

NÚMERO 45

2022

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO

Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 45

2022-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirector: D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)

Secretario académico: D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)

Secretaria económica: Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
D. Nicolás Cantard (Derecho penal - UAM)
D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM)
Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - UAM)
Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
Dña. Alejandra Soto García (ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
Dña. Sussane Gratiús (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM)
D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:

UAM
Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 45 (2022-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45>

TRADUCCIÓN

Irene STOLZI «El Estado corporativo».....9

ARTÍCULOS

Iván BEJARANO DÍAZ «El covid-19 como evento asegurable con base en la cobertura de pérdida de beneficios»27

Sebastián IGNACIO FORTUNA «La gestación por sustitución en la Argentina: reflexiones desde los feminismos para una necesaria regulación».....51

Joaquín PABLO RECA «La reivindicación de una huella a la luz del derecho internacional humanitario: análisis del conflicto en las Islas Malvinas»75

Allen Martí FLORES ZERPA «Las reglas del Derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato»97

Iñigo ORMAECHE LENDÍNEZ «Competencia judicial internacional y protección de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos: su encaje con el Reglamento Bruselas I bis».....127

Andrea GARCÍA ORTIZ «Los delitos contra “el honor” de la corona y el discurso de odio»153

Sara MARTÍNEZ MÉNDEZ «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública»183

Gabriel Ángel GARCÍA BENITO «La Administración desamortizadora de 1813: cortes, intendentes y ayuntamientos (Úbeda)»203

RECENSIÓN

Pablo Javier MARINA ROSADO: Recensión de la obra de FARNSWORTH, W. «El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho» Madrid (Aranzadi) 2020, 432 pp.	225
---	-----

ESTADÍSTICAS	235
---------------------------	-----

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES	237
---	-----

EL COVID-19 COMO EVENTO ASEGURABLE CON BASE EN LA COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS*

THE COVID-19 AS AN INSURABLE EVENT THROUGH THE COVERAGE FOR LOSS OF BENEFITS

IVÁN BEJARANO DÍAZ**

Resumen: El pasado 3 de febrero de 2021 fue dictada una resolución que ha tenido un profundo impacto en el sector asegurador: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 59/2021. Esta es la primera resolución de una Audiencia Provincial que se ha pronunciado a favor de que el lucro cesante sufrido por diversos negocios por la interrupción de su actividad, como consecuencia de la pandemia del COVID-19, es una situación que debe encontrarse cubierta por el seguro de pérdida de beneficios. Tras esta sentencia, cientos de pequeñas y medianas empresas han procedido a reclamar judicial y extrajudicialmente a sus entidades aseguradoras, solicitando una indemnización que mitigue las pérdidas sufridas. Así pues, el objetivo del presente proyecto será analizar el debate relativo a la cobertura de pérdida de beneficios ligada a los cierres decretados para combatir la pandemia del COVID-19, a través de la casuística judicial y la doctrina administrativa emitida sobre la materia.

Palabras clave: pérdida de beneficios, cláusulas delimitadoras, cláusulas limitativas, COVID-19.

Abstract: On 3 February 2021, the Girona Provincial Court handed down Ruling 59/2021, which profoundly impacted the insurance sector. This is the first decision ruled by a Provincial Court which addresses the companies' loss of profit derived from the COVID-19 pandemic's interruption of their business, reasoning that this event should be covered by the loss-of-profit insurance. Following this ruling, hundreds of small and medium-sized enterprises have proceeded to make judicial and extra-judicial claims against their insurers, requesting compensation to mitigate these losses. Thus, this project aims to analyse the debate surrounding the coverage of loss of profits linked to the measures that were taken against COVID-19, through the lens of the case-law and the administrative doctrine issued on the matter.

Keywords: loss of benefits, delimitation clauses, right limiting clauses, COVID-19.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA CONCRECIÓN DEL RIESGO ASEGURADO. CLÁUSULAS DELIMITADORAS Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS; III. EL SEGURO DE PÉR-

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45.002>

Fecha de recepción: 26 de enero de 2022.

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2022.

** Asesor jurídico en Pérez-Llorca. Trabajo ganador del primer premio de la XI edición del Premio Jóvenes Investigadores, organizado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, dentro de la modalidad de Derecho privado, social y económico. Correo electrónico: bejaranodiazivan@gmail.com

DIDA DE BENEFICIOS; IV. EL COVID-19 COMO EVENTO ASEGURABLE CON BASE EN LA COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS; 1. Fallos favorables a los negocios asegurados; 2. Fallos favorables para las entidades aseguradoras; 3. Doctrina administrativa; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA; VII. ANEXO DE SENTENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado aproximadamente dos años desde la aparición de la pandemia mundial del COVID-19. El acaecimiento de este fenómeno agitó los pilares de nuestra sociedad y ocasionó diversos conflictos que, como no podía ser de otra forma, permearon en todas las disciplinas jurídicas, al ser el Derecho una herramienta que camina de la mano de la sociedad para servirla y ordenarla. En este contexto, una de las controversias más relevantes que se han generado como consecuencia de la aparición del COVID-19 es la relativa al contrato de seguro y la cobertura de pérdida de beneficios, temática a cuyo estudio se consagra el presente proyecto.

Sobre este punto, cabe partir de una consideración evidente, pero no por ello menos importante: la existencia humana se encuentra constantemente amenazada por toda clase de riesgos que comprometen su futuro y su seguridad¹; riesgos susceptibles de producirse sobre la propia persona, sus bienes o su patrimonio. Como respuesta, el contrato de seguro dispensa cobertura frente a los riesgos que acechan a los individuos, sirviendo como mecanismo indirecto de prevención hacia los mismos². Por tanto, el riesgo es lo que dota de sentido a esta institución jurídica. La incertidumbre relativa a la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que se teme, convertida en inseguridad, es lo que induce a contratar un seguro. Es por este motivo que, tal y como afirma Garrigues, el seguro se alza como «antídoto o anticuerpo del riesgo»³.

Partiendo de esta premisa, parece claro que la aparición de una pandemia mundial es claramente un riesgo, entendiendo el concepto de riesgo como «la posibilidad de que se produzca un evento o suceso que genere un daño o necesidad»⁴. La doctrina precisa que el riesgo, para ser considerado como tal, debe cumplir con una serie de características, de forma que debe ser un evento: (i) posible e incierto; (ii) cuya verificación depende del azar; y (iii) susceptible de generar una necesidad pecuniaria⁵. De la combinación de estas variables puede concluirse que la aparición de una pandemia mundial es un evento susceptible de ser cubierto por una póliza de seguro. Tomando como referencia este aspecto, cabe realizar una breve contextualización de la problemática que nos ocupa.

¹ ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid (Montecorvo), 1977, p. 23.

² URÍA, R. et al., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Civitas), 2007, p. 585.

³ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª Ed., Madrid (Aguirre), 1983, p. 11.

⁴ BATALLER GRAU, J. et al., *Derecho de los seguros privados*, Madrid (Marcial Pons), 2007, p. 174.

⁵ GARRIGUES, J. et al., *Contrato de seguro terrestre*, ob. cit., pp. 12-18 y 113.

