

El seguro de pérdidas de beneficios por interrupción de la actividad de la empresa. El impacto Covid (Parte II)

Loss of profit insurance for business interruption insurance. The Covid impact (Part II)

Abel B. Veiga Copo *

Abstract

Uno de los grandes caballos de batalla en el mundo asegurador ha sido el de discernir si la paralización de la economía y la actividad empresarial y comercial como consecuencia del Covid-19 era o no objeto de cobertura. Han sido muchos los pronunciamientos judiciales en todos los países sobre este riesgo y la cobertura o no de este siniestro. Desde una primera sentencia del tribunal de comercio de París a la experiencia más reciente norteamericana. Resituuar el riesgo, calibrarlo, y sobre todo definir ex novo daños “directos”, “indirectos”, “perjuicios”, etc., es clave.

Abstract

One of the great battle horses in the insurance world has been to determine whether or not the paralysis of the economy and business and commercial activity as a result of Covid-19 was or was not covered. There have been many judicial pronouncements in all countries on this risk and the coverage or not of this loss. From the first judgment of the Paris Commercial Court to the most recent American experience. Resituating the risk, calibrating it, and above all defining ex novo “direct”, “indirect”, “consequential” damages, etc., is a key question.

* Ordinario de Derecho Comercial, Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Sumario: 1. El contenido material del daño: de la pérdida a los costes y gastos generales y consecuenciales. – 2. La ecuación riesgo-daño interruptivo en la empresa. Daños directos versus indirectos. – 3. Perimetrando una noción nuclear de beneficio bruto y beneficio neto. – 4. Cerrando una noción de daño indirecto en un seguro de pérdidas de beneficios. – 5. El daño no físico o no material como vertebrador de la interrupción de empresa y pérdida de ganancias. – 6. El hecho desencadenante. La etiología del evento.

1. El contenido material del daño: de la pérdida a los costes y gastos generales y consecuenciales

Sí ha preocupado al legislador establecer un perímetro claro del contenido material, al menos esencial, de cara a la cobertura cuando menos de mínimos de este seguro. La clave pasa por saber con exactitud y no necesariamente acudiendo a un *numerus clausus*, de daños indemnizables en este seguro de interrupción de la empresa. Capital importancia se atribuye al beneficio, la búsqueda y maximización del valor¹. La previsión de los mismos, probabilidad y previsibilidad conforme a un plan de negocio, de viabilidad, financiero, etc. Pero sobre una base a priori, cierta, el resultado del ejercicio anterior y la contabilidad cerrada. Base sobre la que estimar las utilidades o rendimientos posteriores sobre todo de cara a establecer una suma asegurada.

Beneficios esperados, por tanto, futuros, no actuales, y gastos que ha tenido que afrontar como consecuencia de la situación, amén de los costes y gastos que, de un modo u otro, ya asumía el asegurado y que ahora siguen generándose incluso en mayor cuantía, habida cuenta que ha de hacer frente a la restauración de la situación ex ante el siniestro². Pero la lógica como es dable no escapa o es ajena a una ecuación sencilla y fácilmente entendible, al menos en un esquema simple de negocio, la diferencia entre ingresos y gastos en un proceso y actividad empresarial³.

¹Clave la monografía de STEWART, *La ricerca del valore*, Milano, 2000, 45 ss.; igualmente DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, Bari, 2000, sobre todo a partir de 40 ss., donde analiza alguno de los principales riesgos específicos de una empresa. Los riesgos específicos ligados a los medios técnicos, a los componentes personales, al «assetto organizzativo» o a la relación empresa-ambiente, para a continuación abordar el riesgo de empresa cual riesgo sistémico.

²Circunstancia que lo distingue según ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazione*, II, Padova, 2012, 510 del seguro de crédito, en el cual el evento deducido del riesgo es la pérdida de un derecho de crédito ya existente y adquirido en el patrimonio del asegurado.

³Clásico en la doctrina, el trabajo de BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano,

Por tanto, una de las tareas centrales de este seguro no es otra que la de identificar y asegurar aquellos riesgos, aquellos hechos patológicos o desencadenantes que, acaecidos, generan esa interrupción y con ella esas pérdidas y esos gastos que, además, soportaría el empresario exclusivamente de no estar asegurado⁴.

Ahora bien, saber perimetrar, saber reconocer y medir y evaluar los riesgos empresariales *ex ante*, constituyen, como bien se ha dicho en la doctrina, dos fases esenciales del transcurso que conduce a la gestión del riesgo⁵. Algo que tradicionalmente se ha subsumido en la dualidad, daño directo *versus* daño indirecto o como en algunas experiencias se denomina, daño consecuencial.

Cabe interpelarse por ejemplo, si ¿un seguro tiene que asegurar o cubrir por ejemplo los riesgos de ineficiencia? Éstos, los de ineficiencia junto con los riesgos económico financieros son los dos principales riesgos ligados a medios técnicos⁶. Y donde los recursos materiales pero también los inma-

1970, 67 ss.; más recientemente GUGLIEMMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, Milano, 2000, 174 ss. inolvidable en nuestra doctrina el trabajo de SÁNCHEZ CALERO, *Concepto de beneficio neto según la LSA*, en *RDFH*, 1971, n. 94, 723 ss. También CASSANDRO, *Il profitto e la sua determinazione*, en *Rass. ec.*, 1967, n. 5.

⁴Conceptualiza este seguro en la obra semántica-asegurativa WAGNER, *Gabler Versicherungslexikon*, WAGNER (Hrsg.), II ed., Wiesbaden, 2016, 147 como: «Erscheinungsform der technischen Betriebsunterbrechungsversicherung, die den Unterbrechungsschaden im versicherten Betrieb infolge des Ausfalls der öffentlichen Versorgung mit Gas, Strom, Wärme oder Wasser ersetzt und deren Versicherungsschutz durch besondere Vereinbarung auf den Ersatz von Kosten für die Wiederbeschaffung oder Wiederherstellung von Rohstoffen, Halb- oder Fertigfabrikaten, Hilfs- oder Betriebsstoffen sowie auf den Ersatz von Sachschäden an technischen Einrichtungen erweitert werden kann. Versichert ist die Einstellung der öffentlichen Energieversorgung, die auf eine Ursache vor der Grenzstelle (Schnittstelle zwischen den Netzen der Versorger und dem versicherten Betrieb, ab der gemäss Netzanschlussvertrag die Gefahrtragung auf den Versicherungsnehmer übergeht; die Grenzstelle ist im Versicherungsvertrag zu bezeichnen) im Bereich der öffentlichen Versorgung zurückzuführen ist».

⁵Obras capitales en este ámbito, la de HEINS, *Risk management and insurance*, III ed., New York, 1976; y el trabajo de BORGHESI, *La gestione dei rischi di azienda*, Padova, 1985.

⁶In extenso, DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, cit., 42 que señala: «Per i fattori produttivi di tipo materiale (strutture, impianti, macchinari, attrezzature, ecc.), il rischio di inefficienza si esprime sotto forma di: – rischio di guasto, inerente l'eventualità che a lungo andare si possano determinare guasti e/o rotture di varia importanza tecnica e tali da costringere a fermate dell'attività non previste e ad una serie di conseguenze per la quantità, qualità e continuità dell'attività produttiva. In effetti, i fattori materiali ad impiego durevole, sono colpiti, in relazione alle loro caratteristiche fisico-tecniche, da un naturale processo di deterioramento fisico che nel tempo logora la loro primi-

teriales de una empresa juegan o pueden jugar en un escenario de aleatoriedad diversa. Incluyendo riesgos tales como los de imitabilidad y pérdida de valor de esos activos de la empresa que pueden generar perfectamente una paralización de la actividad o de línea de negocio temporalmente pese a todo el arsenal normativo que tutela y protege la propiedad industrial y la competencia⁷.

Mas cubrirá igualmente el seguro de pérdidas por interrupción ante problemas de empleados o de cualificación laboral⁸; Piénsese por ejemplo en el riesgo de huelga, cuestión sobre la que volveremos infra en el epígrafe de los hechos etiológicos, pero qué sucede igualmente con el riesgo de una escasa o nula capacitación o idoneidad profesional del trabajador, o el riesgo de infidelidad de empleados (riesgo éste asociado y complementario normalmente en los seguros de robo pero no en estos seguros de interrupción de empresa). Qué ocurre en caso de un empleado que viola secretos empresariales a la competencia y provoca la interrupción de una parte de la actividad en aquélla, o supuestos de espionaje industrial.

Tengamos en cuenta además el propio riesgo de previsión que es inherente a toda actividad de programación y control de la actividad empresarial y que permite de un lado, individualizar variables estratégicas y operativas de la gestión, pero de otro, y sobre todo, monitorear su coherencia respecto a los cambios ambientales y a la propia dinámica interna de la empresa⁹.

tiva efficienza provocando una riduzione delle potenzialità tecnico-produttive, un peggioramento della qualità del servizio reso e un accorciamento della durata utile d'impiego nei processi produttivi; a continuación, qué duda cabe están los riesgos de obsolescencia, aquellos inherentes a la posibilidad de que, por efecto del progreso técnico-científico, tales factores resulten superados sobre el plano técnico económico de factores de más reciente concepción».

⁷Riesgos estos últimos tratados con profundidad por CIPRIANI, *Le tipologie di rischio nelle attività intangibili*, en *RIREA*, 1998, mag.-giu., 123 ss.; una buena retrospectiva de este riesgo, la encontramos en las dos obras de CACCIAMANI, *Il rischio da business interruption*, in *Econ. & Management*, 2001, n. 5; pero también en la obra colectiva del mismo autor, CACCIAMANI-PAPARELLA-BOSCO-PENNAZZATO-CASAMASSIMA, *Il rischio di interruzione dell'attività di esercizio*, en *Dir. econ. ass.*, 2001, n. 4.

⁸Sostiene DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, cit., p. 45 como el riesgo de inadecuada preparación profesional atañe a la posibilidad que la fuerza de trabajo no esté dotada de competencias flexibles y actualizadas y, por tanto, expone a la eventualidad de que la empresa deba recurrir no solo a cursos de actualización sino también a cursos de formación de «atteggiamenti» y de las competencias necesarias.

⁹Véase al respecto el trabajo conjunto de COLLIER-BERRY, *Risk in the process of budgeting*, en *Management Accounting Research*, 2002, vol. 13, n. 3, 273 ss.

2. La ecuación riesgo-daño interruptivo en la empresa. Daños directos versus indirectos

Como hemos visto, no todo riesgo cabe ni debe caber bajo el paraguas de este seguro de interrupción, *recte*, de pérdidas de beneficio por interrupción de empresa¹⁰. Frente a riesgos dinámicos, irrumpen otros estáticos, frente a riesgos puros, existen y coexisten otros riesgos puramente especulativos, estos con una clara capacidad de generar tanto efectos positivos, los menos, como sobre todo, negativos. Ahora bien, hasta prácticamente tiempos recientes, la filosofía esencial de estos seguros era la cobertura y activación a través del daño directo o la pérdida directa. Por lo que lo indirecto o el no daño material quedaban relegados a un limbo inespecífico. Mas ¿puede hablarse hoy de seguros de pérdidas pecuniarias sin daño directo material?¹¹.

No todo riesgo que gestiona o debe gestionar con mayor o menor acierto y diligencia una empresa son transferible a la técnica del seguro, o cuando menos, a este seguro de pérdida de beneficios. Podrán existir supuestos límites, como es el riesgo de huelga y su efecto paralizador, riesgo sin duda discutible desde antaño bajo este aseguramiento. Tal vez el foco ha radicado siempre en fijarse, con más o menos anteojerías, en la pérdida del beneficio, en ese déficit de ingresos que buscaba superar ese equilibrio frente a los gastos y costes de empresa en el proceso productivo o comercializador objeto de su actividad.

Pero para entender la lógica del resarcimiento de la pérdida de beneficios, antes ha de comprenderse el alcance de la noción y condición del daño que un hecho provoca en una empresa, generando una interrupción de su actividad, pero a la vez toda una serie consecucional de daños más o menos directos, o indirectos y que suponen, además, de la pérdida de la expectativa cierta de un beneficio, la asunción o suportación de toda una serie de gastos y

¹⁰ Como bien se ha dicho, este seguro cubre, «en la medida indicada a continuación, las pérdidas resultantes directamente de la interrupción de las actividades del negocio del asegurado, que se ha vuelto inevitable debido a una pérdida cubierta, mientras este seguro esté vigente, alcanza construcciones, máquinas, equipos o existencias ubicadas en los lugares designados», [3296008 *Canada inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, SOQUIJ AZ-50130186, par. 14; et *S.P.G. International inc. c. Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard*, SOQUIJ AZ-00021703, p. 11].

¹¹ En este punto, sumamente ilustrativo la reflexión de GONTHIER, *La garantie "Perte d'Exploitation" est-elle en évolution du fait des nouveaux défis économiques et des nouveaux risques (Cyber, réputation...) qu'affrontent les entreprises?*, Lyon, 2019, <http://ial.univ-lyon3.fr/wp-content/uploads/2019/12/Me%CC%81moire-GONTHIER-I.pdf>], sobre todo a partir de las 30 ss.

costes que, descontada la posibilidad de ingresos, incrementan aún más el pasivo y la pérdida que experimenta el empresario.

Así las cosas, no todo daño entrará en esta égida resarcitoria y compensatoria del seguro de pérdidas. Solo aquél, que estando cubierto, genera pérdida de beneficios, amén de un plus de gastos generales como consecuencia del efecto destructivo del daño, así como la no minoración de gastos esenciales y fijos no rechazables, aplazables ni trasladables a terceros por parte del empresario y asegurado. ¿Asume este seguro el daño que se produce en la empresa ante los riesgos de mercado o de producto que rechazan el producto que comercializa la empresa o que no alcanza los ratios esperados de venta prevista para el curso de esa temporada o periodo?

Pensemos qué sucedería en el supuesto de impagos generalizados por parte de clientes o de otros empresarios en relación de dependencia o de distribución y franquicia, ¿quid con las pérdidas en estos casos? Obviamente la cuestión ya no se centra tanto en el seguro de interrupción cuánto en seguros de lucro o seguros más específicos de caución o seguro de crédito ante la insolvencia de terceros. Los aumentos o disminuciones de flujos de caja, de ventas, de volumen de costes, de riesgo de insolvencia de clientes o de proveedores, el aumento del flujo de los costes y las variabilidades entre ambos flujos condicionan, sin duda, el devenir mismo de la actividad y proceso empresarial del asegurado.

La eventualidad de que el producto no se adapte o encaje en las exigencias del mercados ya sea por cuestiones de calidad, de precio, de servicios, o de algo tan subjetivo como son los gustos o preferencias o la actividad competitiva de otros empresarios sin duda puede provocar la parálisis de la actividad empresarial.

