



¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro?

Vicente Magro Served

Magistrado. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Análisis acerca de cómo ha afectado la pandemia mundial del coronavirus al sector del seguro y las incidencias que pueden darse en determinadas pólizas de seguro, acerca de si se admite la cobertura de la póliza o las entidades aseguradoras pueden rechazar esta cobertura.

Palabras clave: coronavirus; contrato de seguro; cobertura.

Fecha de entrada: 06-01-2021 / Fecha de aceptación: 10-02-2021

Cómo citar: Magro Served, V. (2021). ¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro? *Revista CEFLegal*, 245, 5-24.



How has the coronavirus affected insurance law?

Vicente Magro Servet

Abstract

Analysis about how the global coronavirus pandemic has affected the insurance sector and the incidents that may occur in certain insurance policies, about whether the coverage of the policy is admitted or the insurance companies may reject this coverage.

Keywords: coronavirus; insurance contract; coverage.

Citation: Magro Servet, V. (2021). ¿Cómo ha afectado el coronavirus al derecho del seguro? *Revista CEFLegal*, 245, 5-24.





Sumario

1. Introducción
2. La afectación del virus a los locales de negocio y su cobertura por el seguro
3. La póliza de *bussines interruption* y el debate ante si es el virus un daño material
4. Los distintos tipos de seguro contra interrupción de los negocios
5. El riesgo de la emergencia sanitaria y las consecuencias al seguro
6. ¿Cabría admitir una cláusula de exclusión de cobertura por siniestro o daños causados a tercero por la covid?



1. Introducción

Si ha habido un debate relevante durante los últimos meses en el contexto mundial y nacional ha sido el relativo a las relaciones entre el coronavirus y el sector del derecho del seguro.

Resulta evidente que habrá un antes y un después tras la pandemia del coronavirus, sobre todo en lo que afecta al derecho del seguro, porque era absolutamente impensable, e imprevisible, que un virus y el contagio que ha producido determinara la cantidad de problemas que se han producido con una crisis sanitaria y económica realmente impensable cuando la OMS ya adelantó, en febrero del pasado año 2020, que la situación se estaba complicando. Porque cuando a comienzos de 2020 los distintos Estados empezaron a adoptar medidas restrictivas de movilidad afectantes a la economía, no se sabía la duración de una situación que nos tiene todavía cogidos y sobrecogidos, hasta ver a dónde nos lleva la medida de la vacunación a lo largo de todo el 2021.

Por todo ello, las distintas Administraciones de todos los países han ido valorando la confrontación entre la protección de la salud y la protección de la economía, con la circunstancia de que si se protegía a la primera se desprotegía a la segunda, y esto ha sido una cuestión de debate largo y duradero sobre el que existen muchas posiciones interpretaciones, bajo el alegato que se puede morir por coronavirus, pero también se puede desfallecer por el decrecimiento de la economía.

Se trata de dos sistemas absolutamente contradictorios, por cuanto si se protegía a la salud con medidas restrictivas del movimiento, se sancionaba directamente a la economía por la imposibilidad de que esta resurja ante las restricciones y prohibiciones de movilidad de los ciudadanos.

Sin embargo, se han intentado posturas intermedias para evitar que la economía de los países entre en una crisis irreversible, pero ante esto los ojos han estado puestos en si esta situación estaba siendo objeto de protección por el sector asegurador, y, en consecuencia, si este podía y debía indemnizar a los perjudicados cuando se desprotegía la economía para proteger a la salud.

Por todo ello, en tanto en cuanto las medidas restrictivas han causado daños y perjuicios en los ciudadanos, surge el debate si en los casos en los que exista póliza de seguro que esté relacionada con el objeto de los daños causados, si puede reclamarse la indemnización a la aseguradora en razón a la posible cobertura sobre esos daños.

Veamos las distintas cuestiones que pueden surgir en este debate sobre el posible aseguramiento de «los efectos de la covid».

2. La afectación del virus a los locales de negocio y su cobertura por el seguro

En este escenario, es evidente que si hay un tema recurrente en la actualidad en materia relacionada entre derecho del seguro y covid-19 es la cuestión relativa a los daños y perjuicios que han sufrido los locales de negocio desde que el pasado 15 de marzo de 2020 se acordó el cierre de todos los establecimientos, salvo aquellos de primera necesidad, en virtud de la declaración del estado de alarma.

No obstante, aunque el 21 de junio de 2020 se alzó el confinamiento y se permitió la apertura de locales, ello lo fue mediante un proceso acompasado, que establecía una serie de requisitos para esa apertura, con limitaciones en su interior, y con medidas de control y seguridad en el exterior de los locales, todo lo cual ha producido una evidente merma de ingresos en los establecimientos comerciales, que todavía se sigue prolongando en virtud de medidas complementarias posteriores que se han impuesto, tales como el cierre de locales en algunas localidades a determinadas horas, o el denominado *toque de queda*, que impide que en horas nocturnas los locales también puedan estar abiertos.

