Dr. Amadeo Eduardo Traverso

EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS Y SU SEGURO.

Especial para "El Seguro *en acción*"

www.elseguroenaccion.com

SÍNTESIS CONCEPTUAL

La desinversión en los servicios públicos de transporte (…) ha provocado un crecimiento exponencial del transporte público automotor de pasajeros, con un detalle tampoco menor: la desinversión en infraestructura vial. Tales circunstancias confluyen en un aumento considerable de la siniestralidad en el sector. Ello sin contar con la escasa importancia que se otorga a la educación vial del conductor de cualquier automotor y al control del tránsito.

Entre el año 1991 y 1997 la carga de siniestros registrada en las reservas de tales aseguradoras las llevó a perder su capacidad para hacer frente a los mismos, provocando su insolvencia y liquidación. Al mismo tiempo, el servicio público de transporte automotor empezó a registrar la carencia de oferta aseguradora para sus riesgos, debido muy especialmente a la falta de oferta de reaseguro para los mismos.

Como consecuencia de los hechos registrados, fue dictado en el año 1997 el decreto de necesidad y urgencia N° 260/97 que declaró en estado de emergencia al Servicio Público de Autotransporte de Pasajeros y como consecuencia de la manda legal dictada, la Superintendencia de Seguros de la Nación procedió a dictar la Resolución SSN N° 25.429/97.

Entre tales disposiciones, se incluyó como cláusula 4° de las Condiciones Generales del contrato, la franquicia o descubierto obligatorio que sería de aplicación. Lo hizo en los siguientes términos: *"El asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil ($ 40.000).*

La fijación de una franquicia como la establecida en la póliza aprobado por la Resolución SSN N° 25.429/97 no luce ni antojadiza ni arbitraria. Por otro lado la posibilidad de que el asegurador esté en condiciones de recurrir a la figura de la "pluralidad de seguros" o al "coaseguro" al sólo fin de fijar una franquicia más baja, tampoco parecería posible dada la siniestralidad del riesgo. Ello en razón de que tales actos dependen de una decisión del tomador de la cobertura que requiere además encontrar quién se la quiera dar en el mercado asegurador, circunstancia arto difícil en atención a la experiencia demostrada por el riesgo en el pasado.

La franquicia estipulada entonces, se enmarca en los principios técnicos que permiten al asegurador delimitar el riesgo asumido según su comportamiento en el pasado y en la libertad de contratación que tiene su fundamento en el Código Civil. En tal orden de ideas y como lo ha señalado la doctrina judicial, cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima.

Es aquí donde adquiere -a nuestro modo de ver- plena vigencia la doctrina judicial que consagró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al establecer que "En el seguro de responsabilidad civil, la franquicia pactada en la póliza es oponible al tercero damnificado".

De la aplicación de esta lógica aseguradora no puede desprenderse otra consecuencia jurídica. No es posible imaginar qué regla moral ha sido violada, ni cuál es el Orden Público comprometido o qué buenas costumbres han sido soslayadas. Por lo tanto, desde el punto de vista de la técnica aseguradora puede afirmarse sin hesitación, que la solución brindada a través de la póliza por la que se instrumenta el Seguro de Responsabilidad Civil de vehículos automotores destinados al transporte público de Pasajeros, es correcta.

Lo cierto es que si no se quiere volver a la situación que dio origen a la declaración de la emergencia en el servicio público automotor de pasajeros, sin aseguradora que responda por los daños y con empresas concursadas -la peor de todas las situaciones para un damnificado por el hecho del transporte- habrá de aceptarse la justicia de la solución dada en tanto se encuentra fundada en los principios técnicos, económicos y jurídicos del Seguro.

¿Cuál es la solución justa?

No cabe duda de que para que el Servicio Público de Transporte Automotor de Pasajeros pueda hacer frente a la frecuencia de los daños que ocasiona a terceros, debe cobrar tarifas suficientes, de modo que se encuentre en condiciones de generar las reservas necesarias para hacer frente a la parte del riesgo que se encuentra a su cargo de acuerdo a la franquicia o descubierto obligatorio que el contrato de seguro impone a su cargo.

¿Es esta una solución al alcance de los jueces? Lamentablemente, no. Tampoco está al alcance de las aseguradoras ni de cualquier ciudadano que haya resultado damnificado por el hecho del transporte.

No cabe duda de que la solución de semejante problema la debe dar el legislador, sobre la base de recursos de carácter permanente en el tiempo y con vistas al largo plazo.

Un ejemplo de tal solución lo constituye el Consorcio de Compensación de Riesgos que contempla la legislación española. Se incluyen en el mismo los riesgos que no sean susceptibles de garantía mediante una póliza de seguros privado ordinario, por obedecer a causas anormales o de naturaleza extraordinaria. La finalidad del Consorcio no es la de competir en el mercado con las aseguradoras privadas, sino complementar la garantía que éstas otorgan, para en conjunto ofrecer una mejor y más completa cobertura, haciendo más eficaz el seguro.

La formación de este fondo especial, permite la cobertura de ciertos riesgos que, como el que nos ocupa, registran un comportamiento anormal.

Ello en la medida que en nuestro país, el gobernante de turno no decida apropiarse de los fondos así constituidos so pretexto de profundizar el modelo productivo de matriz diversificada con inclusión social.

Esta sería en mi opinión, una solución justa y perdurable en el tiempo. Tenga presente el lector que, por ejemplo, las víctimas del atentado terrorista del 11/9/2004 ocurrido en la estación ferroviaria de Atocha (Madrid), fueron indemnizadas a través del Consorcio. Imagine en qué situación diferente se encuentran los damnificados por el accidente ocurrido en la Estación Once el 22 de febrero ppdo.

Recordemos el dicho: "para muestra basta un botón".

Introducción

En muchas ocasiones el estudio del derecho debe ser acompañado de un análisis filosófico, sociológico, o teleológico, para comprender el verdadero sentido y alcance de sus fines. En otras, las prácticas del comercio y sus efectos económicos generales, nos informan del origen de ciertas y determinadas regulaciones comerciales.

Cuando ingresamos al estudio del "transporte" como materia propia del derecho comercial, no es posible eludir la consideración de ciertos y bien definidos perfiles geopolíticos[1] que dominan la ubicación geográfica de la República Argentina, sus condiciones económicas y los factores demográficos que la componen. Sólo entendiendo la verdadera incidencia de estos factores, es posible comprender la enorme importancia institucional del tema que nos ocupa.

Veamos un poco estas condiciones. De norte a sur, la Argentina tiene una longitud aproximada de 3.300 km, con una anchura máxima de unos 1.385 kilómetros. El país tiene una superficie de 2.780.400 km² contando las Islas Malvinas, otras islas dispersas por el Atlántico sur y una parte de la Antártida. La costa argentina tiene 4.990 km de longitud. La República Argentina abarca un territorio muy diversificado de montañas, mesetas y llanuras.

Para semejantes extensión territorial, el ferrocarril como medio de transporte y comunicación, adquirió un trascendental valor. La red ferroviaria comenzó a tenderse en la segunda mitad del siglo XVIII. En 1870 ya había 722 km. de vías. Entre 1870 y 1914 se construyó la mayor parte de la red ferroviaria con capital inglés, francés y argentino. Esta red llegó a ocupar el décimo puesto en el mundo, con cerca de 47.000 kilómetros. El ferrocarril fue palanca del desarrollo y poblamiento del territorio del país.

En la actualidad, la red ferroviaria posee una extensión de 34.059 km, con tres anchos de vía. Dos líneas que cruzan los Andes permiten la comunicación con Chile; los ferrocarriles argentinos también conectan el país con Bolivia, Paraguay, Uruguay y Brasil.