O pensemos en el riesgo de proceso empresarial cuando la empresa, recte, la dirección no se ha dotado de una estructura organizativa y productiva moderna, dinámica e idónea para la fabricación, la distribución y comercialización y esto retrasa el acceso al mercado de los productos. Acaso este seguro ¿está pensado o concebido para los riesgos de clientela?¹² ¿y los riesgos de competencia o concurrencia?¹³

¹² Respecto de los riesgos de clientela afirma DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, cit., 51, como de un lado, la empresa se encuentra ante la eventualidad de no poder fidelizar a los propios clientes, pero de otro lado, ante la posibilidad de que la relación que dimana del proceso de venta no se concluya correctamente. El riesgo de clientela se «correla» a la capacidad de la empresa de desarrollar una preferencia duradera por parte del cliente mientras que en el segundo supuesto, se conecta a la actitud del cliente de hacer frente a los «impegni assunti nei confronti dell'azienda».

¹³ Como bien señala DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio eco-*

Todos conocemos lo que es una empresa, y en el ámbito mercantil la conceptualización clásica entre empresa y empresario, así como el rol que juega, in *potentia* cuando menos, otra cuestión es elevar a elemento finalístico y esencial, el ánimo de lucro. En esta envolvente, cómo no, se sitúa el beneficio, la maximización del beneficio, pero éste no es algo cierto, es una meta, un logro o consecución final de la actividad y del éxito del negocio, donde los ingresos superan a los costes y gastos necesarios para su obtención.

Si bien es inextricable esa unión entre lucro y empresario, salvo para aquellas actividades que adolecen de aquél y no lo persiguen, lo cierto es que no todo evento o hecho que puede ser causa directa o indirecta de unas pérdidas o de la frustración del beneficio neto tiene que ser necesariamente asegurable¹⁴. Como analizaremos infra determinados hechos, situaciones, declaraciones, etc., tienen esa causalidad necesaria para que, de producirse, provocar una interrupción y con ella los daños a los que ya hemos hecho referencia¹⁵.

Daños que son asegurables ex ante. Causas y hechos múltiples y que de concurrir rompen y paralizan una actividad y un proceso productivo y con ello ese axioma equilibrio o reequilibrador entre los ingresos y los costes o gastos que atempera todo empresario¹⁶. Pero si el pasivo de una sociedad o una empresa crece, si los ingresos no llegan, si el activo o caja no se hace exigible, etc., no es éste seguro el remedio ni la solución, serán otros, como los de crédito, o los de caución.

nomico generale, cit., 51, el riesgo de concurrencia puede reconducirse a la capacidad de la empresa de ostentar una posición competitiva superior a aquella de sus principales competidores. Tales actitudes están evidentemente conectadas no solo a los contenidos de la fórmula del producto, sino también a los modelos de consumo que caracterizan la demanda de referencia así como al comportamiento de las principales empresas competidoras. Como bien sostiene el autor, el riesgo de concurrencia puede adicionalmente ser agravado si se considera que las bases competenciales no se realizan sobre la base de efectivas condiciones de superioridad (mejores productos/servicios, métodos productivos e instrumentos distributivos innovadores, etc.), o a través de comportamientos desleales (por ejemplo el uso de una marca de otro, la difusión de noticias falsas sobre la cualidad de un producto de otro, etc.) con el intento de apropiarse de ventajas ajenas.

¹⁴Magistral sobre estos conocidos riesgos especulativos, TIRADO, *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, Jerez, 1976, 42 ss.

¹⁵Sobre la causalidad y el riesgo en el seguro de interrupción de empresa, véase el trabajo de SBLOWSKI, *Die Kausalitat in der Feuer- Betriebsunterbrechungsversicherung*, ZfV, 1982, 571 ss.

¹⁶Sobre el equilibrio, véase el trabajo de CASSANDRO, *L'equilibrio dell'impresa e la politica dei redditi*, en *Riv. pol. ec.*, 1967, n. 1.

Cada empresa, sea estacional o no, cada sector, cada fuente de negocio, cada comportamiento, cada capacidad productiva, cada mercado, cada estructura y coyuntura se verá afectada por el hecho interruptivo, pero conforme esté organizada y cohesionada, planteada e ideada la empresa y su actividad los gastos, los costes podrán ser bien diferentes.

A ello no es ajeno ni el tamaño de la empresa, ni su localización, ni su estructura principal o secundaria, ni el volumen de negocio, ni los establecimientos o instalaciones fabriles que pueda tener, así como la carga laboral, logística, fuentes de aprovisionamiento, canales de distribución, contratos de colaboración empresarial con terceros y aceptación del producto o servicio en el mercado, vías de internacionalización, situación financiera, etc., de cara a asumir el impacto del daño, del hecho interruptivo y las pérdidas por paralización total o parcial, el tiempo de la misma, así como los daños materiales directos o indirectos que el hecho ha podido generar en la empresa y en su capacidad inmediata de reiniciar o no su proceso empresarial y productivo¹⁷.

En el momento presente, es innegable que una de las cuestiones clave pasa por verificar y comprender qué es el *daño indirecto*, ya que el tema a menudo es objeto de muchos problemas de interpretación, especialmente al calcular la compensación debida. Esto no es sin embargo un problema a la hora de perimetrarlo en el riesgo asegurado, decididamente en las conocidas como pólizas con margen de contribución (MoC) ha resuelto al menos las dificultades en la interpretación de los términos. Al igual que la denominada póliza de pérdida de ganancias, de la que, en cierto modo, deriva conceptualmente. Así las cosas, debemos tener presente que el potencial evento dañino no solo causa daños directos y materiales, sino también daños no relacionados directamente con los artículos asegurados, los llamados «daños indirectos».

3. Perimetrando una noción nuclear de beneficio bruto y beneficio neto

La práctica del seguro de pérdidas de beneficios suele establecer la indemnización en base a tres esquemas clásicos, o bien a través de una indemnización diaria, a través de una indemnización de gastos permanentes

¹⁷ Como bien señala TIRADO, *Artículo 65. El contenido del seguro de pérdida de beneficios*, Ley de Contrato de Seguro, 4ª ed., Pamplona, 2010, 1398 la interrupción de la empresa lleva consigo la desaparición de los ingresos procedentes de la venta de productos o prestación de servicios, o tan sólo su disminución, si a pesar de la interrupción, debido a la existencia de stocks almacenados, se mantiene, a diferente ritmo, la venta de productos o prestación de servicios.

[son todos aquellos gastos fijos que, en algunas pólizas, no en todas, no tienen relación directa con la producción. Por ejemplo, gastos de personal, gastos financieros, alquileres, reparación y conservación, suministros, tributos fijos, seguros, etc.], o finalmente a través de indemnización por margen bruto [es la suma de los gastos permanentes más la pérdida de beneficio neto de la actividad]¹⁸.

No es infrecuente encontrarnos pólizas en el mercado que hacen del eje del beneficio bruto la principal modalidad aseguradora a la hora de estimar el alcance de la compensación¹⁹. Eso es, partir de un elemento clave, a sa-

¹⁸ Concluye GONTHIER, *op. cit.*, 18 «Par définition, la marge brute désigne la somme des charges fixes d'exploitation (en clair, celles qui demeurent inchangées lorsque le niveau d'activité baisse ou disparaît) et du bénéfice d'exploitation qui, en cas de diminution de l'activité (donc des produits), risque de se transformer en perte. Pour être concis et sans entrer dans le détail car l'identification de la marge brute implique de dériver sur de la comptabilité (comptabilité analytique), la difficulté dans la définition de la marge brute est que la garantie porte sur la perte des revenus tirés de l'exploitation, soit donc uniquement pour la part concernant l'activité physique susceptible d'être touchée par un dommage; déduction faite des charges variables qui disparaissent avec l'activité elle-même. On a à ce titre, deux méthodes: L'une dite par différence et la seconde par addition. La première permet une précision dans les résultats, pour autant, les calculs sont simplifiés et permet d'éviter toute insuffisance de garantie due à une mauvaise approche de l'aspect fixe ou variable d'un certain nombre de charges. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle a été retenue comme définition contractuelle et est rappelée dans la Convention Spéciale pertes d'exploitation. Le reproche serait peut-être celui d'une méthode qui suscite une certaine "sur assurance", bien que ne donnant pas lieu à davantage d'indemnités. – La seconde est une méthode plus compliquée restreignant le champ de recherche des comptes à inclure dans le calcul. Cependant, elle permet d'identifier un par un les postes insuffisamment couverts lors d'un sinistre. Cette méthode sera en générale réservée aux grandes entreprises».

¹⁹ En la práctica nos encontramos definiciones de beneficio bruto tales como: «Beneficio bruto: Se indemnizará el beneficio bruto que deje de generarse a la empresa asegurada, en el que se incluyen todos los gastos generales permanentes, durante el periodo de inactividad debida al siniestro. Se indemnizarán también los gastos adicionales o extraordinarios en que necesaria y razonablemente incurra el Asegurado con el único fin de evitar o reducir la disminución del volumen de negocio. El límite máximo de indemnización deberá corresponder al importe anual del Beneficio Bruto, incluso en el supuesto que se hubiera contratado un periodo de indemnización inferior a doce meses. Y definición de Beneficio neto: como la ganancia neta de explotación que resulte de las operaciones del negocio de la empresa asegurada en los locales indicados, pero antes de deducir cualquier impuesto que recaiga sobre los beneficios. Como norma general, no entran en el cálculo los beneficios o pérdidas resultantes de las operaciones financieras y, de forma general, todas las operaciones atípicas o no propias de la actividad de la empresa.

Por su parte, el gasto permanente es definido como aquéllos que no varían en función directa de las actividades de la empresa y que, en consecuencia, deberán ser mantenidos a pesar de la interrupción total o parcial de la explotación, provocada por el siniestro. Se indem-

ber, la indemnización del beneficio bruto que deje de generarse²⁰. Mediante esta modalidad la aseguradora asumirá el pago de un porcentaje del beneficio bruto (ganancias) que la empresa deje de generar durante el periodo de indemnización²¹. Así las cosas, como bien se ha dicho, el margen bruto anual es igual a la diferencia entre la suma del volumen de negocios anual; la producción capitalizada (a la que hay que añadir la producción en existencias); y la suma de: compras de materias primas; compras de artículos de consumo; compras de embalaje; compras de mercancías; gastos de transporte en las compras; gastos de transporte en las ventas; menos rebajas, descuentos y rebajas; y la correspondiente variación de existencia²².

nizarán los gastos generales permanentes que continúen gravando a la empresa asegurada durante el periodo de inactividad debida al siniestro. Se indemnizarán también los gastos adicionales o extraordinarios en que necesaria y razonablemente incurra el Asegurado con el único fin de evitar o reducir la disminución del volumen de negocio. El límite máximo de indemnización deberá corresponder al importe anual de los diferentes conceptos de gastos generales permanentes, incluso en el supuesto que se hubiera contratado un periodo de indemnización inferior a doce meses».

²⁰ Sostienen BIGOT-KULLMANN-MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, in BIGOT (Dir.), Tome 3, 2^e ed., Paris, 2014, 420 como el margen bruto de explotación se compone de dos elementos: «– les charges fixes d’exploitation, qui ne diminuent pas lors du sinistre dans la même proportion que l’activité, provoquant un déséquilibre au niveau des résultats d’exploitation; – le bénéfice d’exploitation qui, à la suite du sinistre perturbant l’activité, diminue rapidement pour laisser place à une perte d’exploitation».

²¹ Concisos BIGOT-KULLMANN-MAYAUX, *op. cit.*, 420 sostienen a la hora de calcular el margen bruto de explotación que el mismo «est égale à la différence entre d’une part le chiffre d’affaires et les autres produits d’exploitation, et d’autre part les charges variables d’exploitation. C’est ce que précisent les conventions spéciales pertes d’exploitation. La marge brute annuelle est égale à la différence entre d’une part la Somme du chiffre d’affaires annuel; de la production immobilisée (à laquelle il faut ajouter la production stockée); et d’autre part la Somme: des achats de matières premières; des achats de matières consommables; des achats d’emballages; des achats de marchandises; des frais de transport sur achats; des frais de transport sur ventes; dont il faut retrancher le montant des rabais, remises et ristournes; la variation correspondante des stocks».

²² Señala GONTHIER, *La garantie “Perte d’Exploitation” est-elle en évolution du fait des nouveaux défis économiques et des nouveaux risques (Cyber, réputation...) qu’affrontent les entreprises?*, cit., 6 como la tasa de margen bruto, al ser un criterio «global», es el criterio más fiable para determinar la pérdida cuando se resuelva una reclamación. En su definición más simple, se define como la relación entre el margen bruto y el volumen de negocios del conjunto de la empresa durante un año determinado, con el capital y los gastos de explotación en el numerador. Cabe señalar que la tasa de margen bruto varía mucho según el tipo de negocio de la compañía. Basándose en estos elementos, la pérdida de margen bruto será entonces igual a la disminución del volumen de negocios, multiplicado por la tasa de margen

Este porcentaje será igual a la proporción al volumen de negocio que haya perdido la empresa desde que se produjo el siniestro²³.

Las pólizas de seguro definen el beneficio neto, como «*la ganancia obtenida en el ejercicio anterior al del siniestro por la explotación industrial reflejada en la contabilidad oficial de la empresa asegurada, excluidos los rendimientos producidos por sus bienes patrimoniales y deducido cualquier impuesto imputable al capital en forma directa o a través de sus beneficios*»²⁴.

Como es fácilmente imaginable el cálculo del daño, la determinación del perímetro no es sencillo. Buscar y tratar de lograr una compensación adecuada exige tener y tamizar elementos tales como, la ganancia operativa perdida de las ventas (por ejemplo, producción de bienes y servicios) más al mismo tiempo los costos continuos independientes de la producción para mantener la preparación operativa (costos fijos), costos de reducción de daños, así como la estimación de las ventas perdidas. Todos estos costos parten de un condicionamiento claro, a saber, los de estar relacionados con la producción (costos variables), relacionados con el evento en suma, menos los impuestos a pagar así como tener en cuenta que los ingresos perdidos no son la ganancia perdida. Es evidente que, a priori, los costes fijos no desaparecen con la interrupción, otra cuestión es la prolongación de esta situación en el tiempo y que el empresario para algunos de estos costes pueda acudir a vías donde el erario público puede hacerse cargo de algunos de ellos, como puede ser un ERTE²⁵.

bruto. Para ciertas actividades tradicionales, esta tasa de margen bruto será por lo general muy estable, encajando en pólizas específicas de suma global y a través de escalas con las típicas tasas de margen bruto.

²³ Así, sostiene con acierto TIRADO, *Artículo 65*, cit., 1404 como es necesario para delimitar el beneficio bruto acudir previamente a la definición de los dos elementos que lo componen: de una parte, la noción del beneficio neto, de naturaleza aleatoria, ya que puede no existir, si los costes superan a los ingresos y, de otra parte surge la figura compleja de los costes o gastos permanentes asegurados.