Con la llegada del COVID-19, el Gobierno de la Nación y los gobiernos autonómicos decretaron diversos cierres perimetrales con el objeto de reducir el número de contagios y combatir al coronavirus. Estos cierres obligaron a los negocios que desempeñaban actividades no esenciales a interrumpir su actividad⁶, lo que ocasionó que un gran número de empresas y compañías sufriese una notable pérdida de beneficios derivada de no poder desempeñar su labor en el mercado. Como consecuencia, algunos de estos negocios comenzaron a plantearse que quizá sus respectivas pólizas de seguro podrían cubrir el lucro cesante derivado de la paralización de su actividad. Por ello, no pasó demasiado tiempo hasta que las entidades aseguradoras comenzaron a recibir reclamaciones de pequeñas y grandes compañías que solicitaban que el seguro se hiciese cargo de las pérdidas sufridas con base en la garantía de pérdida de beneficios. Las compañías aseguradoras, por su parte, rehusaron las reclamaciones en su conjunto debido a que en España esta cobertura se comercializa como una garantía vinculada a otros daños materiales asegurados por cada póliza de seguro respectivamente.

Sin embargo, en febrero de 2021 se produjo un punto de inflexión en este debate, debido a que este es el momento en el que fue dictada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Primera) 59/2021, de 3 de febrero [JUR 2021\44439]. Esta fue la primera sentencia de una Audiencia Provincial que consideró que la cobertura de pérdida de beneficios debe cubrir el lucro cesante sufrido por los negocios afectados por razón de los cierres decretados por los poderes públicos, incluso aunque entre los daños materiales a los que se acota dicha cobertura por sus pólizas de seguro no aparezca ninguno que se pueda asemejar al acaecimiento de una pandemia. Como resultado, cientos de compañías vieron en esta resolución una oportunidad para reclamar a sus entidades aseguradoras con base en la garantía de pérdida de beneficios y mitigar así las pérdidas sufridas por la interrupción de su actividad. Esto produjo un aluvión de reclamaciones extrajudiciales y judiciales, dando lugar a un contexto de alta litigiosidad que ha arremetido contra el sector asegurador en su conjunto.

Pues bien, un año después de la publicación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, han sido dictadas numerosas resoluciones que se han pronunciado acerca del debate que nos ocupa: si la garantía de pérdida de beneficios cubre las pérdidas generadas por la interrupción de la actividad de los negocios como consecuencia de los cierres decretados por los poderes públicos para combatir el COVID-19. Se conocen aproximadamente cuarenta sentencias de Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales: diez favorables para los negocios asegurados y treinta para las entidades aseguradoras. Sin embargo, es pertinente reseñar que esta cifra es una aproximación, debido a que muchas de estas sentencias pasan desapercibidas porque no se publican en bases de datos. Por este motivo, es extremadamente complicado hacer una relación exacta del número total de

⁶ Así sucedió por primera vez con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

resoluciones emitidas sobre la temática abarcada. En cualquier caso, se aporta junto con el presente proyecto un anexo con una relación de las sentencias reunidas sobre el supuesto.

En suma, el objetivo del presente proyecto será realizar un análisis de los argumentos más relevantes empleados por la doctrina administrativa y por la casuística judicial a la hora de afrontar este debate. Para esta labor, se examinarán tanto las sentencias que han apoyado y acogido la doctrina iniciada por la Audiencia Provincial de Girona como aquellas que han decidido apartarse de sus consideraciones y llegar a la conclusión contraria. Es decir, el objetivo del presente trabajo es servir como análisis jurisprudencial, afrontando dicha labor una perspectiva eminentemente práctica. Para realizar dicho análisis serán abarcados los siguientes puntos:

En primer lugar, se examinará uno de los puntos nucleares sobre los que pivota el debate que nos ocupa: la naturaleza y características de las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado, como mecanismo destinado a concretar el objeto del seguro; y las diferencias que existen entre las cláusulas delimitadoras y las cláusulas limitativas de los derechos del tomador.

En segundo lugar, se realizará un análisis del marco legal que regula la cobertura de pérdida de beneficios: los artículos 63 y 66 de la Ley de Contrato de Seguro⁷ (en adelante, «LCS»). En este sentido, se traerán a colación las consideraciones que la jurisprudencia menor y la doctrina han formulado para discernir y concretar las características de esta modalidad, como subcategoría dentro del seguro de lucro cesante.

En tercer y último lugar, se expondrán los argumentos más comunes esgrimidos por la casuística judicial a la hora de posicionarse del lado de los negocios asegurados o de las entidades aseguradoras respectivamente, haciendo referencia a las sentencias más relevantes que han sido dictadas acerca de este debate, tanto a favor como en contra de la doctrina de la Audiencia Provincial de Girona. También se incidirá en la doctrina administrativa emitida sobre la materia.

Se adelanta desde este instante que, a mi juicio, la posición más acorde a Derecho y a la práctica del sector asegurador es la de aquellas resoluciones que han fallado en favor de las entidades aseguradoras, esto es, aquellas sentencias que consideran que la mecánica de acotar la garantía de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales previos comporta una delimitación del riesgo asegurado; y que, consecuentemente, si los cierres decretados por los poderes públicos para combatir el COVID-19 no se encuentran asegurados por la póliza, el asegurador no deberá asumir las pérdidas que hayan sido ocasionadas por este evento.

⁷ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

II. LA CONCRECIÓN DEL RIESGO ASEGURADO. CLÁUSULAS DELIMITADORAS Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS

El punto inicial del que parte el debate analizado es la calificación jurídica de la mecánica que sigue la cobertura de pérdida de beneficios. Esto se debe a que, en la práctica, esta garantía se comercializa como una cobertura acotada a una serie de daños materiales previos. Este es un aspecto esencial a examinar porque las líneas que serán confrontadas a lo largo de este proyecto parten de dos premisas claramente antagónicas: las sentencias favorables a las entidades aseguradoras consideran que la mecánica de acotar la garantía de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales también asegurados por la póliza comporta una delimitación del riesgo asegurado; mientras que las sentencias favorables para los negocios asegurados estiman que esta mecánica es limitativa de los derechos del tomador. Cabe comenzar por tanto realizando un análisis jurisprudencial previo sobre la naturaleza y características de las cláusulas expuestas.

Descendiendo al detalle, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, «STS») 853/2006, de 11 de septiembre [RJ 2006\6576], define en su fundamento jurídico tercero las cláusulas delimitadoras del riesgo como «aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla». Inmediatamente después, la citada resolución afirma que son cláusulas delimitadoras aquellas que determinan cuatro variables: (i) qué riesgo se cubre; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito espacial.

En otras palabras, las cláusulas delimitadoras son aquellas que configuran la cobertura del seguro, seleccionando los riesgos calificados como asegurados. En este sentido, Veiga Copo razona que las cláusulas delimitadoras pueden determinar dicha cobertura en virtud del marco legal –cláusulas definitorias– o del marco convencional, prestando atención a la voluntad negocial de las partes, que libremente deciden incluir o excluir determinados riesgos de la misma –cláusulas de inclusión y de exclusión⁸. A su vez, la STS de 11 de septiembre de 2006 [STS 853/2006] señala que las cláusulas delimitadoras

«permiten distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, de los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas (...), en cuanto pertenecen (las cláusulas delimitadoras) al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme al art. 3 LCS (...)).»

