

Voces: SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ SEGURO

Título: Unidos en la adversidad. Las franquicias altas en el seguro de responsabilidad civil

Autor: Zapiola Guerrico, Martín

Publicado en: Sup.Act 06/12/2005, 06/12/2005, 3

Cita Online: AR/DOC/2560/2005

Sumario: SUMARIO: I. Introducción.- II. Concepto y función de la franquicia.- III. Habitualmente se distinguen los siguientes tipos de franquicia.- IV. En cuanto a las funciones de la franquicia, generalmente se señalan las siguientes.- V. Franquicias altas. Efectos en la relación entre asegurado y aseguradora.- VI. Conclusiones.

I. Introducción

A partir de la década del noventa se generó en la Argentina un proceso de privatización de servicios públicos que produjo un cambio importante en el rol del Estado: de operador, pasó a fiscalizador y regulador del funcionamiento de tales servicios. Muchas de las áreas privatizadas incluían actividades y cosas naturalmente riesgosas para la población: entre otras, centrales y líneas de transmisión de energía eléctrica, gasoductos, oleoductos y autopistas.

Al retirarse el Estado de su papel anterior -el cual lo situaba como guardián jurídico y responsable por los eventuales daños causados a terceros- éste comenzó a exigir al sector privado la contratación de millonarias pólizas de seguros para cubrir las eventuales indemnizaciones. Los operadores de servicios públicos recurrieron entonces al mercado de seguros, pero se encontraron con que muchos de los riesgos involucrados eran demasiado significativos, lo que hacía difícil obtener su aseguramiento o reaseguramiento, tanto a nivel local como internacional. Es así que se generalizó la contratación de seguros con franquicias altas -las cuales suponen que una parte importante del riesgo quede a cargo del asegurado- como única forma de viabilizar la contratación de los seguros exigidos.

Esta práctica se ha extendido hoy a otras áreas del mercado asegurador, en las cuales es difícil conseguir una cobertura económicamente viable. El aseguramiento de la mala praxis médica o de los hipermercados son ejemplos de esto.

La idea de este trabajo es, en primer lugar, explicar la función jurídica y económica de la franquicia, para luego analizar las distintas situaciones y eventuales conflictos que aquélla, cuando es alta, genera en la relación entre asegurado y aseguradora.

II. Concepto y función de la franquicia

Dado que renombrados autores ya han realizado un análisis jurídico exhaustivo de este elemento del contrato de seguros, no es mi intención profundizar en el tema sino repasar brevemente sus aspectos sustanciales para luego abocarme a la particularidad contractual de la que trata este artículo.

Básicamente, la franquicia constituye un límite pecuniario del contrato de seguros por el cual el asegurador se libera de indemnizar si el daño no supera determinado monto. Dicho en otros términos, la franquicia es la porción económica del riesgo que queda a cargo del asegurado y se excluye de la garantía del asegurador (1). La franquicia, como se ve, es un límite cuantitativo de la cobertura del riesgo que prevé el contrato de seguros. Así como la póliza de seguros establece límites cualitativos de la cobertura, a través de la exclusión de categorías o situaciones concretas dentro del riesgo genéricamente definido en la póliza; también establece restricciones cuantitativas de la cobertura, básicamente a través de la franquicia y la suma máxima asegurada.

Dado que en el seguro de responsabilidad civil se garantiza la indemnidad del patrimonio del asegurado frente a reclamos indemnizatorios de un tercero, la franquicia en este caso consistirá en la porción de la indemnización debida al tercero que queda a cargo del asegurado y fuera de la garantía de indemnidad proporcionada por el asegurador.

III. Habitualmente se distinguen los siguientes tipos de franquicia

- La franquicia simple o condicional (franchise (2)), que excluye del seguro los siniestros que provocan un daño no superior a determinado monto. Si ese monto es superado, el siniestro se cubre en su totalidad. Un ejemplo: si un seguro de RC tiene una franquicia de \$ 1000 y la obligación de indemnizar asciende a \$ 900, la aseguradora no cubre el siniestro y nada debe. Si la obligación asciende a \$ 1900 la aseguradora debe responder frente al tercero por el total de la indemnización y abonar los \$ 1900.

- La franquicia absoluta o incondicional (excess o deductible), que deja a cargo del asegurado un determinado monto o porcentaje del daño cubierto, independientemente del monto del siniestro. Un ejemplo: si un seguro de RC tiene una franquicia de \$ 1000 y la obligación de indemnizar asciende a \$ 900, la aseguradora no cubre el siniestro y nada debe. Si la obligación asciende a \$ 1900 el asegurado debe afrontar \$ 1000 y la aseguradora los \$ 900 restantes.