El escenario antes de esta tragedia era absolutamente impensable, y nunca se pudo prever que una situación como la presente provocase unas pérdidas concretas tan enormes en los negocios que viven de su apertura, y de unos horarios que les habían permitido, hasta la fecha, los beneficios que se fijaban en sus libros contables, pero que ahora se han visto disminuidos desde el pasado 15 de marzo, con unas pérdidas importantes en todo el mundo. Y nótese que muchos de los locales vivían al límite, con muchos esfuerzos para mantenerse abiertos y a sus empleados trabajando, por lo que este golpe del virus ha producido que muchos de ellos hayan tenido que cerrar ante la imposibilidad de subsistir con las restricciones.

Los problemas que ha habido han sido muy duros, entre ellos la polémica surgida acerca del impago de las rentas de estos locales y si podría aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* ante la alteración de las circunstancias que existían cuando se firmó el contrato, llegándose, en muchos casos, a una notable reducción de la renta a pagar por el arrendatario, en virtud del cierre por tres meses por orden de la Administración del Estado (RD 463/2020), y, luego, por las limitaciones de apertura, corriendo el riesgo los arrendadores que no aceptaron la quita de que se les reconozca a los arrendatarios judicialmente la suspensión del contrato, en virtud de la alteración de las bases del negocio, al no reconocerse en el contrato la situación de la pandemia como riesgo asumido por el arrendatario.

Incluso, en muchos casos esta situación ha provocado que los arrendadores hayan pactado novar los contratos condonando las rentas, pero introduciendo *cláusulas covid-19* para el supuesto de que en el futuro se produzcan estas situaciones, y les permita a las partes de un contrato tener hecha ya la previsión de cómo quedarían para las partes del contrato la asunción de derechos y obligaciones si se toman medidas por la Administración ante una pandemia.

Pues bien, esta modificación de los contratos provocado por la covid-19 ha afectado a todo tipo de contratos, y también al derecho del seguro, a fin de clarificar cuáles son las consecuencias económicas de una pandemia desde que en el mes de marzo la OMS declaró como tal la situación grave, que ya se estaba produciendo en todo el mundo. Declaró, en realidad, y por consecuencia, la existencia de *un nuevo riesgo*.

La cuestión que nos ocupa y preocupa, entonces, es si estas pérdidas que han venido teniendo los establecimientos comerciales por consecuencia de las medidas que las diferentes Administraciones de los Estados han adoptado para evitar los contagios podrían estar cubiertas por la denominada *póliza de pérdida de beneficios por interrupción en los negocios*, y si el virus que ha provocado las medidas administrativas de limitaciones de apertura y sus condiciones de horarios puede suponer un daño material que sea objeto de cobertura.

La situación no es clara, aunque sean muchos los que apuesten por que la pandemia no es directamente un daño material y podría ser objeto de exclusión, aunque la cuestión se ha venido enfocando de una forma contundente en algunos países a favor del derecho indemnizatorio de los locales, ya que en Estados Unidos y Reino Unido la respuesta que se ha dado en este tema es de cobertura absoluta por los daños y perjuicios causados, en cuanto al lucro cesante que ha provocado esta imprevisible situación para los locales que tuvieran esta póliza si en la misma no constaba la exclusión expresa de cobertura en caso de pandemia.

3. La póliza de *bussines interruption* y el debate ante si es el virus un daño material

A) Objeto básico

A raíz de las medidas que la Administración ha venido adoptando en cada país y que afectan a los locales por la restricción de movimientos, nos encontramos con tres premisas básicas, a saber:

- a) La restricción de movimientos a los ciudadanos causa un daño a los locales.
- b) Menos movimiento = Menos consumo.
- c) Menos consumo = Menos ingresos.

En estos casos pueden existir daños directos provocados por el virus, como el fallecimiento, en las pólizas de vida. Daño directo.

Pueden existir daños indirectos, como el cierre de los negocios provocados por el Real Decreto 463/2020 o las posteriores restricciones de cabida de locales y horarios de apertura.

En este último caso no les afecta el directo, pero puede existir daño indirecto.

Sobre este tema resulta interesante acceder a la claridad expositiva que ofrece Aon Empower Results, en cuanto se hace una serie de preguntas y respuestas sobre este tema, a saber:

a) ¿Qué es una cobertura por interrupción de negocio?

Cubre la pérdida de ingresos sufrida por una empresa, dado un daño directo a sus instalaciones por un peligro asegurable.

El objetivo principal de la cobertura por interrupción de negocio es restablecer las operaciones del negocio a lo que eran antes del evento catastrófico, y está diseñada para colocar a una empresa en la misma posición financiera en la que habría estado si no hubiera ocurrido el siniestro.

Este tipo de cobertura no se trata de una póliza independiente, sino que es más bien un endoso que se puede agregar a la póliza de seguro de propiedad que cubre a la empresa.

b) ¿Quién deben tener una cobertura de seguro por interrupción de negocio?

Todo negocio, sea grande o pequeño, debe tener un seguro para interrupción de negocio que cubra la pérdida de ingreso en adición a los gastos operacionales del negocio, incluyendo la nómina. El seguro podría cubrir incluso los gastos adicionales incurridos por el dueño para ser su negocio operativo.

c) ¿Cuándo se activa la cobertura?

