

LA PERDIDA DE BENEFICIOS DURANTE EL PERIODO DE PANDEMIA Y SU ASEGURAMIENTO

La presente ponencia va a tratar de situarnos en los distintos planteamientos que a día de hoy existen sobre la cobertura de la pérdida de beneficios producida durante la pandemia, es decir, el lucro cesante derivado del cierre de establecimientos a causa de la declaración del estado de alarma decretado por el Gobierno de la nación mediante RD 463/2020 de 14 de marzo.

Para un mayor acercamiento a la situación que actualmente se encuentra latente en los Juzgados y Tribunales podemos analizar diversas cuestiones:

1.- El inicio de la discusión doctrinal y jurídica sobre la cobertura de la pérdida de beneficios ocasionados durante la pandemia.

2.- Era la pandemia una situación previsible y debieron las entidades aseguradoras haber contratado teniendo en cuenta dicha previsibilidad?

3.- El lucro cesante o pérdida de beneficios. Contratación autónoma o pacto dentro de una póliza.

4.- Es una cuestión casuística en la que hay que estar a la redacción de la póliza en cuestión. Análisis de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas delimitadoras del riesgo o limitativas de derechos del asegurado.

5.- La indemnización procedente

6.- El pronunciamiento en costas.

1.- El inicio de la discusión doctrinal y jurídica sobre la cobertura de la pérdida de beneficios ocasionados durante la pandemia.

Es actualmente una de las cuestiones que más problemática y discusión jurídica está produciendo en los Juzgados y Tribunales. Dicha problemática no puede tratarse de una manera global, como equivocadamente a mi entender se ha pretendido, en el sentido de preguntarnos si las entidades aseguradoras cubren la pérdida de beneficios que los establecimientos mercantiles han sufrido a causa del cierre de los mismos a partir de la declaración del estado de alarma el día 14 de marzo de 2020.

Y ello ha sido así en base a una cuestión de oportunidad temporal, que deriva del dictado de la sentencia nº 59/2021 de la Audiencia Provincial de Girona, sentencia que estimando el recurso de apelación interpuesto por el asegurado, revoca la sentencia de primera instancia, desestimatoria de sus pretensiones, y condena a la entidad aseguradora demandada al abono de la cantidad reclamada como lucro cesante o pérdida de beneficios sufridos durante la pandemia. Seguramente, el planteamiento y la discusión doctrinal y jurídica habría sido distinto si la primera sentencia relevante sobre esta cuestión hubiese sido favorable a los intereses de la entidad aseguradora.

Y aunque es una sentencia que ya ha sido objeto de análisis, sí me gustaría tratar algunas cuestiones relevantes para situarnos ante la problemática existente.

En el caso enjuiciado, la entidad aseguradora había suscrito con el asegurado una póliza de negocio incluyéndose en un apartado especial, la “paralización de la actividad”. De la lectura de su fundamentación jurídica parece deducirse que el órgano de Primera Instancia considera la cláusula en cuestión como delimitadora del riesgo al señalar, citando la referida resolución que “Si examinamos las condiciones generales del contrato, las páginas 61 y 62 enumeran tasadamente las exclusiones comunes a la cobertura de indemnización diaria por paralización de la actividad, y entre ellas la letra f) dispone textualmente que *no cubrimos las pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de limitaciones o restricciones impuestas por cualquier organismo o autoridad pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisita o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio.*

A continuación, la SAP entiende que no nos encontramos ante una situación incardinable en un contrato de seguro de grandes riesgos, con cita del artículo 44 LCS para excluir el mandato contenido en el artículo 2 del citado texto legal para acto seguido entrar en el estudio jurisprudencial de la distinción entre cláusulas que puedan tener carácter lesivo para el asegurado, las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas.

En siguiente lugar, la sentencia entra en el análisis del concreto seguro que vincula a las partes y distingue entre las condiciones particulares, donde se contempla que c) Entre las coberturas de daño, figuraba el apartado: "Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad", donde se contemplaba una indemnización diaria de 200€ (periodo de indemnización: 30 días) sin franquicia.

Y en la página nº 56 del Condicionado General de la Póliza, se define la COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIO: " 2. *El asegurador cubre en función de la modalidad de indemnización convenida y hasta el límite económico y temporal indicado en Condiciones Particulares, las pérdidas económicas que ocasionen la paralización temporal, total o parcial, de la actividad empresarial asegurada cuando sea consecuencia directa de un siniestro amparado por la póliza comprendido en las coberturas del capítulo III de estas Condiciones Generales "Coberturas de daños", que hayan sido expresamente contratadas*".

La sentencia considera la condición particular como "delimitadora del riesgo cubierto", que contempla el supuesto de pérdida de beneficios por paralización de la actividad negocial, en cuyo supuesto el pacto era claro: únicamente se contemplaba un máximo de 30 días a razón de 200€/día y, por ende, sometida al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativa por no constituir una limitación de los derechos del asegurado.

Señala la sentencia que cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado "paralización por resolución gubernativa ante una pandemia", y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, por lo que, su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los específicos requisitos, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, del art. 3 LCS. En todo caso, el hecho de que la póliza examinada no contemple expresamente, la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, impone que su exclusión en el

condicionado general por la aseguradora, reclamaba los requisitos del art. 3 LCS.

