, 39 de la LDC, arts. 23, 28, 29 de la Ley 20.091; arts. 1, 2, 3, 7, 988, 989, 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com.); 2) Fijar el plazo de 120 días corridos para que la autoridad de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación) con intervención de las partes interesadas (Servicio Penitenciario Bonaerense y La Caja de Ahorro y Seguros SA), y en su caso de otros organismos técnicos competentes, proceda a elaborar y presentar, para su aprobación, a la Sra. Jueza de la causa un informe detallado y circunstanciado que reformule la cláusula considerada abusiva procurando la incorporación como riesgo asegurable los accidentes personales sufridos por los asegurados que circulan en moto o vehículo similar. Para ello el estudio e informe mencionados deberá considerar todos los aspectos técnicos involucrados, analizando la incidencia de ese riesgo excluido en el monto final de la prima, conforme la ecuación económica del contrato, los cálculos actuariales y las restantes variables que correspondan (póliza 5060-9640678-01, Anexo 1, punto 7, fs. 193 vta.). En el caso en el que la inclusión del riesgo mencionado precedentemente no resulte fáctica, jurídica o económicamente viable las partes emplazadas deberán argumentar, explicar y justificar las razones que impedirían su concreción, ofreciendo —si procediera— medios alternativos (por ejemplo precios diferenciados en uno u otro supuesto), 3) Autorizar a la Sra. Juez de la causa para que a través del ejercicio de sus facultades ordenatorias, dicte las complementarias

que considere convenientes para que se cumpla el mandato de prevención (art. 34 inc. 2 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1713 Cód. Civ. y Com. de la Nación) procediendo al control del cumplimiento de las metas y plazos fijados, los que se disponen bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 5) declarar abstracto el recurso en la parcela relativa a la fecha de mora por haber arribado la cuestión firme a la alzada (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), 6) imponer las costas de ambas instancias en un 50% a cada parte, atento el resultado del pleito, encontrándose las del actor sujetas a beneficio de gratuidad (arts. 68, 69, 274 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 53 de la ley 24.240 y 25 de la ley 13.133) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Decr. Ley 8904/1977). Regístrese. Notifíquese, líbrese oficio a la Superintendencia de Seguros de la Nación y al Servicio Penitenciario Bonaerense por Secretaría y devuélvase. — Víctor M. Peralta Reyes. — Jorge M. Galdós. — María I. Longobardi.