La cobertura por interrupción de negocio se activa cuando ocurre el daño.

d) ¿Qué gastos cubre?

La cobertura por interrupción de negocio envuelve dos tipos de gastos: primero, el ingreso comercial, los gastos operacionales del negocio y la nómina; y segundo, los gastos extra en los que incurre el comercio relacionados con mantener la operación luego del infortunio. En general, cubre los gastos necesarios para mantener las operaciones del negocio a flote y que este vuelva al nivel de operación previo al desastre.

Pues bien, para analizar este tema debemos destacar una máxima como es la relativa a que los daños causados por el coronavirus se cubren en la distinta póliza si el riesgo está cubierto, salvo exclusión por pandemia ex artículo 3 de la Ley de contrato de seguro (LCS), bajo la tesis de que *Todo cubierto en casos del riesgo definido... menos.*

B) El virus no supone la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

En este tipo de contratos se ha hecho la pregunta acerca de si ¿es el virus una alteración de las bases del negocio o una circunstancia de fuerza mayor? ¿Se puede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*?

La conclusión es clara, por cuanto no puede aplicarse en la cobertura de seguros. Sí en los contratos, por ejemplo, de arrendamiento de locales. Pero en seguros no se puede aplicar. Si hay definición del riesgo y no hay exclusión, se cubre el siniestro. Se ha producido el evento que es objeto de cobertura, el daño, y si se quiere excluir debería estar previsto y excluido expresamente la pandemia.

Además, la agravación del riesgo por el virus no hace aplicable los artículos 11 y 12 de la LCS. Este es un concepto relacionado por una actuación personal del asegurado o acaecimiento concreto que agrava el riesgo. Pero la pandemia es una manifestación global, no particular

Por otro lado, la covid-19 es un hecho externo al asegurado. Tampoco le afecta el artículo 10 de la LCS.

C) ¿Qué se quería cubrir en cuanto al riesgo? ¿El daño por pérdida de beneficios y su directa causación por un daño material?

De recogerse que se cubre la pérdida de beneficios producido por *un daño material*, evidentemente que el virus, como tal, no es un daño físico y material, sino una exposición de una pandemia que causa un daño, pero la clave es si la causación del daño proviene de un daño material, es decir, el origen del daño, que es la clave, porque entonces se relacionan dos conceptos, a saber:

- a) ¿Qué se cubre en la póliza?
- b) ¿Cuál es la causa del daño para que pueda cubrirse?

Por ello, si se hace constar el origen del daño material, la garantía de pérdida de beneficios solo se activa tras la ocurrencia de un daño material garantizado bajo el contrato. Por ello, en estos casos habrá que analizar las condiciones concretas de cada póliza para poder dar una respuesta.

Y conforme a la gestión de riesgos, la definición de daño material es la de «deterioro o destrucción de la cosa asegurada», con lo que no parece lógico pensar que el coronavirus por sí solo pueda tener la consideración de daño material a los efectos de la póliza, por lo que tampoco procedería la activación de la cobertura de pérdida de beneficios.

Hay que destacar en este caso que el seguro de pérdida de beneficios por interrupción de una empresa se define legalmente como aquel por el que su titular puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando quede paralizada, total o parcialmente, como consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato (art. 66 LCS).

Vemos, entonces, que en la redacción del texto de la Ley de contrato de seguro se expone que:

Artículo 63

Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.

Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.

Artículo 64

Cuando el tomador del seguro o el asegurado realicen, respecto a un determinado objeto, un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto, deberán comunicar sin demora alguna, a cada uno de los aseguradores, la existencia del otro seguro. En la comunicación se indicará no solo la denominación social del asegurador con el que se ha contratado el otro seguro, sino también la suma asegurada y demás elementos esenciales. La inexistencia de esta comunicación producirá, en su caso, los efectos previstos en la sección segunda del título primero de la presente Ley.

Artículo 65

En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar:

- 1.º La pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el período previsto en la póliza.
- 2.º Los gastos generales que continúan gravando al asegurado después de la producción del siniestro.
- 3.º Los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado.

Artículo 66

El titular de una empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.

Artículo 67

Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización.

Con ello, vemos que el origen del daño enfocado al daño material como causa del daño debe venir descrito y expresado en la póliza, ya que si no se especifica la cobertura, existe salvo exclusión expresa por existencia de pandemia.

Ahora bien, si de forma específica se trata de las pólizas de daños materiales y pérdida de beneficios, nos encontraríamos con que amparan los daños directos sufridos por los activos asegurados, y la pérdida de beneficios derivada de la paralización parcial o total de la instalación *consecuencia directa de esos daños materiales amparados bajo el condicionado de la póliza*.

Así, la garantía de pérdida de beneficios solo se activa tras la ocurrencia de un daño material garantizado bajo la póliza, o que un daño (daño que hubiera estado cubierto por la póliza del asegurado) suceda en proveedores/clientes, impidiendo el suministro o las ventas, o imposibilite acceso a sus situaciones de riesgo (siempre y cuando estas coberturas se encontrasen contratadas), y por lo tanto genere una pérdida para el asegurado, como se apunta por los expertos en el sector asegurador.