²⁴ Señala TIRADO, *op. cit.*, 1404 como el beneficio neto se configura como una ganancia – excedente de los ingresos sobre los gastos – que debe ser verificable a través de los datos contables proporcionados por los libros de contabilidad del empresario. Ganancia que tiene su origen únicamente en el normal desenvolvimiento de la actividad de la empresa y no en otras fuentes diferentes de recursos patrimoniales.

²⁵ Sutilmente nos recuerda TIRADO, *op. cit.*, 1399 como las generalizaciones han de matizarse, y es significativo el papel que desempeñan los salarios en cuenta que existe una gran diferencia entre las retribuciones de la dirección, que suelen presentar obviamente el carácter de coste fijo y los salarios del trabajador no especializado, que puede ser sustituido con cierta facilidad, de modo que, por esto, se pueden, en principio, considerar los salarios como

Pero los costes variables, por el contrario, sí pueden verse mitigados o incluso suprimidos cuando se paraliza la actividad misma. Es evidente que si la empresa, la fábrica, el local no está operativo, no hay costes o gastos de energía, de luz, de agua, pero tampoco se gasta en fabricación, en adquisición de ciertos productos o materias primas. Pero hay costes que a priori se mantienen, como es el pago de primas de ciertos seguros, otra cuestión sería analizar la reducción drástica del riesgo o incluso la imposibilidad de una prestación habida cuenta del siniestro, o los gastos por amortización de préstamos, de arrendamientos financieros, etc., por mucho que la empresa esté paralizada y salvo que puedan renegociarse, suspenderse o aplazarse en el tiempo. No ha sido pequeña la polémica por ejemplo, respecto de los pagos de los alquileres y rentas de locales de negocio por autónomos y empresarios ante el cierre de negocios como consecuencia de la pandemia y la interrupción de toda actividad ordenada en un estado de alarma por la autoridad pública. ¿Asume este seguro esos alquileres que, per se, no han sido condonados por el arrendador?

En cierto modo, puede afirmarse, por lo tanto, que el seguro de interrupción sustituye a la utilidad de operación y los costes en curso en la medida en que éstos se hubieran generado sin el evento de daño. Los llamados «costes de reducción de daños» también serán reemplazados. Estos son gastos que el asegurado consideró necesarios para evitar o reducir el daño. El período de compensación está limitado al final de la interrupción del negocio (los impedimentos ya no existen) o al final del período de detención acordado.

La compañía o empresa sufre una pérdida de ventas debido a una interrupción del negocio, pero debe continuar asumiendo y pagando sus costes fijos (por ejemplo, salarios, alquileres, seguros, costes básicos de energía). En el caso de los costes variables, se supone que se detendrán de inmediato cuando ocurra el daño (por ejemplo, sin adquisición de materiales, materias primas, materiales auxiliares y operativos, herramientas, material de oficina; despido de personal auxiliar y trabajadores temporales, etc.). Los gastos generales se excluyen como un elemento del cálculo del daño porque se incurren, independientemente de si el contrato se cumple o no²⁶.

Otra cuestión es pensar qué lugar ocupan los riesgos especulativos, como aquellos típicamente financieros, riesgos de cambio, de tipos de interés,

costes variables, si bien es necesario tener en cuenta los límites trazados por la legislación laboral y las leyes del mercado.

²⁶ En la sentencia BGH III ZR 361/99, de 1 de marzo de 2001, el tribunal aprecia una excepción a esto, por lo que entiende que es posible si la compra contractual del comprador hubiera requerido inversiones adicionales por parte del vendedor en el área de costos fijos.

riesgos de precios, etc., por lo cuales evidentemente pueden variar a lo largo del tiempo y determinar en consecuencia variaciones económicas capaces de provocar ciertos daños a la empresa. Es evidente que hay variables que un empresario que difícilmente son controlables, pero otras sí lo serán bien de un modo parcial, bien de un modo total, con lo que, hasta cierto punto, directamente se puede mitigar el alcance del daño directo que el hecho sinistral acaba produciendo, la parálisis de la actividad empresarial y con ello las pérdidas y la serie de gastos que, de suyo y salvo pacto en contra en la póliza, forman parte del contenido material natural de la cobertura ex artículo 65 LCS. Cuestión diferente será si ese pacto expreso atenta contra ese mínimo, desnaturalizando o vaciando de sentido esa cobertura al mitigar el alcance económico patrimonial del daño resarcible²⁷.

4. Cerrando una noción de daño indirecto en un seguro de pérdidas de beneficios

Un daño indirecto no es, ni más ni menos, que una pérdida económica como consecuencia de una interrupción total o parcial de la actividad industrial, fabril, empresarial o comercial del asegurado. El cierre o la paralización o la imposibilidad de usar máquinas, edificios, etc., así como vender o distribuir los productos de una fábrica o una empresa, bien sea directamente, bien a través de canales de suministro y de distribución con terceros, son la fuente y plasmación de ese daño.

Pero pensemos igualmente que tras un daño directo como un incendio, o aguas, deslizamiento o corrimientos de tierras, etc., y el cierre temporal que esto conlleva para la empresa, significa una paralización o cuando menos una reducción significativa y temporal de la actividad, lo que genera pérdidas económicas. Por lo que frente al daño del agua, del fuego, del derrumbe (daño directo) irrumpe el daño indirecto, normalmente con un efecto multiplicador respecto del primero.

Es cierto que, ante una paralización de la actividad, del negocio, también

²⁷ Así las cosas, señala DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, cit., 53 y 54 como las variables no controlables coinciden con los factores constitutivos del medio general: el ambiente natural, la cultura, el contexto institucional, económico y jurídico, la tecnología, etc.; por su parte las variables controlables solo parcialmente se reconducen a factores que pueden ser influenciados por la actividad empresarial, como la concurrencia, la relación con los proveedores, con los clientes, con los intermediarios; y finalmente las variables totalmente controlables, como son los elementos dependientes de la empresa, el precio, el producto, la distribución, la promoción.

se reducen algunos de los costes de la empresa, como por ejemplo, la compra o adquisición de materia prima, el coste de fabricación o de venta, pero qué ocurre con otros costes fijos, costes como alquileres, cargas financieras, impuestos, salarios, gastos generales, mantenimiento, etc., que no pueden reducirse ni eliminarse si con ello se daña a la propia empresa a futuro.

Frente al daño directo que sufre la infraestructura de una empresa, edificio, equipos, bienes, activos, etc., surgen los daños consecuentes, daños que son consecuencia del evento dañoso, no causados directamente o afectados por ejemplo por el fuego, el derrumbe, la explosión, pero sí como consecuencia de estos al significar una paralización del desarrollo del negocio²⁸.

Piénsese además los daños que, por ejemplo, ante un incendio o una inundación se produce en una empresa, en una fábrica como efecto del deber de salvamento del siniestro y la actuación por ejemplo de los bomberos. Y finalmente el daño que en sí mismo genera la paralización de la interrupción de actividades, de desarrollo del objeto social de la empresa, pérdida de cuota de mercado, falta de venta de productos, de producción fabril, o costes fijos que se siguen devengando sin que, a la par, la empresa esté en capacidad de generar ingresos. Cuestión distinta sucede respecto de los costes variables

²⁸ Afirma KOLUMBUS, *They're doing what south of the border? Political Pressure in the US to Mandate Payment of COVID-19 Business Interruption Insurance Claims*, 25 de marzo de 2020, en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=126dce6e-e436-4674-a5e5-1911eadadba>, que el seguro de interrupción de negocios es una forma de seguro de propiedad que brinda cobertura por pérdida de ingresos y gastos adicionales durante un período de interrupción. Por lo general, el acuerdo de seguro requiere que la interrupción o suspensión de las operaciones comerciales sea causada por «pérdida o daño físico directo» a la propiedad asegurada. «Interrupción» se refiere a la incapacidad de una empresa para poner la propiedad asegurada a su uso normal debido a daños causados por un peligro cubierto. No está tan claro si una pérdida puede o será considerada «física» en el contexto de Covid-19. El lenguaje estándar utilizado en la mayoría de las políticas no es favorable en términos de recuperación para tales reclamos, y la jurisprudencia canadiense para situaciones análogas es escasa. Mucho dependerá de la redacción específica de la política y los detalles de los hechos que rodean cada pérdida individual.

En general, la «pérdida física directa» requiere que un artículo «físico» o una propiedad se dañe antes de que pueda surgir un reclamo. Las pérdidas no físicas (y por lo tanto excluidas) incluyen daños monetarios, como el pago en la liquidación de otra acción y el crédito de compra futuro o los costos legales. Del mismo modo, los costos de financiamiento y la pérdida económica no son «pérdidas físicas». Además, «virus» y «enfermedad» generalmente no se denominan peligros a menos que se agreguen por aprobación y, de hecho, pueden excluirse expresamente. En la medida en que la interrupción del negocio de un asegurado surja por causas distintas al daño físico (como la fuerza laboral enferma, el cierre temporal de puertos, etc.), la cobertura puede no activarse.

vinculados sin duda a la propia producción, por lo que, si ésta disminuye aquéllos se reducen igualmente²⁹.

Como sabemos, la LCS establece en el artículo 67 que, si el contrato de seguro tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización. Mas entonces, ¿conforme a qué valores, conforme a qué parámetros objetivos se calcula esa indemnización?³⁰ Y como ya anticipábamos supra, cómo conciliamos de otra parte este cálculo de pérdidas reales con el principio indemnizatorio en su caso, pues la ecuación lucro cesante, principio de indemnidad en el seguro no casa a priori perfectamente.

Y a renglón seguido, ¿cómo establecemos un cálculo de la suma asegurada? Y ¿cómo velemos no tanto en los daños directos que no es difícil, al contrario, sino en el lucro y las pérdidas de beneficios esa equidad y al tiempo un seguro pleno?³¹ La práctica del seguro impone al tomador la obligación, para el año de seguro considerado, de declarar la cuantía del margen bruto estimado, es decir, la cuantía del margen bruto anual correspondiente al ejercicio económico anterior, multiplicada por la duración máxima del período de indemnización, expresada en años; corregida por un coeficiente que refleje la tendencia general de las actividades de la empresa, evaluada sobre la base de las cuentas de los ejercicios económicos anteriores, hasta el final del año anterior. Después del cierre de cada ejercicio contable, y para el siguiente año de seguro, el titular de la póliza debe declarar el importe del nuevo margen bruto estimado³².

Ahora bien, qué ocurriría por ejemplo si esa pérdida de beneficios es imputable a las acciones de un administrador, o por ejemplo, debido a su actitud o adopción de ciertas decisiones los valores o la cotización caen en el mercado y se genera una pérdida de beneficios. Es probable que esta contin-

²⁹ Como bien señala TIRADO SUÁREZ, *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, cit., 35 entre estos costes que pueden ser reducidos o suprimidos con la interrupción de la empresa, son la adquisición de materia prima, el suministro de combustible y energía, los gastos de fabricación y venta, la amortización de bienes inservibles, etc.

³⁰ Sigue teniendo toda su actualidad la aportación de DUQUE DOMÍNGUEZ, *El cálculo de la indemnización en el seguro contra la pérdida de beneficios por interrupción de empresa*, en *Studi in onore di A. Donati*, vol. I, Roma, 1970, 157 ss.

³¹ Sostienen BIGOT-KULLMANN-MAYAUX, *op. cit.*, 420 perimetrando el margen bruto provisional, como para determinar el capital a garantizar, hay que tener en cuenta las evoluciones previsibles de las cargas fijas y el beneficio de explotación. En efecto, para un período de cobertura determinada, el capital asegurado debe corresponder al montante del margen bruta anual que habría sido «atteint pendant cette période si le sinistre ne s'était paas produit. Il est done nécessaire de déterminer cette marge brute prévisionnelle».

³² Cfr. BIGOT-KULLMANN-MAYAUX, *op. cit.*, 420.

gencia pueda quedar perfectamente fuera del riesgo cubierto por una póliza de interrupción, pero ¿podría ser objeto de una póliza D&O y donde el administrador o director puede responder?³³

Todo administrador es consciente de la posibilidad de una reclamación por parte de los accionistas e inversores alegando mala administración o negligencia por parte de aquél en respuesta a la pandemia de Covid-19 si ocurre una pérdida para la empresa o, de hecho, si hay una caída en el precio de las acciones (algo que si es factible en Estados Unidos).

También es probable que haya un mayor escrutinio de todas las afirmaciones realizadas con respecto al impacto del Covid-19 en la empresa y dichas declaraciones deben prepararse con prudencia dado el potencial de tergiversación o declaraciones negligentes contra los administradores. Quid si ante esta situación un administrador induce al incumplimiento contractual de una empresa y ésta decisión acarrea pérdidas para la sociedad, ¿está cubierto bien sea por la pérdida de beneficio bien por el seguro D&O esta contingencia?³⁴

³³ Interesantes las dos demandas que se han suscitado en EEUU alrededor del Covid-19. Los accionistas descontentos reclaman contra Norwegian Cruise Lines y sus administradores, después de que se conocieran diversos correos electrónicos en los que responsables de la empresa y del personal alentaron a los empleados a minimizar el virus y presionar a los clientes para que mantengan las reservas. Los correos electrónicos expusieron, entre otras presuntas declaraciones erróneas, sugerencias del personal de que el virus no podría sobrevivir en climas más cálidos y que los clientes deberían reservar vacaciones ahora para evitar un «gran aumento de la demanda». En los días posteriores a la filtración de estos correos electrónicos, las acciones de la compañía cayeron casi un 53%, causando pérdidas significativas para los accionistas.

Una acción de clase similar ha sido iniciada por un accionista contra la plataforma de comunicación, Zoom, acusando a la compañía y a sus gerentes de ocultar deficiencias en el cifrado del software de la aplicación. La mayor atención causada por el aumento de la popularidad de la plataforma ha puesto de manifiesto las fallas de seguridad de datos y software de cifrado de la compañía, cuya exposición ha provocado una disminución en la aceptación y la consiguiente disminución en el valor de las acciones. Los lectores pueden ser conscientes de que varias empresas, incluida Tesla, recientemente han prohibido a los empleados usar la plataforma. Vid., LOUW-MCNAUGHT, *Coronavirus and D&O insurance policies – will we see an increase in claims?*, 4 de junio de 2020, en https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7888a863-7c1a-402f-bc8c-ed2f2ec0dc7b&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium.

³⁴ En el caso *Antuzis v DJ Houghton Catching Services Ltd* [2019] EWHC 843 (QB), y donde el tribunal dirimió si el único accionista y director de la sociedad, además del secretario de ésta, podría ser personalmente responsable de inducir a la sociedad a incumplir los contratos de trabajo de los demandantes. El tribunal condena al administrador y la secretario de la sociedad por el daño a la reputación de la empresa amén de por infringir normas legales de empleo.

Así las cosas, de un lado la interrupción de la empresa significa una paralización de la actividad de la misma, cese del desarrollo de su objeto social. Paralización es sinónimo de interrupción, no de destrucción³⁵.

