

Resumen de la Clase impartida el 10 de julio de 2020.

Clase Online: “Afectación del estado de alarma derivado del Coronavirus a los contratos de seguro. Exclusiones de cobertura por pandemia, exclusión, agravación y disminución del riesgo asegurado. Claves del COVID-19 y la mediación de seguros del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero” Martes, 16 de Abril 2020.

Ponente: Gonzalo Iturmendi Morales, Abogado, Socio y Director de Bufete G. Iturmendi y Asociados, S.L.P., Director del Centro de Estudios de Agers y Secretario General de AGERS.

Asistencia: alumnos CEU conectados on line.

En la sesión se abordaron los principales problemas de los riesgos asegurados tras la declaración del estado de alarma por el contagio por coronavirus aprobado por el Real Decreto 463/2020, el Real Decreto-ley 10/2020 y otras normas concordantes, ha provocado la necesidad de revisar todos los programas de seguros de Empresas, Sector Público, Profesionales y particulares.

El FMI prevé que el mundo sufrirá el mayor golpe desde los años treinta, que el “Gran Confinamiento” hará retroceder un 10% en 2020 y que la economía caerá un porcentaje mayor en España si no se controla el coronavirus, con un ascenso del paro que roza el 21%. De hecho, el PIB español sufre el peor batacazo desde la Guerra Civil. Retos difíciles en los que habrá que navegar, incluso con el viento en contra, pero no estar a la deriva, ni echar el ancla porque la vida sigue. El papel de la Gerencia de Riesgos es ahora importantísimo, como también lo son los retos a los que se enfrentan los mediadores de seguros.

COVID-19 plantea una situación excepcional e inédita, no solo está teniendo un efecto inmediato en millones de asegurados, sino que se está prolongando en el tiempo de forma continuada, requiriendo de los asegurados la revisión de sus programas de seguros, quienes han descubierto en algunos casos con sorpresa la exclusión de la cobertura por pandemia y epidemia, así como la posibilidad de estar incurriendo en agravaciones y disminuciones del riesgo inicialmente asegurado cuando aún no se había producido la crisis del COVID-19.

En el ámbito asegurador los seguros de Autos, Comercio, Industriales y los de Vida son los que más sufrirán las consecuencias de corto plazo de la crisis.

Ante este panorama de incumplimiento generalizado de compromisos por absoluta necesidad todos nos preguntamos si la exigencia de las obligaciones pactadas en los contratos de seguros tendrá o no que reequilibrarse a tenor de la regla “Rebus sic stantibus” al haberse producido cambios sustanciales motivados por el COVID-19 que han superado con creces lo previsible a la hora de suscribir los contratos.

En esta clase se trataron las implicaciones del COVID-19 en el sector asegurador, desde tres perspectivas. En primer lugar, ¿cómo funciona en el contrato de seguro la exclusión de cobertura por epidemia y pandemia? En segundo lugar, una vez revisado todo el programa de seguros de la organización: ¿El COVID-19 ha supuesto agravación del riesgo suscrito en su día? Y de ser así, ¿Qué tiene que hacer el asegurado ante la agravación del riesgo para no perder los derechos que le corresponden por el seguro? Y finalmente el último escenario a tener en cuenta es la posible disminución del riesgo en aquellas actividades que –por mandato legal- se hayan visto obligadas a suprimir la

actividad o disminuirla de forma significativa. En tales casos: ¿Cómo funciona la disminución del riesgo del asegurado de cara a solicitar el reembolso de la prima? Y sobre todo ¿Qué debe hacer el asegurado en caso de disminución del riesgo. De responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, de Reserva de los Riesgos de la Internacionalización. del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo,

Para revisar el efecto de la exclusión de la cobertura de pandemia en las pólizas de seguros se analizó detalladamente su incidencia –entre otros- en los seguros de vida (los seguros de vida ahorro y rentas vitalicias tradicionales manifiestan el efecto más desfavorable, con implicaciones estructurales y de medio-largo plazo por el entorno de bajos tipos de interés), salud (han demostrado gran resiliencia en estas situaciones), automóvil, decesos (aumentó el número de siniestros ente un 40-45%), asistencia en viaje, cancelaciones (con la novedad del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo), pérdida de beneficios, crédito, caución, de responsabilidad civil de Administradores y Directivos de sociedades de capital, de responsabilidad civil médica y sanitaria en caso de uso compasivo de medicamentos en investigación.