En estos casos, el virus puede causar un daño indirecto, pero no es daño material en su origen. Aquí está la clave.

Puede ocurrir, además, que se haya excluido expresamente este riesgo, aunque no se indique el origen en el daño material del siniestro, y, así, algunos de estos contratos de seguro suelen excluir expresamente los daños derivados de epidemias y pandemias declaradas oficialmente, al tratarse de un fenómeno extraordinario o de una causa de «fuerza mayor», que no es previsible, ni evitable mediante medidas conocidas o viables para reducir el riesgo, aunque se hubiera previsto.

Algunos expertos en seguros indican en estos casos que ante estos problemas que pueden afectar a las pólizas de daños y de interrupción de negocio puede llegar a considerarse, como ha ocurrido en Estados Unidos y Reino Unido, que la contaminación provocada por la covid-19 es un daño material, con lo que en las pólizas que exijan el origen en el daño material existen posiciones a favor de la cobertura bajo esta tesis.

Bajo esta interpretación, la exclusión de contaminación se puede incluir como cláusula limitativa ex artículo 3 de la LCS, al igual que las cláusulas que excluyen los daños que deriven de cualquier clase de «virus o bacterias». Si no se excluye, los equipos e instalaciones contaminados deberán formar parte de los bienes asegurados por la póliza, y el origen de la contaminación (el coronavirus) debe ser un riesgo cubierto al no estar excluido. Para excluirlo debe constar expresamente firmada la exclusión.

El daño es objetivable: cierre del local, limitaciones de apertura, cierre por «toque de queda». La pérdida de beneficios está constatada y puede probarse mediante el juicio comparativo de los ingresos percibidos en el mismo periodo anterior con el periodo concreto que ha durado el momento de aplicación de la pérdida que se trata de aplicar, ya que el artículo 67 del LCS señala, como hemos visto, que «si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización».

La cuestión, de todos modos, es que como la afectación a los locales se ha diferenciado en varios periodos (desde el cierre absoluto hasta las limitaciones), habría incluso que esperar al final de las limitaciones de la Administración para comprobar toda su afectación, aunque podría reclamarse de forma parcial, ya que el daño que se está produciendo es de tracto sucesivo.

Ante este planteamiento se ha alegado que declarar cubierta la incidencia del virus en estas pólizas provocaría un tremendo impacto en el sector asegurador si se tuvieran que pagar las pérdidas. Pero no es admisible el alegato. Si está cubierto, debe pagarse. El asegurado contrató la existencia de pérdidas por un «daño» declarado en la póliza, o al menos no excluido en su origen.

Ante esta tesitura debemos recordar la existencia de las *class action*, que, como demanda colectiva de sujetos identificados por el mismo problema a reclamar, se han venido ejercitando en países anglosajones en este tema. Y, así, los expertos en el sector asegurador recuerdan que el 17 de abril de 2020 un grupo de restaurantes de Pittsburgh presentó una *class action* contra la compañía aseguradora, alegando que la compañía había denegado injustamente la cobertura de los daños producidos por la covid-19 sufridos en restaurantes, bares y otros establecimientos.

Podría existir, como se ha expuesto, que se hubiera contratado un seguro de lucro cesante con independencia de daño material (*non damage business interruption coverage*) (Willis Tower Watson), lo que haría aplicable la tesis que venimos manteniendo, al no asociarse la exigencia del origen del daño material con la cobertura de la póliza. Aunque también se recuerda que la mayoría de las pólizas tienen el requisito de que se haya producido un «daño físico material directo» para activar la cobertura de interrupción de negocios.

También se destaca por los expertos en seguros el daño de área amplia (*wide area damage*). En estos casos habría cobertura, por cuanto no hay exclusión por pandemia y la cobertura se extiende a los daños que se causen en un área amplia por una extensión general del daño en muchos negocios en circunstancias semejantes, lo que determina que una declaración general del daño por un concepto o causa similar quedaría objetivada; aunque el asegurado, incluso, no sufriera daño físico por el virus, aún habría sufrido la misma pérdida de interrupción de negocios debido a la devastación en la economía de los alrededores.

Por ello, se recuerda por los expertos en el sector asegurador que, por ejemplo, el gobierno de Reino Unido ha alentado a las aseguradoras a pagar las reclamaciones de *business interruption* (BI) derivadas de la covid-19 (afirmando que el virus constituye en sí mismo un «daño físico»), salvo que exista una exclusión por pandemias o que se excluyan explícitamente

las enfermedades infecciosas (por ejemplo). Y, así, como se ha expuesto, Estados Unidos y Reino Unido alertan de que debe cubrirse en el BI (póliza de pérdida de beneficios) en términos generales, y ya hay sentencias en Estados Unidos y Reino Unido que están declarando la cobertura de estas pólizas de seguro por el virus, salvo exclusión expresa, lo cual es difícil que hubiera habido esa especie de *adivinación o anticipo* de que esta situación tan impensable a principios del año 2020 se iba a producir, es decir, este suceso era imprevisible, pero si la pandemia no estaba excluida, se está recomendando en el derecho anglosajón la cobertura.