Si bien una destrucción parcial de algunos elementos materiales de la empresa sí puede interrumpir limitadamente la actividad, o actividad parcial de la empresa en su conjunto en función de la afectación diferentes de bienes. Interrupción que puede ser total o parcial en función y como consecuencia de los acontecimientos y hechos previstos en la póliza, normalmente tasados, exclusivos y excluyentes.

Las causas o eventos desencadenantes pueden ser múltiples, aisladas, secuenciales, acumulativas, directas y propias o indirectas y exógenas a la propia empresa, pero todas o cada una de ellas interrumpen, paralizan, rompen el ritmo y la actividad de la empresa. Y esa causalidad no es caprichosa, antes bien, está vinculada además a la redacción de la póliza y la inclusión versus exclusión del riesgo garantizado en la misma³⁶. Inciden en la activi-

³⁵ Acertadamente TIRADO SUÁREZ, *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, cit., 34 señala como la noción de interrupción de la empresa es diametralmente opuesta a la destrucción total de la empresa en cuanto cesación completa, definitiva e irreversible. La interrupción de la empresa supone que durante un periodo temporal más o menos largo la actividad productiva desaparece (interrupción total) o solamente se encuentra disminuida sustancialmente (interrupción parcial).

³⁶ Este es el punto clave de la FCA, Financial Conduct Authority británica quién en un intento de establecer una guía pauta de actuación (formulario de reclamaciones) ante las reclamaciones por las pérdidas que ha supuesto la interrupción de actividades empresariales por la pandemia, y que tras analizar más de 500 pólizas de más de 40 aseguradoras que cubre el riesgo de interrupción de negocios, se detiene en el empleo de unos u otros términos así como la definición que a los mismos se ofrece en el clausulado. Ante la pretensión de que los tribunales se pronuncien, la FCA, centra su ámbito en 21 preguntas clave para determinar con exactitud ámbitos tales como la cobertura de la enfermedad, por ejemplo, ¿qué significa «siniestro», «ocurrencia», «manifiesto», «sostenido», qué es un «brote» y qué pruebas de las notificaciones requeridas son necesarias?, pero también extremos clave en lo tocante a la causalidad, así como las posibles exclusiones: ¿las exclusiones para «microorganismos» y similares incluyen Covid-19, y cómo se aplican las exclusiones relacionadas con la contaminación? Vid. In extenso, DRAKE-RADMORE, *FCA updates on business interruption test case*, 2 de junio de 2020, en https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1fe10ffc-6443-4e64-b654-ad6e9a68b157&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign, y en la que se preguntan respecto de la causalidad: «¿qué vínculos causales deben establecerse en términos de pólizas particulares entre la pérdida, la interrupción, los cierres y las restricciones, y cuál es la prueba aplicable de causalidad cuando se usan ciertas expresiones, como “resultado de”, “que da como resultado”, “causado por “o” como consecuencia de”? ¿Cuál es la relevancia de las cláusulas de tendencias en relación con la prueba de causalidad? ¿Hay más de una causa potencialmente operativa y, de ser así, cuál es el efecto legal en la recuperación?».

dad y lo hacen de un modo negativo, lo que no implica que sea destructivo *per se*. Rompen sus canales de producción, de distribución, de comercialización, sus fuentes, en suma, de ingresos. Al tiempo que no hacen los mimos en el eje ingresos/costes, pues los gastos y costes siguen presentes.

Así, piénsese en el lucro cesante contingente cuando otra empresa externa e independiente a la asegurada cesa en su actividad rompiendo la cadena o línea de suministro de bienes o productos necesarios para la de la asegurada. La empresa paraliza sus ventas, las disminuye, agota su almacenaje, su stock, no puede prestar o realizar los servicios, no tiene suministro, pero al mismo tiempo puede verse incapacitada para cumplir con sus obligaciones, con el vencimiento de sus deudas, el pago de salarios, sueldos, etc. Todo ellos son causas y condicionantes de la propia actividad³⁷.

Se hace además evidente o palmario, que otras características o aspectos tales como la coyuntura económica, el mercado, la magnitud de la empresa, sus contratos de colaboración o de dependencia de otros empresarios, la demanda, el salto tecnológico o no, etc., incidirán en las consecuencias temporales o definitivas de esta paralización. Pero también en la imagen, seriedad y competitividad de la propia empresa y el empresario. Al margen ya de los costes empresariales, fijos y variables, más o menos elásticos, la variable más importante es la de la temporalidad o no de la paralización de la actividad. En efecto, el impacto de esta interrupción modulará el riesgo.

Hoy ya nadie duda de la asegurabilidad de la interrupción de la actividad de una empresa, antes al contrario, se aconseja su aseguramiento. No importa que la misma sea grande o pequeña, incluso ciertas partes respondan a una política *self-insurance*, o sea un autónomo bajo las pólizas de protección de autónomos. Ahora bien, este hecho real y contrastable no significa el aseguramiento técnico de todo evento o hecho que acaezca. Es evidente que las razones etiológicas cobran un protagonismo primordial.

El mero rechazo del consumo o consumidores a una línea de productos puede sin duda acabar paralizando la actividad de una empresa, pero ¿es en todo caso asegurable tal hecho, y si lo es, encaja en este producto de seguro?, ¿y si los demás competidores lanzan al mercado productos mejores, más cualificados y a mejor precio?, ¿qué debe presidir las reglas del juego,

³⁷ Señala con acierto, cómo no TIRADO SUÁREZ, *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, cit., p. 35 como se puede afirmar generalizando y cualesquiera que sean las causas, que la suspensión del proceso productivo rompe el equilibrio empresarial entre los costes y los ingresos. La interrupción de la empresa lleva consigo la desaparición de los ingresos procedentes de la venta de productos o prestación de servicios, o tan solo su disminución, si a pesar de la interrupción, debido a la existencia de *stocks* almacenados, se mantiene, a diferente ritmo, la venta de productos o prestación de servicios.

lo que es una estricta y sana competencia o probabilidades que no deben en todo caso asegurar las entidades de seguros? Donde entra la probabilidad y donde lo fortuito en el seguro. El papel que, como en todo seguro, desempeñarán las delimitaciones del riesgo, es trascendental y máxime para estos seguros donde aun partiendo de concepciones similares, las premisas no siempre lo son. O qué ocurre ante una oleada de protestas o de disturbios sociales que paralizan momentáneamente las ventas o la actividad de una empresa, un comercio, amén de generar daños materiales, robos, saqueos, incendios, rotura de cristales, etc. Quid si los mismos se producen tras una orden de queda?³⁸

En el seguro de interrupción de la empresa, la aseguradora indemnizará al empresario, normalmente asegurado y también tomador, de las consecuencias económico financieras que el cierre temporal o la suspensión o paralización de actividad total o parcial signifique siempre que las causas de esa interrupción estén expresamente previstas en el condicionado. Pero, ¿verdaderamente estamos ante un todo riesgo o riesgo holístico a la hora de delimitar la interrupción de la actividad o la pérdida de beneficios?³⁹

³⁸ El conocido caso *Syufy Enterprises v. Inicio Ins. Co. de Ind.*, 1995 WL 129229 (ND Cal. 1995), y en la que el tribunal sostuvo que el asegurado, una empresa, no tenía derecho a la cobertura como consecuencia de una orden de autoridad civil, tras los disturbios sociales que se originaron tras el veredicto de R. King, al no haber pruebas de que la empresa cerrara debido a daños a la propiedad causados por un peligro, pero no por la orden de toque de queda. Como señala, WAGNER, *Pursuing business insurance claims following damage caused by social unrest*, 2 junio 2020, en https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b54df7c2-d97a-413b-8ffd-94feeee647f9&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium. El caso fundamental sobre la cobertura de la autoridad civil surgió de un toque de queda impuesto a raíz de los disturbios civiles en Detroit en 1967. Allí, la póliza de propiedad comercial proporcionó cobertura por pérdidas, que no excedieron dos semanas consecutivas, cuando como resultado directo de un peligro cubierto El acceso a los locales asegurados estaba prohibido por orden de la autoridad civil. *Sloan v. Phoenix de Hartford Ins. Co.*, 207 NW2D 434 (Mich. App. 1973). Debido a que el alcalde impuso un toque de queda en toda la ciudad, el negocio pudo recuperar sus ingresos perdidos durante un período de cierre total a parcial de ocho días, a pesar de que el negocio en sí nunca sufrió daños a la propiedad.

³⁹ En el caso *Luke Wholey's Wild Alaskan Grill* en Pittsburgh demandó a Erie Insurance Exchange [puede leerse la demanda en <https://www.crowell.com/files/Luke-Wholeys-Complaint.pdf>] en la Corte estatal de Pensilvania (condado de Allegheny) en busca de cobertura (y daños por incumplimiento de contrato) por las pérdidas en que incurrió como resultado del coronavirus y las órdenes del gobierno estatal. De acuerdo con la demanda, la póliza de «todo riesgo» en cuestión brinda cobertura para la protección de ingresos comerciales, gastos adicionales y autoridad civil y que el titular de la póliza ha sufrido una pérdida directa de propiedad debido a la propagación del virus humano, así como las órdenes de la autoridad civil del estado, porque se vio obligado a cerrar sus servicios de cena indefinidamente. A idéntica situación se llega en el caso del propietario de los restaurantes italianos de DiAnoia

Como ya se ha ido avanzando en este ensayo no todo es asegurable ni todo hecho o riesgo con potencial paralizador cae bajo el foco asegurador del seguro de pérdidas de beneficios. Y ello porque la tipología de riesgos a los que está expuesta una empresa, en definitiva, son múltiples, concurrentes incluso entre sí, si bien con capacidad de impacto disímil entre unas empresas y otras⁴⁰.

Otra cuestión es el alcance de esa resarcimiento y la causa exacta por la que se indemnizará siempre que entre en el riesgo o perímetro de la cobertura asegurada en la póliza. Se busca una conexión funcional y temporal, unas causas o etiologías que van desde el incendio, el rayo, la explosión, la avería de maquinaria, la inundación⁴¹ u otros fenómenos atmosféricos, granizo, pe-

en Pittsburgh que demandó a Motorists Mutual Insurance Company [<https://www.crowell.com/files/20200429-DiAnoias-Eatery-Complaint.pdf>] en el tribunal estatal de Pensilvania (condado de Allegheny) buscando una declaración de que «tiene derecho a cobertura por pérdidas, daños y gastos causados por la pandemia Covid-19 y las órdenes civiles estatales». Según la demanda, la póliza de «todo riesgo» en cuestión brinda cobertura para ingresos comerciales, gastos adicionales y autoridad civil.

⁴⁰ Acierta DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, cit., p. 55 cuando señala como esta diversidad de riesgos y la relación de actividad desarrollada desde la fase de existencia a la propia de dinamismo que caracteriza el desarrollo de las operaciones productivas es ingente. Lo que no empece para distinguir los riesgos particulares de la empresa de otras formas de riesgo. Y es que los riesgos pueden tener tanto naturaleza económica como extra-económica, en el sentido de que pueden dimanar tanto de fenómenos de orden económico, ya de eventos de relevancia económica.

⁴¹ Ahora bien, no toda inundación. Así la sentencia de la Audiencia de Málaga de 3 de mayo de 2002 en su fundamento tercero arguye: «Se centra la cuestión debatida en concretar si la póliza suscrita cubría o no los daños de paralización de la actividad empresarial por inundación sufrida a causa de circunstancias extraordinarias, en concreto por el desbordamiento del río Guadalhorce, evento que generó la calificación de riesgo extraordinario. Entiende la Sala, en coincidencia con el juzgador de instancia, que tal riesgo se excluyó con claridad del aseguramiento, de donde al venir referida la póliza a paralización por riesgos asegurados no estaría tal indemnización comprendida en la póliza suscrita. Lo infiere así del examen de la extensión de las garantías para determinar si el siniestro causante se encuentra cubierto por alguna de las extensiones recogidas en el epígrafe 92-2, de art. 7 de las condiciones particulares. Existen ciertamente referencias a la inundación como riesgo cubierto, bien que en cuanto resultado causal de la intervención humana, lo que excluye el generado por un desbordamiento de acuíferos o de encauzamientos de aguas superficiales, que se deja al amparo del Consorcio de Compensación de Seguros, en conformidad con el RD 2022/86, de 29 de agosto en que se aprueba el Reglamento sobre riesgos extraordinarios amparados. La paralización de la actividad empresarial determinada a consecuencia de un riesgo excluido no puede, pues, entenderse cubierta por la póliza. Por lo demás, únicamente cabría asumir la materialidad de la pretensión actora a partir de haber llegado a concertar la garantía de enunciada como “pérdida de la explotación”, donde la aseguradora comprometía su obliga-

so de la nieve en la techumbre, desastres naturales (esta es una garantía obligatoria en estos seguros normalmente), los accidentes de electrodomésticos, hasta otros hechos dependientes más bien de la voluntad o actuación de un tercero, como es el caso del robo, del hurto, corte en los suministros, una huelga, disturbios, choques de vehículos de motor, actos de vandalismo, terrorismo, etc.⁴²

En ocasiones las pólizas al uso establecen una condición de compensabilidad, a saber, el seguro de pérdidas operativas solo compensará a la empresa con la condición de que este última también haya contratado un seguro que cubra por una cantidad suficiente el daño material directo causado por los eventos garantizados (incendio, explosión, daños por agua, granizo, heladas, fenómenos eléctricos, cristales, colapso estructural de un edificio, etc., pero eventos que también van más allá de ese daño inmediato y destructivo, como pueden ser tumultos populares, huelgas, motines, actos de sabotaje, actos vandálicos, etc., mas también gastos directos como honorarios de arquitectos, ingenieros, etc.)⁴³. Pero pensemos que un virus se instala en las estructuras o en los conductos de aire de una empresa o un local o unas oficinas que implica el cierre y pérdida total de la funcionalidad del mismo para desarrollar la actividad empresarial, ¿estamos ante un daño material? Sin duda alguna, pero también ante los indirectos que son

ción indemnizatoria al perjuicio ocasionado por la interrupción temporal, total o parcial de la actividad empresarial, como consecuencia de los daños asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros».

⁴² *In extenso*, véase el trabajo de MEIER-KUHN-SIMONE-SORMANI, *L'assurance des pertes d'exploitation*, Zurich, 2006.

⁴³ Piénsese en la cobertura de autoridad pública o civil que ordena el cierre. Señala WAGNER, cit., que la cobertura de la autoridad civil asegura a las empresas contra pérdidas resultantes de una orden de una autoridad civil que restringe el acceso a las instalaciones del asegurado. Por ejemplo, una orden de toque de queda impuesta por un alcalde como resultado de disturbios y daños a la propiedad podría desencadenar este tipo de cobertura. El lenguaje de la póliza varía, pero la mayoría de las pólizas requieren que el acceso esté restringido como resultado de daños a la propiedad cercana que resulta de un peligro cubierto por la póliza. En otras palabras, una orden de toque de queda impuesta debido a disturbios civiles y daños cercanos puede desencadenar la cobertura de la póliza si la póliza de seguro cubre daños a la propiedad resultantes de los disturbios civiles.