Particularmente y por las previsible pérdidas económicas en la empresa, se planteó el problema de la cobertura de pérdida de beneficios que en España está vinculada a un previo daño material asegurado que no se ha producido en este caso. El COVID-19 no se considera un hecho extraordinario asegurado en base al Reglamento de Riesgos Extraordinarios (Real Decreto 300/2004) que enumera los supuestos incluidos bajo la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros, salvo los pocos casos en los que la cobertura se activa por cierre o imposibilidad de acceso a las instalaciones aseguradas por orden de la autoridad local cuando el origen del contagio está en las instalaciones. Además, el art. 6.m) de dicho Reglamento excluye de la cobertura del CCS, y, por tanto, no quedan amparados por el mismo, "los siniestros que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno de la Nación como de catástrofe o calamidad nacional". La pérdida de beneficios como consecuencia de un fallo en la cadena de suministro que afecte a un proveedor es una garantía opcional por ello conviene comprobar que esta cobertura está o no incluida en póliza. La pérdida por un fallo de proveedor suele activarse siempre y cuando el daño sufrido por el proveedor en sus instalaciones fuera un daño que hubiera estado cubierto si lo hubiera sufrido en sus propias instalaciones. En algunos casos muy contados, la Pérdida de Beneficios se activa sin que haya un daño material previo. Estas coberturas se denominan "Non Damage Business Interruption Coverage") pero suelen excluir las pérdidas generadas por una pandemia.

También se analizó la problemática del reequilibrio de concesiones públicas por la crisis del COVID-19 y sus aspectos aseguradores. Las medidas normativas están recogidas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RD-ley 8/2020), posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (RD-ley 11/2020). En su conjunto los dos anteriores, los "Reales Decretos-leyes". El apartado 4 del artículo 34 del RD-ley 8/2020, relativo a los "contratos públicos" de concesión de obras y de servicios, dispone que la situación de hecho creada por el COVID19 y las medidas adoptadas para combatirlo darán derecho a un reequilibrio, mediante la ampliación de la duración de la concesión hasta un 15% o la modificación de las cláusulas de contenido económico, por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados respecto a los previstos en la "ejecución ordinaria" de la concesión durante "el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19",

cuando el órgano de contratación aprecie, a instancia de parte, la "imposibilidad de ejecución del contrato".