Todo esto determina una importante modificación en el sector asegurador en estas pólizas, ya que las nuevas pólizas de BI puede que lo excluyan expresamente de cara al futuro para evitar problemas interpretativos. Así, va a existir una nueva determinación del mapa de riesgos ante la covid-19, ya que entre los «riesgos soportados» está ahora la covid-19, aunque en las pólizas de este tipo se especificarán ahora las condiciones nuevas que clarifiquen mejor las coberturas y las exclusiones, así como la interpretación del concepto de *daño material*, dados los problemas interpretativos que se están planteando.

4. Los distintos tipos de seguro contra interrupción de los negocios

Como hemos expuesto, la clave en este tema es saber qué es lo que se ha contratado exactamente, y bajo qué condiciones, porque, tras lo expuesto, es en estos matices donde se encontrará la solución en cada caso concreto.

Por ejemplo, según Insurance Information Institute existen varios tipos de seguro contra interrupción de negocios.

1. Cobertura de los ingresos del negocio (*business income*)

Compensa a los dueños del negocio por la pérdida de ingresos si la empresa necesita desocupar sus instalaciones debido a daños sufridos por un desastre cubierto bajo la póliza de seguros de propietarios de negocios. La cobertura de los ingresos del negocio repone las ganancias que este hubiera generado, basada en los estados financieros, si el desastre no hubiera ocurrido. La póliza también incluye cobertura de gastos operativos como pagos de servicios contratados –por ejemplo, el servicio eléctrico–, cuyas facturas continúan llegando aunque el negocio esté temporalmente paralizado.

2. Cobertura de gastos extras para generar ingresos de negocios (*extra income coverage*)

Le reembolsará los gastos extras o adicionales en que el negocio tenga que incurrir por encima de los gastos típicos y normales de operación, para evitar que tenga que cerrar sus

puertas al público o a sus clientes, durante el periodo de restauración de las instalaciones. Para conocer el monto de cobertura que va a necesitar, debe obtener un avalúo o valoración (*appraisal*) de las instalaciones donde opera, así como de un inventario detallado del contenido de estas, incluyendo inventarios, maquinaria y equipos de oficina.

3. Seguro de contingencias contra pérdidas por la interrupción de negocios (*contingent business interruption*)

Da protección a los ingresos del negocio en situaciones en las que los daños hayan ocurrido en las instalaciones de sus proveedores o a quienes ellos proveen de materiales o productos, en lugar de daños físicos ocurridos en las instalaciones del asegurado mismo. Hoy día las empresas dependen intrínsecamente de una cadena de proveedores y también son parte de dicha cadena para vender sus productos y servicios.

4. Seguro (o cobertura) de la cadena productiva y de distribución (*supply chain insurance*): cobertura «contra todo riesgo» (*all risks*) de interrupción de los negocios

Esta cobertura está limitada solo a aquellos daños que afecten físicamente las instalaciones de proveedores, distribuidores o clientes, y se propone cubrir aquellos daños que estén fuera del control del asegurado. Esta modalidad de seguros ofrece protección contra situaciones que interrumpen los negocios, afectándolos tanto física como logísticamente.

5. Seguro para requisitos de leyes locales y ordenanzas (*ordinance or law*)

Provee de cobertura para reconstruir y reparar edificaciones o instalaciones, de modo que cumplan con los cambios e implementaciones de códigos de construcción requeridos por las leyes y ordenanzas locales.

Como vemos, existen distintas pólizas de pérdidas de beneficios, por lo que habrá que estar al contenido de cada póliza y valorar su alcance de cobertura y exclusiones concreto para evaluar si el coronavirus y su afectación en la vida económica del país queda cubierto por sus daños causados en la pérdida de beneficios, como consecuencia de las medidas de la Administración para frenar la expansión del virus.

Según Marsh.com, más allá de los efectos directos de huracanes, terremotos, inundaciones y ataques terroristas, la interrupción del negocio puede ocurrir sin daño físico a su propiedad o propiedad contingente, y señala que, solo en la última década, las interrupciones significativas han resultado de:

- a) Disturbios políticos y sociales.
- b) Ciberataques y fallas tecnológicas, incluidos los ataques WannaCry y NotPetya en 2017.
- c) Pandemias y epidemias, incluido ébola y zika.
- d) Interrupciones de la cadena de suministro, incluidas quiebras de proveedores y cierres de puertos debido a huelgas laborales.
- e) Pérdida de empresas derivadas de ataques terroristas y tiroteos masivos en París, Las Vegas y otros lugares.
- f) Las empresas también pueden verse afectadas como resultado de acciones regulatorias, escasez de materias primas, retiros de productos o eventos de contaminación y otros factores. También existe la posibilidad de que se vean afectadas indirectamente como resultado de desastres naturales y otros eventos que causen daños a los proveedores de sus proveedores.
- g) Cobertura de interrupción de negocios contingente, que puede proteger contra el daño físico sufrido por proveedores clave.
- h) El seguro cibernético, que ha evolucionado para abarcar no solo las brechas de datos, sino también la interrupción del negocio impulsada por la tecnología.
- i) Seguro de riesgo político y crédito comercial, que puede cubrir exposiciones relacionadas con acciones gubernamentales, inestabilidad e insolvencia.
- j) Las políticas de interrupción del negocio de daños no físicos (NPDBI), que pueden proporcionar cobertura para la pérdida de ingresos sin un desencadenante de daño físico.
- k) Soluciones paramétricas de seguros para pandemias y epidemias, que pueden ser desencadenados por cambios en el sentimiento público, en lugar de pérdidas físicas directas.