La cobertura de la autoridad civil generalmente tiene un período de espera y parámetros de distancia que limitan la cobertura. Por ejemplo, algunas políticas tienen un período de espera antes de que comience la cobertura de ocho a 72 horas. La cobertura puede activarse solo cuando hay daños a la propiedad causados por un peligro cubierto bajo su póliza a «propiedad adyacente» o a una propiedad a una distancia de hasta dos o más millas. Finalmente, la cobertura generalmente se limita a unas pocas semanas en cuestión de meses.

consecuencia de esa pérdida de funcionalidad y uso para desarrollar la actividad económica⁴⁴.

Y es que, en suma, cada empresa, cada actividad singular realizada con la organización y disposición de una serie de activos y medios, con ánimo de lucro y llevada de un modo profesional puede verse alterada no solo por últimos hechos y contingencias sino que además el impacto o las consecuencias de ello diferirán y mucho, en función, de su posicionamiento, estructura, tamaño, capacidad, ubicación, fisonomía morfológica, sector en el que opere en el mercado.

En la jurisprudencia norteamericana, la mayoría de las pólizas de propiedad comercial cubren la pérdida de ingresos comerciales y, a menudo, requieren algún tipo de pérdida física o daño a la propiedad cubierta. La forma en que se satisfaga el requisito de pérdida o daño en muchas políticas con las exposiciones a Covid-19 será objeto de debate. Muchos tribunales han encontrado, y al menos una aseguradora ha admitido, que la mera presencia de sustancias o agentes en la propiedad puede constituir una pérdida física para fines del seguro. Ver, por ejemplo, *Motorists Mut. En s. Co. v. Hardinger*, 131 F. App'x 823, 824-26 (3d Cir. 2005) (la bacteria E. coli que causó enfermedades respiratorias y afecciones de la piel a los propietarios podría calificarse como pérdida física si la función de la propiedad como hogar era «casi eliminado o destruido» y el hogar era «inútil o inhabitable»); *Gregory Packaging, Inc. v. Viajeros Prop. Cas. Co. de Am.*, 2014 WL 6675934, (DNJ 25 de noviembre

⁴⁴ Vid. el trabajo de NELSON-DWYER, *Client Alert: Insurance Coverage Issues Stemming From Coronavirus Losses*, 29 de abril de 2020, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=54c36164-2868-4a0c-927f-b56f4357eeb0>, una empresa asegurada argumentará que COVID-19 se ha infiltrado en sus instalaciones (por ejemplo, a través de las estructuras del edificio y el trabajo de los conductos), causando una pérdida de funcionalidad de esa propiedad que es, en esencia, pérdida física y daño al lugar de trabajo. Este reclamo presentaría problemas de hecho para los expertos, incluidos los problemas de cómo se propaga el virus y cuánto tiempo puede sobrevivir en superficies o materiales para dañar la propiedad. Para este tipo de reclamo, las aseguradoras probablemente exigirán pruebas científicas de la duración del contaminante, y argumentarán que la mera amenaza o sospecha de una contaminación por coronavirus no cumplirá con el requisito de mostrar pérdida física directa a la propiedad.

Ha habido casos anteriores en los que los tribunales han encontrado que la «pérdida física directa» a la propiedad puede incluir los efectos de contaminantes en el aire, y no se limita a daños estructurales en las instalaciones del asegurado. Ejemplos incluyen:

- una liberación de amoníaco en una fábrica;
- humo de incendios forestales que se infiltraron en las instalaciones del negocio;
- amianto en el aire de un edificio;
- contaminación bacteriana del suministro de agua de una casa donde la «funcionalidad» de la propiedad fue casi eliminada o destruida, o la propiedad quedó inhabitable; y
- una casa inhabitable por gases tóxicos liberados por paneles de yeso defectuosos.

de 2014) (la liberación de amoníaco dentro de la planta de envasado constituyó «pérdida física directa o daño a» la propiedad porque «transformó físicamente» el aire en un ambiente inseguro)⁴⁵; *Cooper v. Travelers Indem. Co. of Illinois*, 2002 WL 32775680, en * 1, * 5 (ND Cal. 4 de noviembre de 2002) (cierre de la taberna debido a un agua contaminada con bacterias bien calificada como daño físico directo a la propiedad); *Widder v. La. Ciudadanos Prop. Ins. Corp.*, 82 So. 3d 294, 296 (La. Ct. App. 2011) (polvo de pintura con plomo que hace que una casa sea inutilizable o inhabitable calificada como «pérdida física directa»); *Curtis O. Griess & Sons, Inc. v. Farm Bureau Ins. Co. de Nebraska*, 528 NW2d 329, 331 (Neb. 1995) (la aseguradora admitió que el asegurado sufrió una pérdida física cuando un virus impulsado por el viento infectó la manada porcina del asegurado)⁴⁶.

⁴⁵ El problema de la pérdida física directa es más complicado en el contexto de la interrupción comercial relacionada con Covid-19. Por ejemplo, si el virus contamina las superficies de un restaurante, probablemente se haya producido una pérdida física directa, lo que puede provocar la interrupción de la cobertura comercial. Esta pérdida física puede ser de corta duración, pero las pérdidas por interrupción del negocio aún podrían cubrirse. En *Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Property Casualty Co.*, N.º 2: 12-cv-04418, 2014 WL 6675934, en * 6 (DNJ 25 de noviembre de 2014), el tribunal sostuvo que la liberación de amoníaco, que hizo que una instalación fuera inhabitable, fue una pérdida física porque, bajo New La ley de Jersey, la propiedad puede soportar la pérdida física sin experimentar alteraciones estructurales. El tribunal llegó al mismo resultado aplicando la ley de Georgia, sosteniendo que un evento fortuito hizo que la propiedad fuera insatisfactoria y necesitara reparación. Del mismo modo, en *Essex v. BloomSouth Flooring Corp.*, 562 F.3d 399, 406 (1.º Cir. 2009), el tribunal concluyó que, según la ley de Massachusetts, un olor desagradable que dejaba la propiedad inutilizable constituía un daño físico a la propiedad. Por el contrario, si un negocio ha sido cerrado porque una entidad gubernamental requirió el cierre, pero la propiedad no ha sido contaminada, probablemente no habría una pérdida física directa. *Ver generalmente Newman Myers Kreines Gross Harris, PC v. Great N. Ins. Co.*, 17 F. Supp. 3d 323, 330-32 (SDNY 2014) (que distingue a *Essex* y sostiene que, según la ley de Nueva York, no hay pérdidas físicas directas derivadas de la incapacidad del titular de la póliza para acceder a la oficina durante un corte de energía causado por el huracán Sandy); *NE Georgia Heart Ctr., PC v. Phoenix Ins. Co.*, N.º 2: 12-CV-00245, 2014 WL 12480022, en * 5 (ND Ga. 23 de mayo de 2014) (razonando que, según la ley de Georgia, una pérdida física directa requiere «un cambio real en la propiedad asegurada en un estado satisfactorio, ocasionado por accidente u otro evento fortuito directamente sobre la propiedad que hace que se vuelva insatisfactorio para uso futuro o que requiera que se realicen reparaciones para que sea así»). Es importante tener en cuenta que algunas políticas pueden cubrir pérdidas por interrupción de negocios causadas por un cierre ordenado por el gobierno, incluso sin pérdida física directa. En consecuencia, un análisis crítico de los términos y condiciones de la política es esencial.

⁴⁶ Vid., la aportación de ABREU-AHMAD-OEHNINGER, No mask, no service – evolving Covid-19 orders may support insurance coverage for retailers’ losses, <https://www.huntonre tailindustryblog.com/2020/04/articles/insurance/no-mask-no-service-evolving-covid-19->

Pero de lo que no cabe duda es que, en estos seguros de interrupción de negocios, la cuestión central vendrá, inequívocamente por la semántica de la póliza, por el lenguaje empleado a la hora de delimitar el riesgo y definir parámetros esenciales y nerviales de cara a la asunción o no del daño. Y que van desde la cobertura o no de una pandemia, de un virus hasta predefinir con exactitud el daño directo y el contingente, la pérdida, y los adjetivos múltiples de éstos⁴⁷. La presión legal, mediática y judicial analizando, cribando las pólizas, o imponiendo incluso una nueva normativa u orden está siendo una cuestión clave en algunos países y ordenamientos. Así como la estrategia planteada que lejos de buscar una pretensión individual, aúna y apuesta por la colectiva⁴⁸.

orders-may-support-insurance-coverage-for-retailers-losses/, Esto puede incluir el cierre de aeropuertos, centros de convenciones, parques de atracciones, hoteles y otras atracciones que se vean afectados negativamente por Covid-19 u órdenes relacionadas, lo que resulta en la pérdida de ingresos en el lugar asegurado.

Además, la mayoría de las pólizas de propiedad comercial brindan cobertura de «gastos adicionales», que se aplica a los costos necesarios y razonables incurridos para continuar temporalmente las operaciones comerciales de la manera más normal posible. Esto puede incluir costos adicionales para reubicar temporalmente las operaciones comerciales utilizando propiedades o instalaciones del asegurado o de otros, así como los costos incurridos para la transición de los empleados de las oficinas a los arreglos de trabajo desde el hogar en un esfuerzo por mantener las operaciones comerciales normales, entre una variedad de otros gastos.

Además de la cobertura por pérdidas por la presencia de Covid-19 en las ubicaciones del asegurado, en una propiedad de atracción u otra propiedad cubierta por una orden de la autoridad civil, los minoristas también pueden tener cobertura por pérdidas por interrupciones en su cadena de suministro. Por ejemplo, si un proveedor de materias primas o productos terminados no puede proporcionar productos debido a una interrupción en sus operaciones por parte de Covid-19, la pérdida de ingresos comerciales sostenida por el minorista a partir de ese retraso puede estar cubierta por una interrupción comercial contingente o dependiente seguro de propiedades.

⁴⁷ Sostienen NELSON-DWYER, *Client Alert: Insurance Coverage Issues Stemming From Coronavirus Losses*, cit., como las pólizas de interrupción de negocios a menudo contienen exclusiones que pueden afectar la cobertura de interrupciones de negocios debido a un virus. A lo largo de los años, las aseguradoras han tomado medidas para intentar excluir las epidemias de la cobertura bajo sus pólizas, incluso a medida que las cadenas de suministro de las empresas se han vuelto más complicadas e internacionales, lo que aumenta el riesgo de que su negocio se vea afectado por un virus o una epidemia. Estos esfuerzos pueden haber incluido la inserción en la póliza una exclusión por «virus» o «contaminación», que a menudo se define ampliamente para incluir la presencia real o sospechada de virus, enfermedades o agentes causantes de enfermedades. No todas estas exclusiones son un modelo de claridad y, por lo tanto, cada exclusión debe leerse cuidadosamente para ver si cumple con el alto umbral impuesto por la ley para la eficacia de una exclusión en una póliza de seguro.

⁴⁸ No les falta razón en este punto a FRANKLIN-WOODIN, *Resolving business interruption*

5. El daño no físico o no material como vertebrador de la interrupción de empresa y pérdida de ganancias

Posiblemente la irrupción de la pandemia ha catalizado como elemento disruptor de aquellas coberturas que se cobijan bajo el genérico de «Interrupción de empresa» – Interruption business –, del alcance real y etiológico que puede deparar para estos seguros la existencia de un daño no físico o material directo. Y como pocas veces, el ejemplo no puede ser más oportuno y sin embargo susceptibles de enormes aristas.

¿Un virus, una pandemia, que *per se*, no provoca daños materiales, salvo aquellos gastos de descontaminación o de tratamiento del personal que se haya podido infectar no necesariamente en la empresa o lugar de trabajo, puede causar el evento perimetrado en el riesgo, esto es la interrupción de la actividad y con ello la pérdida de ingresos y expectativa de ganancias futuras propias de esta funcionalidad y actividad? A ello se ha unido una segunda arista, esto es, si una orden de una autoridad pública de confinamiento masivo de población y cierre de negocios y por lo que ni siquiera el virus está o habita en un local de negocio o empresa, ¿es un evento asegurado bajo estas pólizas y donde no hay un daño material destructivo físico?

La sentencia *Cordish Companies, Inc. v. Affiliated FM Ins. Co.*, No. CV ELH-20-2419, 2021 WL 5448740 (D. Md. 22 de noviembre de 2021), el Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito de Maryland falló en contra de The Cordish Companies, Inc. en su reclamación contra la aseguradora Affiliated FM Insurance Company de conformidad con una póliza de seguro de interrupción de negocios “todo riesgo” por pérdidas incurridas durante la pandemia de Covid-19. El Tribunal de Distrito sostuvo que las pérdidas por interrupción del negocio que Cordish reclamó debían ir acompañadas de pérdidas o daños físicos.

disputes caused by the coronavirus, 16 de junio de 2020, cuando adveran «reunirlos. Hay vehículos en los tribunales estatales y federales que se pueden usar y se han usado en muchos casos para lograr exactamente ese propósito. En los tribunales federales, las disposiciones de litigios multidistritales permiten que los casos federales se consoliden en un tribunal federal en particular para un tratamiento uniforme, al menos con el fin de avanzar en las negociaciones de descubrimiento y solución. El vehículo de las demandas colectivas se utiliza comúnmente, y de hecho, las demandas colectivas ya se han presentado ante los tribunales en un esfuerzo por obtener fallos sobre cuestiones de política particulares en las pólizas de forma estándar de una aseguradora en particular. Existen otros mecanismos de agregación que se han utilizado en el asbesto, por ejemplo, en los tribunales estatales para reunir todos los casos de asbesto en una jurisdicción frente a un juez para un tratamiento más eficiente. Tarde o temprano, los tribunales comienzan a pensar en la resolución, y nuevamente, establecerán programas que pueden ayudar en la resolución de casos de una manera más integral y eficiente».

La póliza de seguro de Cordish proporcionó \$ 1 mil millones de cobertura por pérdidas por interrupción de negocios y daños a la propiedad relacionados con 97 propiedades. La prima de la póliza fue de casi \$2 millones. La póliza decía que aseguraba “la propiedad... contra TODOS LOS RIESGOS DE PÉRDIDA O DAÑO FÍSICO”, excepto las exclusiones. El Tribunal de Distrito determinó que “pérdida o daño físico” requiere inequívocamente alguna forma de alteración material o pérdida física de la propiedad en cuestión. Dicho de otra manera, “el daño debe afectar el bien en sí mismo, en lugar del uso de ese bien por parte del [asegurado]”.