Hasta la tercera década del siglo XX la red caminera fue considerada complementaria de los ferrocarriles, ya que los caminos locales de las zonas rurales conducían a las estaciones del ferrocarril. Primero los carruajes y luego los automotores se convirtieron en alimentadores de la red ferroviaria, en cuanto a tráfico se refiere. En 1952 se crea la Dirección Nacional de Vialidad, estableciéndose una cuota sobre la nafta y un porcentaje sobre los lubricantes, destinados ambos a la construcción de caminos. A partir de ese momento comienza a desarrollarse la red caminera nacional que, en líneas generales, siguió el trazado de las vías férreas. En las décadas de 1950 y 1960 se produce una importante expansión de la red y del transporte automotor, tanto de carga como de pasajeros. En total existen 215.434 km de

---

[1] Geopolítico, ca. (de geo- y político).
1. adj. Perteneciente o relativo a la geopolítica.
2. adj. Relacionado con el punto de vista geográfico y político de una región. Situación, importancia geopolítica
3. f. Ciencia que pretende fundar la política nacional o internacional en el estudio sistemático de los factores geográficos, económicos, raciales, culturales y religiosos.
Real Academia Española. Diccionario de la lengua Española.

carreteras. Al mes de diciembre del año 2000, la longitud total de caminos (pavimentados, de ripio y tierra) de la red vial nacional (excluidos los provinciales) alcanzó a 79.520 km.[2]

Los ríos proporcionan unos 3.100 km de vías navegables, especialmente los de la cuenca del Río de la Plata. Por tales vías se canaliza la producción de diversos bienes. La situación es la siguiente: a) la producción cerealista y de graneles necesita una salida entre Santa Fe, Rosario y Villa Constitución (65% de la producción exportable); b) el resto es canalizado por los puertos de Bahía Blanca, Quequén y Mar del Plata; c) los contenedores se canalizan vía puerto Buenos Aires (Nuevo y Exolgan) y, en el futuro, por Campana, La Plata y Mar del Plata; d) existe tráfico pasante (en tránsito) que utilizaría corredores bioceánicos intermodales, al igual que las producciones básicas regionales; e) la producción de la región de la Patagonia, de menos volumen, encontraría salida por San Antonio Este (frutas y minerales, principalmente), Puerto Madryn (minerales, aluminio, pescado), Comodoro Rivadavia (combustibles) y Puerto Illia, en Punta Loyola (carbón y otros)[3].

En síntesis, en cuanto se repara en los escasos, limitados y poco desarrollados datos que transcribimos, se comienza a percibir la creciente importancia estratégica y comercial que el transporte tiene para el desarrollo del país.

Esto es a tal punto así que por una lado, la Constitución Nacional estableció las garantías necesarias para asegurar que el desarrollo del país no se viera trabado por Aduanas Interiores, asegurando también la libre circulación de los efectos de la producción o fabricación nacional, como de los géneros y mercancías de todas clases, despachados en las aduanas exteriores (Ver arts. 9 y 10 CN.)[4].

Por su parte, el Código de Comercio, jerarquizó su tratamiento al declarar en su art. 8° que constituyen actos de comercio en general, los realizados por las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas, por agua o por tierra (inc. 5°), regulando específicamente al contrato de transporte en sus artículos 162 a 206.

Sin embargo, a pesar de su importancia estratégica, la Argentina -más acostumbrada a vivir el día a día que ha proyectar su desarrollo en el largo plazo-, se ha ocupado de su tratamiento a través de la impronta o huella que graves accidentes de tránsito y/o ferroviarios dejan en la memoria colectiva. Aparecen entonces reacciones espasmódicas por parte a alguna autoridad de turno que lejos de resolver un problema serio en el largo plazo, se limitan a una pretendida salida airosa de la trágica coyuntura. "*Los muertos que vos matáis...* ***no gozan de buena salud"[5].***

Lo cierto es que la desinversión en los servicios públicos de transporte, en particular en el ferroviario -incluyendo en él al subterráneo- ha provocado un crecimiento exponencial del transporte público automotor de pasajeros, con un detalle tampoco menor: la desinversión en infraestructura vial. Tales circunstancias confluyen a un aumento considerable de la siniestralidad en el sector. Ello sin contar con la escasa importancia que se otorga a la educación vial del conductor de cualquier automotor y al control del tránsito[6].

---

[2] Fuente: Dirección Nacional de Vialidad.

[3] Información publicada en "Argentina (república)." Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

[4] Decía Alberdi que *"... de todas las industrias conocidas, el comercio marítimo y terrestre es la que forma la vocación especial de la República Argentina. Ella deriva esa vocación de la forma, producciones y extensión de su suelo, de sus portentosos ríos, que hacen de aquel país el órgano de los cambios de toda la América del Sud, y de su situación respecto de Europa. Según esto, la libertad y el desarrollo del comercio interior y exterior, marítimo y terrestre, deben figurar entre los fines del primer rango de la Constitución Argentina. Pero este gran fin quedará ilusorio si la Constitución no garantiza al mismo tiempo la ejecución de los medios de verlo realizado. La libertad de comercio interior sólo será un nombre mientras haya catorce aduanas interiores, que son catorce desmentidos dados a la libertad...".* JUAN B. ALBERDI, "Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina"; 5ta. reedición; Bs. As. 1933, pág. 122/123; Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso.-

[5] Parafraseando a José Zorrilla, Don Juan Tenorio, 1844.

[6] En los considerandos del Decreto 260/97 se señala: *"…el tránsito vehicular en general ha sufrido un importante incremento cuantitativo, que junto a otros factores, entre los que se cuentan los referidos a una inadecuada educación vial, ha devenido en una situación crítica, sumamente perjudicial para el derecho a la*

En tal sentido, no puede soslayarse el hecho de que a través de este medio de transporte se desplazan aproximadamente diez millones de personas en todo el país, para cumplir con sus quehaceres cotidianos, sin contar con otros medios alternativos de transporte para realizar esos traslados.

Hasta el año 1991, el transporte público automotor -más allá de otros subsidios que haya podido recibir- se vio beneficiado por una enorme transferencia de recursos a través del Instituto Nacional de Reaseguros, Sociedad del Estado (INdeR). Como reasegurador monopólico autorizó tarifas especiales para las líneas de colectivos, admitiendo que los riesgos de responsabilidad civil originados en tal actividad fueran transferidos por las aseguradoras a muy bajo costo, manteniendo estas una escasa o mínima retención sobre el riesgo.

Sin embargo, el mantenimiento de esta política de suscripción de riesgos por parte del INdeR, sobre este tipo de seguro y en otros ramos, combinado con un crecimiento exponencial de los siniestros, provocó en éste pérdidas tan elevadas y de tal magnitud que el tesoro del Estado no pudo cubrir, razón por la cual se decidió la liquidación del INdeR y la liberación del régimen de reaseguro[7].

Bajo las condiciones de un mercado reasegurador libre, la aseguradoras que operaban en el riesgo de responsabilidad civil del transporte público automotor de pasajeros, se vieron obligadas cerrar contratos de reaseguro con prioridades a su cargo no inferiores a $ 200.000/300.000, circunstancia que colocó una gran cantidad de siniestros a su cargo exclusivo, pues la mayor frecuencia de los mismos se encontraba comprendido dentro de ese límite.

Lo cierto es que entre el año 1991 y 1997 la carga de siniestros registrada en las reservas de tales aseguradoras las llevó a perder su capacidad para hacer frente a los mismos, provocando su insolvencia y liquidación[8]. Al mismo tiempo, el servicio público de transporte automotor empezó a registrar la carencia de oferta aseguradora para sus riesgos, debido muy especialmente a la falta de oferta de reaseguro para los mismos[9].

