

N. 42288
R. 40865

CE GERS 91

Madrid, 4-5 de Marzo de 1991

Modelos Clásicos:
Insatisfacción de sus coberturas.
Fernando Calbacho Villasante.
Abogado. Ex-Risk Manager E.N.P. REPSOL.
Miembro Docente AGERS.

EL SEGURO DE LUCRO CESANTE O DE PERDIDA
DE BENEFICIOS POR INTERRUPCION DE LA EM
PRESA. MODELOS CLASICOS. INSATISFACCION
DE SUS COBERTURAS.

Esquema expositivo:

El Seguro de vida de la Empresa.- Breve referen
cia histórica.- Encuadre legislativo.- Seguros
Industriales.- Dificultades operativas.- El prin
cipio indemnizatorio en la LCS.- Implantación y
trayectoria en España de este seguro.- El riesgo
de avería de maquinaria y la teoría de la "ave
ría previa" (Una cuestión incidental).-Insatis
facción de los modelos clásicos para las grandes
empresas industriales.- Las coberturas "todo ries
go" y las pólizas llamadas "paquete".- Algunos
problemas actuales: 1. La aplicación de las fran
quicias. 2. ¿Pérdida de producción o pérdida de
ventas?.- Consideraciones finales.

FERNANDO CALBACHO VILLASANTE.
Abogado.
Miembro Docente AGERS.

El seguro de lucro cesante es un seguro de vida. Esta afirmación, expresada así, sin más, pueda ser motivo de escándalo, de puro heterodoxa. Efectivamente, no sería admisible, bajo ningún punto de vista, clasificar a este seguro dentro de la categoría de los seguros sobre la vida. Sin embargo, ha sido llamado por algún autor (1) el seguro de vida de las empresas. Hecha esta observación, lo dicho al principio ya no debe parecer tan escandaloso. Porque, efectivamente, todos sabemos por las estadísticas que, en muchos casos, las pérdidas derivadas de una interrupción de la empresa como consecuencia de un siniestro, han superado con creces las pérdidas por daños materiales. Precisamente, entonces, la vida de la empresa puede depender de la existencia o no de un seguro de pérdida de beneficios.

Históricamente, este seguro ha tenido una lenta evolución. Muy resumidamente, podría decirse que apareció primero en el seguro marítimo, para aplicarse también después en el seguro de transporte terrestre. Más adelante, se contrata como un pacto expreso para asegurar los daños indirectos en el seguro de incendios. Finalmente, se incluye esta cobertura en otros seguros de daños, hasta su reconocimiento como seguro autónomo.

Se desarrolla a partir de su aplicación en Inglaterra. Al principio, las indemnizaciones eran muy altas, debido a que sólo se aseguraban las grandes empresas, lo que pudo arruinar el sector, haciendo desaparecer la práctica del mismo por lo que ahora se llama antiselección del riesgo. Posteriormente, se extendió a pequeñas y medianas empresas, llegando al equilibrio de explotación de este seguro. Actualmente, el reconocimiento de su autonomía está plenamente aceptada, centrándose toda la problemática en su funciona-

(1) LAMBERT-FAIVRE, citado por JUSTINO F. DUQUE en sus comentarios a los arts. 45-67 LCS, "CUNEF", Madrid, 1992.

miento práctico, tratando de armonizar los intereses económicos de las empresas con los principios clásicos del seguro.

Las dificultades, todas las dificultades, se plantean a la hora de calcular la pérdida de beneficios, porque se opera sobre meras hipótesis, sobre puras suposiciones. Cuando se produce el siniestro, el interés asegurado es inconcreto y su valoración será siempre problemática, lo que ha llevado a algunos autores a cuestionar la aplicación rigurosa del principio indemnizatorio (Art. 26 LCS) a este seguro.

El seguro de lucro cesante, según la expresión legal, o el seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa, según la terminología preferida por otros autores (Javier Tirado Suárez), es un seguro de daños, y como tal está regulado por nuestra Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro (Sección quinta del Título segundo, arts. 63 a 67). En España es la primera vez que una ley general regula este seguro. Puede consistir en un seguro independiente o configurarse como un pacto añadido a otro seguro de naturaleza independiente. Cuando el seguro de pérdida de beneficios es autónomo, la ley prohíbe que las partes pre-determinen el importe de la indemnización (Art. 67 LCS).