- Algunos autores (3) agregan como tercer tipo el descubierto obligatorio (warranted part uninsured), cláusula mediante la cual se estipula, con el fin de estimular una actitud de cuidado y prevención, que el

asegurado tiene prohibido cubrir el monto de la franquicia con un seguro adicional. Si bien no es mi intención analizar clasificaciones sino conceptos, creo que el descubierto obligatorio es, más que un "tercer género", una franquicia absoluta con prohibición para el asegurado de cubrirla por medios que impliquen transferencia del riesgo a terceros. Dado que el descubierto obligatorio tiene como objetivo primordial asociar al asegurado en el interés de que el siniestro no ocurra, resulta evidente que carece de sentido que se aplique con una franquicia simple. En este último caso sólo se estimularía al asegurado a prevenir siniestros de escasa entidad (menor a la franquicia), porque los otros estarían enteramente cubiertos por la aseguradora.

IV. En cuanto a las funciones de la franquicia, generalmente se señalan las siguientes

- Estimular en el asegurado una mayor diligencia o actitud de prevención para evitar siniestros. Esta función satisface, al mismo tiempo, el interés particular de la aseguradora en reducir o evitar la siniestralidad de la póliza y el interés general de la sociedad, que se beneficia con una actitud de mayor prudencia y prevención por parte de sus integrantes (4). Según lo que vimos antes, esta función sólo se cumple estrictamente con el descubierto obligatorio, dado que en los otros tipos de franquicia el asegurado puede evitar afrontar la porción a su cargo en caso de siniestro y diluir así el efecto "anti-siniestral" buscado.

- Eliminar de la garantía de la póliza los siniestros de poca monta, dado que al ser los más frecuentes, incrementan los costos administrativos de la aseguradora e impactan innecesariamente sobre la prima que debe pagar el asegurado.

Siguiendo la realidad actual del mercado de seguros, creo que debemos agregar una tercera función de la franquicia: limitar la extensión pecuniaria de la cobertura para adaptar el costo del seguro a las posibilidades económicas del asegurado.

La extensión pecuniaria o cuantitativa de la cobertura se regula básicamente con dos elementos contractuales: la franquicia, que es el límite cuantitativo inferior de la garantía aseguradora; y la suma máxima asegurada, que es el límite cuantitativo superior. De tal forma, si el asegurado no tiene la posibilidad de contratar una cobertura de extensión pecuniaria plena -sin franquicia y por una suma asegurada igual al máximo daño probable- adquiere, por decirlo metafóricamente, una frazada más chica, que quizás le deja los pies al descubierto pero cubre sus necesidades mínimas de abrigo.

En los últimos tiempos, y especialmente luego del atentado a las Torres Gemelas, las aseguradoras han tomado conciencia de que ciertos riesgos pueden tener consecuencias desmesuradas e imposibles de prever, pues se apartan brutalmente de los números habituales de las estadísticas siniestralas. Los "mega riesgos" modernos no se limitan a los actos terroristas sino, entre otros, a las catástrofes ambientales, la responsabilidad civil masiva de empresas generada por años de acción de productos dañinos (asbesto o amianto, cigarrillos, productos farmacéuticos con efectos colaterales desconocidos u ocultados), y la responsabilidad por mala praxis profesional (5).

En este sentido, la densidad demográfica y, sobre todo, el grado de desarrollo económico de una comunidad inciden sustancialmente en la magnitud pecuniaria del riesgo (6).

Como consecuencia de ello, las coberturas se volvieron mucho más caras o, lisa y llanamente, inaccesibles. La variación de los límites cuantitativos inferior franquicia y superior -suma asegurada- de la póliza aporta flexibilidad al diseño de la cobertura y permite que ésta sea viable para el asegurado (7).

Es necesario detenerse brevemente en algunos conceptos que manejan las aseguradoras al analizar la posible siniestralidad de un riesgo para determinar el costo -la prima pura o de riesgo (8)- de su cobertura.