La Resolución SSN N° 25.429/97

Como consecuencia de los hechos registrados, fue dictado en el año 1997 el decreto de necesidad y urgencia N° 260/97 que declaró en estado de emergencia al Servicio Público de Autotransporte de Pasajeros y como consecuencia de la manda legal dictada, la Superintendencia de Seguros de la Nación procedió a dictar la Resolución SSN N° 25.429/97.

Entre sus considerados, el Organismo de Control de la Actividad resaltó los factores que contribuyeron a la delicada situación del sector al señalar que: *"…dicha operatoria ha sido afectada en los últimos años por distintos factores: aumento de la siniestralidad seguido de una imposibilidad correlativa de aumento de las primas, pérdidas operativas de magnitud sostenidas, licuación de activos debido a la*

---

vida y a la integridad física de las personas, siendo prueba de ello los altos índices de siniestralidad alcanzados.

[7] Decreto 171/92 – Disolución y Liquidación del Instituto Nacional de Reaseguros.

[8] En el mismo decreto se señala que: *"…se observa un notable incremento en el inicio de demandas judiciales por resarcimiento de daños provocados por accidentes de tránsito vehicular, agravado en la actualidad por la creciente complejidad del mismo. Dicho incremento asciende a un VEINTE POR CIENTO (20 %) anual, llegándose en la actualidad a un total de VEINTISIETE MIL (27.000) juicios, lo que sumado a los reclamos extrajudiciales del sector, supera holgadamente la suma de PESOS SEISCIENTOS MILLONES ($ 600.000.000) sin contar otros pasivos contingentes, lo cual demuestra un incremento de los pleitos entablados contra las empresas del sector".[…] "… partir del año 1991, debido a que se corrigieron aspectos distorsivos en el mercado del reaseguro, las empresas aseguradoras del sector del autotransporte se vieron en la situación de soportar la totalidad de las sumas establecidas en las sentencias dictadas en su contra, aspecto éste que les resto liquidez a las mismas para la negociación de acuerdos extrajudiciales, que les permitieran una disminución de tales sumas".*

[9] Decreto 260/97: *"…la alta siniestralidad, como el incremento de la actividad litigiosa, hacen que solo unas pocas compañías de seguros operen en el sector"* Agregando: *"…Que se ha llegado, entonces, a la situación actual, en la cual las compañías de seguro del sector no se encuentran en condiciones de hacer frente a la deuda judicial producida, por carecer de fondos suficientes para ello".*

inflación. Debe destacarse en especial, la eliminación del reaseguro estatal, que actuó como un fuerte soporte de esta cobertura absorbiendo costos que, de otro modo, deberían haber sido trasladados a la prima y, por consiguiente, a los usuarios del transporte. Dicha desaparición, dispuesta mediante el Decreto 171/92 tuvo como fundamento -tal como se expresa en los considerandos de esa norma- la declaración de emergencia del sector público establecida mediante Ley N° 23.696 y, particularmente, que la proyección de la delicada situación financiera del entonces INSTITUTO NACIONAL de REASEGUROS (INdeR) sobre el presupuesto nacional afectaba los objetivos en materia de gasto público y su correcta financiación".

La normativa dictada tuvo por objeto generar aseguradoras especializadas para operar en forma exclusiva en las coberturas derivadas del "Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros".

Se promocionó la constitución de aseguradoras bajo el tipo social de "Mutuales", fijando condiciones especiales en cuanto a capital mínimo, reservas, etc., facultando a estas entidades a constituir fondos especiales para apoyar financieramente a sus asociados en el supuesto de obligación de pago de siniestros ya ocurridos cuya aseguradora obligada se encuentre en proceso de liquidación forzosa.

Asimismo la Resolución indicada aprobó el modelo de póliza que tales entidades debían utilizar, incluyendo tanto las exclusiones de cobertura como las condiciones particulares y generales que serían de aplicación.

Entre tales disposiciones, se incluyó como cláusula 4° de las Condiciones Generales del contrato, la franquicia o descubierto obligatorio que sería de aplicación. Lo hizo en los siguientes términos: *"El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil ($ 40.000).*

Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas.

En tales supuestos y a efectos de un acuerdo transaccional con la víctima o tercero damnificado o sus representantes legales y/o apoderados:

a) La Aseguradora asumirá la representación del Asegurado.

b) En el caso que la Aseguradora intentara arribar a un acuerdo transaccional, solicitará previa conformidad del Asegurado, indicándole el monto respectivo, debiendo éste expedirse dentro de las 48 horas de notificado.

c) Ante el silencio o negativa del Asegurado, concluirá la representación procesal de la Aseguradora y ésta quedará liberada de su responsabilidad en el siniestro mediante la realización del pertinente pago por consignación judicial de los montos que hubieran resultado a su cargo, en caso de haberse celebrado el acuerdo transaccional propuesto conforme el inciso b) anterior.

Si el acuerdo transaccional propuesto por la Aseguradora lo fuere por un importe igual o inferior al de la franquicia, y existiese silencio o negativa del Asegurado, la Aseguradora quedará liberada de toda obligación respecto del siniestro en cuestión.

En caso de desacuerdo por parte del Asegurado con el monto de la transacción propuesto por la Aseguradora conforme los párrafos primero y segundo del presente inciso c), el Asegurado deberá manifestar tal desacuerdo mediante notificación fehaciente dentro de las cuarenta y ocho horas indicando el monto que estima adecuado bajo pena de caducidad para manifestar su disconformidad en el futuro.

En tal caso la Aseguradora acreditará el monto de la transacción sumariamente mediante la presentación de la propuesta escrita elevada a tal fin por el tercero reclamante o la parte actora según el caso.

En caso de existir tal desacuerdo del Asegurado con el monto transaccional propuesto, notificado a la Aseguradora conforme el párrafo tercero del presente inciso c), y de no existir propuesta del tercero reclamante o de la actora conforme el cuarto párrafo del presente inciso, el monto será fijado por un tribunal arbitral formado por tres árbitros designados uno a instancia del Asegurado, otro a instancia de la Aseguradora y el tercero por los dos árbitros anteriores; la designación deberá ser realizada por cada parte dentro de los tres días de requerida, en caso contrario la designación será efectuada por la otra parte.

Los árbitros deberán expedirse sobre el monto correspondiente dentro de los treinta días corridos a contar desde la notificación a las partes de la designación del tercer árbitro.

La decisión de los árbitros será irrecurrible y la diferencia entre el monto fijado por los árbitros y el de la franquicia será la que deba consignar judicialmente la Aseguradora si pretende liberarse en los términos del párrafo primero del presente inciso c), si el monto fijado por los árbitros resultara inferior a la franquicia, la Aseguradora quedará liberada de su responsabilidad en el siniestro.

En la cobertura de la obligación legal autónoma prevista en la cláusula 3 de las Condiciones Generales la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del descubierto obligatorio a su cargo dentro de los diez días de efectuado el pago.

En síntesis, las medidas adoptadas tuvieron por objeto evitar que se vea afectado el normal desenvolvimiento de la prestación del servicio de autotransporte, con los consecuentes perjuicios para la ciudadanía en general.

Primera cuestión: ¿Es una solución técnica correcta?

Más allá de lo coyuntural de la medida adoptada, la primera cuestión que debe plantearse es si la solución instrumentada ha sido correcta desde el punto de vista técnico asegurador, a la luz del comportamiento que el riesgo registra en el pasado.