Mereció especial atención la consideración del COVID-19 como accidente de trabajo. Se recordó que afecta no solamente a las pólizas de responsabilidad civil sino también a las de accidentes y ello ante el problema de faltas de equipos de protección, que no es exclusivo de las empresas sino que afecta con carácter general a todos los empleados públicos que desempeñan servicios esenciales. En un planteamiento de riesgos laborales hay que partir del estudio de las condiciones del trabajo, evaluar los riesgos e implementar las medidas pre-ventivas. Hasta el Real Decreto-ley 13/2020, el empresario tenía que probar haber puesto todas las medidas necesarias para que no se produjera el contagio. La crisis del COVID-19 en la responsabilidad civil patronal está llena de dudas. Se recordó que el aislamiento por contagio de este virus equivale a una situación asimilada de accidente de trabajo en lo referente a la percepción de la prestación por incapacidad temporal. ¿Cómo podrá acreditar una empresa que desplegó todas las medidas de control con diligencia para evitar la contaminación? El empleador debe cumplir con el Real Decreto 664/1997 sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición de riesgos biológicos y en segundo lugar el empleador tendrá que acreditar que ha venido adaptándose a las distintas medidas de prevención que promulgadas por el Ministerio de Sanidad y por la Inspección de Trabajo. Las empresas deben estar en coordinación con los servicios de prevención de riesgos laborales. A partir del Real Decreto-ley 13/2020, el trabajador también tendrá que probar que el contagio se produjo en el ámbito del trabajo, así como la relación de causalidad entre la enfermedad y el desempeño del trabajo. Se mencionó el Auto del Juzgado de lo Social número 34 de Madrid de a 30 de abril de dos mil veinte que ante la solicitud de una medidas cautelarísimas solicitadas por el Sindicato Unificado de la Policía -desestimada por el Juzgado- Estas situaciones excepcionales han sido contempladas en la STUE de 12 de Enero de 2006, C-132/2004, en aplicación de la Directiva 89/391, Directiva Marco que establece los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores en cumplimiento del art. 118 A del Tratado CE (sustituido por los arts 136 a 143 CE) en los siguiente términos: “Ordinal 27: En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. En el Autos se declaró textualmente que “en los estados de alarma, excepción o guerra, los servicios esenciales están publicados, no son sólo servicios al empleador sino a la población y son las autoridades gestoras de la crisis las que deben proveer a dotar de equipos de protección, siempre en la medida de sus posibilidades,” y que –quizás esto es lo más llamativo-, “Estamos ante una situación excepcional, estado de alarma, y en estos estados constitucionales no es de aplicación la Ley de Prevención de Riesgos Laborales más que indirectamente, por el aprovechamiento de la experiencia, y directamente respecto de los trabajos que no están declarados servicios esenciales y forman parte de la actividad productiva ordinaria que se conserva”.

Seguidamente se abordaran los escenarios de los artículos 11 y 12 (agravación del riesgo) y artículo 13 (disminución del riesgo), todos ellos de la Ley 50/1980, de 8 de

octubre, de Contrato de Seguro en todos los ramos y modalidades de aseguramiento posibles. Ejemplo de agravación de riesgos son los denominados cyber, en los que la disminución del número de personas presentes en las oficinas incrementa los riesgos de seguridad en las empresas. También se abordó en profundidad el riesgo de responsabilidad civil asegurado en las pólizas de D&O que cubren básicamente reclamaciones basadas en cualquier error de gestión negligente, con sus correspondientes extensiones de cobertura (práctica de empleo indebida, defensa jurídica, prestación de fianzas, etc.), imputables a los asegurados. Se planteó la necesidad de disponer de guías de actuación para los administradores y directivos ante un desafío tan complejo como es la gestión de esta crisis, recordando que tales guías existen y están a disposición de los administradores ¹

¹ Están a disposición de todos las siguientes guías con acceso libre en estos momentos:

- ISO 31000-Gestión del riesgo: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:en> incluida su traducción al español del STTF en el que participó AGERS. En esta dirección se encuentran las versiones de los textos en Español, Francés e Inglés.
- ISO 22301-Continuidad del negocio: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:22301:ed-2:v1:en> cuya traducción al español de APEGRI está en proceso de entrega a UNE. En esta dirección se encuentran las versiones de los textos en Francés e Inglés

Véanse también las muy interesantes Normas ISO sobre Resiliencia empresarial y actuación médica y clínica que están disponibles con acceso libre en estos momentos en esta dirección:

<https://www.iso.org/covid19>

- **ISO 374-5:2016**, Protective gloves against dangerous chemicals and micro-organisms - Part 5: Terminology and performance requirements for micro-organisms risk
- **ISO 10651-3:1997**, Lung ventilators for medical use — Part 3: Particular requirements for emergency and transport ventilators
- **ISO 10651-4:2002**, Lung ventilators — Part 4: Particular requirements for operator-powered resuscitators
- **ISO 10651-5:2006**, Lung ventilators for medical use — Particular requirements for basic safety and essential performance — Part 5: Gas-powered emergency resuscitators
- **ISO 10993-1:2018**, Biological evaluation of medical devices – Part 1: Evaluation and testing within a risk management process
- **ISO 13485:2016**, Medical devices — Quality management systems - Requirements for regulatory purposes
- **ISO 13688:2013**, Protective clothing – General requirements
- **ISO 17510:2015**, Medical devices — Sleep apnoea breathing therapy — Masks and application accessories
- **ISO 18082:2014**, Anaesthetic and respiratory equipment — Dimensions of non-interchangeable screw-threaded (NIST) low-pressure connectors for medical gases [Including ISO 18082:2014/AMD 1:2017, **AMENDMENT 1**]
- **ISO 18562-1:2017**, Biocompatibility evaluation of breathing gas pathways in healthcare applications — Part 1: Evaluation and testing within a risk management process
- **ISO 18562-2:2017**, Biocompatibility evaluation of breathing gas pathways in healthcare applications — Part 2: Tests for emissions of particulate matter
- **ISO 18562-3:2017**, Biocompatibility evaluation of breathing gas pathways in healthcare applications — Part 3: Tests for emissions of volatile organic compounds (VOCs)
- **ISO 18562-4:2017**, Biocompatibility evaluation of breathing gas pathways in healthcare applications — Part 4: Tests for leachables in condensate

Nos encontramos ante circunstancias imprevistas par a las partes al suscribir el contrato de seguro, factores sobrevenidos, se precipitan en cadena a partir de un primer hecho generador que es la declaración de pandemia del COVID 19. Todo ello a la luz de la «teoría de la Imprevisión» y la regla “Rebus Sic Stantibus” siempre que se pueda demostrar que, a causa de la pandemia, el cumplimiento del contrato para una de las partes se ha vuelto desproporcionadamente gravoso o conlleva la asunción de un riesgo imprevisible al momento de la suscripción del contrato.

En caso de agravación del riesgo el tomador del seguro o el asegurado debe revisar la documentación del art. 10 de la LCS (cuestionario solicitud o check-list previo al contrato), verificando si se ha producido o no dicha agravación. Seguidamente en caso positivo debe comunicar al asegurador si se produjo la agravación conforme al procedimiento del art. 12 de la LCS. Se analizaron detenidamente las posibles consecuencias de la falta de comunicación de la agravación del riesgo a la aseguradora. El asegurador podrá rescindir el contrato comunicándolo por escrito al asegurado dentro de un mes, a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. En el

-
- **ISO 19223:2019**, Lung ventilators and related equipment — Vocabulary and semantics
 - **ISO 20395:2019**, Biotechnology — Requirements for evaluating the performance of quantification methods for nucleic acid target sequences — qPCR and dPCR
 - **ISO 22301:2019**, Security and resilience – Business continuity management systems – Requirements
 - **ISO 22395:2018**, Security and resilience – Community resilience – Guidelines for supporting vulnerable persons in an emergency
 - **ISO 22320:2018**, Security and resilience – Emergency management – Guidelines for incident management
 - **ISO 22316:2017**, Security and resilience – Organizational resilience – Principles and attributes
 - **ISO 31000:2018**, Risk management – Guidelines
 - **ISO 5356-1:2015**, Anaesthetic and respiratory equipment — Conical connectors — Part 1: Cones and sockets
 - **ISO 80601-2-12:2020**, Medical electrical equipment — Part 2-12: Particular requirements for basic safety and essential performance of critical care ventilators
 - **ISO 80601-2-13:2011**, Medical electrical equipment — Part 2-13: Particular requirements for basic safety and essential performance of an anaesthetic workstation [Including: ISO 80601-2-13:2011/Amd.1:2015, **AMENDMENT 1** and ISO 80601-2-13:2011/Amd.2:2018, **AMENDMENT 2**]
 - **ISO 80601-2-70:2015**, Medical electrical equipment — Part 2-70: Particular requirements for basic safety and essential performance of sleep apnoea breathing therapy equipment
 - **ISO 80601-2-74:2017**, Medical electrical equipment — Part 2-74: Particular requirements for basic safety and essential performance of respiratory humidifying equipment
 - **ISO 80601-2-79:2018**, Medical electrical equipment — Part 2-79: Particular requirements for basic safety and essential performance of ventilatory support equipment for ventilatory impairment
 - **ISO 80601-2-80:2018**, Medical electrical equipment — Part 2-80: Particular requirements for basic safety and essential performance of ventilatory support equipment for ventilatory insufficiency
-
- **ISO/TS 16976-8:2013**, Respiratory protective devices — Human factors — Part 8: Ergonomic factors