Con respecto a la probabilidad de ocurrencia de siniestros, interesan principalmente su frecuencia e intensidad. La frecuencia es la cantidad de veces que un siniestro puede ocurrir en un determinado intervalo de tiempo (vg. tres veces o cien veces en un año) y la intensidad es la entidad económica que cada siniestro puede alcanzar. En un extremo podemos nuevamente citar el atentado a las Torres, que no tiene antecedentes similares en la historia, pero tuvo un efecto catastrófico en vidas humanas y en valor económico (se calculan más de 140.000 millones de dólares). En el otro podemos citar el riesgo de responsabilidad civil de un hipermercado donde decenas de pequeños siniestros se repiten todas las semanas, aunque ninguno de ellos alcance una entidad económicamente significativa (un cliente se aplasta un dedo con un changuito o se patina con el derrame de un sachet de leche). La cobertura de intensidad siniestral se limita con la suma asegurada y la de frecuencia siniestral se limita con la franquicia.

V. Franquicias altas. Efectos en la relación entre asegurado y aseguradora

Como ya hemos visto, el fenómeno de las franquicias altas en los seguros de responsabilidad civil ha surgido en forma reciente. Anteriormente, los asegurados estaban más acostumbrados a las coberturas con franquicias bajas o sin franquicia alguna. Este antes y después provoca, como es de esperar, tensiones entre aseguradora y asegurado.

En los casos de franquicias bajas o inexistentes, el asegurado descansa enteramente, en lo patrimonial y en lo operativo, en su aseguradora. Luego de denunciar el siniestro, suele ocurrir que el asegurado se desentienda de la evolución del reclamo de la víctima, ya que es el "bolsillo" de la aseguradora el que en definitiva absorberá

todo el impacto del siniestro.

Cuando el asegurado pacta una franquicia importante, se convierte en su propio asegurador -está "autoasegurado"- con respecto a todos los siniestros que no superen determinada suma de dinero. Sólo cuando el siniestro supera tal suma, tiene a la aseguradora como "compañera de ruta" y soporte patrimonial en la atención del reclamo. Esto implica una operatoria distinta para los que podríamos llamar siniestros propios (los que afronta únicamente el asegurado) y siniestros compartidos (los afrontados entre el asegurado y la aseguradora).

Como veremos, aparecen distintas alternativas frente a los reclamos indemnizatorios:

1. Reclamos por montos inferiores a la franquicia

En estos casos, el asegurado es su propio asegurador y no existe garantía de indemnidad por parte de la aseguradora. Por ello, el asegurado debe actuar como si estuviera frente a un siniestro no cubierto -un siniestro propio- y obviar tanto la citación de la aseguradora al proceso de mediación como su citación en garantía al eventual proceso judicial. En caso contrario, afrontará el riesgo cierto de ser condenado en costas por una citación improcedente.

Según surge del art. 118 de la ley de seguros, la finalidad legal de la citación en garantía de la aseguradora al juicio es encauzar la garantía de indemnidad comprometida en la póliza y permitir la ejecución de la eventual condena contra la aseguradora "en la medida del seguro". Todas las obligaciones de la compañía en el seguro de responsabilidad civil (defender al asegurado en juicio, comparecer al proceso al ser citada en garantía y afrontar la condena y las costas causídicas dentro de los límites de la póliza) son accesorias a la existencia de cobertura o garantía de indemnidad. Como dije anteriormente, así como no existe cobertura cuando el siniestro se encuentra fuera de los límites cualitativos del riesgo definido en la póliza, tampoco la hay cuando el siniestro se encuentra fuera de los límites cuantitativos del riesgo asumido por la aseguradora.

2. Reclamos por montos superiores a la franquicia

En el siniestro compartido, el asegurado está "asociado" a la aseguradora en la marcha y en el resultado del reclamo indemnizatorio de la víctima. Esta "asociación" es claramente circunstancial y puede generar tensiones, porque muchas veces los intereses de la aseguradora y los del asegurado no son totalmente coincidentes. Estas dificultades se observan, básicamente, en la negociación judicial o extrajudicial del reclamo y en la distribución de las costas en el proceso judicial.

2.1. Negociación y eventual transacción del reclamo:

La negociación con el tercero reclamante -para obtener una transacción en términos satisfactorios y evitar los riesgos de una sentencia- genera las primeras tensiones entre asegurado y aseguradora. Debo aclarar que ello ocurre porque muchas pólizas actuales no cuentan con cláusulas lo suficientemente detalladas como para regular con claridad las relaciones de ambos contratantes en el proceso transaccional. El problema surge por el hecho de que los intereses del asegurado y los de la aseguradora frente a la posibilidad de una condena judicial aparecen como distintos. El asegurado asume que su riesgo está acotado por el monto de la franquicia y que el de la aseguradora es muy superior porque se extiende al total de la suma asegurada (que normalmente equivale a varias veces el monto de la franquicia). El razonamiento (como veremos después, parcialmente equivocado) sería el siguiente: "¿para qué voy a aportar plata ahora para una transacción, si cuando termine el juicio, varios años después, tendré que pagar un monto similar?".