Como lo señalé en otra oportunidad[10], en un meduloso trabajo, el Dr. Juan Carlos Félix Morandi, al referirse al riesgo, señalaba que desde el punto de vista del seguro éste se presenta como la posibilidad de que se produzca un evento incierto, económicamente desfavorable, susceptible de provocar un daño. Agregaba que desde tal óptica, mediante el perfeccionamiento de la técnica aseguradora se ha convertido en una eventualidad matemáticamente calculada mediante la utilización de dos factores:

a) La probabilidad del riesgo, que consiste en establecer con precisión qué cantidad de unidades económicas serán afectadas por los siniestros durante un determinado lapso de tiempo. Así -explica el citado autor- cuanto más grande es el número de casos observados, previamente homogeneizados cualitativamente, a través de la ley de los grandes números, es posible determinar, con referencia a un período de tiempo y a un cierto riesgo, la frecuencia con que la cosa objeto del seguro (*latu sensu*), puede resultar afectada por un riesgo.

b) La intensidad de la producción del evento, porque según sean los riesgos -aun cuando se trate de un mismo riesgo genérico-, la magnitud posible de los daños aumenta más en unos que en otros.

Ambos factores, señala el Dr. Morandi, se establecen conforme a los datos que suministra la "estadística", que recogidos de la experiencia del pasado, sirven para proyectar el "comportamiento" de los riesgos en el futuro. De tal modo, si el comportamiento de los riesgos en el futuro, se ajusta a la hipótesis estadística tomada como base de cálculo, y entre "previsión" y "realidad" no existen diferencias, el monto de la prima abonada deberá ser igual a la necesidad de capital para afrontar el riesgo conforme a su probabilidad teórica[11].

---

[10] "La judiciabilidad de la franquicia estipulada en el contrato de seguro vs. la técnica aseguradora", publicado el 28/09/2006 en "ElDial.com", Citar: elDial.com - DC9D6

[11] "La prima en el contrato de seguro se determina de conformidad con cálculos actuariales según el monto y tipo de contrato, por lo que cualquier interpretación que importe ampliar los beneficios acordados en el mismo, puede llegar a producir un grave desequilibrio en el conjunto de las operaciones del asegurador". (CNComer., Sala A, 07/02/86, García Miguel A. c/ Arco Iris Coop. de Seguros Ltda.)D.J. 1988-I-806.
"En el seguro, la ecuación del asegurador a través de la cual éste logra la eliminación, neutralización y compensación de los riesgos, sólo se logra por aplicación del principio de la equivalencia entre "riesgo" y "prima", el que se ve alterado en su médula cuando se provoca el siniestro por dolo o culpa grave. Es por ésta razón que tanto el legislador, como la póliza que rige las relaciones de las partes, han excluido la culpa grave de la cobertura, como un supuesto de "no seguro", liberando al asegurador cuando el accidente se

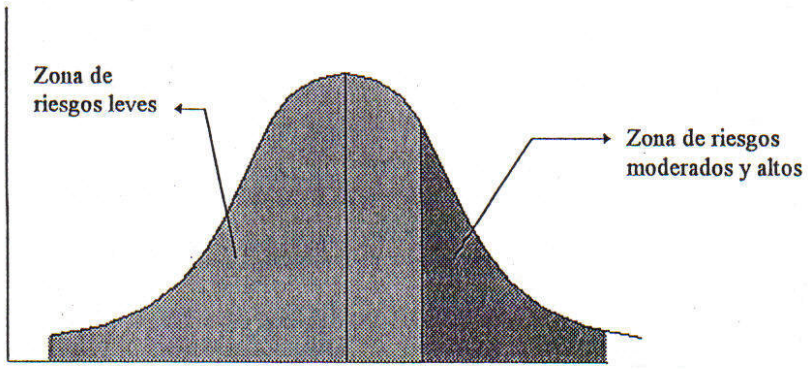
En otras palabras, la prima es en esencia, el precio de la probabilidad. Es por eso la diferencia que existe entre el monto de la prima y el de la suma asegurada cubierta por el seguro. Esta última es sensiblemente mayor a la primera. Pero tal diferencia cuantitativa entre las prestaciones comprometidas por ambas puntas del contrato, no altera el equilibrio contractual, ya que la prestación mayor es incierta en su exigibilidad: el equilibrio surge de la probabilidad que caracteriza al contrato considerado individualmente, y permite medir el valor de la otra prestación cierta: la prima a cargo del asegurado[12].

Finalmente, si el riesgo cubierto se modifica, y aumenta la "probabilidad" de su producción, o la "intensidad" de sus consecuencias posibles, sea que ello tenga su origen en un hecho del propio contratante (tomador o asegurado), o por circunstancias independientes de su voluntad, la prestación del asegurador ya no es la misma que asumiera. Se subvierten, en consecuencia, las bases sobre las que se calculó la prima al momento de la celebración del contrato[13].

A los factores que definen la curva del riesgo y al análisis que mediante la aplicación de la ley de los grandes números y la estadística permiten al asegurador delimitar su comportamiento futuro, se suma otro que lo integra o complementa que no es otro que el de la mutualidad económica. Para ello el asegurador utiliza una técnica que le permite neutralizar la incertidumbre, y lo hace organizando una comunidad de riesgos, en la que mediante las primas recaudadas de los distintos asegurados forma un fondo común con el que atenderá los siniestros que se vayan produciendo en el futuro.

Es así como, a través del análisis estadístico y técnico el asegurador ha podido estudiar el comportamiento del riesgo y ha determinado su probabilidad e intensidad. Ahora, mediante la comunidad económica que ha organizado establecerá el equilibrio de unos riesgos con otros, de forma que la incertidumbre se limite al contrato individual, pero aparezca gobernable en cuanto al conjunto de los seguros agrupados se refiere. Esta técnica es complementada con los procedimientos de atomización y dispersión del riesgo, que permiten tornar más homogéneo y regular el comportamiento de éste y asumir porciones del mismo en cantidad adecuada a la capacidad económica y operativa del asegurador, procedimientos entre los que se destaca el reaseguro[14].

Lo expuesto se gráfica habitualmente a través de lo que ha dado en llamarse la formación de la curva del riesgo, en el que los factores de frecuencia e intensidad, cumplen un papel determinante. Veamos un ejemplo.



produce mediante ella por parte del asegurado". (CNCom. Sala B, setiembre 11-987 - Viva Miguel O. c/ El Comercio de Córdoba, Cía. de Seguros S.A.) D.J. 1988-I-61.

[12] "El Seguro de Accidentes del Trabajo: Problemas y Soluciones", publicado en ERREPAR- DEL – T.V. – pág. 469 año 1991.-

[13] "La Agravación y las otras Modificaciones del Riesgo". Ponencia presentada por el Dr. Juan Carlos Félix Morando, en el VII Congreso Mundial de Derecho de Seguros, celebrado en Budapest, Hungría, en mayo de 1986. Trabajo publicado en la "Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad", editado por IMPRELEX S.A., Tomo 10/11/12, pág. 26/28, año 1987.-

[14] Nicolás Barbato, ob. Cit. En nota 12, pág. 469/470

Como lo acertadamente lo señalaba el Dr. Nicolás H. Barbato, una de las razones por las que un riesgo se torna en inasegurable se produce cuando el estudio de su comportamiento futuro no resulta predecible por la existencia de factores que ponen en crisis la incertidumbre que lo caracteriza. Señalaba en tal sentido el autor que seguimos que "…si la prima es la medida de la probabilidad, entonces, cuando la probabilidad se acerca a la certeza, la prima se acerca a su vez a la magnitud económica del siniestro, por así imponerlo el necesario equilibrio que debe existir entre las prestaciones de todo contrato bilateral, exigencia a la que no escapa la relación asegurativa. Y si la prima se acerca al siniestro, el seguro resulta técnicamente impracticable…"[15].

A ello debe sumarse un análisis no menor que es el que se refiere al posible cúmulo de eventos sobre un mismo riesgo, pues su mayor o menor potencialidad, pueden tornar en inasegurable un riesgo de tales características.

