

Seguro y pandemia

por Javier López y García de la Serrana
Director

En este caso la recomendación sería que ante cualquier exclusión de cobertura se estudie la motivación de la misma que pueda dar la aseguradora en cada caso concreto, pues por regla general aquellos siniestros cuyo origen esté en un hecho denominado de fuerza mayor suelen estar expresamente excluidos en póliza precisamente por no ser previsibles ni evitables.

El gran interrogante ahora mismo en el ámbito del derecho contractual -y por tanto en el derecho de seguros- no es otro que, una epidemia o pandemia es suficiente para aplicar los efectos modificativos que la fuerza mayor genera o la aplicación de la doctrina “rebus sic stantibus”.

Sobre este tema, ha sido llamativa, comentada y sonora, por qué no decirlo, la disputa entre los profesores **FERNANDO PANTALEÓN PRIETO** y **ANGEL CARRASCO PERERA**, ambos prestigiosos catedráticos de derecho civil y ex magistrado del Tribunal Supremo el primero de ellos, que se ha convertido en una discusión jurídica que creo que pasará a los anales de la historia jurídico-académica española. El debate ha sido durísimo, como no es infrecuente entre académicos que no tienen pelos en la lengua. Tal es así que hasta ha sido noticia en Chile, donde se ha publicado un artículo sobre este asunto en el apartado “Legal” del periódico chileno “El Mercurio”, cuyo autor es el reconocido profesor **HERNÁN CORRAL TALCIANI**, de cuyo contenido me permito hacer un breve resumen a continuación, pues como solemos decir aquí, “lo borda”.

Todo comienza cuando con un artículo con el título “Permítanme que les cuente la verdad sobre el covid-19 y fuerza mayor”, que el profesor **CARRASCO PERERA** publicó el 17 de abril pasado en la web del Centro de Estudios de Consumo (CESCO), creado en el año 2.000 por la Universidad de Castilla-La Mancha, como Centro de Investigación y Formación. En dicho texto se preguntaba si “¿Es el covid-19 una fuerza mayor? Estos días se escucha siempre esta pregunta a poco que uno abra un espacio jurídico. Y, lo que es peor, normalmente se responde por el preguntador, sin ningún

La presente situación de pandemia nos ha pillado a todos con el pie cambiado y nada más comenzaron a surgir las denominadas “fake news” o noticias falsas, que tanto nos han alarmado -valga la redundancia- durante este estado de alarma. Por ello, lo primero que hubo que explicar es que los seguros contratados por daños en accidentes de circulación, tanto el obligatorio como el de carácter voluntario, no cesan en su cobertura ante el declarado Estado de Alarma, pues no se contempla como supuesto de exclusión de cobertura y por tanto no existe motivo legal o contractual que lo pueda justificar.

Tampoco se ampara la posibilidad de que la compañía pueda repetir posteriormente, pues tampoco está prevista dicha circunstancia de Estado de Alarma como una de las que bien por declaración legal o contractual permiten a la aseguradora tal derecho de repetición.

Y es que la vigencia y cobertura de la mayoría de las pólizas sigue igual, no solo las de circulación. No obstante habrá que estar pendientes por si alguna aseguradora quisiera escudarse en la presente situación excepcional para excluir cobertura, amparándose en alguna de las exclusiones que sí estén previstas en la póliza pero con otra finalidad.

empacho...”; y en una segunda publicación del 25 de abril “Locales de negocio cerrados por covid: la barbarie o el lobby hacen su agosto” añade: “El covid puede causar, excusablemente, que perdamos la compostura, la esperanza y la alegría de vivir. Pero lo que no está en su ámbito de influencia es que se borren del mundo los conocimientos jurídicos inmemoriales, que desaparezca la prudentia iuris y se entronice la barbarie”.

PANTALEÓN PRIETO, lo contradijo con dureza a través de su artículo “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, publicado el 23 de abril en el prestigioso blog Almacén de Derecho: “Otros autores (...) —dice— han sostenido por escrito la tesis central del profesor Carrasco, incluso antes que él; pero ninguno lo había hecho calificando a quienes sosteníamos o asumían la tesis contraria de disparatados y carentes de formación jurídica, y de brutos ignorantes, si no lobistas (...) contratados por los arrendadores de locales de negocio. Y sin que nadie, que yo sepa, hubiera acusado antes al tan citado profesor —que sin duda es un hombre honorable— de estar escribiendo a sueldo de los arrendatarios titulares de grandes establecimientos comerciales”. Declara que ha llegado a la indignación al leer el planteamiento de Carrasco: “Me indigna que un catedrático de Derecho Civil haya venido a llamar disparatados y brutales ignorantes jurídicos a unas asociaciones empresariales y al Gobierno de España, por haber asumido como cierto algo que yo considero plenamente acertado en buen Derecho”.