⁸ VEIGA COPO, A., «Contrato de seguro», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, vol. V, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 7147 a 7150.

Por su parte, la STS 1029/2008, de 22 de diciembre [RJ 2009\161], define las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado como aquellas que «operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido». Puede observarse por tanto que las cláusulas limitativas no definen el objeto del contrato ni el perímetro de la cobertura con base en el riesgo garantizado por la póliza; sino que su función es, más bien, limitar el derecho del tomador al resarcimiento para el caso de que se produzca el siniestro. Por ello, el art. 3 LCS señala que las cláusulas limitativas, dado su carácter restrictivo, deberán ser destacadas de «modo especial» y «ser específicamente aceptadas por escrito».

Es también esencial precisar que aquellas cláusulas que delimitan el riesgo asegurado de forma «sorpresiva» son equiparadas por la jurisprudencia a las cláusulas limitativas, siendo este uno de los puntos más importantes del debate de la garantía de pérdida de beneficios ligada al COVID-19. El hecho de equiparar las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado de forma sorpresiva a las cláusulas limitativas conlleva que a estas le serán también de aplicación los requisitos que establece el art. 3 LCS. En otras palabras, las cláusulas que delimitan el perímetro de la cobertura sorpresivamente podrán ser oponibles frente al asegurado, pero deberán encontrarse especialmente destacadas y ser específicamente aceptadas por escrito.

Sobre este punto, la jurisprudencia atiende fundamentalmente a dos variables para determinar si una cláusula delimita el riesgo asegurado de forma sorpresiva: «el contenido natural del contrato» y las «legítimas expectativas del tomador» (STS 273/2016, de 22 de abril [RJ 2016\3846]). Sin embargo, nótese que estos términos no son conceptos unívocos, sino que se encuentran abiertos a un amplio abanico de interpretaciones. Esto desemboca en que, aunque pareciera a priori que estas figuras son elementos fácilmente distinguibles, lo cierto es que son fuente de gran controversia⁹. Por ello, es útil ordenar y sistematizar los razonamientos que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen acerca de las diferencias fundamentales que existen entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

La primera diferencia radica en que las cláusulas delimitadoras y las cláusulas limitativas responden a situaciones temporales distintas. En este sentido, la delimitación del riesgo asegurado es anterior a la existencia del propio contrato, debido a que la determinación de la extensión y características de la cobertura precede al nacimiento de los derechos y

⁹ Así puede observarse, por ejemplo, al ver que el Tribunal Supremo no siempre ha seguido un criterio homogéneo a la hora de valorar casuísticamente estas cláusulas. Por ejemplo, en la STS 65/1994, de 9 de febrero [RJ 1994\840], el Alto Tribunal consideró como cláusula delimitadora del riesgo aquella en virtud de la cual se excluye de la cobertura del seguro de responsabilidad civil los daños sufridos por los consanguíneos del asegurado. Sin embargo, en otros supuestos, como el de la STS 761/1994, de 28 de julio [RJ 1994\5528], el mismo Tribunal estimó que la cláusula que restringe la indemnización a parientes próximos es de carácter limitativo, tal y como razona en el fundamento segundo.

obligaciones de las partes¹⁰; derechos que, con carácter posterior, pueden ser restringidos a través de las cláusulas limitativas.

La segunda diferencia reside en que las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de derechos responden a naturalezas y objetivos distintos. Así es razonado por la STS 661/2019, de 12 de diciembre [RJ 2019\5196], al afirmar en su fundamento jurídico tercero que

«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. 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».

Es también bastante descriptiva la STS 953/2006, de 9 de octubre [RJ 2006\8687], que concluye en su fundamento jurídico tercero que las cláusulas limitativas son, en definitiva, «las que empeoran la situación negocial del asegurado».

Finalmente, la tercera diferencia se corresponde con que las cláusulas delimitadoras y las cláusulas limitativas se encuentran sometidas a exigencias y requisitos formales bien diferenciados. En este sentido, las cláusulas delimitadoras deben observar el marco legal previsto de forma genérica por la LCS, junto con la legislación relativa a las condiciones generales de la contratación y la protección de los consumidores y usuarios, dado que el contrato de seguro es, con carácter general, un contrato de adhesión. Sin embargo, las cláusulas limitativas no solo se encuentran sometidas a este marco legal, sino también a los requisitos específicos que establece el régimen reforzado del art. 3 LCS para las mismas; esto es, encontrarse especialmente destacadas y ser específicamente aceptadas por escrito. La jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones para precisar estos requisitos, concretando que las cláusulas limitativas deberán ser redactadas en letra negrita y aceptadas a través la doble firma del tomador en las condiciones generales y en las condiciones particulares de la póliza de forma cumulativa (vid. SSTs 402/2015, de 14 de julio [RJ 2015\4129]; y 76/2017, de 9 de febrero [RJ 2017\424]).

Tomando en consideración estos razonamientos, la STS 1050/2007, de 17 de octubre [RJ 2008\11], afirma con carácter rotundo que

«La diferencia fundamental entre ambas (las cláusulas delimitadoras y limitativas) es que, mientras que las primeras basta que estén aceptadas de forma genérica, por

¹⁰ VEIGA COPO, A., *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Cizur Menor (Thomson Reuters), 2015, pp. 258 y 259.

lo que es suficiente el consentimiento general del tomador en orden a la conclusión del contrato, para la validez y consiguiente oponibilidad, en cambio, las lesivas [más bien, limitativas¹¹] de los derechos del asegurado requieren la aceptación específica y suscripción».

III. EL SEGURO DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS

Una vez examinadas las características y las diferencias esenciales que definen a las cláusulas delimitadoras y a las cláusulas limitativas, es momento de aplicar los razonamientos reunidos a la cobertura que nos ocupa: la garantía de pérdida de beneficios. En este sentido, el punto del que debe partirse para examinar esta modalidad es el marco jurídico que la regula, situado en la LCS. Esto se debe a dos factores: (i) la LCS es la norma que regula esta institución de forma integral y sus preceptos tienen carácter imperativo (art. 2 LCS); y (ii), consecuentemente, si la mecánica de acotar la garantía de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales previos específicamente asegurados por la póliza se desprende de la LCS, puede afirmarse con seguridad que esta práctica comporta una delimitación del riesgo asegurado, al concretar el objeto del seguro que nos ocupa.

Pues bien, la garantía de pérdida de beneficios se regula en la Sección Quinta del Título II de la LCS, relativa al seguro de lucro cesante (arts. 63 a 67). Estos preceptos definen la naturaleza y características de la garantía de pérdida de beneficios porque es una subcategoría del seguro de lucro cesante que se prevé, con carácter específico, para negocios y empresas.

En este sentido, el art. 63.1 LCS dispone que «[p]or 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». Inmediatamente después, el art. 63.2 de la misma norma concreta que «[e]ste seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza».