En tal sentido, explica el Dr. Klaus Gerathewohl[16] que esencialmente existen dos razones principales de por qué la mayoría de las pólizas de seguros usan ciertas exclusiones:

- "Primero, las categorías de riesgos o de peligros individuales pueden ser excluidos sobre las bases de inasegurabilidad, en particular cuando los siniestros estimados no son de naturaleza fortuita y la indemnización por siniestros que puede presentarse está fuera de valoración. En la mayoría de los casos la inclusión del riesgo de guerra haría los negocios inasegurables en este sentido".
- "Segundo, ciertas categorías de riesgos o de peligros pueden ser excluidos no sobre la base de inasegurabilidad, sino porque ellos exigirían condiciones especiales, sobre todo primas más altas debido a su peligrosidad inherente".

"En el reaseguro -explica el mismo autor- las exclusiones se usan por las siguientes razones:

- "En conexión con las categorías de riesgos considerados inasegurables, las exclusiones hechas desde los contratos de reaseguros son con frecuencia las mismas que las hechas bajo las pólizas originales…".
- "En adición a los riesgos excluidos a causa de su no reasegurabilidad, también hay una segunda categoría de riesgos asegurables y reasegurables, pero no bajo los términos y condiciones normales generalmente convenidas en un contrato obligatorio de reaseguros. Además la necesidad para cobrar una prima más alta por dichos riesgos agravados –es decir, una necesidad que también existe en el seguro -, hay también un elemento específico en el reaseguro con ciertas repercusiones sobre la prima, referida al control de cúmulos: Para determinar su responsabilidad total en cualquier riesgo o en la ocurrencia de cualquier siniestro y determinar si necesita retrocesión, el reasegurador debe establecer tan exactamente como sea posible la acumulación potencial constituida por varios contratos de reaseguros".

Sin embargo, aun dentro de la categoría de riesgos asegurables con una tasa de prima más alta para los riesgos agravados, se presenta otra dificultad relacionada a la posibilidad que tiene el asegurador de colocar su cartera en el mercado reasegurador internacional[17].

Desde un punto de vista asegurativo tales hechos adquieren una enorme trascendencia, pues es allí donde adquieren relevancia las técnicas por las cuales se determina contractualmente el riesgo asumido (descripción del riesgo que se asume) y bajo qué condiciones será asumido (aplicación de franquicias, deducibles, etc.) y aquellas otras por las cuales se colocan fuera de la garantía otorgada situaciones que actúan agravando el riesgo asumido. En tal sentido la alta frecuencia de reclamos o la importante intensidad de los mismos convierte en ocasiones al riesgo en inasegurable (la curva del riesgo no llega a formarse) o bien sólo amparables mediante una prima sustancialmente más cara que la prevista para la cobertura originaria.

La otra cuestión que sin duda pesa en éste análisis que nos proponemos, se encuentra relacionada a los siguientes factores que tanto el Decreto 260/97 como la Resolución SSN N° 25.429/97 reconocen como factores ciertos, reales y definitivos:

---

[15] Nicolás Barbato, ob. Cit. En nota 12, pág. 471 año 1991.-

[16] "Reaseguro, Teoría y Práctica"; Vol. 1, pág. 730/732; ed. Reaseguros Gil y Carabajal, con autorización de Ed. Verlag Versicherungswirtschaft e. V. Karlsruhe, con traducción de Teodoro Díez Arias; 1993.

[17] Ob. Cit. Pág. 734

- Alta siniestralidad en el ámbito del contrato de transporte;
- Incremento en las colisiones con vehículos, ciclomotores y peatones;
- Alta actividad litigiosa;
- Alto monto promedio que alcanzan las sentencias condenatorias;
- Falta o ausencia de oferta de seguro y reaseguro para el riesgo;
- Estado de emergencia de las empresas prestadoras del servicio**;**

Si ésta es la experiencia que el riesgo muestra desde el pasado -y que las normas legales además grafican y cuantifican cabe preguntarse si en definitiva, la franquicia estipulada en póliza responde a esa experiencia.

Un riesgo que muestra en forma tan palpable como una frecuencia inusitada de siniestros, pone de manifiesto el estrecho margen por el que deberá atravesar el criterio de asegurabilidad del riesgo en función de su posible comportamiento futuro. Ello por cuanto esa alta frecuencia e incidencia, muestra por lo pronto que los siniestros estimados no son de naturaleza fortuita -por aproximarse la probabilidad a la certeza- y que la indemnización por siniestros que puede presentarse está fuera de toda valoración (por la incidencia de factores ajenos al riesgo, estado de emergencia del sector, falta de inversión en infraestructura, tarifas congeladas, etc.)[18].

Otra cuestión no menor, se encuentra vinculada a la posibilidad que tiene el asegurador de colocar un riesgo de tales características en el mercado de reaseguros internacional. En verdad, desde tal óptica no es posible afirmar que no pueda conseguirse una cobertura de esas características en el mercado de reaseguros, pero sí puede afirmarse que ningún reasegurador habría otorgado una cobertura de responsabilidad civil que permitiera al asegurador transferir parte importante de la siniestralidad que el riesgo exhibe. En efecto, las prioridades que en un contrato de exceso de pérdida suelen fijar los reaseguradores para un riesgo de esta naturaleza, son más elevadas que la franquicia establecida en el contrato de seguro, pues el objeto de tal cobertura está limitada a eventos signados por su gravedad.

A la luz de tan importantes razones de orden técnico, económico y jurídico, la fijación de una franquicia como la establecida en la póliza aprobado por la Resolución SSN N° 25.429/97 no luce ni antojadiza ni arbitraria. Por otro lado la posibilidad de que el asegurador esté en condiciones de recurrir a la figura de la "pluralidad de seguros" o al "coaseguro" al sólo fin de fijar una franquicia más baja, tampoco parecería posible dada la siniestralidad del riesgo. Ello en razón de que tales actos dependen de una decisión del tomador de la cobertura que requiere además encontrar quién se la quiera dar en el mercado asegurador, circunstancia arto difícil en atención a la experiencia demostrada por el riesgo en el pasado.

En síntesis, el comportamiento anormal que registra el riesgo y las limitaciones existentes para obtener una cobertura reaseguradora amplia, son las que determinan una franquicia que no sólo tiene por objeto la función tradicionalmente moralizadora que la doctrina le atribuye, sino también extraer de la cobertura la inusual frecuencia siniestral que el mismo exhibe[19], so pena de afectar a la mutualidad de asegurados, al romper el equilibrio de unos riesgos con otros, de forma que la incertidumbre ya no se

---

[18] "No es dable concebir un seguro que cubra responsabilidad civil por daños que no consistan en un riesgo o siniestro. El riesgos es un hecho eventual del cual puede derivar un daño, que para que sea asegurable, no debe ser generalizado, ni cierto, y debe ser ajeno a la voluntad de la partes; se trata de una eventualidad, noción que excluye la certidumbre". (cncIV. Sala C; 11/08/1988 – Lóppez Boudon, Victoriano v. Municipalidad de la Capital) JA 1990-I-344.-

[19] En el seguro de responsabilidad civil, el riesgo asegurable debe ser precisado y debidamente individualizado. Esta precisión puede resultar en forma positiva de las enunciaciones del riesgo asumido -las hipótesis cubiertas- o bien en forma negativa -delimitación-, como consecuencia de la formulación de exclusiones a la cobertura que colocan fuera de su amparo diferentes situaciones que, por su mayor o extrema probabilidad, intensidad o generalización, resultan aconsejables. Esto puede hacerse, en principio, tanto en las condiciones generales como en las particulares de la póliza.(C. Nac. Civ., sala I, 3/10/1996, - Olea de Barrera, María A. y otros v. Alonso, Raúl O.).JA 1998 - IV, síntesis.

limite al contrato individual y de perder la gobernabilidad del conjunto de los seguros agrupados se refiere[20]. Sólo bajo estas condiciones, es posible asumir una cobertura de las características apuntadas.