Algunos autores modernos han incluido a este seguro también en la categoría de los llamados "seguros industriales", que son, según Ernesto Caballero Sánchez, "todos aquellos susceptibles de cubrir los distintos riesgos a que se hallan expuestos los diversos elementos (personales, materiales e inmateriales) que integran las actividades y patrimonio de una empresa industrial o cualquier otro complejo patrimonial asimilado a ella a efectos de seguro".

Pero volvamos a lo que antes decíamos sobre las difi-

cultades que se plantean a la hora de calcular la pérdida de beneficios.

El beneficio que se trata de asegurar, garantizando su integridad mediante la indemnización en caso de siniestro, no existe ni en el momento de celebrar el contrato ni, posteriormente, cuando ocurre el siniestro. En esos momentos lo único que existe son esperanzas o expectativas. La suma asegurada habrá de ser determinada convencionalmente teniendo en cuenta indicios o datos objetivos, basados en la experiencia (ejercicios anteriores, presupuestos, etc.)

Se trata de cubrir la pérdida económica que produce el daño -la desaparición o el deterioro- a un elemento de su patrimonio que todavía no existe, pero de existencia probable según los antecedentes de otros ejercicios y las expectativas del actual (presupuestos). En suma, el rendimiento empresarial que se hubiera obtenido de no haber ocurrido la interrupción de la empresa.

El beneficio está unido a la iniciativa y a la actividad empresarial. Su definición económica es la diferencia entre los ingresos y los gastos o costes. Dicho de otra manera más técnica, es la diferencia entre la rentabilidad de los elementos concretos de la empresa y la rentabilidad del conjunto, (BARCELONA).

Por otra parte, existen una serie de elementos influyentes en la determinación de la pérdida de beneficios por interrupción de la empresa como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro, cuales son; la elasticidad de los costes; el tiempo, en un doble aspecto: de un lado, el momento en que ocurre la interrupción, y, de otro lado, la duración de la misma; el carácter más o menos estacional de la producción, y, por último, la posibilidad de reducir sus efectos mediante la adopción de medidas con los consiguien

tes gastos adicionales incurridos.

Todas estas consideraciones tratan de plantearnos el abanico tan amplio de dificultades que se nos pueden presentar a la hora de enfrentarnos con la ardua tarea de valorar el interés asegurado, lo que, como decíamos antes, ha llevado a algunos autores a cuestionar la rigurosa aplicación del principio indemnizatorio a esta clase de seguro.

Efectivamente, una parte de la doctrina moderna -como señala el profesor Duque-, ha lanzado ataques generalizados contra la formulación extrema de este principio, y lo han tachado de jurídicamente nebuloso y expresivo de una desconfianza hacia los asegurados. Su reconocimiento como elemento de la estructura del seguro, debe ser matizado en algunas modalidades, según las necesidades puestas de manifiesto por el tráfico moderno. Por otra parte, el criterio limitativo del interés asegurado en el momento de producirse el siniestro es muy problemático, porque, como se ha indicado antes, cuando se produce el siniestro el interés asegurado no se ha concretado.

Ciertamente, las dificultades que presenta esta clase de seguro, son de carácter operativo.

La existencia del interés asegurado, que debe mencionarse en todo contrato de seguro (Art. 8 LCS), determina la positivación expresa del principio indemnizatorio (prohibición de enriquecimiento injusto). Pero la Ley de Contrato de Seguro también regula adecuadamente -como ha señalado el profesor Duque- los principales supuestos en los que este principio parece experimentar alguna debilitación, como son: la póliza de valor estimado, el seguro de lucro cesante y la póliza a valor de reemplazo o a valor de nuevo. A lo que cabría añadir la permisividad de la derogación de la regla proporcional.