De forma paralela, el art. 66 LCS abarca con carácter específico el seguro de pérdida de beneficios, también conocido como de interrupción o paralización de la actividad. Este precepto señala que «[e]l 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».

¹¹ El uso de la palabra «lesiva» en este punto es una imprecisión por parte del Tribunal Supremo. Las cláusulas lesivas no son cláusulas limitativas, sino aquellas que, tal y como expone en su fundamento jurídico sexto la STS 273/2016, de 22 de abril [RJ 2016\3846], reducen considerable y desproporcionadamente los derechos del tomador, vaciando de contenido el seguro. Como consecuencia, una cláusula lesiva sería asimilable más bien a una cláusula abusiva, puesto que hace prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro, impidiendo la eficacia de la póliza. En cualquier caso, una interpretación teleológica de la resolución parece indicar que el TS se estaba refiriendo en este caso a las cláusulas limitativas de los derechos del tomador.

De los dos preceptos citados es necesario destacar dos ideas esenciales para abarcar el debate que nos ocupa: (i) el seguro de pérdida de beneficios se plantea como una garantía dirigida a resarcir la pérdida del rendimiento económico que se genera como consecuencia de una serie de acontecimientos, que deben ser expresamente descritos en el contrato; y (ii) se puede celebrar bien como un pacto vinculado a otro de distinta naturaleza, bien como un seguro de carácter autónomo. Sin embargo, pese a que existe la posibilidad de concertar un contrato de seguro que abarque únicamente la garantía de pérdida de beneficios, lo cierto es que la totalidad de las entidades aseguradoras comercializan el seguro de pérdida de beneficios como una garantía vinculada a pólizas de seguros de daños, es decir, «añadido a un pacto de distinta naturaleza», tal y como permite el art. 63.2 LCS.

Por ejemplo, lo común es encontrar productos cuya denominación abarca términos como póliza de seguro «multirriesgo» o de «daños empresa/negocio». La mecánica que siguen estos productos no es asegurar la pérdida de beneficios de forma independiente a otras garantías, sino que, como su nombre indica, prevén un conjunto de coberturas de daños materiales disponibles para contratar por las empresas (p. ej., daños por incendio, rayo, explosión, actos de vandalismo o malintencionados, fenómenos atmosféricos, etc.); y, posteriormente, acotan a estos daños materiales la garantía de pérdida de beneficios. En otras palabras, vinculan la cobertura de interrupción de la actividad únicamente a una serie de acontecimientos descritos en el contrato, de forma que dicha garantía no se extiende hacia cualquier suceso posible e imaginable, sino únicamente hacia los expresamente definidos en la póliza.

En este sentido, Sánchez Calero razona que la característica fundamental de la práctica aseguradora ha sido la vinculación estrecha del seguro de daños materiales con el seguro de interrupción de empresa¹². Primero, se prevé un producto que cubre una serie de daños susceptibles de afectar a un negocio (p.ej., daños por agua). Y, posteriormente, se vincula la cobertura de pérdida de beneficios a los daños materiales asegurados, de forma que se cubre la pérdida de rendimiento solamente cuando es generado por esos daños asegurados (p.ej., los daños por agua impiden al negocio abrir durante dos semanas). En suma, el objetivo de este tipo de productos es dispensar una cobertura integral hacia dos elementos: (i) una serie de daños emergentes; y (ii) el lucro cesante que estos daños puedan generar a la empresa para el caso de que esta se vea obligada a interrumpir su actividad como consecuencia de ellos.

Esta mecánica es también la que sigue el seguro de riesgos extraordinarios, garantizado a través del Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, «CCS»). Sobre este punto, el CCS es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desempeña múltiples funciones en el ámbito asegurador, entre las que se encuentra la cobertura de riesgos extraordinarios. Estos riesgos son aquellos que,

¹² SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2014, p. 1419.

por su relevancia y su carácter excepcional y esporádico, no se encuentran cubiertos por una póliza de seguro común (art. 44 LCS).

Pues bien, el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios¹³ regula el seguro de pérdida de beneficios de cara a estos acontecimientos en su art. 3. El primer apartado de este precepto dispone que

«[a] los efectos de la cobertura de los riesgos extraordinarios por el Consorcio de Compensación de Seguros, se entiende que se produce una pérdida de beneficios cuando, a consecuencia de alguno de los acontecimientos extraordinarios previstos en este reglamento, tiene lugar una alteración de los resultados normales de la actividad económica del sujeto asegurado, derivada de la paralización, suspensión o reducción de los procesos productivos o de negocio de dicha actividad [...]».

Y, a su vez, su segundo apartado concreta que

«[p]ara que la pérdida de beneficios como consecuencia de un acontecimiento de los previstos en este reglamento resulte indemnizable por el Consorcio de Compensación de Seguros, será necesario que una póliza ordinaria de las previstas en el artículo siguiente contemple su cobertura como consecuencia de alguno de los riesgos ordinarios de incendio, explosión, robo, fenómenos atmosféricos o avería o rotura de maquinaria [...]».

Es decir, el seguro de riesgos extraordinarios, garantizado a través de un órgano adscrito a la administración pública, sigue también la mecánica de acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales que deben ser expresamente previstos por la póliza.

Por último, es pertinente hacer referencia a cómo la jurisprudencia menor ha abarcado la garantía que nos ocupa, para ofrecer así una visión global de la naturaleza del seguro de pérdida de beneficios. Cabe comenzar citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Primera) 213/2017, de 25 de abril [JUR 2017\140094], que examinó de un supuesto en el que el negocio de la parte actora se vio interrumpido como consecuencia del derrumbamiento de la cubierta del local. Pese a no encontrarse este evento asegurado por su póliza, el demandante argumentó que el seguro de pérdida de beneficios es una cobertura autónoma que debe proyectarse hacia cualquier causa o siniestro, incluyendo, por tanto, el derrumbamiento del techo de su negocio. Frente a esta consideración, la Audiencia Provincial de Cáceres estimó que esta garantía no es una «cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino solo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito por

¹³ Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios.

las partes, siendo imprescindible que el siniestro que provoca la pérdida de los beneficios esté descrito en el contrato dentro de las coberturas», motivo por el que desestimó la pretensión del recurrente.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 352/2013, de 20 de septiembre [ES:APGI:2013:835], que conoció de un supuesto en el que la parte actora reclamaba la pérdida de beneficios sufrida como consecuencia de la falta de suministro eléctrico producido por razón de una gran nevada. Sin embargo, la garantía de daños por «fenómenos eléctricos» de su póliza no cubría cualquier evento susceptible de interrumpir el suministro eléctrico de su negocio, debido a que acotaba expresamente esta cobertura a los fenómenos que se produzcan por la «acción directa de la energía eléctrica como resultado de un cortocircuito, formación de arco voltaico, sobretensión y otros efectos similares, así como los producidos por la perturbación eléctrica consecuentemente con la caída de rayo». Como resultado, la Audiencia Provincial de Girona concluyó que el siniestro, causado por una gran nevada, no se encontraba cubierto por la garantía de fenómeno eléctrico y que, como consecuencia, tampoco activaba el derecho de resarcimiento del asegurado en relación con la cobertura de pérdida de beneficios.