Lo cierto y verdad es que con independencia del problema que se ha explicado en relación con si consta en la póliza que la cobertura exige que el origen venga de un *daño material* que sea el que desencadene la pérdida de beneficios y los criterios de exclusión de que la pandemia sea un daño material, lo cierto y verdad es que la póliza que mejor cubre los intereses de los locales es la relacionada en la letra j), por cuanto excluye estos problemas al no exigir un daño físico o material como desencadenante de las pérdidas económicas. Habrá que evaluar lo que en cada caso se ha firmado, y lo que se ha excluido debidamente firmado por la vía del artículo 3 de la LCS.

Willis Towers Watson, en un estudio sobre la gestión de riesgos provocada por la covid-19 recuerda, asimismo, que

existen excepciones en algunas pólizas en las que se garantiza de forma sublimitada algún tipo de inhabitabilidad por contingencias del tipo brotes de legionela, norovirus o similares, cuarentenas decretadas por la autoridad... en clientes de Real Estate, o pérdidas por interrupción de negocio por enfermedades de declaración obligatoria o por interrupción por impedimento de acceso dictaminado por la autoridad competente por enfermedad transmisible en riesgos más industriales. Y que las garantías adicionales de pérdida de rentas/alquileres por «inhabitabilidad», vayan a ser coberturas «activables» con base en la crisis global que estamos sufriendo. Dichas garantías, que sin duda pueden ser una «ventana» de exploración de cara a compensar ciertas pérdidas por impago de rentas (complejo), están a priori diseñadas para garantizar la compensación de la disminución de los ingresos o el aumento de los gastos derivados de la imposibilidad de comercializar el activo inmueble asegurado (véase un hotel, un hospital o un centro comercial), motivado por un brote puntual de una enfermedad transmisible, como legionela, en sus instalaciones de ventilación o agua corriente, que obligue inexcusablemente al cierre del establecimiento para su desinfección y tratamiento, o incluso a que se decrete por un organismo superior el cierre temporal por cuarentena o por suspensión de su licencia de actividad, y siempre, como decimos, circunscrito a un local/riesgo concreto e identificable.

En este escenario, la adición de la inhabitabilidad desconectado a un origen de daño material permitiría activar la cobertura de pérdida de beneficios asociando el daño del pago de la renta como cobertura que debe asumirse, así como las pérdidas provocadas por el cierre a consecuencia de la inhabitabilidad, ya que el cierre de locales, o la limitación de los espacios disponibles en el local o de acceso de personas supone una

inhabitabilidad total o parcial que produce una evidente pérdida de beneficios ligado a las limitaciones impuestas por la autoridad competente, que declara la inhabitabilidad del local total o parcialmente, siendo indemnizable la pérdida con esa cobertura adicional, salvo una directa asociación a la exigencia de un daño material, aunque debe entenderse que esta garantía adicional debería incluirse en la póliza sin esas exigencias o limitaciones, salvo que fueran debidamente firmadas, ya que el carácter inhabitable debería provenir de cualquier causa y fijar la cobertura más en el carácter de imposibilidad de apertura y la pérdida de beneficios que ello conlleva, lo que deberá afectar, en su caso, al importe de la prima.

Centrando más el debate señala Willis Towers Watson que, incluso, existen algunas pólizas de cobertura de pérdidas de beneficios que podrían referirse a este problema, como la *interruption by communicable disease* (interrupción en caso de enfermedad transmisible) o *notifiable diseases*, pero lo cierto y verdad es que deberían adoptarse medidas para que los asegurados sepan lo que contratan y que a partir de ahora conozcan las coberturas que deberían disponer ante la nueva modalidad de daño que se avecina con estas pandemias y la posibilidad de que cuando por la vacuna se haya reducido exponencialmente el riesgo,



se pueda ofrecer y contratar una póliza donde lo que ha ocurrido quede perfectamente cubierto, en cuanto a rentas debidas y en cuanto a las pérdidas por cierre de actividad obligada por la Administración, o restricciones horarias o de cabida.

Con respecto a lo que ha ocurrido y la cobertura ya hemos precisado que en el derecho anglosajón se está optando en Estados Unidos y Reino Unido por una tesis de cobertura en estos casos, aunque habrá que ver con claridad lo que se ha contratado, las exclusiones que había y si se habían firmado debidamente por escrito ex artículo 3 de la LCS.