La franquicia estipulada entonces, se enmarca en los principios técnicos que permiten al asegurador delimitar el riesgo asumido según su comportamiento en el pasado y en la libertad de contratación que tiene su fundamento en el Código Civil. En tal orden de ideas y como lo ha señalado la doctrina judicial, cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima (HERRERA, Verónica c/PORTILLO, Nélida s/DAÑOS Y PERJUICIOS, Nro. de Recurso: H168967, CNCIV - SALA "H", 26-12-1996)[21].

Es aquí donde adquiere -a nuestro modo de ver- plena vigencia la doctrina judicial que consagró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al establecer que "En el seguro de responsabilidad civil, la franquicia pactada en la póliza es oponible al tercero damnificado"[22].

De la aplicación de esta lógica aseguradora no puede desprenderse otra consecuencia jurídica. No es posible imaginar qué regla moral ha sido violada, ni cuál es el Orden Público comprometido o qué buenas costumbres han sido soslayadas.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la técnica aseguradora puede afirmarse sin hesitación, que la solución brindada a través de la póliza por la que se instrumenta el Seguro de Responsabilidad Civil de vehículos automotores destinados al transporte público de Pasajeros, es correcta.

Segunda cuestión: ¿Es una solución justa?

No cabe duda de que la *"franquicia o descubierto obligatorio"* que la póliza estableció, ha sido objeto de duras críticas por parte de juristas y también por la justicia. La ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, ha sido uno de los argumentos y fundamentos más utilizados para impugnar su validez frente al derecho de las víctimas y damnificados a una reparación integral.

A tal punto ha sido así, que la Cámara Nacional en lo Civil dictó un plenario en los autos: "Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" - CNCIV - EN PLENO - 13/12/2006.

En el fallo citado, se sostuvo que: *"En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución Nº 25.429/97- no es oponible al damnificado (sea transportado o no)".*

Se señala en tal fallo que: *"El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima;; en esa*

---

[20] "El riesgo asumido por la aseguradora debe estar siempre individualizado específica y concretamente; su extensión así como los beneficios acordados deben interpretarse literalmente, no siendo jurídicamente posible una interpretación extensiva del contrato si no puede ser sostenida de buena fe, desde que ampliar los beneficios produciría un grave desequilibrio en el conjunto de las obligaciones del asegurador". (CNac.Com. Sala A; 27/03/1981) ED 93-593.-

[21] "Si bien el seguro de responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, éste, salvo disposición en contrario, nunca podrá superar la cuantía o la medida del seguro. Ello significa que el tercero está subordinado, le son oponibles o le afectan determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. Cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultaban extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima." R. 317876 - "Poza, Juan José c/García, Oscar Jesús s/daños y perjuicios" - CNCIV - SALA H - 31/08/2001 - Copyright © elDial.com - editorial albrematica (elDial - AAA9B)

[22] (Corte Suprema, 02/10/1990 – Cía. Argentina de Seguros VISIÓN S.A. v. Comac) JA 1990-IV-593.-

dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista. En tal sentido el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados, procurando que la víctima obtenga una condigna reparación del perjuicio sufrido, sorteando la eventual insolvencia del autor del daño. No se trata, simplemente, de hallar sujetos a quienes exigirles la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo. La actual difusión del seguro, entre otras razones, se fundamenta en el resguardo a la víctima; por lo que para ciertas actividades máximamente peligrosas o que estadísticamente, tienen gran operatividad en la generación de perjuicios, como ocurre en el caso de daños causados por automotores, se impone la necesidad de contratar seguros obligatorios (art. 68, ley 24.449).-

Agrega el fallo plenario más adelante que: "*…Como puede advertirse, la Superintendencia de Seguros de la Nación no halló mejor remedio, para paliar la mentada "emergencia" del sector asegurador, que establecer un descubierto, a título de franquicia, con el propósito de impedir al damnificado, ejecutar la sentencia contra el asegurador* [23]*citado en garantía por la empresa explotadora del transporte colectivo que causó los daños si la condena por el capital no supera la suma de $ 40.000.-*

De interpretarse con tales alcances, esta franquicia o descubierto a cargo del asegurado se desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad que exige la ley 24.449. No es dudoso afirmar que, dentro de los límites de tal descubierto, el asegurado carece de seguro. Así la víctima frente a una sentencia de condena contra el responsable asegurado en ella, sólo podría reclamar de la compañía de seguros, si el capital de la condena por los daños supera los $ 40.000 y sólo en la medida del excedente.-

"Este es el meollo de la cuestión: el monto del descubierto a cargo del asegurado que establece la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación, es irrazonable, porque como se ha señalado desde la doctrina y en diversos precedentes, la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados, quedan a cargo de las empresas de transporte debido a que el monto de su resarcimiento no alcanza a superar dicho descubierto. (conf. Stiglitz, Rubén y Compiani, M. Fabiana, "La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros. Su inconstitucionalidad por irrazonabilidad", La Ley, T. 2005-E, sección doctrina, págs. 1322/1327; CNCiv., Sala K, in re "Perez Villanueva, Mario c/ Transporte Automotor Callao SA y otros s/ daños y perjuicios" del 21/2/06)".-

"Desde esta perspectiva se ha puntualizado que al fijarse un monto tan elevado, quedan comprendidos en el marco de la exoneración del asegurador la gran mayoría de los daños a cargo de las empresas de transporte: las que comprenden daños materiales y personales por debajo de $ 40.000, que son los más importantes en número, y justamente por ello, en su importancia económica para las empresas de autotransporte de pasajeros (conf. Stiglitz, Ruben y Compiani, M. Fabiana, op. cit.)".-

La función del contrato de seguro queda desnaturalizada, no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico jurídica de tal contratación.-

La tesis tradicional, aunque en apariencia ha acudido a principios generales universalmente aceptados en materia de seguros, es intrínsecamente disvaliosa en el contexto que analizamos. En efecto, la Resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación no sólo es incompatible con las dictadas por la misma Superintendencia en punto a las condiciones del seguro obligatorio, sino que en la práctica, desvirtúa la exigencia legal de dicho seguro, como ya ha quedado explicado (art. 68 de la ley 24.449). Por eso, tal resolución bien podría ser tachada de inconstitucional, si se la pretendiese aplicar contrariando la ley, y en la medida que existiese invocación de la inconstitucionalidad en un caso concreto. Es claro, sin embargo, que tal declaración es ajena al contenido de la doctrina legal.-

No obstante, y precisamente por la desnaturalización del seguro obligatorio contra la responsabilidad civil que la reglamentación provoca, esta mayoría considera que quien ha sufrido daños causados por un automotor afectado al transporte público, fuere transportado o no, puede citar en garantía al asegurador considerando inoponible a su respecto la cláusula del descubierto que nos ocupa por su exceso o desmesura.-

---

[23] El subrayado me pertenece.