En suma, puede afirmarse con seguridad que la mecánica de acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales expresamente definidos en la póliza es una práctica que se desprende del marco legal que regula el seguro de interrupción de la actividad. Así puede inferirse de los arts. 63 y 66 LCS y del art. 3 del Reglamento de Riesgos Extraordinarios; tesis que, además, ha sido acogida por la jurisprudencia menor al aplicar estos preceptos a la realidad jurídica. Por ello, puede concluirse a mi juicio que esta práctica comporta una delimitación del riesgo asegurado, al ser una mecánica destinada a definir el perímetro de la cobertura que dispensa la póliza y concretar el objeto del seguro.

IV. EL COVID-19 COMO EVENTO ASEGURABLE CON BASE EN LA COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS

1. Fallos favorables para los negocios asegurados

Tal y como era introducido anteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de febrero de 2021 incentivó a cientos de negocios a formular reclamaciones a través de la vía judicial y extrajudicial contra sus entidades aseguradoras. En el contexto de alta litigiosidad que se ha generado como consecuencia de la interrupción de la actividad de los negocios, numerosas resoluciones han optado por estimar las pretensiones de las empresas afectadas, incluso aunque en sus pólizas de seguro no se hubiese pactado ninguna garantía que pudiera envolver al COVID-19 o a los cierres decretados por los poderes públicos como eventos asegurados.

Para mayor concreción, han sido dictadas cerca de cuarenta resoluciones de Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales que se han pronunciado acerca del debate que nos ocupa. De estas sentencias, aproximadamente diez han fallado a favor de los negocios asegurados bajo la interpretación de que, pese a que los cierres decretados por los poderes públicos para combatir el COVID-19 fuesen un supuesto que no se encontraba expresamente delimitado como asegurado por sus pólizas, este evento debía encontrarse cubierto por la garantía de pérdida de beneficios. Los razonamientos más comunes empleados por estas resoluciones serán expuestos en las siguientes líneas.

Pues bien, las sentencias que se pronuncian a favor de los negocios asegurados parten en su totalidad de una premisa común: que la mecánica de acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales expresamente acotados en la póliza es una práctica que, tal y como es desempeñada en el sector asegurador, resulta en una limitación de los derechos del asegurado. La explicación es la siguiente: en la inmensa mayoría de situaciones las pólizas de seguro se dividen en dos documentos: las condiciones generales (en adelante, «CCGG») y las condiciones particulares (en adelante, «CCPP»). Esto se debe a que el contrato de seguro pertenece a la llamada «contratación seriada», de forma que, al ser un contrato de adhesión que se prevé por una entidad aseguradora para una pluralidad de posibles tomadores, se estipulan, por una parte, unas CCGG que hacen referencia a todas las garantías a disposición del conjunto de los potenciales adherentes; y, por otra parte, unas CCPP donde, con carácter específico, se hace referencia a las concretas garantías concertadas casuísticamente con cada tomador, junto con otros datos esenciales de la relación jurídica (p.ej., prima, duración de la póliza, etc.).

De este modo, cuando una empresa contrata un seguro multirriesgo que incluye la garantía de pérdida de beneficios, las CCPP suelen hacer referencia únicamente al hecho de que se ha contratado esta garantía, y a otros aspectos nucleares de la cobertura, como la suma asegurada, el período de resarcimiento y la cuantía de indemnización diaria que se cubre durante el lapso temporal en el que la actividad se encuentra interrumpida. Sin embargo, los daños materiales a los que se acota dicha cobertura de pérdida de beneficios no se configuran en las CCPP, sino en las CCGG.

Tomando esto en consideración, los negocios afectados suelen sostener que no han tenido acceso o no han alcanzado a comprender el contenido de las CCGG, al ser un documento diferente de las CCPP. Así lo razonan, por ejemplo, en aquellos casos en que las CCGG no le fueron entregadas al tomador en el momento de la contratación. Y, como consecuencia, las resoluciones que fallan en favor de estos negocios concluyen que esta mecánica resulta en una limitación de los derechos de los negocios asegurados.

La consecuencia jurídica de interpretar que esta mecánica comporta una limitación de los derechos del tomador es que debe observar los requisitos del art. 3 LCS. Es decir, que acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales previos es una mecánica que: (i) se debe destacar de modo especial en la póliza a través de letra negrita; y

(ii) debe ser expresamente aceptada por parte del tomador a través de su doble firma –una firma que manifieste su consentimiento en relación con el contrato de seguro, y otra firma que exprese su aceptación de las cláusulas limitativas que obren en este–.

A esto se une que en el sector asegurador es una práctica muy extendida celebrar pólizas de seguro sin que se llegue a formalizar la firma del tomador, ya no solo en las CCGG, sino también en las CCPP. Este es el punto en el que culmina el razonamiento de las resoluciones que fallan en favor de los negocios asegurados. Si se considera que esta mecánica es limitativa, la consecuencia jurídica es que debe observar los requisitos del art. 3 LCS. Partiendo de esta premisa, los juzgados que apoyan esta doctrina razonan que, si la firma del tomador no obra en las CCGG –que es el espacio donde se acota la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales–, lo estipulado en estas CCGG acerca de la garantía de pérdida de beneficios no es oponible al negocio asegurado. Como resultado, solo le sería oponible lo dispuesto en las CCPP; y si en las CCPP nada se menciona acerca de los daños materiales a los que se vincula la cobertura, el escenario final al que llegan todas estas resoluciones es que la garantía de interrupción de la actividad debe extenderse hacia cualquier evento susceptible de paralizar el negocio, incluyendo los cierres decretados por los poderes públicos para combatir el COVID-19.

Entre estas resoluciones, la más relevante es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 59/2021, de 3 de febrero. Esto se debe, en primer lugar, a que esta fue la que resolución que desencadenó la controversia examinada; y, en segundo lugar, a que la práctica totalidad de las reclamaciones formuladas por los negocios asegurados incluyen en sus formulaciones esta sentencia de forma expresa o sucinta para justificar su pretensión. Sin embargo, cabe señalar dos cuestiones esenciales sobre el citado pronunciamiento: (i) este no es un fallo emitido realmente por un órgano colegiado, sino por el Magistrado en particular que lo suscribe, conforme al art. 82.2.1º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁴; y (ii) pese a que en los anteriores párrafos se ha tratado de realizar una labor de síntesis de la línea argumental razonada por las resoluciones que han acogido la doctrina de la Audiencia Provincial de Girona tomada en su mejor versión, lo cierto es que esta sentencia muestra deficiencias técnicas relevantes, dicho sea con el debido de los respetos para el Magistrado que suscribe el fallo.

Para mayor precisión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de febrero de 2021 toma dos variables para fundamentar su posición. En primer lugar, parte de la premisa de que el contenido natural de la cobertura de pérdida de beneficios abarca no solo los acontecimientos descritos en el contrato, sino que se extiende también hacia cualquier evento susceptible de interrumpir la actividad del negocio asegurado –es decir, sostiene una interpretación contraria al art. 66 LCS–. En segundo lugar, razona que el tomador, al concertar la póliza, tenía unas expectativas razonables de que el perímetro de la cobertura

¹⁴ En este sentido, el Magistrado conoce del supuesto a través del turno de reparto del Tribunal, debido a que el recurso de apelación se interpone frente a una resolución de un Juzgado de Primera Instancia seguido por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía.

de su seguro incluía todo suceso que, en caso de paralizar su negocio, generase una pérdida de beneficios.