Años antes a la aparición de la Ley de Contrato de Seguro, en 1976, el profesor Tirado Suárez, se ocupó, sin embargo, de establecer la clara relación que para él existía entre el seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa y el principio indemnizatorio, basándose en diversos argumentos, que van desde la cláusulas de las pólizas que regulan el procedimiento de valoración y liquidación del daño, verificando que verdaderamente haya sido causado por el siniestro -sin ignorar las dificultades por las que deba pasar su aplicabilidad-, pasando por aducir la posible vulneración de la causa del contrato, que es precisamente la indemnizatoria, hasta acabar trayendo a colación el propio art. 399 del Código de Comercio, que se refiere a la hipótesis del doble seguro, del que también podría inducirse tal principio. Actualmente, como todos sabemos, este artículo del Código de Comercio ha sido derogado, junto a otros preceptos de este mismo Código y otros del Código Civil, por la LCS de 1990.

El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa, tiene su origen próximo, como ya se ha dicho, en el seguro de incendios, como cobertura complementaria, aunque se configuran como seguros autónomos y en la práctica el seguro de incendios sólo juega como presupuesto en el momento del siniestro.

El desarrollo en la práctica de este seguro en nuestro país ha sido lento y su implantación todavía es relativamente escasa. Por otra parte, su contratación sigue fuertemente vinculada al seguro de incendios, a pesar incluso de la importancia de otros riesgos, sobre todo en el área industrial. Me estoy refiriendo especialmente al riesgo de avería de maquinaria.

Este riesgo se caracteriza, frente al de incendios,

por su concreta localización y su falta de propagación en caso de siniestro, lo que proporciona la posibilidad de asegurar parcialmente las instalaciones, seleccionando los llamados "cuellos de botella", que al ser afectados por el daño material de avería o rotura inciden gravemente en la paralización o interrupción de la empresa. Pero esta técnica de aseguramiento parcial o por zonas, puede llevar aparejado un incremento considerable en el coste del seguro, por lo que pueda suponer de antiselección del riesgo.

Además, esta técnica selectiva, supone una mayor intervención del asegurador en la fase previa de la contratación y la supervisión de la maquinaria durante la vigencia del contrato. Por otra parte, la propuesta del seguro suele ser mucho más prolija y compleja, requiriéndose abundante información y documentación, con análisis muy minuciosos del riesgo, que suelen derivar incluso en un mayor número de exclusiones.

Algún autor ha caracterizado también este riesgo, frente al de incendios, por la desaparición de la exigencia de que exista en vigor una póliza de daños materiales en el momento de ocurrencia del siniestro, como "condicio sine qua non" para el resarcimiento de la pérdida de beneficios. Pero no parece ser que en la práctica esto haya sido así, aparte de que esta posibilidad tiene ya su respaldo legal para todos los seguros de lucro cesante, tal como previene el art. 63 de la LCS.

El escaso desarrollo de la cobertura del riesgo de avería de maquinaria, en su doble vertiente de cobertura de daños materiales y de lucro cesante, ha llevado a una tendencia en algún sector de la práctica pericial, que estimo muy peligrosa, aunque, afortunadamente, no parece estar muy extendida. Se trata de lo que

podría llamarse "teoría de la avería previa", y no resisto a la tentación de referirme a ella, aunque sea de una manera incidental, a modo de "aviso a los navegantes".

La hipótesis es que, no existiendo cobertura de avería de maquinaria y sí de incendios y de pérdida de beneficios por esta causa, al producirse el siniestro de incendios se detecta como causa inmediata del mismo una rotura o avería de maquinaria, que incluso puede ser de escasa entidad en sí misma y no determinante por sí sola de la interrupción de la empresa.

Pues bien, ante tal supuesto, se ha tratado de que prevalezca un mal llamado principio causal, según el que, al no estar cubierto el riesgo de avería de maquinaria y habiéndose producido una "avería previa" de tal naturaleza, los daños consecuenciales no deberían ser indemnizables nada más que en la medida de su estricta cobertura.

Con esta presentación esquemática, la tal teoría tiene incluso buena apariencia. Lo cual ha llevado a que prevalezca, que yo sepa, aunque sólo de una manera parcial y sin repercusión económica inmediata para el asegurado, al propiciar un reparto de la indemnización entre distintos reaseguradores en un caso de existencia de una póliza de las llamadas "todo riesgo".