Sin perjuicio de destacar que existen algunas pólizas de responsabilidad civil que establecen cláusulas que sancionan al asegurado por no aceptar propuestas transaccionales razonables (aun cuando sean por montos inferiores a la franquicia)⁽⁹⁾, resulta claro que una transacción anticipada le evitará los mayores costos derivados de intereses y costas proporcionales sobre el monto del reclamo a su cargo.

El art. 111 de la ley de seguros establece la "regla proporcional", la cual determina que "Si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción". Es claro entonces que el asegurado que arriba a una transacción del reclamo, aun cuando el pago esté enteramente a su cargo, ahorrará los mayores intereses y costas futuras que deberá afrontar si deja que el juicio llegue a una sentencia condenatoria. Siguiendo con los ejemplos numéricos, vemos entonces que: si el asegurado tiene un deducible a su cargo de \$ 10.000 y surge una posibilidad transaccional de \$ 10.000 en un reclamo judicial por \$ 20.000 (y aquella resulta razonable teniendo en cuenta una probable condena por un monto mayor), tal transacción le evitará futuros intereses y mayores costas sobre los \$ 10.000 abonados anticipadamente.

2.2. Costas en el proceso judicial:

Normalmente, los asegurados no interpretan correctamente (o no se les explica adecuadamente) cuál es el régimen que determinará la distribución de costas en un reclamo judicial correspondiente a un siniestro compartido. Como señalé en el punto anterior, la distribución de intereses y costas entre asegurado y aseguradora es proporcional a la cobertura existente.

Dado que el grado de cobertura se mide al momento del siniestro (el hecho dañoso que genera la responsabilidad del asegurado) ⁽¹⁰⁾, si el asegurado es condenado al pago de un capital indemnizatorio de \$ 150.000 y tenía un deducible a su cargo de \$ 50.000, la proporción de cobertura del seguro es de 2/3. De tal

manera, si el juez fijó intereses desde la fecha del siniestro por \$ 120.000 y costas por \$ 45.000, el asegurado deberá afrontar \$ 40.000 de intereses y \$ 15.000 de costas (que se suman al capital de \$ 50.000 a su cargo); el resto queda a cargo de la aseguradora. Vemos entonces que la regla proporcional reafirma el "vínculo asociativo" de asegurado y aseguradora en los siniestros compartidos, y torna aconsejable para ambos la transacción anticipada del reclamo en los casos donde existe una concreta posibilidad de condena.

VI. Conclusiones

En la década del noventa se produjo un proceso de privatización de los servicios públicos que trajo consigo la privatización de la responsabilidad civil derivada de su operación y explotación. El "paso al costado" del Estado como operador de tales servicios y responsable por los daños generados a sus usuarios y a terceros generó la necesidad de los nuevos responsables de recurrir al mercado de seguros y reaseguros privados. Este proceso produjo un verdadero "blanqueo" del costo financiero que implica asegurar grandes riesgos, dado que los responsables privados no gozaban de la presunción de solvencia con que cuenta el Estado (presunción relativizada -lamento decir- por las recurrentes leyes de emergencia y el reciente Default).

Para hacer económicamente viable la contratación de los seguros necesarios se emitieron pólizas con franquicias significativamente más altas que las habituales, que dejaban a cargo del asegurado una parte importante del riesgo. Las franquicias comenzaron así a cumplir una nueva función dentro del esquema contractual de los seguros: aportar flexibilidad a la cobertura para adaptar su costo a las posibilidades económicas y a las necesidades financieras del asegurado.

Esta modalidad contractual coloca al asegurado en un papel distinto al habitual, dado que ante determinados siniestros (que he llamado propios a lo largo de este artículo) deberá actuar por sus propios medios y ante otros (los compartidos) deberá actuar coordinadamente con su aseguradora y acordar objetivos comunes frente a cada siniestro. Como en toda contratación de seguros, es importante que el asegurado esté debidamente informado de los alcances de la cobertura que ha adquirido y actúe en consecuencia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Es así que también se la denomina seguro a segundo riesgo, por cuanto la primera parte del riesgo -o "primer riesgo"- queda a cargo del asegurado. Ver en este sentido HALPERIN-MORANDI, "Seguros", p. 558, Ed. Depalma, 1991.