El contexto en el que se da esta disputa jurídica es el Real Decreto 463/2020, que a raíz de la pandemia del coronavirus, suspendió el ejercicio de numerosas actividades económicas. Muchos comerciantes y empresarios desempeñaban esas actividades en inmuebles arrendados, con lo que se planteaba el problema de si debían seguir pagando la renta de arrendamiento del inmueble. **CARRASCO PEREIRA** sostuvo que si bien el riesgo cae en primer lugar en los arrendatarios, en definitiva es traspasado a los arrendadores ya que ante el incumplimiento de la obligación del arrendador de mantener el uso de la cosa, no tenía derecho a exigir el pago de la renta: “Sin duda —nos dice—, se trata de una medida de fuerza mayor, no porque el covid-19 sea una fuerza mayor como se repite vulgarmente, sino porque hay un factum principis que hace imposible el cumplimiento de la prestación. ¿Pero, cuál prestación? Y aquí viene el lío. La prestación que se hace imposible no es la práctica del comercio como tal, porque la prestación del comercio no es una prestación debida por el arrendatario al arrendador. La obligación que se extingue o se suspende es la obligación del arrendador de proporcionar continuamente el goce útil

de la cosa alquilada. Y como consecuencia de que en el contrato de arrendamiento, por ser de tracto sucesivo, nunca pasa al arrendatario el riesgo de las contingencias impeditivas (a diferencia de la compraventa en el art. 1452 CC), el arrendatario puede suspender el pago y/o resolver por imposibilidad sobrevenida de la parte adversa. Por tanto, no tiene que pagar la renta. Evidentemente, el arrendador no puede desahuciar por impago de la renta”.

Entremedias se publicó en el BOE del 22 de abril el Real Decreto Ley 15/2020 con diversas medidas de apoyo y entre ellas se estableció, con ciertas condiciones, una liberación de las rentas de los arrendamientos de locales comerciales por el plazo del estado de alarma y una moratoria para los cuatro meses siguientes. Esto provocó las iras de Carrasco que el 25 de abril publique un nuevo artículo —al que ya se ha hecho mención anteriormente— denominado “Locales de negocio cerrados por covid: la barbarie o el lobby hacen su agosto”, igualmente en el Centro de Estudios de Consumo (CESCO), en el habla de que “la barbarie o el lobby se colaron en el BOE del día 22 abril”. Critica la técnica legislativa y el fondo: “Ahora se dice que los arrendatarios (‘vulnerables’) que estén en la situación del art. 3 y que tengan como arrendadores a ‘grandes tenedores’ pueden pedir una moratoria del pago de las rentas que llegarán hasta los cuatro meses después de que termine el estado de alerta. ¿Y qué pasa con los empresarios arrendatarios de locales comerciales que no están en las condiciones del art. 1? Es decir, con los grandes y medianos establecimientos comerciales. Una bellaca interpretación a contrario dirá: ‘esos, que paguen, pues el riesgo es suyo, o que se echen un amigo poderoso en Moncloa’. Pero yo sostengo lo contrario. Las normas excepcionales (y más si además son indecorosas en lo técnico) han de ser objeto de interpretación restrictiva si se discute si aquellas derogan el Derecho común. Y yo digo que aquí no hay derogación expresa del Derecho común y que no se puede imponer por silencio una obligación legal de pagar a quien jurídicamente no estaba obligado. ¡Pero entonces el art. 1 de la norma 15 es absurdo y dañino para los arrendatarios vulnerables! No me podría yo permitir proponer una interpretación con un resultado tan absurdo. A los ‘pequeños’ les digo: ‘mientras dure el estado de alarma, no deben nada y no deben pagar, y pidan la moratoria para los cuatro meses siguientes al estado de alarma’. En eso consiste su privilegio”

La postura parece clara, pero **PANTALEÓN** la tacha de gravemente errónea, y señala: “Yo