Es posible sostener la inoponibilidad por diversos rumbos del razonamiento: sea por reputar que la cláusula de la póliza vulnera los límites impuestos por el art. 953 del Cód. Civil, o porque es abusiva en los términos del art. 1071 del mismo Código e incluso, si se juzgan aplicables al caso las disposiciones que regulan la protección del consumidor (arg. arts. 1(, 2(y concordantes de la ley 24.240), porque deben tenerse por no convenidas las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 1(, ley citada). Nótese que nos referimos a la inoponibilidad de la cláusula de la póliza, sin entrar en el análisis de la eventual inconstitucionalidad de la reglamentación de la Superintendencia de Seguros de la Nación que, como ya se dijo, resulta ser cuestión ajena a la que puede ser materia de este plenario.-

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente dejamos sentado que la respuesta por la negativa dada a la cuestión a resolver, fijada por la Presidencia del Tribunal para este plenario, tiene en cuenta la exorbitante cuantía de la franquicia dispuesta por la autoridad de control para el seguro contra la responsabilidad civil del transporte público de pasajeros; no se cuestiona, fuera de ese alcance, el instituto jurídico de la franquicia que a priori o dogmáticamente se considera oponible al damnificado según los términos del art. 118 de la ley de seguros. Lo que está en juego, en el caso que analizamos, es la irrazonabilidad del descubierto previsto en las pólizas del sector asegurado que nos ocupa. Lo hacemos presente por elementales razones de certeza jurídica.-

No cabe duda de que desde el punto de vista ideal y de la realización del bien JUSTICIA, cualquier damnificado por un hecho ilícito debería recibir una justa reparación del perjuicio que le ha sido irrogado. Desde este punto de vista, no sería justo que por circunstancias ajenas al injuriado, el daño no sea reparado.

Sin embargo, desde el punto de vista de la realidad práctica, no es posible concebir que se resuelva una situación injusta, transfiriendo a otro la injusticia. La suma de injusticias no es una solución para el derecho (no se trata como dice el dicho de "vestir un santo para desvestir a otro").

Como lo señalé en otro trabajo[24], las personas que con previsión contratan un seguro, lo hacen a través de una empresa. Así fue concebido por Código de Comercio que condicionó el ejercicio de actos de comercio vinculado a los seguros bajo la organización de una empresa (art. 8, inc. 6° Cód. Comer), sometiendo su constitución, autorización, control y liquidación, a un organismo de control, la Superintendencia de Seguros de la Nación (Ley 20.091 de Entidades de Seguro y su Control), obligando a quienes decidan ejercer tal tipo de actos comerciales, a adoptar un tipo asociativo específico: Sociedad Anónima, Sociedad Cooperativa o Sociedad Mutual.

La actividad aseguradora se encuentra así claramente orientada satisfacer las necesidades de previsión que la exposición a los riesgos genera en quienes contratan con el asegurador un seguro, delimitando y emplazando de tal forma la protección asegurativa sólo hacia esa persona, que es nada más y nada menos, quien paga el precio para ello.

Cabe preguntarse cómo se brinda y garantiza esa protección que asume el asegurador, ya que de su respuesta resultará la no escindible relación que se genera entre la dimensión del riesgo que se asume y el precio que por él paga el asegurado.

Pues bien, sobre la base de una universo de riesgos asegurados (fondo de primas constituido por la mutualidad de asegurados, al que es ajena la denominada *"seguridad de las víctimas"*) el asegurador establece el mínimo del colectivo en base al cual constituye sus reservas básicas y de riesgo, que serán las que le permitirán establecer la distribución teórica de los desembolsos durante el período de tiempo tomado como base, y la necesidad de capital que deberá ser invertido para hacer frente a los desembolsos.

Para ello previamente habrá efectuado un estudio del comportamiento del riesgo basado en su historia previa. La frecuencia e intensidad del mismo se determinan sobre la base de los datos que suministra la estadística que, recogidos del pasado, permiten establecer el comportamiento futuro de los riesgos asumidos. Cuando el comportamiento futuro del riesgo se ajusta a la hipótesis estadística tomada como base de cálculo y entre previsión y realidad no existen diferencias, será igual a la necesidad del capital para hacer frente al riesgo, de acuerdo a su probabilidad teórica. Tal la forma en que el precio del seguro, la prima, es establecida.

---

[24] "El derecho de seguros, el derecho de daños y los derechos del consumidor. Un sofisma "seguro", a propósito del dogma "consumista", publicado el 22/11/2007 en El dial.com. Citar: elDial.com – DCCEC.

La relación entre estos conceptos, riesgo y prima, ha sido claramente definida por la doctrina judicial en numerosos casos, entre ellos:

"El riesgo y la prima son elementos del seguro recíprocamente condicionados de modo que el monto de ella es buen índice para precisar el riesgo efectivamente cubierto". (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2a, 22/12/1981) JA 1983-1-94. - *"En el seguro, la ecuación del asegurador a través de la cual éste logra la eliminación, neutralización y compensación de los riesgos, sólo se logra por aplicación del principio de la equivalencia entre "riesgo" y "prima", el que se ve alterado en su médula cuando se provoca el siniestro por dolo o culpa grave. Es por ésta razón que tanto el legislador, como la póliza que rige las relaciones de las partes, han excluido la culpa grave de la cobertura, como un supuesto de "no seguro", liberando al asegurador cuando el accidente se produce mediante ella por parte del asegurado".* (CNCom. Sala B, setiembre 11-987 – Viva Miguel O. c/ El Comercio de Córdoba, Cía. de Seguros S.A.) D.J. 1988-I-61.

Resulta así obvio que el seguro privado se instrumenta a través de único contrato, el cual por su estrecha vinculación con el mecanismos técnico económico del seguro, las modalidades de celebración, el carácter reglamentario de la legislación específica y el control estatal sobre la actividad, lo delinean con aspectos particulares que lo definen y caracterizan por su finalidad: la protección del patrimonio del asegurado. Vale decir, el tercero damnificado no es objeto de protección del contrato de seguro, sino en forma indirecta en cuanto su reclamo amenace la integridad del patrimonio del asegurado, en los límites del contrato suscripto.

Por ello es que en los seguros en los que se cubre la responsabilidad civil del asegurado, las defensas nacidas con anterioridad al siniestro, entre las cuales se encuentra la franquicia, la culpa grave del asegurado y el impago de la prima son oponibles a los terceros damnificados. Así lo ha establecido pacífica doctrina judicial: *"El pago de la prima efectuado por el asegurado después del vencimiento y del siniestro, no tiene otro alcance que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura, pudiendo esta suspensión oponerse no sólo al asegurado, sino también a la víctima del siniestro"* (CNac.Civ., Sala A, 27/12/1974) ED 62 257[25].-

Partiendo de premisas que en verdad no resultan verdaderas, de generalizaciones vinculadas al concepto de *derecho de daños* o de referencias a *hechos económicos en interés de la comunicad* o de una supuesta *seguridad de las víctimas* (valores entendidos pero no explicitados legal y jurídicamente), se arriba sin solución de continuidad, a conclusiones igualmente falsas.

Los derechos de los consumidores, por otra parte, no se encuentran en un rango supra constitucional, aun cuando la Carta Magna los haya consagrado en su artículo 42.

Al menos se encuentra en el mismo rango que el derecho a contratar libremente y a ejercer una industria lícita (arts. 19 y 14 CN). La Corte Suprema de Justicia de la Nación a dicho con todo acierto que: *"… el contrato [de seguro] y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 del la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término propiedad desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Fallos: 145:307; 172:21, disidencia del juez Repetto)"*

"Debe afirmarse entonces que la libertad de ejercer una industria lícita, celebrar el contrato, fijar su contenido, están tuteladas constitucionalmente. Se viola este principio si, como en el caso, se modifica

---

[25] Idem: Partes: Juárez, José I. y otros v. Altamirano, Silvio. Tribunal: C. Nac. Civ., sala I; Fecha: 28/09/2000; Citar Lexis Nº 30011362

judicialmente el contenido del contrato celebrado ejerciendo una industria lícita, conforme a la ley y reglamentaciones fijadas por el Estado"[26].