Es en este momento donde empieza a asentarse la idea de que las pérdidas de beneficios estaban aseguradas siempre que la póliza en cuestión contuviese el pacto adicional de cobertura de la pérdida de beneficios y con algo más de precisión, la idea de que existiendo ese pacto aseguratorio, cualquier cláusula que excluyese la cobertura, necesariamente tenía el carácter de cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

Aunque ya se habían dictado algunas resoluciones judiciales al respecto, posiblemente la primera sentencia de primera instancia que hace cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, es la dictada por el **Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada de 21 de julio de 2021** y que aumenta la sensación a la que antes me refería.

La póliza que analiza esta sentencia contempla en las condiciones particulares como contratada la garantía de pérdida de explotación con la indemnización diaria de 500 y el límite sujeto al cálculo de la pérdida real y efectiva fijándose como días de indemnización 90.

La descripción contenida en las condiciones generales respecto de esta garantía contratada vienen recogidos en el artículo sexto relativo a garantías del período de explotación y en el apartado relativo al objeto de la cobertura se establece lo siguiente: *"hasta la cantidad y por el período máximo indicado en las condiciones particulares, las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad de negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales encuentren amparados por esta póliza."* La parte demandada destaca frente a estas cláusulas en el apartado relativo a que no cubre el apartado dos relativo a la pérdida de beneficios que comienza en la página 32 los siguientes: *"H) hechos que no hayan originado daño material directo alguno los bienes asegurados, tales como amenazas terroristas, abandono del puesto de trabajo, falta de acceso local e instalaciones asegurados, hechos de las personas o actos*

similares, salvo lo indicado para las coberturas de imposibilidad total de acceso y daños materiales ocurrido en los locales o instalaciones de proveedores que provoquen una falta de suministro de agua, gas o electricidad... J) limitaciones, restricciones o requisas impuesta por cualquier organismo o administración pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, en cuanto a la reconstrucción del edificio o a la reanudación de la actividad en el local de negocio asegurado.”, señalando la sentencia que había de valorarse si la situación generada tras el dictado del Real Decreto 462/2020, de 14 de marzo, en virtud del que se paralizó totalmente la actividad del local asegurado, se encuentra incardinada o no en las exclusiones que prevé para la definición del riesgo.

Después de realizar un análisis de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, principalmente a través de la STS de 6 de mayo de 2021 y la STS Pleno de 14 de julio de 2020, en lo relativo a la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de los derechos del asegurado, llega a la conclusión de que *“la redacción de la cláusula objeto de litis no deja lugar a dudas que se trata de cláusula limitativa del riesgo asumido y no delimitador del mismo ya que, al hacer constar que se incluye en la definición del riesgo la pérdida de beneficios como consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales encuentren amparados por esta póliza, indica que cualquier tipo causa de paralización de la actividad se encuentra incluida en el ámbito del contrato, debiendo de haber sido aceptada expresamente por el asegurado la que excluya aquella conforme al artículo 3 de la LCS, y las causas de exclusión que indica el demandado han de haber sido expresamente destacadas del condicionado y expresamente aceptadas por el demandante, circunstancia esta que no consta”.*

2.- Era la pandemia una situación previsible y debieron las entidades aseguradoras haber contratado teniendo en cuenta dicha previsibilidad.

Señala en un artículo el Magistrado Vela Torres, que es citado en diversas de las resoluciones dictadas hasta la fecha, que *“En el campo de la contratación de seguros es difícil afirmar que la posibilidad de una pandemia*

fuera un riesgo imprevisible, porque existen una serie de documentos y estudios que indican lo contrario. Y no solo porque la Organización Mundial de la Salud (OMS) había advertido, ya en 2005, del riesgo de una pandemia provocada por el virus de la gripe.

En el mes de mayo de 2006, el Grupo Consultivo de Actuarios Europeos publicó un estudio que analizaba el posible impacto de una pandemia vírica en la industria del seguro. En dicho documento se afirmaba que los expertos no tienen duda de que ocurrirá una pandemia y que, con una probabilidad superior al 50 %, ese riesgo se concretará en los próximos diez años. Y, como resultado de tales previsiones, aventuraron que las compañías aseguradoras tendrían que hacer frente a reclamaciones adicionales por muertes, seguros de salud y otros posibles impactos económicos (por ejemplo, una caída de la tasa de interés o del mercado de valores), que también debían tomarse en consideración. En el caso concreto de España, calcularon que una pandemia provocaría un incremento de mortalidad del 0,25 % (107 595 muertes) y hasta trece millones de contagios.

En el mes de mayo de 2008, la multinacional aseguradora Lloyd's publicó un estudio en el que se analizaban los riesgos propios de un fenómeno de esta naturaleza.

Y en octubre de 2019, la también aseguradora AXA publicó un informe que mantenía que en marzo de ese mismo año los expertos de la OMS consideraron un riesgo real la transmisión de un virus de la gripe de animales a humanos, por lo que una pandemia pasó a considerarse como uno de los diez riesgos más probables con impacto en la actividad aseguradora”.