Con base en estas variables, la Audiencia Provincial de Girona razona que la mecánica de acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales es limitativa; y, además, añade que el mero hecho de no contemplar en las condiciones generales un apartado que excluya expresamente el riesgo de «paralización por resolución gubernativa ante una pandemia» comporta también una limitación de los derechos del tomador, en caso de que este evento hubiese tratado hipotéticamente de ser opuesto por parte del asegurador frente al negocio asegurado. Esto le lleva a considerar que estas previsiones deben observar los requisitos del art. 3 LCS y, por ende, a concluir que no son oponibles frente al demandante.

Bajo mi perspectiva, este razonamiento resulta un tanto paradójico. Debe reseñarse, como punto de partida, que el Magistrado que dicta la sentencia citada, al igual que la gran mayoría de resoluciones que han seguido su doctrina, no menciona en ningún momento los arts. 63 y 66 LCS, destinados a regular esta modalidad de seguro. Lejos de ello, la doctrina iniciada por la Audiencia Provincial de Girona parte de una premisa a mi juicio errónea: que el seguro de pérdida de beneficios debe abarcar cualquier evento susceptible de interrumpir la actividad del negocio asegurado; y, agregado a lo anterior, que en caso de que el asegurador quiera excluir un supuesto de la cobertura, este evento debe ser expresamente previsto por la póliza. Bajo mi perspectiva, esta posición resulta contraria al espíritu más elemental del seguro de pérdida de beneficios, debido a que, como prevé el art. 66 LCS, esta garantía debe acotarse imperativamente a los «acontecimientos descritos en el contrato».

Como resultado, esta sentencia ha sido criticada y refutada en gran medida por reconocidos profesionales del sector asegurador. Se ha razonado con autoridad que exigir que las entidades aseguradoras debieran haber previsto este fenómeno con carácter expreso y específico en sus pólizas es contrario a la esencia propia del contrato de seguro y, más concretamente, a la de esta cobertura. Esto se debe a que la doctrina de la Audiencia Provincial de Girona exige no solo que las entidades aseguradoras concreten el objeto del seguro al delimitar el perímetro de su cobertura, sino que, además, deben prever cualquier riesgo susceptible de acaecer sobre el objeto del seguro si quieren delimitar determinados riesgos de forma negativa, excluyéndolos de la cobertura. Esto es excepcionalmente complicado, y genera un profundo desequilibrio en la actividad relativa a concretar el riesgo garantizado, situando una carga desproporcionada sobre el asegurador.

Es más, la propia sentencia reconoce que «los seguros y coberturas referidos a lucro cesante o de pérdida de beneficios como el analizado, normalmente quedan sujetos a la existencia de un daño material previo». Sin embargo, también afirma que «en el presente caso, este extremo ni siquiera es cuestionado por la aseguradora». Frente a esta afirmación, el sector asegurador se ha pronunciado de forma tajante, considerando que el hecho de que la compañía aseguradora no esgrimiese este punto «no debería haber evitado, *iura novit*

curia, que la Audiencia invocase esa previsión del contrato de seguro para rechazar la pretensión del asegurado»¹⁵.

Junto con este argumento, la Audiencia Provincial de Girona trae a colación algunos razonamientos que no son directamente empleados en su *ratio decidendi*, como, por ejemplo, insinuar que la póliza incluye una cláusula de limitación temporal, siendo esta una figura que se prevé para el seguro de responsabilidad civil (art. 73 *in fine* LCS); o cuestiones relativas al seguro de grandes riesgos (arts. 44 *in fine* y 107.2 LCS). No obstante, es pertinente reseñar que estas cuestiones nada tienen que ver con el siniestro que nos ocupa, debido a que la garantía que se debate no es la de responsabilidad civil del asegurado, sino la de pérdida de beneficios; y a que el seguro que fue concertado en este supuesto fue celebrado por un pequeño local hostelero, que no cumple con los requisitos necesarios para concertar un seguro de grandes riesgos (art. 11 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹⁶).

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona ha sido firmemente acogida por otros Juzgados y Tribunales a pesar de las deficiencias técnicas expuestas. Estas resoluciones han adoptado de forma notablemente homogénea la doctrina de esta resolución, partiendo de la misma premisa –a mi juicio, errónea–: que la mecánica de acotar la cobertura de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales comporta una limitación de los derechos del tomador.

Algunas de las sentencias más relevantes que han optado por seguir esta doctrina son: (i) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Segunda) 254/2021, de 16 de junio [JUR\2021\215271] que incorpora en su *ratio decidendi* plenamente la posición de la Sentencia de la Sección Primera de ese mismo Tribunal; y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Granada 166/2021, de 21 de julio [JUR 2021\242885], que hace referencia a dos ideas que no son atingentes al debate examinado por cuanto no son criticadas ni contradichas por el sector asegurador: (i) que la pandemia no constituye fuerza mayor; y (ii) que las pandemias son un fenómeno asegurable¹⁷. Para finalizar este apartado, es pertinente destacar que existen fuentes periodísticas que afirman que la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia de Girona, dictada el 16 de junio de 2021, ha sido admitida a trámite en casación¹⁸.

¹⁵ RUIZ ECHAURI, J., CORDERO LOBATO, E., «Sobre la cobertura de seguro en la interrupción de negocio», en periódico digital *Expansión*, 10 de febrero de 2021. Disponible en <<https://www.expansion.com/opinion/2021/02/10/6023af5ce5fdae96d8b4651.html>>. [Consultado el 29/07/2021].

¹⁶ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

¹⁷ Otras resoluciones que se han posicionado en favor del asegurado son la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Móstoles 172/2021, de 6 de mayo; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ciudadella de Menorca 156/2021, de 9 de junio; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Lorca 124/2021, de 22 de septiembre; y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona 209/2021, de 15 de octubre.

¹⁸ INESE, *Boletín Diario de Seguros*, 9 de noviembre de 2021.

2. Fallos favorables para las entidades aseguradoras

Frente a la doctrina iniciada por la Audiencia Provincial de Girona, han sido emitidas aproximadamente treinta sentencias de Juzgados de Primera Instancia que han llegado a fallos contrarios en situaciones completamente análogas. Estas resoluciones siguen una línea de argumentación muy similar y homogénea entre ellas y, a mi juicio, razonan con mayor precisión técnica el punto en el que nos encontramos en el debate de la cobertura de pérdida de beneficios ligada a los cierres para combatir el COVID-19.

La línea argumental que emplean estas sentencias es, en suma, la siguiente: parten de la premisa de que la mecánica de acotar la garantía de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales previos expresamente determinados por la póliza es una delimitación del riesgo asegurado y no una limitación de los derechos del tomador. Llegan a esta consideración porque: (i) el marco legal y la práctica aseguradora muestran que esta modalidad se prevé como una garantía que se activa con base en una serie de acontecimientos que deben ser expresamente definidos en la póliza; y (ii) la cobertura de pérdida de beneficios se comercializa en la realidad jurídica como un pacto vinculado a productos de seguros multirriesgo, como era explicado con anterioridad.