Cordish argumentó que algunas de sus propiedades debían cerrar debido a las órdenes o medidas dictadas por las autoridades civiles. Además, argumentó que debería aplicarse la cobertura de la cadena de suministro de la póliza. A ambos argumentos, el Tribunal de Distrito afirmó que se requería daño físico a alguna propiedad.

El Tribunal de Distrito determinó además que la exclusión por contaminación impedía las reclamaciones de Cordish. Concluyó su opinión afirmando que “los términos inequívocos de la cobertura de interrupción del negocio en la Póliza no brindan cobertura únicamente por pérdidas económicas que no vayan acompañadas de daños a la propiedad física”.

Acaso la no posibilidad de usar y conferir utilidad económica a un determinado bien o bienes, productivos en un proceso empresarial, sea por las razones que sean, ¿no es un supuesto de daño incluso de daño stricto sensu no material como el derivado al prohibir ocupar y desarrollar una actividad empresarial en una fábrica, en un establecimiento mercantil como consecuencia de una pandemia y el decreto de alarma de un gobierno?⁴⁹

Indudablemente estos dos hechos que acabamos de anunciar y que en epígrafes posteriores y últimos de esta monografía trataremos in extenso sobre todo en el profundo y vivo debate que está teniendo lugar en el derecho comparado, rompen la ecuación o soliloquio muy lineal que hasta el momento han tenido los seguros de pérdidas de ganancias por interrupción del

⁴⁹ En este punto, sostiene MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, cit., 62 ss., con relación a la privación un bien de uso particular o personal, que dicha privación tiene un contenido económico distinto de la propia cosa, por lo tanto, la cuantía de la indemnización es en principio la correspondiente al valor de uso del bien, durante el tiempo que el perjudicado ha sido privado de dicha utilización. Este valor puede calcularse por el costo que tiene en el mercado la obtención de la utilidad de un bien similar, durante el tiempo que no ha podido ser utilizado por el perjudicado. Sobre esta base, considera el autor, que no existe inconveniente en admitir que la privación de un bien de uso personal o particular constituye un lucro cesante, porque es una ventaja económica que el perjudicado no ha podido obtener.

negocio. Un evento que provoca un siniestro, incendio, inundación, corrimiento de tierras, explosión máquina, etc., y que entra en la cualificación inequívoca de daño material, daño físico por destrucción, deterioro, pérdida, etc., pero en otras ocasiones, un virus, una pandemia, y salvo aquellos supuestos de contaminación-descontaminación o tratamiento sanitario del personal afectado o que la actividad empresarial de fabricación de determinados bienes, alimentos, bebidas, etc., que quizá pudieran contaminarse, no habría daño directo físico y material.

A ello únase la reacción-pretensión de las legislaciones de algunos países y estados por ejemplo norteamericanos en los que, más allá de si hay daño físico o no, o si se considera como tal el no poder usar ordinariamente el establecimiento mercantil, están intentando revertir legalmente cualquier pretensión de exclusión de cobertura del seguro y que el mismo cubra estos riesgos retroactivamente. Se rescata la polémica cuestión de las «pretensiones refutables» como tablón precisamente que, si se demuestra el daño que esta cobertura supone para una aseguradora, ésta se oponga a su cobertura. Por esta vía, las diferentes legislaciones buscan una entrada en vigor y retroactiva de coberturas con una finalidad clara, a saber, «proteger la solvencia de las empresas que se vieron obligadas a cerrar sus puertas o limitar sus negocios» debido a la pandemia. Si se aprueba, la legislación propuesta (la 1552 del estado de California) se aplicaría a todas las pólizas de seguros comerciales que brinden cobertura para la interrupción comercial en vigencia a partir del 4 de marzo de 2020.

De este modo, la legislación propuesta crearía presunciones refutables a favor de la cobertura de pérdidas debido a Covid-19 en virtud de las disposiciones de la póliza de Ingresos comerciales, gastos adicionales, autoridad civil y entrada y salida. Por ejemplo, la legislación propuesta crearía presunciones de que Covid-19 estuvo presente en las instalaciones aseguradas y causó daños a la propiedad asegurada. El proyecto de ley también especifica que el virus no se considerará contaminante a menos que la política especifique lo contrario. Sin embargo, tal y como se ha aseverado, el impacto final del proyecto de ley no está claro, dado que específicamente «no afecta la aplicabilidad de ninguna disposición de política, incluido cualquier lenguaje que aborde la pérdida o daño causado por un virus»⁵⁰.

Así las cosas, en Estados Unidos, no pocas legislaciones y tribunales es-

⁵⁰ Vid., en este punto HULTZ-PACKER, Proposed California Legislation would eliminate certain obstacles to coverage for Covid-19 business income, 14 de julio de 2020, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d9aa8b66-e3a4-4f1f-9009-13a85189fa63&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=.

tatales han establecido rutinariamente presunciones refutables y cambios de carga con respecto a otros problemas de cobertura de seguros. *Ver, por ejemplo*, NY Ins. La Ley §§ 3420 (c) (2) (A) y (B) («En cualquier acción en la que una aseguradora alegue que fue perjudicada como resultado de una falta de notificación oportuna, la carga de la prueba estará en: (i) el asegurador para demostrar que ha sido perjudicado, si la notificación se entregó dentro de los dos años posteriores al tiempo requerido por la póliza; o (ii) el asegurado, la persona lesionada u otro reclamante para demostrar que el asegurador no ha sido perjudicado, si la notificación se proporcionó más de dos años después del tiempo requerido por la póliza... se aplicará una presunción de prejuicio irrefutable si, antes de la notificación, la responsabilidad del asegurado ha sido determinada por un tribunal de jurisdicción competente o por arbitraje vinculante; o si el asegurado ha resuelto el reclamo o la demanda mediante un acuerdo u otro compromiso»); *Imhof v. Nationwide Mutual Ins. Co.*, 643 So. 3d 617 (Fla. 1994) («El hecho de que una aseguradora no responda dentro del período de sesenta días [descrito en Fla. Stat. 624.155] creará una presunción de mala fe suficiente para trasladar la carga a la aseguradora para mostrar por qué no lo hizo responder»); *Friedland v. Travelers Indem. Co.*, 105 P.3d 639, 647 (Colo. 2005) (que extiende la «regla de prejuicio de notificación», que transfiere la carga a la aseguradora para demostrar que se vio perjudicada por notificación tardía, a casos de seguro de responsabilidad civil)⁵¹.

De este modo y aunque en los últimos epígrafes de este ensayo haremos

⁵¹ Así, señala, DEVRIES-DEFIELD, *It's a Covid-19 Pandemic; it's everywhere – New Cal. Bill to make insurers prove otherwise*, cit., si bien es un concepto legal técnico, la creación de una «presunción refutable» puede tener un efecto dramático en el litigio. Le indica al juzgador de hechos que asuma que algo es verdad mientras le da a la otra parte la oportunidad de refutar el hecho. Este concepto es particularmente importante aquí porque uno de los primeros argumentos de las aseguradoras es que a pesar de que Covid-19 está en todas partes y ha creado una pandemia internacional que mata a cientos de miles de personas, los asegurados que buscan cobertura deben demostrar, a través de evidencia científica, que el virus de alguna manera afectó la «integridad física» de su propiedad particular. Este proceso puede ser costoso y lento para los asegurados que ya han sufrido pérdidas considerables. Si bien una aseguradora aún tendría el derecho de tratar de refutar la presunción de daño y establecer que no hubo ninguno, soportaría la carga de probarlo (y el gasto concomitante). La creación legislativa de una «presunción refutable» es una desviación significativa de los proyectos de ley que se han introducido en otros estados y provocó una protesta de las aseguradoras. Los legisladores de Nueva Jersey y otros estados (a saber, Luisiana, Pensilvania, Ohio, Carolina del Sur y Nueva York) presentaron proyectos de ley que obligarían a la cobertura con las aseguradoras que protestaban, entre otras cosas, por un incumplimiento indebido del contrato. (Hasta la fecha, ninguno ha sido aprobado).

alusión a la enorme casuística sobre todo anglosajona pero también europea de los seguros de interrupción de empresa y el daño directo versus indirecto, material versus inmaterial, estas pólizas normalmente parten de una tríada presupuestal del daño. Así, en términos generales, hay tres tipos clave de cobertura de BI:

1. Daño físico a la propiedad del asegurado que ocurre debido a un evento específico (por ejemplo, un incendio o inundación), que causa interrupción o interferencia en el negocio del asegurado.

2. Daño físico a la propiedad de un tercero que ocurre debido a un evento específico, que causa la interrupción del negocio del asegurado. Esto a menudo se conoce como seguro de BI contingente. Por lo general, se saca donde el negocio de un asegurado depende de una cadena de suministro (por ejemplo, un proveedor importante para el negocio de un asegurado se ve afectado por un incendio o inundación).

3. La interrupción del negocio de un asegurado como resultado de un evento específico, por ejemplo, donde las restricciones impuestas por el gobierno o las autoridades públicas impiden que un asegurado acceda a sus ubicaciones comerciales. Este tipo de cobertura, que no depende de ningún daño físico a la propiedad, puede incluirse en una póliza independiente o bajo una extensión de póliza (generalmente con una prima adicional).

Todos estos tipos de cobertura pueden estar impactar o verse impactados por un virus, relacionados por tanto, con Covid-19, aunque la mayoría de las empresas se centrarán en el número 3 (cobertura de BI para daños no físicos)⁵². Pero la pregunta es clara, a saber, ¿existe cobertura del riesgo en un

⁵² En este marco, señalan WILLIAMSON-CURZON, UK: *Coronavirus and Business Interruption (BI) Insurance: do you have coverage?*, 9 de julio de 2020, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03c12d97-c763-4a9c-bea5-a193c751b318&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=, por lo general, la principal pérdida protegida bajo las políticas de BI es la pérdida de ingresos del asegurado o la reducción de la facturación. En otras palabras, el monto por el cual la facturación del asegurado durante la crisis es inferior a su facturación estándar, menos cualquier costo, que normalmente se pagaría de la facturación, que haya cesado o reducido durante la crisis.

Otros tipos de pérdidas que también pueden ser recuperables incluyen el aumento de los costos de trabajo (por ejemplo, una empresa que tiene que operar desde locales alternativos), las sumas de penalización que una empresa puede verse obligada a incurrir en virtud de sus contratos y los costos de gestión de crisis / relaciones públicas. Y a efectos prácticos recomiendan los siguientes pasos: Consideramos que las empresas que tienen políticas de BI implementadas deben seguir los siguientes pasos importantes:

seguro de pérdidas de beneficios por interrupción de negocios de las pérdidas causadas como consecuencia de las restricciones y medidas de confinamiento relacionadas con el Covid-19 y adoptadas por los diferentes gobiernos? ¿debe pechar con las consecuencias de tamañas decisiones políticas aun velando por la sanidad y la preservación de la salud, las aseguradoras,

1. *Verifique los términos de su política de BI para determinar si puede tener cobertura en principio y, de ser así, si hay algún requisito o condición que cumplir.* La redacción precisa de su política será crítica. Específicamente:

- *¿Hay algún requisito de notificación?*

A menudo es una condición expresa que un asegurado necesite notificar al asegurador sobre el evento asegurado relevante y / o la pérdida dentro de un límite de tiempo estricto. La política también puede especificar ciertas formalidades a seguir cuando se da aviso. Muchas pólizas permiten avisar a un asegurado a través de su corredor de seguros, si corresponde.

- *¿Hay alguna exclusión relevante que pueda relacionarse con COVID-19 o enfermedades / pandemias en general?*

Después del brote de SAR en 2002, muchas políticas ahora excluyen expresamente las pérdidas derivadas de enfermedades contagiosas o infecciosas.

- *¿Existen límites aplicables a la indemnización?*

La póliza puede tener: (i) un período de tiempo máximo de indemnización durante el cual la pérdida será recuperable; y (ii) límites financieros con respecto a la suma máxima que se puede pagar. Además, muchas políticas establecen expresamente la base por la cual se debe calcular cualquier pérdida de ingresos, pérdida de ganancias o aumento de los costos de trabajo.

- *¿Necesita obtener el consentimiento de la aseguradora antes de incurrir en ciertos costos para enfrentar la pandemia?*

2. *Compruebe si su política de BI está incluida dentro de las políticas seleccionadas en el caso de prueba Fca.* Si es así, los argumentos presentados en la prueba FCA serán particularmente relevantes para su posición.

3. *Guarda, mantenga y actualice la evidencia documental de las pérdidas que está sufriendo o incurriendo.* Esto puede incluir: (i) registros y cuentas financieras actualizadas (incluyendo facturación y ganancias); (ii) registros de ausencia de empleados y costos reducidos de personal; (iii) facturas por gastos adicionales en los que haya incurrido; y (iv) registros escritos de decisiones comerciales que haya tomado en respuesta a la pandemia.

4. *Si tiene cobertura en principio, considere presentar su reclamo por escrito a su asegurador.* Aunque las aseguradoras monitorearán de cerca el progreso del caso de prueba de la FCA, ese caso no impide que los asegurados avancen o resuelvan sus propios reclamos contra las aseguradoras.

5. *Si no está claro si su póliza cubre BI como resultado de COVID-19 cuando hubiera esperado que debería haberlo hecho, investigue las circunstancias en las que se colocó la póliza relevante, especialmente cuando un corredor colocó el seguro u otro intermediario.* Una vía para explorar es si su corredor colocó su póliza de seguro adecuadamente de acuerdo con sus instrucciones.

6. *Compruebe si su póliza debe renovarse a corto plazo.* Las aseguradoras pueden tratar de enmendar futuras renovaciones de pólizas excluyendo o limitando la cobertura para enfermedades contagiosas o infectadas.

cuando no previéndose expresamente en la delimitación del riesgo hasta el presente estas contingencias? Máxime cuando nada se dice de la pérdida directa o indirecta o si existe cobertura o no ante un daño no material o físico. El debate y la discusión está servida sin duda. ¿Puede el asegurado esgrimir a senso contrario la cobertura del riesgo ante la inexistencia de una exclusión pandémica stricto sensu, o ante el hecho de que no se prevé en la delimitación del riesgo el virus o que ante una disposición de una autoridad pública debe existir en todo caso cobertura del riesgo de pérdidas? Ciertamente valorando el riesgo no han sido pocas las posturas que han tomado posición respecto de que el virus no ha causado un daño físico a las instalaciones, a la propiedad del asegurado, por lo que, en este caso o situación fáctica, la no existencia de daño físico por el virus desactiva cualquier posible cobertura.