Y concluye esta parte del estudio afirmando que “en consecuencia, si a la vista de tales documentos, informes y previsiones legislativas, podemos concluir que la pandemia no era imprevisible para las compañías de seguros, el único cauce que estas tendrían para no asumir el pago de las indemnizaciones correspondientes sería la exclusión contractual.”

En mi opinión, llegar a esa conclusión nos puede llevar a la consideración de que todo aquello que no esté excluido en el contrato de seguro y sea previsible o se pueda haber previsto, ha de considerarse incluido, lo que entiendo puede desvirtuar el contenido y aplicación en un contrato de las

cláusulas delimitadoras del riesgo y su combinación con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

Porque entiendo que si algo es previsible, la consecuencia es que es algo asegurable. Pero que algo previsible deba entenderse incluido en la cobertura de una póliza si no está expresamente excluido, nos puede llevar incluso a la conclusión de que todo aquello que no sea fuerza mayor (suceso que no ha podido preverse o que siendo previsible fuese inevitable) sea objeto de cobertura si no se ha excluido expresamente de un condicionado de un contrato de seguro.

No obstante ello, entiendo que la problemática que se ha generado en la doctrina y la jurisprudencia sobre la cobertura o no de las pérdidas sufridas durante la pandemia, superan la discusión de la previsibilidad o no de las consecuencias de la misma, ya que una cosa es que la existencia de la pandemia fuera previsible y otra diferente es que desde el punto de vista, no solo asegurador, sino económico y social, se pudiese pensar en un confinamiento total de la población, casi a nivel mundial y las consecuencias económicas que ello acarrearía.

3.- El lucro cesante o pérdida de beneficios. Contratación autónoma o pacto dentro de una póliza.

Cuando hablamos de la pérdida de beneficios derivados de la pandemia, estamos hablando de lo que la propia Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 regula como Contrato de Lucro Cesante, y este lucro cesante puede examinarse y analizarse dependiendo del modo en que la cobertura de posible pérdida de beneficios se ha contratado.

En la mayoría de los casos analizados y resoluciones judiciales que se han ido dictando, la cobertura de la pérdida de beneficios se había establecido como una cobertura añadida dentro de un contrato de seguro de daños, pero no de una manera autónoma.

Son tres los artículos de la Ley de Contrato de Seguro que entiendo resultan relevantes para el análisis de la cuestión sometida a consideración.

El artículo 63 LCS establece que “Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.

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

El artículo 66 que dispone 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 paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato”.

Y el artículo 67 que establece que “Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminedar el importe de la indemnización”.

Y precisamente, el análisis y diferenciación de la forma en que se ha podido contratar la cobertura de pérdida de beneficios, es el objetivo principal de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 28 de febrero de 2022. Posiblemente si esta sentencia se hubiese dictado antes de la SAP Girona ya mencionada, la discusión actual se habría generado de manera distinta.

Señala dicha sentencia que *“El artículo 63 de la LCS distingue entre el seguro de lucro cesante celebrado como contrato autónomo, y el seguro de lucro cesante que se activa una vez producido el siniestro descrito donde se integra, precisando el artículo 67 de la LCS que si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminedar el importe de la indemnización, de modo que cuando se celebra un contrato de manera autónoma con la modalidad de pérdida de beneficios en ningún caso podría predeterminedarse el importe de la indemnización, abonando con ello la interpretación de que puesto que en la póliza que nos ocupa se encuentran predeterminedados los daños y se integra en el marco de otras garantía, nos encontraríamos ante un supuesto distinto del contrato autónomo por lucro cesante, acogiendo con ello los argumentos de la apelante sobre el*

tipo de seguro suscrito por las partes sobre los dos legalmente contemplados, estableciendo a partir de dicha premisa la conclusión de que al no recogerse el cierre determinado por la autoridad gubernamental como un siniestro descrito en el contrato marco, en ningún caso se encontraría dicho riesgo cubierto, procediendo, pues, estimar el recurso de apelación interpuesto, debiendo señalar que el siniestro por el que se reclama carece de cobertura en la póliza de seguros suscrita entre las partes, debiendo reiterar que establecida en el artículo 63 de la LCS la distinción en el seguro de lucro cesante entre el celebrado como contrato autónomo y el complementario derivado de un siniestro descrito en el contrato, estimamos que el concreto supuesto enjuiciado se enmarca en el segundo de ellos, pues el objeto del seguro pactado por las partes integra múltiples garantías, encontrándose entre ellas el lucro cesante, no teniendo por finalidad de manera única y autónoma la pérdida de beneficios en los términos recogidos en el artículo 67 de la LCS, en cuanto que se recoge en la propia póliza la cantidad a indemnizar por paralización del negocio como modalidad adoptada, y en este tipo de seguros, que tienen como objeto único la pérdida de beneficios, se prohíbe la previa determinación del importe a indemnizar, y en tal sentido es de citar la sentencia de la Audiencia Provincial Provincial de Pontevedra de fecha 23 del mes de octubre del año 2008 donde se recoge: " Ahora bien, la redacción dada al precepto (se está refiriendo al artículo 67 de la LCS) permite sostener que cuando el seguro de lucro cesante constituya un pacto añadido a la otra modalidad de seguro, sí podrá predeterminarse la cuantía de la indemnización: Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización, lo que a contrario sensu supone afirmar que cuando el contrato no tenga ese objeto exclusivo la pérdida de beneficios las partes sí podrán predeterminar el importe de la indemnización. Esta posibilidad, sin embargo, que no deja de ser realmente una conjetura no es, sin embargo según hemos dejado expuesto, el pacto que a las claras se deduce de la Condición particular en el contrato de litis."