El caso entraña realmente mayor complejidad y posible trascendencia de la expuesta, pero este no es el momento ni el lugar para entrar en su análisis pormenorizado, que nos podría llevar muy lejos en un campo, como es el de la tasación de daños e interpretación de las coberturas, ajeno a nuestros propósitos actuales, pero de indudable trascendencia, incluso en el seguro a valor de nuevo.

Hecna mención de las coberturas "todo riesgo", creemos es obligado referirnos a ellas, aunque sea brevemente, desde la perspectiva de la cobertura de pérdida de beneficios.

La contraposición entre los sistemas de cobertura "por ramos técnicos" y las llamadas "todo riesgo", muy esquemáticamente, puede expresarse así: la definición y delimitación de las causas del siniestro, frente a la definición o delimitación de los riesgos no cubiertos, entendiéndose asegurado todo lo que no está excluido. "Está asegurado todo lo que se delimita o acota", frente a "está asegurado todo lo que no se delimita o acota como exclusión", con la inversión de la carga de la prueba en este segundo sistema.

Algunos grupos industriales importantes en España, están contratando, con la intervención de grandes brokers y la creación de cautivas, pólizas llamadas "paquete", que otorgan coberturas muy amplias "todo riesgo".

Las dos pólizas que creemos más importantes en España se contratan, la primera, a mediados de 1982, y la segunda, toma efecto a primeros de 1988.

Mas para llegar hasta aquí se ha recorrido un largo camino, que ahora repasaremos brevemente.

La complejidad de las grandes empresas industriales en el entramado de su proceso productivo y de su organización multiempresarial, formando grupos muy cohesionados en aras de conseguir dimensiones más competitivas, parece que va aconsejando cada vez más el aseguramiento de los beneficios en sus resultados globalmente integrados o consolidados.

Este fenómeno está haciendo que las condiciones de cobertura del lucro cesante deban tener cada vez más en

cuenta las características específicas de cada riesgo en particular, y así los modelos clásicos están empezando, en ocasiones, a resultar insatisfactorios.

En España, las primeras pólizas de pérdida de beneficios se hacen siguiendo el sistema francés ("chômage"), otorgando solamente una garantía suplementaria de paralización en los seguros de daños materiales hasta un porcentaje de la indemnización a pagar por los daños producidos a consecuencia de incendio e explosión.

Posteriormente, se introduce en nuestro país la forma basada en el cálculo de lo perdido realmente durante el periodo de interrupción de la empresa, por influencia de las compañías anglosajonas que operaban en el mercado, fijándose la indemnización en base a la contabilidad del asegurado, de la que se sacaba el promedio de las ganancias obtenidas durante los tres ejercicios naturales anteriores. Este sistema "turnover" (volumen comercial) es el que se ha venido desarrollando durante los años 60 a 70.

Lo que normalmente se tiende a asegurar es el beneficio bruto (gastos fijos más beneficio neto), a lo que se pueden añadir algunos gastos variables pero necesarios para la recuperación de la empresa (los llamados "gastos extraordinarios").

El beneficio neto se puede calcular a través de diferentes métodos. En la práctica, los más usados son:

- El método de adición o suma del beneficio neto a los gastos permanentes, fijos o inevitables.
- El método de sustracción o diferencia, a partir de la cifra o volumen de negocio, que comprende estos tres elementos: gastos variables, gastos permanentes y margen de explotación. El beneficio

bruto es el resultado de restar al volumen de negocio y los stocks al final del ejercicio, los gastos variables y los stocks al principio del ejercicio.

Cabe también que el interés asegurado se fije sólo en una parte de los gastos fijos, lo que obliga a su previa enumeración.

Si no existe beneficio neto, si hay pérdidas, los gastos fijos deben reducirse en la misma proporción.

Pero, como ha señalado el profesor Tirado, la distinción entre costes fijos y variables tiene un carácter relativo, ya que no depende de cualidades intrínsecas a esos dos tipos de costes, sino a circunstancias de la empresa y del mercado.

En todo caso, habrá de concederse suma importancia a la contabilidad de la empresa, teniendo en cuenta ejercicios anteriores y ponderando el curso o giro hipotético de la misma durante el período de interrupción.