Pero como tendremos ocasión de analizar con más profundidad, la pérdida o imposibilidad de uso de un local, de una empresa, de unas máquinas, de una fábrica, de una tienda, de un restaurante, no es acaso una «pérdida física directa» y, en consecuencia, un daño directo? En *Gavrilides Management Company, et al. v. Michigan Ins. Co.*, el asegurado argumentó que la pérdida del uso de la propiedad causada por las órdenes gubernamentales constituía una «pérdida física directa» en el sentido de la póliza. Para el tribunal, sin embargo, «la pérdida o daño físico directo» requiere más que la mera pérdida de uso o acceso, por lo que para el juez la exclusión del virus excluía inequívocamente la cobertura causada por el impacto de Covid-19⁵³. En

⁵³ Se hace eco de esta sentencia de 2 de julio de 2020 WIXTED-TURNER-PARIS, *Insurers score a win in first substantive Covid-19 Business Interruption Decision*, 6 de julio de 2020, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1f88bb21-1090-4b6a-8a0f-708c63b3f3e5&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body, cuando sostienen que el 2 de julio de 2020, un juez en el condado de Ingham, Michigan, emitió lo que parece ser la primera decisión sustantiva en un caso de cobertura de interrupción de negocios COVID-19. En *Gavrilides Management Company, et al. v. Michigan Ins. Co.*, el asegurado argumentó que la exclusión del virus no se aplicaba porque la pérdida de acceso fue causada por las órdenes gubernamentales, no por el virus. Además, el asegurado argumentó que la pérdida del uso de la propiedad causada por las órdenes gubernamentales constituía una «pérdida física directa» en el sentido de la póliza. Aplicando la ley de Michigan, el tribunal rechazó ambos argumentos. Al dictaminar desde el banco sobre una moción para desestimar, el juez sostuvo que «la pérdida o daño físico directo» requiere más que la mera pérdida de uso o acceso. Luego, el juez sostuvo que la exclusión del virus excluía inequívocamente la cobertura causada por el impacto de Covid-19.

Dado que los argumentos de los asegurados en *Gavrilides* rastrean muchos de los argumentos presentados en otros casos, el caso será sin duda citado por las aseguradoras en casos en todo el país, así como en el próximo argumento oral el 30 de julio de 2020 ante el Panel Judicial sobre litigios multidistritales en *In re: Covid-19 Litigios de seguros de protección contra interrupciones comerciales*.

Gavrilides, un Tribunal de Circuito de Michigan caso N.º 20-258-CB-C30 (Circ. Ct. Del Condado de Ingham, Michigan) puso en evidencia la tensión cobertura exclusión por pérdida física o directa y la alegación o no de la misma. Debido a que los asegurados de los restaurantes que buscaban cobertura de interrupción de negocios luego de la imposición de órdenes ejecutivas de Covid-19 que limitaban sus operaciones no habían alegado ninguna forma de pérdida física o daño a la propiedad (como lo exige la póliza), el tribunal desestimó su queja sobre los alegatos⁵⁴.

En *Gavrilides*, dos restaurantes solicitaron \$ 650,000 en daños y perjuicios por las pérdidas sufridas después de que Michigan emitió órdenes ejecutivas en marzo limitando a los dos restaurantes a pedidos de comida para llevar y entrega. Los restaurantes afirmaron que el requisito en su póliza de que cualquier «suspensión de operaciones» debía ser causada por pérdida física directa o daño a una de sus propiedades aseguradas se había cumplido, porque los restaurantes fueron «dañados durante la suspensión de las [órdenes ejecutivas] porque a las personas se les restringió físicamente los servicios para cenar». El 1 de julio, el Tribunal de Circuito de Michigan señaló que la demanda de los asegurados-demandantes «no alega ninguna pérdida física o daño a la propiedad». En apoyo de su despido, el tribunal explicó además que: «[La] queja también establece que Covid-19 en ningún momento ha entrado en la Cuchara de Sopa o The Bistro a través de ningún empleado o cliente, y de hecho afirma que nunca ha estado presente en ningún lugar. Así que simplemente no hay acusaciones de pérdida física directa o daño a ninguna propiedad».

En contraste con los alegatos en *Gavrilides*, la jurisprudencia y casuística estadounidense deja en evidencia la existencia de numerosas quejas presentadas alegando la presencia de Covid-19 en, o adyacentes a restaurantes, bares, salones de belleza, edificios de oficinas, casinos y otras propiedades luego de las pruebas positivas de empleados o clientes en las propiedades del asegurado, o debido a hallazgos de autoridades gubernamentales que imponen órdenes ejecutivas debido a la presencia reconocida de Covid-19 en sus respectivas jurisdicciones. Ahora bien, a diferencia de *Gavri-*

⁵⁴ A juicio de CHILDRESS-JACOBS-LISSY, *Covid-19 ruling serves as cautionary tale for policyholders to satisfy pleading requirements*, 16 de julio de 2020, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cecc9536-3949-4ef5-8d26-9fe943e19ca0&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign = contrariamente a algunas publicaciones de la industria de seguros que elogian esta decisión como una victoria sobre los méritos de los problemas de cobertura de COVID-19, la opinión es de poca importancia más allá de servir como un recordatorio para los asegurados para defender los elementos necesarios de un reclamo cubierto.

lides, estas otras quejas en realidad alegan la existencia de pérdida física o daño a la propiedad como resultado de la presencia de Covid-19, y a menudo citan numerosas órdenes de la autoridad civil basadas en la pérdida física o el daño a la propiedad causado por Covid-19. Véase, por ejemplo, la Orden Ejecutiva de Emergencia de la Ciudad de Nueva York N.º 100, emitida, en la parte pertinente, «*porque el virus está causando físicamente la pérdida y el daño de la propiedad*».

Entre otras cuestiones, el tribunal dictaminó que la denegación de la pretensión resarcitoria de Gavrilides por parte de Michigan Insurance fue adecuada porque Covid-19 no afectó la estructura real y tangible de sus restaurantes y, como tal, no hubo pérdida física o daños a los restaurantes⁵⁵. Del mismo modo, el juez también desestimó la reclamación de cobertura de Gavrilides de conformidad con la disposición de la autoridad civil en la póliza, porque esta disposición también requiere la pérdida o daño físico para activar la cobertura⁵⁶. No albergó duda alguna el tribunal en entender

⁵⁵ Como bien se ha señalado, CHILDRESS-JACOBS-LISSY, *Covid-19 ruling serves as cautionary tale for policyholders to satisfy pleading requirements*, cit., arguyen como, de manera similar, la conclusión del tribunal de primera instancia de que la ley de Michigan requiere que la pérdida o daño físico directo debe tomar una forma tangible y de alguna manera alterar «la integridad física de la propiedad [asegurada]» también podría haberse evitado si los demandantes hubieran señalado el hecho de que los resultados son contrarios al precedente existente de Michigan, así como a las decisiones de los tribunales de muchos otros estados. Por ejemplo, en *Sloan v. Phoenix de Hartford Ins. Co.*, 46 Mich. App. 46, 50-51, 207 NW2D 434, 436-37 (1973), un tribunal de apelaciones de Michigan sostuvo que la cobertura de interrupción de negocios estaba disponible como resultado del cierre de salas de cine debido a una orden estatal durante un período de disturbios en la ciudad, y cuando «la integridad física» de los cines no había sido alterada.

Del mismo modo, varios otros tribunales han encontrado que la presencia de sustancias peligrosas y olores que hacían que una propiedad no fuera apta para su uso previsto constituía una «pérdida o daño físico directo» en un edificio suficiente para provocar la interrupción de la cobertura comercial. Véase, por ejemplo, *Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am.*, 2014 US Dist. LEXIS 165232 (DNJ 2014) (liberación de amoníaco); *Los automovilistas Mutuales Ins. Co. v. Hardinger*, 131 Fed. App. 823, 825-27 (3d Cir. 2005) (contaminación bacteriana del suministro de agua en el hogar); *Essex v. BloomSouth Flooring Corp.*, 562 F.3d 399, 406 (1er Cir. 2009) (olor desagradable); *Farmers Ins. Co. v. Trutanich*, 858 P.2d 1332 (Or. Ct. App. 1983) (olores del laboratorio de metanfetamina). Sin embargo, ninguno de estos casos fue abordado por las partes durante la audiencia del 1 de julio.

⁵⁶ Concluyen RICE-CYPHERS, *The first Covid-19 business interruption decision sides in favor of insurers*, 15 de julio de 2020, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f8cf6e9b-2eb2-40a5-ad24-8b2a9fd4c7f4&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=Lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=Lexology+Daily+Newsfeed+2020-07-17&utm_term=, como el

que en la cobertura de la póliza solo se cubre la pérdida física directa. «Según sus significados comunes y según la jurisprudencia federal... la pérdida física directa o el daño a la propiedad tiene que ser algo con *existencia material*, algo *tangible*, ... algo que *altere la integridad física* de la propiedad. La queja aquí no alega ninguna pérdida física o daño a la propiedad».

6. El hecho desencadenante. La etiología del evento

La esencia de la cobertura de seguro de pérdidas de beneficios por la interrupción del negocio tiene como objetivo principal compensar la pérdida de ganancias, salarios, costos fijos que deben pagarse (alquiler, intereses sobre préstamos, costos de calefacción, etc. etc.) y los costos adicionales en los que debe incurrir una empresa después de que un evento, un hecho o una serie concatenada de eventos provoque la interrupción, reducción o cese completo de sus actividades debido a un evento cubierto⁵⁷.

Indudablemente la actualidad de estos seguros de pérdidas de beneficios por interrupción de empresa o de actividad viene asociada al impacto del Covid-19 en la economía y el desarrollo de toda actividad comercial o industrial⁵⁸. Pero si bien ésta situación o contingencia es, en toda regla, una

lenguaje excluyente también podría haber prohibido el reclamo si el tribunal determinara que la supuesta pérdida estaba dentro de la cláusula de seguro de la póliza. El clavo final en el ataúd de la reclamación fue una exclusión de virus contenida en la póliza, que declaró que la aseguradora «no pagará por pérdidas o daños causados por o como resultado de cualquier virus, bacteria u otro microorganismo que induzca o sea capaz de provocar angustia física o enfermedad».

⁵⁷ Acierta MOREAU, *Assurances et gestions des risques, L'assurance des pertes d'exploitation, Cette méconnue*, 2008, vol. 76, n. 2, 264.

Cuando categórico sostiene que este seguro permite, en cierto modo, devolver a la empresa a la situación financiera en la que se encontraba antes del desastre o evento siniestral.

⁵⁸ Sostienen MALARET-ZEVNIK-KONKEL-NES, *Maximizing insurance assets for business losses relating to coronavirus (Covid-19)*, 17 marzo de 2020, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8aea4c4c-7953-4493-81c1-456c1124ee98>, como es posible que las gotas respiratorias producidas cuando una persona infectada tose o estornuda en la propiedad pueda constituir pérdida o daño físico. Si la pérdida o daño físico obliga a su empresa a cerrar instalaciones y causa pérdidas, entonces la cobertura del seguro comercial puede responder. Pero hay limitaciones importantes:

En los últimos años, las aseguradoras han agregado exclusiones específicas para infecciones bacterianas y / o virales a su cobertura y luego agregaron la cobertura a través de una lista definida de enfermedades. La redacción específica de la exclusión y cobertura agregada para ciertas enfermedades será determinante si existe cobertura para pérdidas Covid-19. Por

auténtica emergencia que ha provocado un efecto clave en el seguro, esto es, tensionar los límites y las coberturas, las costuras y la semántica y apelar indirectamente a una mayor claridad en el redactado de las cláusulas, máxime de inclusión y exclusión del riesgo, no por ello, el seguro de pérdidas por interrupción comercial o de la empresa operaba en un limbo desconocido⁵⁹.

ejemplo, existe un argumento de que los virus no son bacterias y, por lo tanto, si su póliza solo excluye la cobertura para bacterias, puede existir cobertura para pérdidas de Covid-19.

También se puede esperar que las aseguradoras argumenten que pueden aplicarse otras exclusiones a la cobertura de la barra. Una vez que se presenta una reclamación, la aseguradora proporciona sus reservas que establecen todos los posibles problemas de cobertura relacionados con las pérdidas. Las aseguradoras están comenzando a examinar este problema y se divulgará más información a medida que las aseguradoras tomen posiciones en respuesta a los reclamos presentados.

⁵⁹ Sin duda ha sido en Reino Unido donde esta tensión cobertura versus exclusión, amén de la claridad en la redacción de las pólizas y la búsqueda de esa intencionalidad contractual de las partes ha dado lugar a una inédita actuación de la autoridad de control británica, la FCA, a la que ya nos hemos referido y abordaremos con más detalle infra, y en la que interpellando a diferentes aseguradoras ha realizado un Test Case ante los tribunales para aclarar esas delimitaciones. La FCA estaba preocupada por la incertidumbre creada por las diferencias de opinión entre las aseguradoras y los asegurados sobre si sus pólizas de BI respondían en la emergencia actual. La decisión de la FCA de llevar el caso de prueba está en línea con su objetivo estratégico de garantizar que los mercados relevantes funcionen bien; y sus objetivos operativos para garantizar la protección de los asegurados y la integridad del mercado.

La FCA ha enfatizado su creencia de que las circunstancias de la emergencia actual de Covid-19 y su efecto en las empresas que tienen pólizas de BI significan que, en interés público, la falta de claridad e incertidumbre para los asegurados que hacen reclamos relacionados con BI debe resolverse, lo más rápido posible.

El caso de prueba

El objetivo del caso de prueba es presentar ante el tribunal una muestra suficientemente representativa de las palabras más utilizadas que están generando la incertidumbre actual. La decisión proporcionará un precedente legal que la FCA considera ayudará, en gran medida, a la resolución de las incertidumbres legales que surjan de la interrupción de Covid-19 o la interferencia con el negocio del titular de la póliza. La FCA espera que el caso de prueba brinde orientación para la interpretación de muchas otras políticas de BI que no están en la muestra representativa, porque los temas discutibles clave se habrán presentado ante el tribunal. El objetivo declarado de la FCA es presentar los argumentos de los titulares de pólizas para su mejor ventaja en el interés público con respecto a las palabras de BI que parecen proporcionar cobertura, donde no ha habido daños físicos a la propiedad asegurada. Las aseguradoras y la FCA han acordado una lista de hechos supuestos que formarán la base del caso de prueba. Los hechos asumidos establecen suposiciones fácticas ilustrativas, como la naturaleza de las empresas afectadas y cómo se vieron afectadas. Las preguntas propuestas para la determinación incluyen el grado en que una empresa debe verse afectada para activar la cobertura, por ejemplo, se requiere el cierre o el cierre parcial, y cuál es el vínculo causal necesario que debe establecerse entre la pérdida y la interrupción, o interferencia con el negocio del asegurado.

Es quizás, de entre los seguros que enuclean el lucro cesante, el seguro más vital y capital a la vez siendo múltiples las causas con capacidad de provocar el efecto interruptivo. Ahora bien, ¿equipara el legislador y, en cierto modo, iguala la práctica, las nociones de interrupción de empresa a la de paralización de la actividad empresarial?, ¿estamos ante conceptos homogéneos y por tanto sustituibles o tienen alguna connotación diferencial máxime a efectos del contrato de seguro?