Así pues, establecido que nos encontramos ante una modalidad de lucro cesante que se contrata no de manera autónoma, sino de manera complementaria, esto es, formando parte integrante de otras garantías, consideramos, y así se desprende del propio clausulado de la póliza, que la

cobertura se sujeta y condiciona a que se produzca el siniestro de daños cubierto por el contrato, de modo que tan sólo se activaría cuando existiera un daño material o físico en el inmueble o sus inmediaciones que impida el acceso al mismo, según se desprende de la propia póliza en su página 42 al fijar la garantía sobre el particular referido, estableciendo que se garantiza el pago de una indemnización diaria (...) cuando se produzca la paralización temporal, total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado por daño directo como consecuencia de: un siniestro de daños propios cubierto por las garantías contratadas, y también, se añade, como consecuencia de obras, zanjas y socavones producidos en la vía pública (...) o en general sucesos accidentales, súbitos e independientes de la voluntad del Asegurado que al impedir el acceso al establecimiento asegurado, obliguen a su cierre, desprendiéndose del tenor literal de lo expuesto que el seguro por lucro cesante contratado entre la parte no se activa por cualquier siniestro, sino por los previstos en la propia póliza y que son objeto del seguro, siendo claro que en dicha póliza no se ha previsto como riesgo indemnizable el Covid, o más concretamente la paralización de la actividad de la mercantil como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno para combatir la expansión de la pandemia.

...hemos de traer a colación lo recogido en el artículo 63 de la LCS, párrafo primero, "in fine": "... de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato", dando a entender el mismo que el lucro cesante, al menos en esta modalidad complementaria, contratada no de manera autónoma, sino al hilo de un seguro de daños con múltiples garantías, exige para su activación el que se produzca el siniestro o los siniestros descritos en el contrato, lo cual desde luego no es el caso, desplazándose la controversia no tanto a determinar si existen cláusulas limitativas o si se han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 3 de la LCS, como a concretar si el siniestro al que se hace referencia ha sido objeto de cobertura en la póliza, obteniendo una convicción y conclusión negativa al respecto según se ha razonado anteriormente".

Aparte de esta, a mi juicio, interesante disertación sobre la distinción de la cobertura de la pérdida de beneficios como contrato autónomo o como pacto

incluido en otro tipo de seguro, la SAP Murcia analiza dos cuestiones de sumo interés y relevancia.

La primera es la relativa a la posible interpretación indefinida y expansiva de los sucesos contemplados en la póliza. Así, tal como se ha señalado anteriormente, la póliza contratada señala que *“se garantiza el pago de una indemnización diaria (...) cuando se produzca la paralización temporal, total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado por daño directo como consecuencia de: un siniestro de daños propios cubierto por las garantías contratadas, y también, se añade, como consecuencia de obras, zanjas y socavones producidos en la vía pública (...) o en general sucesos accidentales, súbitos e independientes de la voluntad del Asegurado que al impedir el acceso al establecimiento asegurado, obliguen a su cierre”* señalando la sentencia que *“ello debe ser examinado y analizado en el propio contexto donde se contienen tales expresiones, pues en su enunciado se está refiriendo a “daños directos como consecuencia de...”, y por ello la casuística que a continuación se expone debe ser interpretada como la existencia de un impedimento material para acceder al establecimiento, pero en ningún caso consideramos que deba incluirse en tal expresión, de una manera indefinida y expansiva, todo tipo de sucesos accidentales, súbitos e independientes a la voluntad del Asegurado, incluidos aquellos en que la autoridad gubernamental establezca su cierre como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia, pues de ser así se cubriría prácticamente cualquier pérdida procedente de cualquier cierre con independencia de la causa, y eso no se encuentra en la razón de ser de la ley ni resulta del contrato que nos ocupa, sino que debe concretarse, en el marco del seguro de daños que constituye el objeto esencial del contrato, al hecho de que la actividad del establecimiento asegurado no pueda desarrollar o desplegar su actividad por daños directos, debiendo subrayar tal expresión, que es la utilizada en la póliza, en cuanto que viene a redundar en que el lucro cesante se encuentra vinculado o asociado a la producción de alguno de los siniestros contratados en el marco del seguro de daños suscrito entre las partes o a algún acaecimiento fáctico que material y físicamente impida el acceso al establecimiento, no siendo factible sustraer a ese marco interpretativo la*

expresión "en general sucesos accidentales, súbitos e independiente de la voluntad del Asegurado..."

Y la segunda cuestión a mi entender relevante es la relativa a la aplicación al caso enjuiciado de la doctrina general sobre interpretación de los contratos contenida en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. Y entiendo que es una cuestión de importancia porque lo cierto es que muchas de las resoluciones que en la primera instancia se han ido dictando, al proceder al análisis de la cuestión relativa a si nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo o limitativa de los derechos del asegurado, hacen uso del principio general de que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.288 CC y tratándose de una cláusula predispuesta por la entidad aseguradora, cualquier duda en la interpretación de las mismas no puede perjudicar al asegurado.