5. El riesgo de la emergencia sanitaria y las consecuencias al seguro

Es evidente el incremento de riesgo que supone la emergencia sanitaria de la covid-19. Lloyd's de Londres presentó un informe en el cual advierte que las pérdidas globales para el mercado de seguros y reaseguros podrían superar los 200.000 millones de dólares entre indemnizaciones y desvalorización de inversiones.

Willis Towers Watson ha llevado a cabo un completísimo estudio sobre la afectación al seguro de la covid. Es evidente que la pandemia va a modificar las condiciones y circunstancias de las pólizas de seguro y que se pueden producir exclusiones de cobertura por covid en las renovaciones de los contratos bajo la exigente fórmula de las circunstancias limitativas de responsabilidad ex artículo 3 de la LCS, que exige la firma expresa del asegurado sobre estas exclusiones, aunque cierto y verdad es que a los ciudadanos les va a interesar asegurar las consecuencias de una pandemia como la que estamos pasando, aunque ello puede tener incidencia en las coberturas y en la prima a pagar por estos seguros que admitan y cubran los efectos de la pandemia.

El problema se ha planteado respecto a las pólizas ya contratadas desde que el 11 de marzo la OMS hizo la declaración del riesgo por covid y se decretó la pandemia y su vigencia por cobertura hasta la renovación o cancelación de estas pólizas contratadas, así como la interpretación que puede darse al hecho susceptible de cobertura en la póliza de que se trate.

Hay que tener en cuenta que los daños por coronavirus se cubren en la distinta póliza si el riesgo está cubierto, salvo exclusión por pandemia, con lo que la aseguradora podrá fijar, como se ha explicado, una expresa exclusión de cobertura en las renovaciones de pólizas si no estaba antes.

Ahora bien, en las pólizas actuales la agravación del riesgo por el virus no hace aplicable los artículos 11 y 12. Estos preceptos que obligan a la comunicación a la aseguradora es un concepto relacionado por una actuación personal del asegurado o acaecimiento concreto que agrava el riesgo. La covid es una manifestación global, no particular.

También hay que señalar que coronavirus no es un riesgo extraordinario, con lo que no está excluido y no es un riesgo consorcial que pueda derivarse al consorcio de compensación de seguros. La interpretación en estos casos debe ser la más favorable al asegurado. Como decimos, la póliza debe cubrir el virus salvo expresa exclusión por pandemia.

También hay que decir que la covid es un hecho externo al asegurado, y, por ello, no le afecta el artículo 10 de la LCS.

Lo que sí podría ocurrir es que la aseguradora puede proponer la modificación del contrato por covid una vez vencido y a tenor del artículo 22.3 del LCS «el asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier modificación del contrato de seguro».

Va a existir, de todos modos, una reestructuración de contenidos y exclusiones en las nuevas pólizas que habrá que ver con cuidado, porque la situación de la covid lo va a cambiar todo, y resulta obvio que este virus sea tenido en cuenta a la hora de las nuevas pólizas y las que vayan venciendo. Incluso, será un producto que, por ejemplo, los locales de negocio podrán tener en cuenta para valorar la suscripción de pólizas que de forma directa cubran daños y perjuicios por efectos de pandemia, y les suponga justificado pagar una prima para conseguir la «tranquilidad» que es lo que te da contratar una póliza de seguro.

Por ejemplo, en el caso de las pólizas de seguros en bodas, después de los problemas que han existido ante las cancelaciones de estos eventos, con los perjuicios para el establecimiento que lo tenía reservado todo y con cantidades entregadas como fianzas. Así, podría asegurarse la existencia de posibles responsabilidades objetivas por contagios en bodas, y podría darse el caso de que pudieran derivarse estas responsabilidades a los organizadores de estos eventos cuando la normativa no permite reuniones grupales, pudiendo derivarse contagios con secuelas graves para los asistentes, o incluso la muerte.

También, como decimos, podría tener que acordarse la suspensión de bodas y reservas de banquetes con pago de anticipos.

Asimismo, hay que recordar que es frecuente, sobre todo en las pólizas de salud o de viaje, el establecimiento de la siguiente cláusula de exclusión: «Quedan excluidos, los daños causados por epidemias o enfermedades infecciosas de propagación rápida», aunque debe cumplir con los requisitos necesarios para la incorporación de cláusula limitativa.

El sector empresarial está especialmente atento a la evolución de este problema, por lo que surge la pregunta acerca de si debe asegurarse y evitarse en la empresa el riesgo covid y adoptar medidas para evitarlo.

Es evidente que la propia Ley de prevención de riesgos laborales exige en su artículo 14 que las empresas deban garantizar la seguridad y la salud de sus empleados. Además,

entraría de lleno en los planes de cumplimiento normativo en las empresas, y el buen *compliance* exige la constancia de la prevención ante la covid en la empresa.

Con ello, podemos decir que la covid ha propiciado que dentro de la materia de *compliance*, las empresas tengan que adaptar dentro de su cumplimiento normativo la presencia de la covid dentro de la existencia de mecanismos de códigos internos que, como guías de buenas prácticas, protejan a los trabajadores mediante protocolos de actuación que minimicen los riesgos de contagio por parte de los trabajadores, lo cual está directamente relacionado con el *compliance* dentro de las empresas para evitar incluso la comisión de hechos delictivos por la vía del artículo 316 del Código Penal por parte de los administradores de la sociedades mercantiles.