(2) Dada la importante influencia que la práctica aseguradora de los países sajones ejerce sobre el moderno derecho de seguros, me he permitido señalar la denominación en idioma inglés de los distintos tipos de franquicias. Para el desarrollo de los distintos conceptos ver: CLARKE, Malcom A., "The Law of Insurance Contracts", LLP, p. 584; HANSELL, D.S. "Introduction to Insurance", LLP, ps, 191 y 244, y MATHIAS, SHUGRUE, MARRINSON, "Insurance Coverage Disputes", ps. 1-3 y 1-4, Law Journal Press.

(3) PICARD y BESSON y MEILIJ Y BARBATO, entre otros.

(4) Cf. POLOTTO, Ernesto R.B., "Sobre la franquicia en el contrato de seguro", ED 93-649.

(5) No sólo las acciones de mala praxis médica generan un fuerte impacto económico sino que, más recientemente, también las acciones de responsabilidad contra directores y grandes consultoras -por los fraudes de ENRON y WorldCom entre otros- han tenido un efecto más que significativo.

(6) Tal como expuso el doctor Domingo López Saavedra en una conferencia organizada por el Club de Abogados del Seguro el 9/5/05, el Tsunami que azotó las costas del sur de Asia tuvo un costo devastador en vidas humanas pero implicó un valor económico, en indemnizaciones de seguro, relativamente bajo. Si la misma catástrofe hubiera afectado la costa oeste de los Estados Unidos el valor de indemnizaciones hubiera sido exponencialmente más alto.

(7) Como ejemplo de esto, luego del atentado del 11 de Septiembre el costo del seguro de inmuebles (comerciales y no comerciales) creció de manera exponencial en los Estados Unidos y las asociaciones de propietarios y los brokers de seguros ejercieron mucha presión para que las aseguradoras brindaran distintas opciones de franquicia y suma asegurada, que permitieran la continuidad del aseguramiento de propiedades.

(8) Según explica FERNANDEZ DIRUBE ("Principios Económicos del Seguro", p. 76, Ed. Imprex, 1985) la prima pura o de riesgo es la suma que, en teoría, debe bastar para que la aseguradora constituya un fondo suficiente para hacer frente a las indemnizaciones por siniestros. A ese valor se le agrega un plus para gastos de producción y de explotación, el margen de seguridad -por posibles desvíos siniestrales- y el margen de utilidad de la aseguradora: todo esto conforma la prima comercial o de tarifa. Se la denomina prima de tarifa, porque es la que normalmente utilizan las empresas para cotizar la cobertura de un riesgo determinado. Finalmente, llegamos al importe total que abona el asegurado, el cual se denomina premio y consiste en la prima comercial antes descripta más la carga de impuestos, tasas y contribuciones vigentes.

(9) Existen pólizas que establecen mecanismo como este: i) la aseguradora negocia una propuesta transaccional con el reclamante y una vez aceptada por aquél la transmite en forma fehaciente al asegurado. ii) si el asegurado se opone a la transacción y, con posterioridad, es condenado en sede judicial por un monto mayor, la responsabilidad patrimonial de la aseguradora queda limitada al monto transaccional no aceptado oportunamente. Si bien esta limitación no es oponible al reclamante -por ser una defensa nacida con posterioridad al siniestro (cf. art. 118, 3º párrafo, ley de seguros)- tiene pleno efecto jurídico con respecto al asegurado.

(10) Por principio general, la garantía de indemnidad que otorga la aseguradora está intrínsecamente ligada a la obligación indemnizatoria que pesa sobre el asegurado y por lo tanto -y en la medida del seguro- sigue su misma suerte. Dado que la obligación del asegurado nace en el mismo momento en que se produce el daño al tercero -lo cual constituye el siniestro en los términos del art. 109 de la ley de seguros-, entiendo que ése es el momento jurídicamente apropiado para evaluar el grado de cobertura que otorga la póliza. Tal criterio ha sido aplicado por la jurisprudencia, en tiempos de alta desvalorización monetaria, para actualizar el valor de la suma asegurada al momento de la sentencia y, consecuentemente, la extensión de la cobertura a cargo de la aseguradora. (ver LASCANO QUINTANA y POMES, "El Contrato de Seguro", Vol. 5, ps. 158/160, Biblioteca Die Kölnische Ruck).