Señala la SAP Murcia que *"debiendo traer a colación al efecto lo establecido en los artículos 1285 y 1286 del código civil, no considerando que nos encontremos ante una controversia sobre falta de claridad en la redacción, que desde luego favorecería al asegurado, sino ante la necesidad de interpretar la delimitación de la cobertura pactada por las partes, para lo cual son de aplicación los artículos citados, de modo que, a tenor de lo contemplado y pactado en la póliza, no estimamos que deban incluirse las medidas gubernamentales adoptadas como consecuencia de la pandemia entre los eventos cuyo riesgo es objeto de cobertura y cuyo acaecimiento provocaría la indemnización por lucro cesante, debiendo insistir que en ningún caso se acredita que se haya producido alguno de los siniestros garantizados en la póliza y contratados por las partes, o alguno de los sucesos casuísticamente expuestos, a partir de los cuales considerar la activación del seguro de lucro cesante que, repetimos, no se contrató de manera autónoma, sino al hilo de un seguro de daños, de modo que su devengo indemnizatorio debe encontrarse vinculado y asociado a la producción de alguno de los siniestros descritos en la póliza y que constituyen el objeto esencial de la misma o a alguno de los supuestos casuísticamente enumerados, debiendo realizar una labor interpretativa en relación con ello cuando se refiere en general a sucesos accidentales, súbitos e independientes de la voluntad del Asegurado que impidan el acceso al establecimiento del asegurado y obliguen a su cierre".*

Sobre dicha cuestión, resulta relevante la STS de 13 de marzo de 2019 que con cita de otra de fecha 24 de junio de 2002 señala que *"Y, en relación con la regla de interpretación "contra proferentem", acogida en el art. 1288 CC , como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (S. 13 diciembre 1986), pero esa regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato, y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, resulta relegado el precepto (S. 17 octubre 1998), que, como dice la sentencia de 27 de septiembre de 1996 , "no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad.*

2.- El presupuesto objetivo de aplicabilidad de esta regla es la existencia de una duda en la interpretación (sentencia 498/2016, de 19 de julio , y las que en ella se citan). La sentencia 827/2012, de 15 de enero de 2013 , señala que esta regla entra en juego "cuando una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad".

Y precisamente esa es la conclusión a la que llega la SAP Murcia, al entender que la duda de si nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo o limitativa de derechos no debe reducirse a la cuestión de si nos encontramos ante una duda en la interpretación de la cláusula.

Por último resulta de sumo interés para entender la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial de Murcia, la cita que realiza sobre la interpretación de una póliza idéntica por otra Audiencia Provincial, al señalar que *"Por último, es de señalar que no se desconoce que por la Audiencia Provincial de Santander, en fecha 11 del mes de marzo del año 2020, se dictó sentencia donde se examina y analiza una póliza idéntica a la que nos ocupa, si bien el supuesto enjuiciado en la misma trata sobre la paralización del*

negocio del asegurado por el desalojo administrativo del edificio en el que se encuentra el local por precisar labores de rehabilitación, dándose en este caso una respuesta de existencia de cobertura al estimar el tribunal que dentro de la expresión tantas veces citada y repetida de sucesos accidentales, súbitos e independiente de la voluntad del asegurado que impidan el acceso al establecimiento del mismo, y obligan a su cierre, se integra el siniestro acontecido, cual es la paralización del negocio por una decisión administrativa, si bien dicha decisión administrativa tiene su origen y, en definitiva, obedece a un daño físico inherente al propio local, lo cual constituye una decisiva y esencial diferencia respecto del supuesto que nos ocupa, pues esa decisión administrativa se encuentra vinculada a las circunstancias físicas y materiales del propio local objeto de aseguramiento”.

4.- Es una cuestión casuística en la que hay que estar a la redacción de la póliza en cuestión. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas delimitadoras del riesgo o limitativas de derechos del asegurado.

En cuanto a la diferenciación existente entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos del asegurado, podemos señalar que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan qué riesgos, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro, mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

La STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, que es recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de la Sala Primera, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan:

- qué riesgos constituyen dicho objeto;
- en qué cuantía;
- durante qué plazo; y

- en que ámbito temporal.

Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y, por tanto, la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiese producido (STS 58/2019, de 29 de enero). Asimismo, tienen que cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto, pudiendo citarse el exhaustivo análisis que sobre dichas cuestiones realizan tanto la STS de 6 de mayo de 2021 como la STS Pleno de 14 de julio de 2020.

No obstante lo expuesto, entiendo que la discusión fundamental puede analizarse o plantearse desde dos posiciones:

La primera, defendida principalmente por el sector asegurador de entender que conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de la LCS, toda póliza que cubra la pérdida de beneficios o lucro cesante tiene carácter delimitador al referir el artículo 63 que la cobertura se acciona al producirse un siniestro descrito en el contrato y la segunda, consistente en determinar si nos encontramos ante cláusulas contractuales delimitadoras del riesgo o limitativas de derechos y para caso de entender que tienen esta última naturaleza, si la misma estaba o no expresamente aceptada en la forma y con los requisitos del artículo 3 LCS.