Como consecuencia, estas resoluciones entienden que el hecho de que los daños materiales a los que se acota esta cobertura sean reseñados en las CCGG no afecta en absoluto a su oponibilidad porque, al ser una delimitación del riesgo, no requiere su aceptación reforzada (art. 3 LCS), sino únicamente la aceptación genérica del tomador al manifestar su consentimiento en relación con contrato en su conjunto.

Cabe también recordar que, en ocasiones, la firma del tomador no aparece reseñada ni en las CCGG ni en las CCPP. Sin embargo, incluso en estas ocasiones la casuística judicial ha considerado que la mecánica analizada continuaría siendo oponible frente al negocio asegurado. Esto se debe a que, si el asegurado formula su reclamación con base en las CCPP, siendo esta una prueba indudable de que conoce el producto y las garantías contratadas, y en este condicionado se hace mención expresa a las CCGG, puede inferirse que el conocimiento de la existencia y características de las CCPP se extiende también hacia las CCGG. Otras situaciones en las que se ha razonado por los Juzgados de Primera Instancia o por las entidades aseguradoras que las CCGG eran conocidas por el negocio asegurado se corresponden con hechos como que el condicionado general fuese aportado al procedimiento judicial por parte del asegurado, o que este hubiese formulado reclamaciones anteriores al asegurador con base en las CCGG, siendo en este último caso de aplicación la doctrina de los actos propios¹⁹.

¹⁹ Sobre este punto, la doctrina de los actos propios es una construcción doctrinal y jurisprudencial que se define como la vinculación que somete al autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, con la consecuente imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio. En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil) 529/2001, de 24 de mayo [RJ 2001/3379], al razonar que la doctrina de los actos propios «es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra

En este sentido, es de especial interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décimo Cuarta) 366/2020, de 14 de diciembre [JUR 2021\25867]. Esta resolución conoció de un supuesto en el que el debate se situaba alrededor de la cobertura de pérdida de beneficios y la eventual oponibilidad de las CCGG. Pues bien, la Audiencia Provincial confirmó que las CCGG eran perfectamente oponibles porque habían sido aportadas al procedimiento por la parte actora, y porque la firma del tomador figuraba en las CCPP. En este sentido, la resolución expone que

«Es cierto que del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro se desprende que el ejemplar de las condiciones generales debe ser suscrito por el asegurado, sin cuyo requisito carece de validez. Sin embargo, la Jurisprudencia ha mitigado esta exigencia admitiendo la validez de aquéllas condiciones generales que son invocadas o aportadas por la parte interesada o bien respecto de las cuales consta su aceptación en las condiciones particulares suscritas (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2006), situación que concurre en el presente caso».

De este modo, cabe ahora hacer referencia algunas de las sentencias de Juzgados de Primera Instancia que exponen con mayor claridad y precisión los motivos por los que la mecánica examinada comporta una delimitación del riesgo asegurado, y por qué es perfectamente oponible frente a los negocios que reclaman considerando que la cobertura de pérdida de beneficios debe cubrir las pérdidas sufridas como consecuencia del COVID-19.

Un buen punto de partida es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Ferrol 150/2021, de 7 de septiembre. Esta resolución hace referencia tanto a los cierres decretados por el Gobierno de la Nación como a los cierres decretados por la Junta de Galicia y razona que, para analizar la cobertura de pérdida de beneficios, es imperativo partir del marco legal que estipula el art. 66 LCS. Concretamente, la sentencia afirma que

«[e]l artículo 66 de la misma ley señala que “El titular de una Empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la Empresa quede paralizado total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato”. Entre esos acontecimientos no figura, en la póliza aportada, el cierre del local decretado por el Gobierno de la Nación o por la Xunta de Galicia como consecuencia de una situación de emergencia sanitaria, que es lo que en este caso ha motivado la

los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente».

paralización de la actividad desarrollada en el local de la actora y la consiguiente pérdida de beneficios».

Por ello, el Juzgado de Primera Instancia de Galicia concluye que una previsión de la póliza que condicione el que se pague el lucro cesante a que suceda un siniestro descrito por la póliza es una mecánica que no puede ser considerada «sorpresa, infrecuente o inusual».

Otra resolución de gran interés es la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza 334/2021, de 18 de octubre, que concreta la naturaleza de los seguros de lucro cesante y precisa que en el debate que nos ocupa debe atenderse al contenido del contrato a través de una interpretación literal. De este modo, la sentencia razona que:

«[L]o que se establece al ser interpretado el denominado seguro de lucro cesante, es que siempre ha de ir relacionado, directamente con un riesgo asegurado, es decir, no debe ser interpretado con una cobertura total y absoluta ante cualquier causa o siniestro, sino que debe estar relacionada la pérdida con un riesgo asegurado –incendio, robo, privación temporal del carnet de conducir, etc.–, pero entre los riesgos asegurados en el contrato de seguro no se encontraba, como resulta evidente por su inexistencia previa, la paralización por cierre derivado de decisión gubernativa por declararse una pandemia mundial, ni puede ser interpretado como incluido dicho riesgo por lo argumentado anteriormente. Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa y quedando acreditado que la cláusula mencionada no es limitadora de derechos, sino delimitadora, de la cobertura de la póliza, deberemos concluir que no pudiendo ser ni definido como riesgo cubierto, ni como exclusión [...], la interpretación que debe darse a la misma no puede ser otra que la literal pues dicha interpretación literal, regulada en el Código Civil, en los artículos 1280 y siguientes, no escapa el contrato de seguro».

En tercer lugar, es especialmente ilustrativa la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cangas del Narcea 104/2021, de 11 de noviembre. Esta resolución aplica con precisión en su fundamento cuarto todos los razonamientos expuestos hasta el momento, razonando que

«resulta claro que la cláusula aquí analizada constituye una cláusula delimitadora del objeto del contrato, pues lo que hace es definir los concretos supuestos que son objeto de cobertura. No es que se restrinjan los derechos del asegurado, sino que, si no ocurre alguno de los supuestos previstos (incendio, explosión y caída de rayo, humo, impacto de objetos, detonaciones sónicas, etc.), no llegan a nacer tales derechos frente a la compañía aseguradora. [...] En este caso, no es objeto de cobertura la pérdida de beneficios debida a una interrupción parcial o total de la actividad, cualquiera que sea la causa que haya originado tal interrupción, sino sólo la que obedece a alguna de las causas que establece la póliza, entre las

que no se encuentra ni la pandemia ni la orden de cierre del negocio procedente del Gobierno central o autonómico, por lo que no existe obligación por parte de la aseguradora demandada de hacer frente a la reclamación de la parte actora».

La sentencia concluye afirmando, respecto de esta garantía, que

«[n]o se trata de una pérdida de beneficios con cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino solo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito por las partes, siendo imprescindible que el siniestro que provoca la pérdida de los beneficios esté descrito en el contrato dentro de las coberturas».

