



Roj: **SAP GI 13/2021 - ECLI: ES:APGI:2021:13**

Id Cendoj: **17079370012021100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2021**

Nº de Recurso: **35/2021**

Nº de Resolución: **59/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO LACABA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01) Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368 FAX: 972942373 EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120208081204 **Recurso de apelación 35/2021 -1** Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB) 719/2020

Parte recurrente: Teresa Procuradora: Carme Expósito Rubio Abogado: Angel Alcalde Ballell

Parte recurrida: SEGURCAIXA ADESLAS, SA Procuradora: Mercè Canal Piferrer Abogado: Ignacio Sánchez Meya

SENTENCIA Nº 59/2021

Magistrado: Fernando Lacaba Sánchez Girona, 3 de febrero de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 18 de enero de 2021 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) 719/2020 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Carme Expósito Rubio, en nombre y representación de Teresa contra Sentencia nº 311 de 20/11/2020 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Mercè Canal Piferrer, en nombre y representación de SEGURCAIXA ADESLAS, SA.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: *"Desestimo la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Doña*

Carme Expósito Rubio, en nombre y representación de Don Teresa, contra SEGURCAIXA ADESLAS, S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la recurrida que se sustituyen por los que se expone a continuación.

PRIMERO.- *Antecedentes a considerar en la solución al recurso.*

1.- D^a Teresa interpuso demanda de Juicio Verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, en la suma de 6.000€, reclamación que se dirige frente a la aseguradora SegurCaixa Adeslas SA.

El 13 de febrero de 2020 la demandante concertó póliza con la entidad demandada, denominada "SegurCaixa negocio", referida a un local de negocio destinado a pizzería, concretamente el denominado "Bella Napoli" en el

que se contemplaban diversas contingencias a cubrir. Dice la demanda rectora, que también tenía concertado un apartado especial por "paralización de actividad" que ascendida a 200€/días durante un periodo de treinta días sin franquicia.

Dada la legislación emanada por el efecto notorio del COVID-19, la demandante tuvo el negocio paralizado por más de treinta días y por ello, entiende que le corresponde ser indemnizada por la aseguradora por 30 días a razón de 200€/día.

2.- La aseguradora compareció y contestó la demanda.

Opone el conocimiento exacto de la asegurada de la existencia de unas condiciones generales, que ocasionaron la negativa a dar lugar a la indemnización solicitada. Opuso, igualmente, que, aparte del Condicionado Particular y del Condicionado General, cuando al asegurado se le explicó el producto, se le entregó el FOLLETO INFORMATIVO. Concluye la aseguradora demandada, que EN NINGÚN LUGAR DE LA PÓLIZA (Condiciones Particulares o Generales) SE DICE QUE SE CUBRAN (como si se tratara de uno de los siniestros que ambas partes tuvieran la intención de asegurar) LOS GASTOS DE PARALIZACIÓN DERIVADOS DE UNA RESOLUCIÓN GUBERNATIVA ANTE UNA PANDEMIA.

3.- La Sentencia dictada (objeto de recurso) de fecha 20 de noviembre de 2020, desestima la demanda.

Considera que, es más que evidente que el actor, con una simple lectura de las condiciones particulares (que él mismo reconoció haber recibido) tenía un conocimiento claro y sencillo de que la póliza suscrita llevaba aparejada unas condiciones generales. En la página 5 de las condiciones particulares se hace constar textualmente, en negrita y de modo resaltado, que "el tomador del seguro reconoce haber sido informado y haber recibido del asegurador, junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales cuyo número de condicionado se identifica en estas condiciones particulares, y que, conjuntamente, todas ellas integran el contrato de seguro. Dice la 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 requisa o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio*".

4.- Formula recurso la demandante, al que se opone la aseguradora demandada.

SEGUNDO.- Sobre la infracción del art. 3 LCS .- Consideraciones generales y jurisprudenciales.

5.- Ciertamente, como apunta el recurso analizado, nos hallamos frente a una cuestión novedosa, en el marco de un contrato de seguro, que " *prima facie*", parece alterar las coordenadas dentro de las cuales se pactaron en su momento las diferentes coberturas de los riesgos analizados.

En el ámbito de los contratos de seguro, la repercusión de las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 es especialmente significativa.