Con respecto a las pólizas de seguros de vida la pregunta que ha surgido con frecuencia, cuando se ha dado el caso de una muerte por covid, es si ¿es el coronavirus una excepción para cubrir el fallecimiento?

Pues bien, aunque la mayoría de las pólizas excluyen las pandemias, «muchas aseguradoras han decidido asumir su coste». Así, los expertos en seguros recuerdan que durante la crisis sanitaria por covid-19, tanto el ramo de los seguros de vida como las pólizas de decesos han continuado manteniendo su compromiso con las familias, prestando sus servicios y aportando soluciones, adaptándose en lo posible a las nuevas necesidades.

Se ha planteado algún problema en los seguros de vida ante casos de patologías previas como hipertensión y diabetes, por ejemplo, que no han sido declarados, pero que han propiciado o facilitado el fallecimiento al sumarse al daño de la covid.

Se dan también casos de pólizas vinculadas a la contratación de productos bancarios para garantizar el cobro de hipotecas, préstamos o tarjetas de crédito, y los familiares no saben de su existencia, para lo que los expertos recomiendan acudir al registro de contratos de seguro de fallecimiento, que tiene por finalidad suministrar la información necesaria para que los posibles interesados puedan saber si una persona fallecida tenía contratado un seguro para el caso de fallecimiento, así como la entidad aseguradora con la que lo tenía suscrito.

En relación con el aseguramiento del teletrabajo resulta evidente que los equipos informáticos con los que trabajan los trabajadores en sus domicilios deben quedar cubiertos en las pólizas de seguro de daños en los materiales por posibles virus, por ejemplo, caídas, aunque sería recomendable que la empresa comunicara a la aseguradora los trabajadores que están haciendo teletrabajo y la identificación de los materiales informáticos con los que están llevando a cabo sus trabajos, aunque ello no operaría por la vía de los artículos 11 y 12 de la LCS, sino como mera «comunicación formal» para identificar en ese momento por las circunstancias de la pandemia la relación de trabajadores que hacen teletrabajo y cuya cobertura «que están pagando» no se lleva a cabo en la empresa, sino en el domicilio del trabajador.

6. ¿Cabría admitir una cláusula de exclusión de cobertura por siniestro o daños causados a tercero por la covid?

Este es un tema al que ya se ha hecho referencia anteriormente. Y es que las partes podrán pactar, incluir o excluir aquellas cláusulas en la póliza que sean limitativas de la cobertura y restrinjan el deber de la aseguradora de tener que indemnizar el asegurado, pero que no operan ni se oponen al tercero perjudicado, ya que con base en el artículo 1255 del CC las partes son libres de marcar el alcance de la cobertura de la póliza.

Recordemos que el artículo 73 de la LCS señala que:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

¿Qué tipo de cláusula sería la de exclusión de la cobertura de un evento dañoso relacionado directa o indirectamente con la covid?

La cláusula de exclusión del riesgo por la covid es limitativa de la responsabilidad de cobertura a que está obligado el asegurador frente al asegurado, más que una condición delimitadora del riesgo y, por ello, exige firma independiente del asegurado para su eficacia.

¿Qué diferencias existen entre la condición delimitadora del riesgo y la cláusula limitativa de responsabilidad?

a) Clausula o condición delimitadora del riesgo

Una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura.

b) Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado

Con ello, nos encontraríamos con que en los temas relacionados con la covid habría que evaluar si en la póliza de RC firmada por el asegurado constaba la exclusión por riesgo covid, pero ello operaría tan solo en la relación personal entre aseguradora y asegurado, no oponible al tercero perjudicado ex artículo 76 de la LCS.



Si se firmó la exclusión de cobertura por riesgo de covid, lo sería como cláusula limitativa de responsabilidad, por cuanto está modificando o restringiendo la cobertura y requeriría firma independiente de la póliza y condicionado general.

Es por ello que no se podrá alegar por la aseguradora ante el tercero reclamante la exclusión por riesgo de covid, es decir, que el hecho dañoso esté relacionado con el contagio por covid y esté excluido cuando se trate de delito doloso, y se ejercite la acción directa del artículo 76 de la LCS contra la aseguradora, sino que esta deberá asumir la garantía del aseguramiento de la responsabilidad civil del asegurado, pero en su «relación *ad extra*», por cuanto en la «relación *ad intra*» entre aseguradora y asegurado aquella sí que podrá oponer la exclusión de la cobertura, y, además, la exclusión de la cobertura por riesgo relacionado con la covid, pero solo cuando se hubiera firmado por escrito de forma separada, ya que fijar en una póliza de seguro de responsabilidad civil, o de daños, que no se responde si el siniestro se debe a un tema relacionado directa o indirecta con la pandemia, supone condicionar, o modificar y restringir, la cobertura, y, por ende, es cláusula limitativa y exige la firma ex artículo 3 de la LCS.