Por último, cabe señalar que la doctrina administrativa también se ha pronunciado en alguna ocasión de forma paralela a las sentencias citadas en los anteriores párrafos. Así puede observarse atendiendo, por ejemplo, a algunas resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, “DGSFP”), siendo este un órgano administrativo adscrito al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Pues bien, el citado órgano se ha pronunciado en sus resoluciones núm. 4796/2020, de 11 de diciembre y núm. 4660/2021, de 3 de noviembre, razonando que, para que las pérdidas ocasionadas por la interrupción de la actividad generada por la crisis del COVID-19 se encuentren cubiertas por la cobertura de pérdida de beneficios, es necesario que la póliza contemple este evento expresamente como uno de los que activan dicha garantía.

En este sentido, la última de las resoluciones citadas de la DGSFP razona que

«[u]na vez examinada la presente reclamación y a la vista de lo dispuesto en la garantía de Pérdida de beneficios de la póliza suscrita por el reclamante se observa que ésta es una garantía de riesgos nominados. Esto es, la garantía de Pérdida de beneficios otorga cobertura en los supuestos concretos que se enumeran de manera clara, concreta y precisa. [...] Dado que la paralización de la actividad empresarial debida a una decisión gubernamental derivada de una pandemia no aparece enumerada en la garantía de pérdida de beneficios, este servicio estima que la entidad no vendrá contractualmente obligada a reconocer la pretensión que se le formula».

V. CONCLUSIONES

Primera. El seguro de pérdida de beneficios debe proyectarse únicamente hacia los acontecimientos previstos en el contrato como asegurados. Si bien es cierto que se permite concertar esta garantía como un pacto autónomo, la realidad jurídica y la práctica en el sector asegurador muestran que esta cobertura se comercializa acotada a otros productos

de seguros multirriesgo. Estos productos garantizan una serie de daños de carácter material (por ejemplo, incendio) y acotan la cobertura de pérdida de beneficios a la eventual producción de dichos riesgos (por ejemplo, interrupción de la actividad por incendio). En otras palabras, se asegura un daño emergente y, vinculado al mismo, se garantiza también el lucro cesante que pudiera derivar de ese evento. De este modo, la garantía de pérdida de beneficios únicamente tendrá lugar si se produce alguno de los daños materiales asegurados por la póliza, siendo estos los acontecimientos descritos en el contrato que activan el derecho de rescaramiento del negocio asegurado.

Segunda. La casuística judicial no es pacífica en relación con el debate que nos ocupa, es decir, sobre si la interrupción de la actividad generada por los cierres decretados para combatir el COVID-19 es un hecho susceptible de ser indemnizado a través de la cobertura de pérdida de beneficios incluso aunque este evento no se encuentre asegurado por la póliza. Sin embargo, puede afirmarse con seguridad que las sentencias que fallan a favor de las entidades aseguradoras razonan con una mayor precisión técnica, tomando en consideración el marco legal y la jurisprudencia relativa al seguro de pérdida de beneficios. Por el contrario, las sentencias favorables a los negocios asegurados parten en su conjunto de una premisa errónea: que la mecánica de acotar el seguro de pérdida de beneficios a una serie de daños materiales es una práctica limitativa de los derechos de los asegurados. Por ello, concluyo que, atendiendo a la generalidad de los supuestos, el planteamiento más acorde a Derecho es el de aquellas sentencias que fallan en favor de las entidades aseguradoras.

Tercero. En mi opinión, seguir la doctrina iniciada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 59/2021, de 3 de febrero, no solo implica actuar en contra de lo dispuesto en los arts. 63 y 66 LCS, sino que también puede generar impactos perjudiciales muy significativos no solo para las entidades aseguradoras, sino también para los propios sujetos asegurados. El razonamiento es sutil, pero muy relevante. Esta línea puede llevar a las compañías aseguradoras a experimentar una gran pérdida de capital, debido a que esta clase de coberturas se refieren a pólizas de contratación en masa. Como consecuencia, si las entidades aseguradoras observan que el riesgo de pérdidas incrementa en gran medida, también incrementará el valor de los riesgos asumidos por las mismas. En definitiva, esta tendencia podría aumentar sistemáticamente el valor de celebrar un contrato de seguro que incluya la cobertura de paralización de la actividad, lo que dificultaría a los potenciales tomadores el acceso a la contratación de una póliza para cubrir sus negocios. En suma, la línea iniciada por la Audiencia Provincial de Gerona es, a mi juicio, no solo incorrecta jurídicamente hablando, sino que también podría actuar en perjuicio del mercado asegurador en su conjunto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid (Montecorvo), 1977.

- BATALLER GRAU, J. et al., *Derecho de los seguros privados*, Madrid (Marcial Pons), 2007.
- GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª Edición, Madrid (Aguirre), 1983.
- INESE, *Boletín Diario de Seguros*, 9 de noviembre de 2021.
- RUIZ ECHAURI, J., CORDERO LOBATO, E., «Sobre la cobertura de seguro en la interrupción de negocio», en periódico digital *Expansión*, 10 de febrero de 2021. Disponible en <https://www.expansion.com/opinion/2021/02/10/6023_af5ce5f-deae96d8b4651.html>. [Consultado el 25/01/2022].
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2014.
- URÍA, R. et al., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Civitas), 2007.
- VEIGA COPO, A., «Contrato de seguro» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, vol. V, 3.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 7101 a 7558.
- VEIGA COPO, A., *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, 2.ª ed, Cizur Menor (Thomson Reuters), 2015.

VII. ANEXO DE SENTENCIAS

1. Sentencias favorables para los negocios asegurados

A. Doctrina de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Primera) 59/2021, de 3 de febrero [JUR 2021\44439].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Segunda) 254/2021, de 16 de junio [JUR\2021\215271].

B. Sentencias de Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Móstoles 172/2021, de 6 de mayo.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ciutadella de Menorca 156/2021, de 9 de junio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Granada 166/2021, de 21 de julio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Lorca 124/2021, de 22 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pamplona 209/2021, de 15 de octubre.

2. Sentencias favorables para las entidades aseguradoras

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Oviedo 264/2020, de 19 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Huesca 76/2021, de 26 de abril.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Avilés 507/2021, de 14 de mayo.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Avilés 155/2021, de 18 de mayo.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Jaén 155/2021, de 29 de junio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Sevilla 218/2021, de 5 de julio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona 329/2021, de 6 de julio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón 209/2021, de 14 de junio.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia 260/2021, de 7 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Ferrol 150/2021, de 7 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pamplona 205/2021 de 20 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia 287/2021, de 23 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alcalá de Henares 170/2021, de 23 de septiembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander 268/2021, de 8 de octubre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza 334/2021, de 18 de octubre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tudela 159/2021, de 25 de octubre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón 308/2021, de 29 de octubre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas del Narcea 104/2021, de 11 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón 368/2021, de 22 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pravia 241/2021, de 22 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lleida 327/2021, de 23 de noviembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Granada 178/2021, de 13 de diciembre.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela 187/2021, de 16 de diciembre.