Tal y como lo define nuestra jurisprudencia, el contrato de seguro « *se configura como instrumento jurídico de protección del asegurado frente a determinados riesgos que operan como motivo determinante para su celebración por parte del tomador, que pretende de esta forma preservarse de ellos ante el temor de que llegaran a producirse, generándole un perjuicio*» (STS, Sala Civil, Sección Pleno, nº 661/2019 de 12 de diciembre de 2019.

6.- Sentada la anterior premisa, el recurso reclama el examen, (habitual en casos como el analizado donde se discute el alcance de la cobertura del seguro), de la procedencia o no de un riesgo específico, y determinar la eficacia de las cláusulas pactadas, lo que viene, como es bien sabido, regulado en el artículo 3 LCS, que establece los requisitos de validez de las mismas.

Dado que la pretensión de la demandante/recurrente, se entronca con un supuesto de "pandemia", en dicho examen, debe recordarse que, el vigente art. 44.2º LCS establece que:

" *No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma.*"

El concepto genérico de "grandes riesgos", se nutre de la previsión normativa de la Ley 20/2015, de 14 de julio, "de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras", cuyo art. 11 considera como tales, entre otros : "*los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, los de crédito y de caución (en el ámbito profesional), así como determinados riesgos cuyo tomador supere determinados límites tasados (referidos a parámetros como volumen de negocio, balance o empleados)*".



En relación con el régimen jurídico aplicable a dichos riesgos específicos y su justificación, la reciente STS, nº 545/2020 de 20 de octubre de 2020, dice que: «*La consecuencia de la calificación de un contrato de seguro con esta naturaleza jurídica supone (...) que no le resulta de aplicación (...) el carácter imperativo que presenta la regulación de dicha ley en sus distintas modalidades de seguro [...] Por lo que dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS*».

Si el contrato de seguro es " *lex inter-partes*", deben examinarse: a) las cláusulas que puedan tener carácter lesivo para el asegurado, b) las cláusulas delimitadoras del riesgo y c) las cláusulas limitativas. - La cláusula lesiva, son directamente inválidas siempre y es definida como « *aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza... las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas*» (STS nº 273/2016 de 22 de abril de 2016).

- En cuanto a la cláusula delimitadora del riesgo asegurado, se caracteriza principalmente porque define el objeto del contrato y 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 (STS nº 661/2019 de 12 diciembre de 2019). Así, se pueden considerar cláusulas delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato. - Las cláusulas limitativas, vienen a restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha determinado. Serían aquellas que empeoran la situación negocial del asegurado.

7.- Sentado lo anterior, el artículo 3 LCS, requiere que las cláusulas delimitadoras solo precisan de una aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de requisitos especiales, las limitativas sin embargo deben cumplir conjuntamente los dos requisitos previstos en el art. 3 LCS; esto es, a) estar destacadas de un modo especial y b) ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que es preciso acreditar y que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto y consintió expresamente en dicha limitación de sus derechos.

En trance de determinar si una cláusula participa o no de la naturaleza de "limitativa", la jurisprudencia del TS acude a los conceptos de: " *contenido natural del contrato*" y " *expectativas razonables del asegurado*".

Tales conceptos son tratados en la reciente STS Pleno nº 421/2020, de 14 de julio (Casación núm.: 4922/2017) dice: " (...) *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 hubiere producido. Deben 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 (SSTS 268 /2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio).*" *La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares.*" *Tal doctrina se completa con la de las expectativas razonables del asegurado. Se afirma en la sentencia citada que: "Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa (...)"*.

TERCERO.- Examen del concreto seguro que vincula a las partes.- La paralización de la actividad negocial por parte de la legislación estatal COVID-19, está cubierta en el supuesto analizado.- Estimación del recurso.

8.- Con fecha 13 de febrero de 2020, la demandante contrató con la aseguradora demandada, una póliza de seguros denominada: " *SegurCaixa Negocio*", cuyas condiciones particulares adicionales fueron aportadas con la demanda rectora de documento nº 1.

El meritado documento revela los siguientes extremos: a) La fecha del efecto empezó a las 00:00h del día 16/02/2020. b) El negocio asegurado era la pizzería-restaurant " *Bella Napoli*", sita en C/ Río Güell, 85 de Girona capital. 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. d) El pago de la primera prima se fijó el día 16/02/2020, que fue satisfecho por la aseguradora, según recibo aportado de documento nº 2 con la demanda rectora, de importe 57,39€ e) 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. En ningún caso, la indemnización podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para realizar la reparación de los daños causados por el siniestro*".