Las pólizas llamadas "paquete", que se están introduciendo en España, se están contratando por grandes empresas industriales, de gran potencial económico, y cuyo volumen de primas está permitiendo utilizar adecuadamente a brokers internacionales una estrategia de grupo para la colocación de los riesgos en bloque, proyectando al mercado asegurador una imagen de mayor dimensión y racionalización de los riesgos.

En suma, la obtención de estas condiciones de cobertura más amplias está condicionada por la dimensión del asegurado, y se consiguen en el mercado reasegurador, vía facultativo, con una mayor capacidad de compra y una mayor capacidad negociadora, por lo que parece más problemática su consecución por parte de las medianas y peque-

ñas empresas.

Bajo esta modalidad de cobertura, el riesgo de pérdida de beneficios queda amparado por las condiciones a que vamos a aludir muy sucintamente a continuación, sin mencionar las ya esbozadas anteriormente, y sin referirnos, por supuesto, a otros riesgos que no deben ser ahora objeto de nuestra atención, y que, por cierto, fueron magistralmente analizados por diversos expertos en la materia durante la celebración del " Segundo Congreso de Gerencia de Riesgos y Seguros Industriales " ("CEGERS '89"), que tuvo lugar aquí mismo en los días 13 y 14 de Marzo de 1989.

Se cubre toda interrupción de la actividad o negocio empresarial, con exclusiones mínimas y nominadas. Se incluye la pérdida de beneficios derivada de accidente cubierto en la póliza, pero que ocurra en instalaciones de terceros y de proveedores, incluso en propiedades próximas, que impidan el uso o acceso a las instalaciones aseguradas. También, la pérdida de beneficios llamada anticipada (aunque toda pérdida de beneficios, cuando se produce el siniestro, es realmente anticipada) por interrupción en el calendario de construcción o montaje de proyectos que demore su terminación.

Se establece un capital asegurado, a primer riesgo, con valoración pactada, cuyo cúmulo, bien calculado, debe exceder el "máximo riesgo previsible" de daños y pérdidas consecuenciales. Y si la prima del riesgo de pérdida de beneficios está individualizada, se puede fijar el capital asegurado tomando en consideración el beneficio consolidado, según presupuestos anuales, que se regularizará al final de cada ejercicio en base a los resultados reales.

El interés asegurado para pérdida de beneficios, se puede referir a la pérdida de ingresos consolidados según los presupuestos y la contabilidad de la empresa o del grupo, incluyendo los llamados "gastos extraordinarios" en su sentido más comprensivo, menos los costes razonablemente evitables, que se pueden estimar incluso anticipadamente en un porcentaje de la mano de obra directa a partir de un primer período de la interrupción fijado también previamente.

O se puede concretar asimismo este interés asegurado en el margen bruto de explotación (beneficio neto más gastos fijos), el incremento de costes de explotación y los gastos extraordinarios o "de aceleración" incurridos para cortar los tiempos de suministro e interrupción de la empresa.

Con todos estos posibles antecedentes en el contrato, se pone de manifiesto que los presupuestos y los métodos contables del asegurado cobran una singular importancia, y debe pactarse que sobre esos datos se calculará la indemnización en caso de siniestro, para su rápida y eficaz liquidación.

Se configura como un seguro en exceso y de diferencia en condiciones o límites de cualquier otro.

Se pacta la derogación de la aplicación de la regla proporcional.

El período de indemnización se ha llegado a fijar incluso con carácter indefinido y no limitado siquiera por la vigencia de la póliza. En todo caso, el límite temporal no debe ser inferior a veinticuatro meses.

Finalmente, el ámbito espacial es, de momento, el máximo; todo el mundo.

Las retenciones por parte del asegurado (franquicias, deducibles o períodos de carencia) en estas pólizas "paquete" suelen ser altas, fijándose normalmente en un número de días, lo que tiene el inconveniente de dejar indeterminada su cuantía hasta el momento de la valoración del daño.

Se pueden negociar franquicias cuantificadas previamente, que siempre serán altas, o se puede adoptar una fórmula intermedia, como sería limitar en unidades monetarias la participación del asegurado en el daño dentro de un período de carencia temporal.