Y considero que dicha deliberación en modo alguno puede tener tintes de generalidad, de modo que lleguemos a la conclusión de que si una póliza o contrato de seguro incluye la pérdida de beneficios por paralización del negocio, la pérdida de beneficios derivados de la declaración del estado de alarma, y por ende de la pandemia sufrida está cubierta por la póliza contratada, sino que deberá analizarse en cada caso, cada póliza y cada cláusula concreta.

- Así, podemos examinar la cláusula analizada por la sentencia dictada por el **Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada de fecha 6 de abril de**

2022, donde la cláusula en cuestión cubre “La indemnización en caso de paralización total o parcial de la actividad en el local asegurado a consecuencia de las siguientes coberturas, y siempre que estas hayan sido contratadas: · Incendio y complementarios. · Riesgos extensivos. · Daños por agua. · Robo”.

En este caso la sentencia señala que *“En suma, se exige para que haya lugar a la cobertura primero, se haya producido una paralización total o parcial de la actividad del negocio, y segundo, que ésta sea consecuencia directa del daño ocasionado por alguno de los riesgos expresamente contratados”* llegando a la conclusión de que *“Se trata de una delimitación de los riesgos objeto de cobertura bastante precisa asociada a eventos muy concretos, no habiendo lugar a interpretaciones extensivas de los mismos. Cualquier otro riesgo que no esté expresamente previsto, como es el caso de las consecuencias de la situación administrativa decretada por la pandemia COVID19, a pesar de que supusiera la paralización de la actividad del negocio total o parcialmente, no se encuentra cubierto por la póliza. De esta forma, las condiciones particulares de la cobertura de la pérdidas de beneficios de la póliza contratada constituyen claramente una delimitación del riesgo y no una limitación de derechos del asegurado, por lo cual no procede entrar a conocer si concurren los requisitos exigidos por el artículo 3 de la LCS”*.

- **La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jaen**, analiza una póliza en la que atendiendo a las condiciones particulares, *“la garantía cubriría las pérdidas que sufriera el asegurado con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia del cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza, estableciéndose expresamente que no se garantizaba: j) las limitaciones, restricciones o requisas impuestas por cualquier organismo o administración pública o por cualquier otro caso de fuerza mayor, en cuanto a la reconstrucción del edificio o a la reanudación de la actividad en el local de negocio asegurado,”* llegando a la conclusión de que no se garantizaba cualquier cierre del negocio que tuviese su causa en un siniestro cuyos daños materiales no se encontraran amparados por la póliza, no estando la causa que motivó el cierre del negocio amparada en la póliza, considerando que las

cláusulas examinadas no pueden considerarse limitativas de derechos del asegurado sino delimitadoras del riesgo.

- **La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo de 19 de noviembre de 2020** desestima la demanda en la que la reclamación se efectuó en virtud de una póliza que cubría *“La pérdida de rendimiento económico debida a una interrupción parcial o total de la actividad que tenga su origen en: un daño material causado a los bienes asegurados y cubierto por las coberturas siguientes: incendio, explosión y caída de rayo, humo, impacto de objetos, detonaciones sónicas, daños eléctricos, actos de vandalismo, fenómenos atmosféricos, derrames de agua u otros líquidos. La imposibilidad o dificultad de acceso a los locales, particularmente en el caso de prohibición por las autoridades competentes, como consecuencia de un incendio o explosión ocurrido en locales de la vecindad del riesgo asegurado”* llegando el Juzgador a la conclusión de si bien el asegurado no debe verse afectado por condiciones generales limitativas de sus derechos que no fueren conocidas, ello no ocurre en el presente supuesto dado que la condición general controvertida –que no hace otra cosa que definir el enunciado riesgo contratado y lo hace de forma perfectamente inteligible, clara y concreta sin conceptos oscuros o expresiones ambiguas, delimitándolo de forma usual.

- **La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Lorca de 22 de septiembre de 2020** analiza una reclamación por pérdida de beneficios en aplicación de una póliza que *“garantiza: el pago de una indemnización diaria, la pérdida de beneficio bruto o pérdida de alquileres, según la modalidad contratada e indicada en el cuadro resumen de garantías, cuando se produzca la paralización temporal, total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado por daños directos como consecuencia de: un siniestro de daños propios cubierto por las garantías contratadas, obras, zanjas y socavones producidos en la vía pública, originados por escapes de agua, explosión, fugas de gas o en general sucesos accidentales, súbitos e independientes de la voluntad del asegurado que al impedir el acceso al establecimiento asegurado, obliguen a su cierre”*.

La sentencia realiza una interesante disertación sobre si se encontraba o no ante una cláusula del artículo 66 LCS, es decir, que se debía diferenciar aquellas pólizas en las que el daño que se ha querido cubrir ha sido el mero cese de actividad y ello da derecho a percibir una indemnización por el lucro cesante o la pérdida de beneficios, de aquellas otras en las que el daño cubierto es por ejemplo, un incendio, un accidente, una inundación que haya sido la causa del cese de la actividad, bastando en el primer caso que se produzca el cese de la actividad por cualquier causa mientras que en el segundo es necesario que se haya producido previamente el daño específico contemplado en el seguro, es decir, que se produzca previamente el siniestro correspondiente al riesgo cubierto.