tengo la plena convicción de que es Derecho de contratos elemental” que “el arrendador de un local de negocio no mantiene ni asume el riesgo de que, por cualquier razón ajena al local arrendado o que no afecte a este en sí, el arrendatario no consiga comenzar o tenga que cesar en el ejercicio de la actividad empresarial que se había propuesto ejercer o venía ejerciendo en el local arrendado”. Siendo así, “el arrendador de un local de negocio no se obliga a (ni menos aún garantiza) que el arrendatario comience o pueda continuar ejerciendo la referida actividad empresarial. Si ello sucede por una razón ajena al local arrendado —que no afecte a la estructura, los elementos constructivos, la habitabilidad o la funcionalidad del referido local en sí— (...).” Por lo que la suspensión de actividades económicas no puede considerarse un caso fortuito que impida al arrendador cumplir con sus obligaciones y que, por ello, permita al arrendatario suspender las suyas: “De ninguna manera puede calificarse de fuerza mayor, *factum principis*, que impidiese al arrendador del local de negocio concernido el cumplimiento de una obligación suya frente al arrendatario y, a la vez, le exonerase de responsabilidad por tal incumplimiento”. No tratándose de un tema de incumplimiento contractual nada tiene que hacer el caso fortuito. Según **PANTALEÓN**, el problema debe analizarse en sede de revisión del contrato por cambio imprevisible de circunstancias, la llamada doctrina o cláusula *rebus sic stantibus*. El RDL 15, al disponer una moratoria de las rentas, habría venido a dar una especial regulación a la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, lo que en todo caso, advierte **PANTALEÓN**, no priva a los arrendatarios de recurrir a los tribunales para obtener una modificación del contrato que sea más equitativa.

En suma, la discrepancia se centra en si existe en estos casos de prohibición de actividad económica una obligación incumplida del arrendador de permitir el goce útil de la cosa arrendada. **CARRASCO** afirma que sí, por lo que si hay imposibilidad por caso fortuito se extingue o suspende esa obligación pero también se extingue o suspende la del arrendatario de pagar la renta (se trataría de una cuestión de riesgo). **PANTALEÓN**, en cambio, piensa que el arrendador sólo está obligado a mantener la cosa en su entidad física o funcionalidad, pero no a que el arrendatario pueda ejercer en ella su comercio; no hay obligación del arrendador ni puede haber incumplimiento y, por tanto, no se plantea la cuestión en términos de riesgo, sino solo en una posible excesiva onerosidad sobreviniente según la máxima *rebus sic stantibus*.

Una pena tener ya que publicar este editorial, que siempre realizo dentro del mes siguiente al correspondiente trimestre en el

que se inserta, en este caso el 1º de 2020, por lo que a finales de abril he cerrado el mismo sin saber si el profesor Pantaleón o el profesor Carrasco volverán en estos días a deleitarnos con alguna otra aportación sobre el particular.

Pero volvamos al ámbito del contrato de seguro, donde para determinado tipo de ramos o pólizas, sobre todo en seguros de contingencias, de viajes, eventos, falta de suministros, sí es posible que existan cláusulas referidas a la fuerza mayor, bien sea para excluir directamente la cobertura, bien para condicionarla bajo ciertos límites o sublímites de indemnización más que de cobertura. De establecer algo específico al respecto un contrato, éste es *lex* para las partes y rige lo allí estipulado.

No podemos sin embargo dejar de soslayo un ámbito racional, el de la renegociación de las partes ante estas situaciones en aras a preservar la continuidad de la relación jurídica, como acertadamente pone de relieve **ABEL VEIGA COPO** en su magnífica “Guía práctica del seguro ante el COVID-19”, publicada por Aranzadi en marzo 2020. En la misma se pone de manifiesto como unilateralmente las aseguradoras en supuestos tales de seguros de asistencia sanitaria han decidido dejar sin validez aquella cláusula de exclusión de riesgos que les permitiría no indemnizar o prestar asistencia sanitaria en caso de pandemias o epidemias oficialmente declaradas. En este sentido podemos referirnos al comunicado de UNESPA de 12 de marzo del 2020, que bajo el enunciado “Activados los protocolos para continuar la atención” añadía el titular “El seguro mantiene su servicio a los asegurados ante el coronavirus”. Dentro del mismo incluso podía leerse que “Las aseguradoras de vida se encuentran, igualmente, satisfaciendo de forma puntual las indemnizaciones correspondientes por los casos de fallecidos asegurados por coronavirus y entregando las sumas aseguradas a los beneficiarios designados.” (<https://www.unespa.es/notasdeprensa/seguro-mantiene-servicio-asegurados-ante-coronavirus/>)

Para **VEIGA**, una pregunta ha envuelto la atmósfera reinante de incertidumbre, “¿es una pandemia un riesgo asegurable?, ¿es o son asegurables los riesgos de daños causados por fuerza mayor, habida cuenta de si podemos situar bajo este paraguas a una pandemia?, ¿qué cubre el seguro en caso de pandemia declarada oficialmente?” Añadiendo más adelante “No es lo mismo una situación de epidemia y una declaración de pandemia. La OMS habla de pandemia cuando un nuevo patógeno para el que las personas no tienen inmunidad se propaga rápida y fácilmente en una zona mucho

más amplia y extendida que una epidemia. El evento pandémico normalmente lleva a una exclusión ab initio de cualesquiera coberturas.”