Desde el punto de vista comercial, de conformidad a lo establecido por el art. 8°, inc. 5to. y 6to. del Código de Comercio, sólo se concibe la actividad del "transporte" como la de "seguros" bajo la forma de "empresa".

Ambos contratos se encuentra regulados por el citado Código, en sus artículos 162 a 206 -el contrato de transporte terrestre- y por la ley 17.418, del contrato de seguro.

En consecuencia, ambas modalidades contractuales se encuentra bajo el ámbito del derecho privado y sujetos por lo tanto a la libertad de contratar que se inspira en las normas del Código Civil. Su origen se encuentra tanto en cuanto dispone el art. 14, como el 19 de la Constitución de la Nación Argentina, en su parte Primera, Capítulo I, Declaraciones, Derechos y Garantías.

Es por tal motivo que el más Alto Tribunal de la República resolvió revocar la sentencia dictada en pleno por la Cámara Nacional en lo Civil, en in re: "O. 166. XLIII. RECURSO DE HECHO - "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" - CSJN - 04/03/2008, al declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y revocar la decisión apelada, admitiendo que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, ley 48)). Con costas. Reintégrese el depósito y agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.-[27]

Cabe destacar que el pronunciamiento transcripto se ha mantenido invariable a través del dictado por la Corte de numerosos y reiterados fallos confirmatorios del criterio expuesto[28], afirmando que: ""*Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico debe tender al resarcimiento integral del damnificado, tal objetivo no puede cumplirse en desmedro de otros principios jurídicos vinculados a la causa de las obligaciones, convirtiendo al asegurador en deudor de la totalidad de los perjuicios los que el riesgo pueda eventualmente generar, pues la franquicia fijada opera como un límite de la garantía y, por lo tanto, si se extendieran los efectos de la sentencia a la aseguradora -contrariando lo pactado en cumplimiento de normas expresas - se la estaría condenando a efectuar un pago sin causa (art. 499 del Código Civil). Ello es así, toda vez que las cláusulas que limitan el riesgo asegurable no pueden ser ignoradas en tanto el seguro de responsabilidad civil se instituye en beneficio del asegurado y los terceros sólo pueden aprovechar sus efectos en la medida en que el contrato así lo permita." (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría)*

"No parece razonable garantizar una reparación plena de los derechos lesionados ante la supuesta crisis en que se encontraría inmersa la empresa de transporte condenada en autos mediante una solución que importe el apartamiento de elementales normas y principios que rigen en materia de seguro de responsabilidad civil." (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría)

"Corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación." (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría).

Lo cierto es que si no se quiere volver a la situación que dio origen a la declaración de la emergencia en el servicio público automotor de pasajeros, sin aseguradora que responda por los daños y con empresas concursadas -la peor de todas las situaciones para un damnificado por el hecho del transporte- habrá de aceptarse la justicia de la solución dada en tanto se encuentra fundada en los principios técnicos, económicos y jurídicos del Seguro.

Tercera cuestión: ¿Cuál es la solución justa?

---

[26] Cuello, Patricia Dorotea v. Lucena, Pedro Antonio; Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fecha: 7/8/2007; Cita: MJJ13293.

[27] El Dial.com; Citar: elDial.com - AA4584.-

[28] Uno de los últimos dictados lo fue en in re: S.C.N 154 L. XUV - "Nieto Nicolasa Del Valle c/ La Cabaña S.A. y Otros S/ daños y perjuicios (ACC. tran. c/ les. o muerte)" – CSJN - 06/09/2011. Citar: elDial.com - AA6F2B

No cabe duda de que para que el Servicio Público de Transporte Automotor de Pasajeros pueda hacer frente a la frecuencia de los daños que ocasiona a terceros, debe cobrar tarifas suficientes, de modo que se encuentre en condiciones de generar las reservas necesarias para hacer frente a la parte del riesgo que se encuentra a su cargo de acuerdo a la franquicia o descubierto obligatorio que el contrato de seguro impone a su cargo.

¿Es esta una solución al alcance de los jueces? Lamentablemente, no. Tampoco está al alcance de las aseguradoras ni de cualquier ciudadano que haya resultado damnificado por el hecho del transporte.

No cabe duda de que la solución de semejante problema la debe dar el legislador, sobre la base de recursos de carácter permanente en el tiempo y con vistas al largo plazo.

Un ejemplo de tal solución lo constituye el Consorcio de Compensación de Riesgos que contempla la legislación española. Se incluyen en el mismo los riesgos que no sean susceptibles de garantía mediante una póliza de seguros privado ordinario, por obedecer a causas anormales o de naturaleza extraordinaria. La finalidad del Consorcio no es la de competir en el mercado con las aseguradoras privadas, sino complementar la garantía que éstas otorgan, para en conjunto ofrecer una mejor y más completa cobertura, haciendo más eficaz el seguro.

Obviamente deben estar referidos a riesgos anormales o de naturaleza extraordinaria, es decir, que escapen a los cálculos y bases técnicas y estadísticas que son necesarias para la implantación adecuada de cualquier seguro, o que la posible magnitud de los siniestros haga aconsejable la colaboración del Estado, o que por el gran número de personas que puedan resultar afectadas por cada siniestro sea conveniente darles un tratamiento no estrictamente mercantil.

El precio por la cobertura de los riesgos extraordinarios está constituido por un pequeño recargo sobre las primas de los seguros ordinarios que los asegurados pagan junto con las primas de éstos a sus entidades aseguradoras, las cuales ingresan mensualmente dichos recargos en el Consorcio[29].

La formación de este fondo especial, permite la cobertura de ciertos riesgos que, el que nos ocupa, registran un comportamiento anormal.

Ello en la medida que en nuestro país, el gobernante de turno no decida apropiarse de los fondos así constituidos so pretexto de profundizar el modelo productivo de matriz diversificada con inclusión social.

Esta sería en mi opinión, una solución justa y perdurable en el tiempo. Tenga presente el lector que, por ejemplo, las víctimas del atentado terrorista del 11/9/2004 ocurrido en la estación ferroviaria de Atocha (Madrid), fueron indemnizadas a través del Consorcio. Imagine en qué situación diferente se encuentran los damnificados por el accidente ocurrido en la Estación Once el 22 de febrero ppdo. Recordemos el dicho: "para muestra basta un botón".

Dr. Amadeo Eduardo Traverso

a1traverso@speedy.com.ar

Abogado, graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en 1974. Se especializo en seguros y reaseguros, con una extensa experiencia profesional adquirida en el desempeño de diversas funciones directamente relacionadas con estas materias.

Es asesor de importantes aseguradoras y reaseguradoras del mercado local. Durante un período de diez años, actuó como Presidente de la Cámara de Aseguradores de Accidentes del Trabajo y como Asesor Legal de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros, siéndolo actualmente de la Asociación de Aseguradores Argentinos (ADEAA).

---

[29] Fernando del Caño Escudero: "Derecho Español de Seguros", tomo II, Parte Especial; tercera edición, Madrid, 1983, pág. 487/502.-

Es Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho de Seguros (AIDA), del Club de Abogados de Seguro; del Instituto de Estudios Marítimos y también de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, por el período 1992/1994, en la especialidad Legislación Laboral.

Participó en calidad de disertante en numerosos cursos de postgrado, en materias tales como "Accidentes de Tránsito", "Seguros Patrimoniales", "Riesgos del Trabajo" "Transportes", etc., Publica habitualmente numerosos artículos en materia aseguradora y jurídica, en revistas especializadas. Es autor del libro " La Responsabilidad Civil del Médico y su Seguro", editado por "Publiseg S.R.L." en el año 2005.

Actualmente es socio titular del estudio "Espósito & Traverso, Abogados", actuando como asociado al Estudio MOAR & Asoc., en temas tributarios.