Pero a continuación, cuando parecía que en base al razonamiento expuesto consideraba la cláusula como delimitadora del riesgo, con cita de la SAP Girona, llega a la conclusión de que *“cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado paralización por resolución gubernativa ante una pandemia y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión”* y ello requería por tanto la aceptación de dicho condicionado en la forma y con los requisitos del artículo 3 LCS, lo que no se había producido, determinando la estimación de la demanda.

- Otra sentencia cuyo análisis resulta interesante es la dictada por el **Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcalá de Henares de fecha 23 de septiembre de 2021**, la cual analiza una póliza similar a la estudiada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada, pero llega a la conclusión contraria. La póliza en cuestión establece: Garantías de Pérdida de Explotación, que establece expresamente: *“... ¿Qué cubre? Hasta la cantidad y por el período máximo indicado en las Condiciones Particulares, las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza...”* llegando la sentencia a la siguiente conclusión: *“Por ello, para poder considerar si el riesgo que se reclama podría entenderse incluido en la póliza suscrita, procede analizar la condición general anterior que, en todo caso, exige que la paralización haya*

sido motivada por consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por la póliza, a saber, un robo, un incendio, daños por agua, fenómenos meteorológicos, así como el resto de garantías que estén cubiertas por la póliza y que produzcan paralización del negocio, en ese caso, la pérdida de beneficios estaría cubierta si proviene de siniestros que son consecuencias de garantías contratadas, cosa que no ocurre con la pandemia provocada por el Covid-19, riesgo éste además que no se encuentra cubierto, no pudiendo interpretar que, al no haber sido expresamente excluido, ha de entenderse incluido”

- Por último y para terminar con este examen jurisprudencial, me gustaría analizar, entiendo que por su claridad, brevemente la sentencia dictada por el **Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de fecha 15 de octubre de 2021**. La referida póliza recoge en las condiciones particulares las garantías contratadas estando incluida la pérdida temporal de la explotación con una franquicia de dos días, y el límite de 200€ diarios asegurados.

Por su parte, el condicionado general es del siguiente tenor "siempre que se haga consta de forma expresa la inclusión de esta garantía en las Condiciones Particulares de la póliza, el Asegurador indemnizará hasta el límite diario pactado en dichas Condiciones Particulares, los perjuicios económicos sufridos por el Asegurado debidos a la interrupción total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado a consecuencia de un siniestro indemnizado por alguno de los riesgos garantizados en la póliza” y posteriormente recoge como Riesgos excluidos: Queda excluida de esta garantía la pérdida de explotación debida a disposiciones legales o reglamentarias y a la ampliación de las instalaciones u otras innovaciones realizadas después del siniestro."

A mi entender, nos encontramos claramente ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y ello por lo siguiente: la cláusula que delimita el riesgo es aquella que establece la cobertura de la pérdida temporal de la explotación, lo que ha de entenderse que es por cualquier causa ya que no se delimita ningún tipo de riesgo. Por ello, toda condición que suponga una limitación o restricción a esa cobertura, ha de entenderse como limitativa de los derechos del asegurado debiendo estar aceptada en la forma y con los

requisitos del artículo 3 de la LCS ampliamente interpretado por la jurisprudencia.

En mi opinión toda cláusula redactada que vincule la pérdida de beneficios a la producción de un daño causado por un siniestro cubierto y para el caso de que se describa de una manera clara y comprensible cuales son esos siniestros que deben producir unos determinados daños que a la postren determinen la paralización de la actividad comercial, ha de considerarse como una cláusula delimitadora del riesgo que no requiere de una especial aceptación, sin que pueda ser exigido que la misma esté redactada y aceptada en la forma y con los requisitos del artículo 3 LCS.

5.- La indemnización procedente

Es esta una cuestión en la que se están pronunciando los Tribunales con distintos criterios.

Entiendo que es una cuestión que habrá de resolverse en atención a la dicción literal de la póliza y clausulado de la misma, ya que se observa que algunas pólizas contemplan la cobertura de la pérdida de beneficios fijando una cantidad diaria, con o sin franquicia, sin reflejar limitación alguna. Otras, sin embargo establecen una cobertura por un determinado periodo y hasta una cantidad máxima, lo que implica que no necesariamente, en caso de un pronunciamiento estimatorio, haya de concederse ese límite máximo diario. En estos casos, al operar dicho límite como límite máximo, deberá indemnizarse el perjuicio real soportado, lo que determinará que en aplicación del principio general de la carga de la prueba establecido en la artículo 217 LEC, será la demandante que soporte la carga de acreditar el perjuicio real sufrido, prueba que la mayoría de los casos tratará de acreditarse a través del correspondiente informe pericial y ello porque no hay que olvidar que aunque se haya producido en casos muy excepcionales, ha habido establecimientos que incluso han mejorado sus ventas en este periodo de tiempo mediante el sistema de venta on line.