¿Qué papel juega el mundo del seguro ante el coronavirus? ¿Es un caso de fuerza mayor y cómo reacciona el derecho de seguros ante este hecho? Son dos preguntas que se hace Veiga, poniendo de manifiesto que “una pandemia es hasta cierto punto un riesgo más ordinario que extraordinario, que puede suceder, máxime cuando hemos asistido en los últimos años a varias, desde el ébola, el zika, la gripe porcina, la gripe A, H1N1, etc. Si bien la jurisprudencia más reciente no ha dudado en tachar las mismas de fuerza mayor. Entre otras -añade en un pie de página- la sentencia de la Audiencia de Madrid de 10 de diciembre de 2013, no dudó en atribuir la fuerza mayor a la gripe A o H1N1, estimándola como causa suficiente para la modificación puntual del contrato e incluso para la posibilidad de la resolución contractual.”

Por otra parte, vuelve **VEIGA** a preguntarse, “¿acaso la LCS no parte en su artículo 91 de un principio de universalidad de riesgos en los seguros de personas y significativamente en los de vida para caso de muerte y supervivencia?” En este sentido señala **F. JAVIER TIRADO SUÁREZ**, al hablar de los “Riesgos excluidos en el seguro de vida”, dentro de la obra “Ley de contrato de seguro” dirigida por **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO**, que la regla del art. 91 se puede sintetizar en el principio genérico de universalidad del riesgo, de manera que, por cualquier causa o motivo que se produzca el fallecimiento del asegurado, se genera la responsabilidad del asegurador.

Por último, no quisiera acabar sin una breve mención a la suspensión de plazos en materia de Seguros durante el estado de alarma, pues también ha surgido la pregunta de ¿Cómo afecta la suspensión de plazos de prescripción y caducidad derivados del estado de alarma, a los plazos no procesales previstos en la Ley de Contrato de Seguro, y en el artículo 7 de la LRCSCVM?

Y es que una de las medidas adoptadas por el RD 463/2020 que han tenido mejor aceptación, ha sido la de suspender tanto los plazos procesales como administrativos, lo que supone que cualquier plazo para realizar un trámite judicial (para cualquier orden jurisdiccional) o administrativo queda interrumpido hasta que no se decreta el levantamiento del estado de alarma.

Igualmente, la Disposición adicional cuarta, establece con carácter general la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, lo que supone que no se computará el plazo que dure el estado de alarma para iniciar cualquier acción o

derecho conferido legalmente y que no se hubiera iniciado, siendo aplicable tanto para el plazo de prescripción como para el plazo de caducidad. Esto confiere una gran tranquilidad, ya que cualquier demanda que estuviera pendiente de interponer o plazo para el ejercicio de algún derecho pendiente de ejercitar, no se verá afectado por el trascurso del tiempo que trascurra desde el pasado 14 de marzo hasta el levantamiento del estado de alarma.

Pero, ¿qué ocurre con aquellos plazos que se imponen de forma legal (en una norma sustantiva y no procesal), que aunque no influyan en la posibilidad de ejercitar un derecho, sí establezcan obligaciones que afecten al contenido y ejercicio de ese derecho?

Nos referimos a las obligaciones que la Ley de Contrato de Seguro (LCS) impone respecto a los plazos para tramitar y resolver un siniestro y que afectan directamente a la imposición de intereses moratorios a la aseguradora (arts. 18 y 19 respecto a las obligaciones de investigación y liquidación del siniestro en relación con el plazo de 3 meses del art. 20 de la LCS), o a las que se impone al asegurado.

A pesar de que el RD 463/2020, de 14 de marzo no establece nada al respecto, consideramos que, atendiendo al espíritu y finalidad de dicha disposición legal, se debe hacer extensiva dicha suspensión a estos plazos, siempre y cuando se pueda justificar la imposibilidad de cumplir con los mismos debido a la dificultad de realizar peritaciones, reparaciones o valoración de los daños. Igualmente, consideramos que sería extensible para el cumplimiento del plazo del asegurado para comunicar el siniestro, siempre y cuando obedezca a una causa justificada y derivada del estado de alarma.

Por otro lado, consideramos que también sería extensible -con los matices que ahora veremos- para la suspensión del plazo de tres meses regulado en el artículo 7 de la LRCSCVM para emitir la correspondiente oferta motivada, siempre y cuando se pueda justificar la imposibilidad de determinar la responsabilidad del accidente (por no tener acceso al atestado, por ejemplo), o bien, para la correcta valoración del daño del perjudicado (por no poder explorar al paciente, interrupción del tratamiento rehabilitador, etc.).

Como decimos, el estado de alarma podría justificar en estos supuestos la imposibilidad de emitir la correspondiente OM, siempre y cuando, se haya cumplido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4. de la LRCSCVM, a emitir la correspondiente respuesta motivada.