caso de que el tomador del seguro o el asegurado no haya efectuado su declaración y sobreviniere un siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación si el tomador o el asegurado ha actuado con mala fe. En otro caso, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

Así como la agravación del riesgo supone un deber del tomador o asegurado, la comunicación de la disminución del riesgo al asegurador es una facultad del tomador del asegurado que podrán, durante el curso del contrato poner en conocimiento del asegurador todas las circunstancias que disminuyan el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato, lo habría concluido en condiciones más favorables. En tal caso, al finalizar el período en curso cubierto por la prima * deberá reducirse el importe de la prima futura en la proporción correspondiente, teniendo derecho el tomador en caso contrario a la resolución del contrato y a la devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagar, desde el momento de la puesta en conocimiento de la disminución del riesgo.

También se analizaron los requisitos de la regla “Rebus Sic Stantibus” a los contratos de seguro. Mientras que las circunstancias permanezcan como en el momento inicial del contrato, las obligaciones deberían cumplirse en los términos pactados en aplicación del principio “pacta sunt servanda”. Sin embargo, cuando la contraprestaciones son de tracto sucesivo y el equilibrio contractual inicial se ve perturbado de forma sobrevenida con acontecimientos imprevisibles como los generados en la crisis de la pandemia, el principio “pacta sunt servanda” no se aplica, ya que no existe una prevalencia absoluta de la literalidad del contenido de las cláusulas una vez producida una alteración sobrevenida de las circunstancias concurrente en el momento de la suscripción del contrato, como son las circunstancias de la crisis del COVID-19 y las medidas normativas que han alterado el funcionamiento social y económico de toda la sociedad española. La “Rebus Sic Stantibus” afecta a todo el contrato de seguro, no solamente a precio del seguro.

Se analizaron las distintas situaciones que pueden generarse con motivo de las renovaciones de los programas de seguros y la posible exclusión específica de coberturas del COVID-19. Existen síntomas de endurecimiento en las renovaciones de los contratos de seguro sobre todo en las líneas Financieras, Crédito y Terrorismo. En estas líneas se constata reducción de capacidad.

Se recordó el ofrecimiento de colaboración de AGERS a UNESPA y a la DGSFP para que se habiliten sistemas y procedimientos para hacer realidad el reequilibrio de las contraprestaciones de los contratos de seguro y solucionar de mutuo acuerdo cuantas contingencias surjan en la vida de estos contratos.

También se abordó el problema de la fuerza mayor como causa de interrupción del nexo de causalidad que impediría imputar la responsabilidad civil por parte del perjudicado frente al causante del daño. En cualquier caso se espera un aumento de las reclamaciones a raíz de la declaración del estado de alarma decretado con motivo de la pandemia del COVID-19 y las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno de España y ratificadas por las Cortes. El papel de la mediación de conflictos civil mercantil podría aligerar gran parte de estas reclamaciones, evitando el colapso de los órganos jurisdiccionales mediante los procesos de mediación de conflictos regulados en la Ley 5/2012.

Ante la enorme cascada normativa provocada con motivo de la crisis del COVID-19 no debe descartarse casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del Estado Legislador previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo apartado primero se señala que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Finalmente se invitó a todos mediadores participantes en la sesión a que cuando volvieran a sus puestos de trabajo de mediación de seguros trataran de contestar esta pregunta: ¿Cómo podemos articular verdaderos mecanismos para evitar la asfixia económica de los clientes asegurados?