La cuestión puede tornarse problemática en aquellos supuestos en los que la parte no haya practicado prueba suficiente tendente a acreditar el perjuicio sufrido, lo que necesariamente nos debe llevar planteamiento de la cuestión relativa a la prueba de lucro cesante padecido.

Sobre dicha cuestión, es conocida la evolución doctrinal y jurisprudencial que sobre la indemnización del lucro cesante se ha producido los últimos años en materia de accidentes de tráfico y que ha sido plasmada en el actual baremo en base a la modificación operada por la ley 35/2015. No hay que olvidar que la jurisprudencia se había mantenido inicialmente en el criterio de que el lucro cesante requería de una prueba exhaustiva, lo que había llevado a que muchas resoluciones judiciales rechazasen la indemnización del lucro cesante padecido por no haberse cuantificado correctamente.

La doctrina general que viene exigiendo, una prueba completa, acabada y exacta sobre la realidad del lucro cesante, se soslaya en determinados supuestos desde la tesis o doctrina de la verosimilitud y probabilidad cierta para evitar el desamparo en que, en otro caso, se situaría el perjudicado, abocado a una prueba exacta, a veces imposible, cuya ausencia penalizaría aún más su situación económica como consecuencia del daño causado por un tercero.

Se trata en definitiva del difícil problema de la cuantificación del lucro cesante por participar estos conceptos, de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. No basta, por tanto, tal como se relata en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fechas 20 de abril y 6 de julio de 2007 o 30 de Abril de 2010 entre otras, para ser acogida la simple posibilidad de realizar la ganancia sino que, en principio, ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las mismas. Esto es, el rigor probatorio excluye el lucro cesante posible pero dudoso o contingente y también aquél que sólo está fundado en esperanzas, pero no aquéllas pérdidas económicas, como dicen las SSTS de 8 de julio y 4 de diciembre de 1996 , en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en su aproximación a la certeza efectiva y sobre las que exista

prueba suficiente en la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo. También en los supuestos de probabilidad objetiva cierta en relación con las circunstancias del caso (STS de 29 de diciembre de 2001) o en base a un juicio de probabilidad objetiva (SSTS de 26 de septiembre de 2002 y 14 de julio de 2003).

En mi opinión habrá que estar al principio de facilidad probatoria, es decir, tener en cuenta las posibilidades que el asegurado tenía de acreditar el perjuicio económico concreto o ganancia dejada de percibir a causa del cierre de su establecimiento por la pandemia.

6.- El pronunciamiento en costas.

Establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares".

Sobre esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona se pronuncia en el sentido de, pese a estimar el recurso de apelación y estimar la demanda presentada, no impone las costas de la instancia argumentando que al tratarse de una primera sentencia que trata el tema de la cobertura en un contrato de seguro, de los efectos extraordinarios de la pandemia por COVID-19, junto a las dudas de derecho que pudieran surgir, como consecuencia de interpretaciones jurisprudenciales distintas a las ahora mantenidas, aconsejan la no imposición de costas de la primera instancia a la aseguradora.

En la misma línea, la ya analizada sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, pese a la contundencia de los argumentos que llevan a la estimación del recurso de apelación y la consiguiente absolución de la entidad aseguradora, considera que no procede verificar expresa imposición de costas de instancia al considerar que el supuesto enjuiciado presentaba dudas de

derecho, si bien a diferencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, no explica en qué consisten las dudas de derecho que llevan a efectuar ese pronunciamiento de no imponer las costas de la instancia, no debiendo olvidarse que el propio artículo 394 LEC establece la posibilidad de que el juzgador haga uso de esa facultad pero siempre que la aplicación de la excepción al principio general del vencimiento de material imposición de costas se razone, razonamiento que no consta hecho en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia.

Por el contrario, la totalidad de las sentencias que a título ejemplificativo han sido citadas en esta ponencia, tanto las estimatorias como las desestimatorias de las pretensiones ejercitadas, han acudido a la aplicación del principio de vencimiento a la hora de imponer las costas a la parte que vio desestimadas sus pretensiones, considerando en mi opinión más correcto el criterio utilizado por los órganos de instancia que el mantenido por la resoluciones de las dos audiencias Provinciales citadas, ya que en definitiva no nos encontramos ni con dudas de hecho, ya que la redacción de las pólizas es la que es, ni con dudas de derecho, por mucho que sea una cuestión novedosa en los Tribunales.

Lo que se discute en los procedimientos interpuestos es si la cláusula en cuestión tiene carácter delimitador del riesgo o tiene la consideración de cláusula limitativa de los derechos del asegurado, cuestión que a mi entender no presenta dudas de derecho, al estar la jurisprudencia aplicable a la determinación de esta concreta cuestión, totalmente asentada y consolidada.

El planteamiento no debe de ser si las consecuencias económicas derivadas del cierre de establecimientos a causa de la pandemia debe ser o no objeto de cobertura por las entidades aseguradoras con carácter general, lo que sí podría plantear dudas de derecho en función de los distintos pronunciamientos judiciales, sino que la cuestión es simplemente determinar si esa pérdida de beneficios está cubierta en función de una cláusula contractual, respecto de la cual debe de realizarse un pronunciamiento judicial en base a la aplicación de la LCS al caso concreto y a la doctrina jurisprudencial plenamente consolidada.