No consta la firma por parte de la asegurada de este condicionado general.

9.- La Sentencia impugnada, no tiene en cuenta las características del contrato de seguro, en orden a la naturaleza de las cláusulas y su incidencia en el caso concreto, basando su decisión, pura y simplemente, en la prueba testifical rendida por parte de empleados o personas vinculadas con la aseguradora demandada, lo que " *prima facie*" les resta credibilidad objetiva.

10.- En cualquier caso, la cuestión a resolver es de naturaleza eminentemente jurídica y consiste en determinar, si la paralización de un negocio de restauración, a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia del COVID-19, está o no cubierta en el concreto seguro analizado. Se adelanta que la respuesta debe ser positiva.

11.- En efecto, el condicionado particular contiene una cláusula "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.

A partir de estos antecedentes alcanzamos el núcleo del debate.

12.- Surge la duda de si, el supuesto de paralización como consecuencia de la pandemia por COVID-19 está o no cubierto, en la medida, que por dicho motivo, ocasiona la pérdida de beneficios durante el período de indemnización, sin entrar en disquisiciones dogmáticas sobre si se debe distinguir si el negocio se interrumpe por causa del virus, o por causa de una medida gubernamental de paralización (en cuyo caso podría surgir la duda de si la aseguradora puede o no repetir al Estado), puesto que, en todo caso, el asegurado ve interrumpido su negocio y mermados sus ingresos, y precisamente por ello, 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.

Refuerza el argumento de que nos hallamos ante una cláusula limitativa, el hecho de que, el condicionado general, contiene, en su apartado III, referido a "Cobertura de daños", una expresa remisión al condicionado particular donde la indemnización por cese de negocio tiene una limitación temporal de cobertura o " *claim made*" (art 73.2º LCS), las cuales, recientemente fueron objeto de interpretación por las SSTS 252/2018 de 26 de abril, de pleno, 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo y nº 421/2020, como cláusula limitativa.

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 (estar destacada de forma especial y aceptación por escrito del asegurado) y ello, por aplicación de los principios antes mencionados, referidos al contenido natural del contrato de seguro y a las expectativas que podía tener el asegurado, cuando acepto la póliza por ver cubierto, de manera expresa, "Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad". Aceptar lo contrario, supondría tanto como restringir la cobertura esperada por el asegurado, dejando desnaturalizada la paralización del negocio cubierto, en principio, por el seguro contratado.

13.- Finalmente, 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 y en el presente caso, este extremo ni siquiera es cuestionado por la aseguradora.

14.- Tal vez, las aseguradoras deben contemplar expresamente en sus pólizas las situaciones de pandemia, pues como expresa la STS de fecha 19 de julio de 2012 que: "*Las cláusulas delimitadoras del riesgo*



establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual".

Como recuerda un sector doctrinal, en Reino Unido se ha dictado recientemente una sentencia impulsada por el regulador y determinadas aseguradoras que se pronuncia sobre la eficacia de multitud de clausulados a éste respecto (coberturas de « *business interruption*»), y en Francia ya diversos tribunales también se han pronunciado sobre las reclamaciones formuladas sobre éste mismo particular (coberturas de « *pertes d'exploitation*»), si bien con pronunciamientos divergentes.

CUARTO.- Costas de primera instancia.- No imposición.

El 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 a interpretaciones jurisprudenciales distintas a las ahora mantenidas, aconsejan la no imposición de costas de la primera instancia a la aseguradora.

QUINTO.- Costas del recurso y depósito constituido para recurrir.-

La estimación del recurso vocaciona en la no mención sobre costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

- 1.- SE **ESTIMA** el recurso presentado por la representación causídica de D^a Teresa .
- 2.- SE **REVOCA** la Sentencia de fecha 20/11/2020 dictada por el Juzgado nº 2 de Girona en autos de JV 719/20.
- 3.- SE **ESTIMA** la demanda rectora y se condena a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 6.000€, más los intereses legales del art. 20 LCS. Sin imposición de costas de primera instancia.
- 4.- La estimación del recurso vocaciona en la no imposición de costas causadas por el mismo, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta Sentencia es firme sin que quepa recurso alguno contra la misma.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).