Me estoy extendiendo quizá demasiado para el tiempo disponible, pero no querría terminar sin referirme a dos o tres cuestiones que se apuntan como problemáticas en la actualidad.

Algunas de ellas están insertas precisamente en el terreno de la aplicación de las franquicias o períodos de carencia que acabamos de mencionar.

Por una parte, se discute si el período de carencia durante la interrupción de la empresa (que es el tiempo durante el cual el asegurado debe soportar la pérdida de beneficios), debe computarse en forma estrictamente cronológica, es decir, desde el primer instante del período de interrupción hasta completar el plazo estipulado, o, por el contrario, su cómputo debe hacerse a prorrata en función de la totalidad de los días de interrupción y los del período de carencia una vez evaluado el daño total. La distinción puede tener importantes consecuencias económicas. Nos inclinamos por la primera solución, pero no cabe duda de que se trata de una cuestión transaccional si se está negociando la póliza, o de interpretación si ha entrado ya en vigor y no está suficientemente claro el tema.

De otra parte, se discute también si a los "gastos extraordinarios" se les debe aplicar también la franquicia o deducible, con independencia de haber sido ya aplicados al daño principal.

Se me ocurre que en este caso, como en tantos otros, se podría acudir a las fuentes del seguro marítimo, donde existe para un caso similar una cláusula, la "Sue and Labour Charges" ("gastos de debida diligencia"), que dice: "... tales gastos (en que puede incurrir solamente el asegurado, sus empleados o agentes, y deben ser hechos antes de llegar a destino) son indemnizables bajo la póliza sin referencia a la franquicia, si la hay (por ejemplo, en una póliza de mercancías con avería)". Ahora bien, sigue diciendo la cláusula: "En seguros de cascos, sujeto a cláusulas a término del Instituto, los gastos de la debida diligencia son indemnizables por los aseguradores, sujetos al deducible de la póliza". Aquí se distingue claramente entre deducible y franquicia, lo que puede ser relevante.

Tomo la parte traducida de la cláusula del "Diccionario de Términos Marítimos en Seguros", de R.H. Brown, traducido y anotado por Raul González Revia, con la colaboración de Carlos Martínez y Víctor Sorli, Editorial MAPFRE, Madrid, 1980, que está hoy aquí con nosotros y seguro nos podría ayudar en el análisis e interpretación de esta cláusula y su posible aplicación a nuestro caso.

En otro orden de cosas, quiero dejar señalada también la ya vieja discusión en el seguro de pérdida de beneficios, sobre si es mejor asegurar "pérdida de ventas" o "pérdida de producción", o quizá una fórmula mixta de, hasta un límite sin pérdida de ventas, se garantice la pérdida de producción.

Pero, en fin, sin tiempo ya para más, sólomente puedo dejar apuntadas aquí estas cuestiones.

Para terminar, voy a hacer sólomente una breve consideración. Dada la enorme complejidad, como hemos visto, del seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa, que se manifiesta sobre todo en la amplia(1) que se puede conseguir hoy a través de los sistemas aplicados a los complejos industriales modernos, hemos de concluir que, a pesar de la importancia de nuestra Ley de Contrato de Seguros, gran parte de esta modalidad de cobertura ha de continuar regida por las disposiciones de estas pólizas, que entrañarán, por tanto, ellas también, una complejidad considerable en su formulación de finitiva.

Con el fin de que se puedan obviar en gran medida todos los problemas de índole operativa que hemos ido repasando hasta aquí, aunque muy rápidamente, deberemos tener al menos, creo ya, estas dos ideas muy claras:

Primera: Este seguro se debe tratar de acomodar en todo momento a las necesidades del caso concreto, huyendo de excesivos tecnicismos, teniendo muy clara su finalidad y aprovechando al máximo la gran amplitud y flexibilidad en que podemos mavernarnos dentro de nuestro marco legal y las posibilidades del mercado asegurador.

Segunda: no abdicar nunca de los principio fundamentales en que se basa la institución aseguradora: la confianza y la buena fé.

Muchas gracias por la atención prestada a mis palabras.

(1) cobertura