Semánticamente no parece que haya una diferencia conceptual y menos de significantes entre paralización e interrupción, como tampoco lo hay a efectos de la delimitación objetiva del riesgo cubierto en el seguro en cuestión. Pero sí que un concepto, el de paralización aboca a una definición más genérica y amplia, abarcativa de otra noción más estricta, cual es, interrupción sea total o parcial y, de por sí, más acotada o delimitada circunstancialmente en el tiempo y su prolongación. Ahora bien, el acento y el énfasis no ha de posarse en tales vocablos cuanto en la potencialidad real de generar una frustración de ingresos y, por ende, una pérdida de potenciales beneficios empresariales⁶⁰. Un hecho interrumpe, la consecuencia de ese hecho, paraliza toda actividad. Un hecho disruptor, taumatúrgico, violento más que

La FCA y las aseguradoras han celebrado un acuerdo marco que registra el objetivo mutuo de las aseguradoras y la FCA para lograr la máxima claridad posible para el número máximo de asegurados, de acuerdo con la necesidad de expedición y proporcionalidad. Concluye BOYLE, *Business Interruption. FCA test case*, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae0eeda5-e3cb-4646-9403-0212806843a4&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=, El acuerdo marco con las aseguradoras incluye disposiciones que el *perdedor* habitual *paga la regla de costos del ganador* no se aplicará. En consecuencia, cada parte en el caso de prueba asumirá sus propios costos asociados con el caso de prueba y de cualquier apelación, y ninguna de las partes buscará una orden de costos contra la otra. El resultado del caso será vinculante para las partes en el caso de prueba con respecto a la muestra representativa de redacción considerada por el tribunal. Dado el cuidado que se ha tomado para incluir en el caso de prueba las incertidumbres contractuales discutibles clave y los problemas de «causalidad», también proporcionará una guía persuasiva para redacciones de pólizas similares que los asegurados y las aseguradoras pueden tener en cuenta cuando se consideran reclamos similares. El caso de prueba no determinará cuánto se paga según las pólizas individuales, pero se espera que proporcione la base para hacerlo.

⁶⁰ Acierta TIRADO, *Artículo 66. Noción del seguro de pérdida de beneficios*, Ley de Contrato de Seguro, SÁNCHEZ CALERO (dir.), cit., 1416 cuando afirma como el legislador ha clarificado que el siniestro no sólo es la interrupción o paralización total, sino también la parcial, en la medida en que provoque un daño indemnizable, es decir, frustración del beneficio comercial neto, mantenimiento inútil de los gastos fijos o permanentes y aparición de nuevos gastos adicionales en orden a la reanudación del proceso productivo o a la atenuación de los efectos dañosos de la paralización de la actividad empresarial.

accidental rompe el proceso productivo de modo inmediato y, mediatamente, lo paraliza y detiene durante un *interin* temporal mayor o menor.

Mas son muchos los eventos o los hechos que responden a distintas etiologías causales, pero también a diferentes circunstancias que o bien aisladamente o bien concatenadamente provocan la paralización de la actividad y con ello, pérdidas de potenciales beneficios y gastos ciertos no siempre eludibles ni, tampoco, trasladables a terceros o que puedan suspenderse o incluso anularse.

La riqueza casuística o fenomenológica es basta, muy amplia. Desde hechos accidentales a otros provocados por el ser humano. Desde cuestiones de flujos energéticos que se interrumpen, a fenómenos atmosféricos o catástrofes, pasando, cómo no, con la realidad actual de 2020, ante decisiones gubernativas que ordenan el cierre masivo de industria y empresas no esenciales para evitar la propagación de una pandemia.

El incendio, el agua, el viento huracanado, una ciclogénesis, una inundación, un corrimiento de tierras, un colapso de la estructura del edificio, la caída de la techumbre por el peso de la nieve, un cortocircuito, una explosión o una implosión, la avería de una máquina, un ataque cibernético, una subida de tensión eléctrica, el corte de suministros energéticos [y en este ámbito, piénsese en una dual perspectiva, la del propio asegurado empresario que se ve afectado pasivamente por esta situación, pero también la propia empresa energética, de gas, de luz, de agua, etc., que sufre un daño que interrumpe la generación y producción de energía y el traslado de la misma, por lo que el daño y la pérdida de beneficios puede derivar como de una interrupción parcial o completa del suministro de electricidad, gas y agua, causada por los daños sufridos en las instalaciones de las correspondientes empresas que puedan suministrar directa o indirectamente dichas energías a los locales de la empresa asegurada, ocasionados dichos daños por cualquier causa accidental o imprevisible de las que estarían incluidas en las garantías de daños materiales de esta póliza], el robo o la expoliación, una huelga si bien este extremo es harto discutible como veremos, el fallecimiento de algún empleado o empleados, los problemas de proveedores o suministradores de la materia prima o de productos, problemas en logística y distribuidores, disminuciones de radiación solar [cobertura esta última que garantiza el pago de la diferencia entre el rendimiento estimado de producción real de electricidad, vertida a la red de la instalación asegurada, y el rendimiento anual realmente obtenido y vertido a la red durante la anualidad del seguro debido a una caída de la expectativa de horas e intensidad del sol].

No puede negarse, empero, que estadística y actuariamente la mayor parte de esos hechos están estudiados, valorados, frecuencializados. Sobre todo,

en ámbitos siniestros tales como el incendio, la avería de máquinas o maquinaria, la anulación de eventos frecuentes tales como viajes, vuelos, packs turísticos, etc. Es cierto que el impacto de una pandemia o un virus, y quitando solo parcial y residualmente experiencias más acotadas en la jurisprudencia como el E.coli, el Sars, etc., apenas ha habido pronunciamientos jurisprudenciales ni tampoco sus conclusiones se han trasladado a los condicionados de las pólizas de seguros. Así, en el caso *Motorists Mutual Ins. Co. v. Hardinger*⁶¹, el tribunal determinó que la contaminación por bacterias E. coli podría constituir una pérdida física si la «funcionalidad de la propiedad... casi se eliminaba o destruía», o si «su propiedad se volvía inútil o inhabitable»⁶². En los hechos, la bacteria había contaminado unos pozos de los locales de los asegurados que hacía imposible el uso de los mismos. Es más, la cuestión en este caso se centró en si la bacteria podía o no encuadrarse bajo una cláusula de exclusión de contaminación que incluía la póliza⁶³. Extremo sobre el que volveremos *infra*.

⁶¹ En la sentencia *Motorists Mutual Ins. Co. v. Hardinger*, 131 Fed.Appx. 823 (2005), se afirma: «A prerequisite for coverage under the homeowner’s policy is “direct physical loss or risk of a direct physical loss”. The policy does not define the term “physical loss to property”. Holding that there was no genuine issue on whether there was a physical loss, the District Court granted summary judgment to Motorists. While the bacteria allegedly made the house uninhabitable, the court deemed this a “constructive loss,” and held it insufficient to satisfy the policy’s requirement of “physical loss”; es más, se probó ante el tribunal que la contaminación microbiológica del inmueble fue posterior a la adquisición de los actuales titulares».

⁶² Por su parte, y entendiéndose además que se está ante un único siniestro y no varios, en el caso *Republic Underwriters Ins. Co. vs. Moore*, 493 F. App’x 907 (10th Cir. 2012), un restaurante asegurado que preparó y sirvió alimentos contaminados con E. coli durante un periodo de 13 días en dos lugares diferentes: su restaurante y una reunión con servicio de comidas. Trescientas cuarenta y una personas fueron afectadas y una murió. Las aseguradoras argumentaron que según la prueba de causa establecida por la ley de Oklahoma, solo había una causa y, por lo tanto, un único siniestro: la preparación y manipulación de los alimentos afectados por parte del restaurante. Argumentando por múltiples eventos, el restaurante se basó en una investigación que sugirió que podría haber múltiples factores contribuyentes, como la contaminación por manipuladores de alimentos y la contaminación cruzada de varias superficies.

⁶³ Amén de una genuina situación de ambigüedad en la póliza. Así, el juez Ambro al analizar la exclusión de la contaminación, hace hincapié en dos posibles bases de ambigüedad. En primer lugar, las partes se han enfrentado al significado del lenguaje en la póliza que limita la exclusión a las situaciones que implican la «... dispersión, filtración, migración, liberación o escape de contaminantes». En esta etapa del procedimiento, no se ha establecido la fuente de la bacteria; por lo tanto, la resolución de este punto de la controversia es mejor dejarlo al Tribunal de Distrito. Si la segunda cuestión relativa a la contaminación como exclu-

En el derecho norteamericano la práctica sí ha reconocido supuestos que van desde los tumultos populares a conmociones civiles. Así, en el caso de la conmoción civil y pese a que tampoco está definida en la mayoría de las pólizas de seguro, la práctica adopta como punto de partida, un concepto que necesariamente significa algo más que «disturbios», ya que se supone que cada término en una póliza de seguro tiene su propio significado. *Ver, por ejemplo, Portland Sch. Dist. N.º 1J v. Gran Am. En s. Co.*, 241 Or. App. 161, 171 (2011). Por lo tanto, si bien la «conmoción civil» puede ser similar a una revuelta, los tribunales han interpretado el término de manera más amplia, al encontrar que la conmoción civil implica «una perturbación más grave o una parte de una serie más amplia de perturbaciones». *Pan Am. World Airways, Inc. v. Aetna Cas. & Sur. Co.*, 368 F. Supp. 1098, 1138 (SDNY 1973), *aff'd*, 505 F.2d 989 (2d Cir. 1974). De hecho, la mayoría de las pólizas de propiedad no contienen ninguna limitación sobre la amplitud de la conmoción o el tipo de daño que podría representar a la persona o la propiedad⁶⁴.

sión debe recordarse que los tribunales han llegado a conclusiones diferentes en cuanto a si las bacterias son «contaminantes» bajo un lenguaje de póliza similar. Sin embargo, *Keggi contra Northbrook Prop. y Cas. Ins. Co.*, 199 Ariz. 43, 47, 13 P.3d 785 (2000), es instructivo. Al llegar a la conclusión de que la exclusión de la contaminación idéntica no incluía las bacterias dentro de la definición de «contaminantes», el Tribunal señaló los importantes problemas de la lectura de la exclusión a cubrir las bacterias. La póliza (como la de los *Harding*) limitaba «contaminantes» a «irritantes» y «contaminantes» que son «sólido, líquido, gaseoso o térmico» y la Corte razonó –correctamente, en mi opinión– que la «transmisión por el agua las bacterias... no encajan claramente en esta definición. Hasta el punto de que las bacterias pueden ser consideradas “irritantes” o “contaminantes” que son vivos, irritantes orgánicos o contaminantes que desafían la descripción de la póliza como... sólidos, líquidos, gaseosos o contaminantes térmicos».

⁶⁴ Véase al respecto, *DEFIELD-ELLIS-HUDGINS, Riot-related damage and income losses are covered under most business owner's policies*, 16 de junio de 2020, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4c5c0c53-2365-4bfd-9498-41e83797d58f> quienes destaca como Las pólizas de seguro de propiedad de primera parte generalmente incluyen disturbios y conmoción civil como causas cubiertas de pérdida, a menos que haya una exclusión específica en la póliza. Aunque los tribunales han reconocido que definir un «disturbio» puede ser difícil porque pueden variar en tamaño, los tribunales han identificado al menos cuatro elementos: reunión ilegal de tres o más personas (o reunión legal que debido a su violencia y tumulto se vuelve ilegal); actos de violencia; intención de ayudarse mutuamente contra la autoridad legal donde la «autoridad legal» no se limita a la aplicación de la ley oficial, sino que se extiende a aquellos cuyos derechos son o pueden ser lesionados y que buscan proteger esos derechos; y cierto grado de terror público (es decir, cualquier disturbio público menor no se eleva al nivel de «disturbios»).

Las pólizas de propiedad no contienen ninguna limitación sobre la amplitud de la conmoción o el tipo de daño que podría representar a la persona o la propiedad. En muchas pólizas

Quizás la controversia hasta el presente se centró, *recte*, centraba, en tener claro la dualidad disociativa entre daño directo y daño indirecto. Encajar las piezas en un perfil u otro, terminaba por cerrar un puzzle poco creativo y donde, no pocas situaciones, quedaban a la intemperie de la cobertura. Sin duda, la nueva realidad del seguro que tras una pandemia hará cuestionar, repensar, renovar pólizas, seguros y coberturas, será mucho más concisa, clara y concreta en torno a los riesgos que estas pólizas van a cubrir así como sus sublímites indemnizatorios.

O dicho de otro modo, ¿hasta dónde llevar los límites del aseguramiento y producto nicho en este contrato?⁶⁵. Y desde otra óptica, ¿podemos hablar de una agregación de siniestros, de «occurrences»? En el contexto del segu-

zas, los disturbios, la conmoción civil, el vandalismo y las travesuras maliciosas son «causas específicas de pérdida». El efecto práctico de esta designación es que numerosas exclusiones contendrán excepciones por pérdidas causadas por estas situaciones. Por ejemplo, si bien el daño a los datos electrónicos de una empresa puede excluirse, la exclusión puede contener una excepción por daños a los datos electrónicos que resulten de causas específicas de pérdida, como disturbios o conmoción civil. Del mismo modo, incluso cuando la política contenga una exclusión de contaminación, supuestamente excluyendo pérdidas, daños, costos o gastos causados o contribuidos o empeorados por la liberación de «contaminantes», que podrían incluir gases lacrimógenos, esa exclusión puede no aplicarse a la pérdida o daños causados por disturbios, conmoción civil o vandalismo.

Si una póliza cubre disturbios o conmoción civil, las pérdidas cubiertas pueden incluir daños a la propiedad del edificio y su contenido, y pérdida de ingresos mientras el edificio está en reparación o sujeto a órdenes gubernamentales que afectan las operaciones del negocio (por ejemplo, toques de queda que limitan las horas de operación) donde La orden es el resultado de daños a la propiedad en otros lugares. Las pólizas de seguro comercial también pueden cubrir los costos incurridos para proteger la propiedad asegurada de daños futuros, inminentes o daños continuos. Estos costos pueden incluir contratar (o aumentar) personal de seguridad, subir ventanas y puertas, asegurar el inventario en su lugar o mover el inventario y las operaciones fuera del sitio.

⁶⁵ Sobre los límites de la aseguración, vid., nuestro reciente trabajo, VEIGA COPO, *Contrato de seguro y pandemia. Homenaje a la profesora María Luisa Aparicio González*, Cizur Menor, 2020. Interesante la reciente aportación de FISCHER, *Understanding the “exhaustion of coverage” doctrine in the context of continuous trigger coverage*, en *Conn. Ins. L. J.*, 2019, vol. 25, 263 ss., sobre todo en los límites y sublímites y capas de distintas coberturas pecuniarias. Así, *In Montrose Chemical Corp.*, the court held that overlaying coverage that referenced specific coverage required horizontal exhaustion when the policy language specifically referenced a provision that incorporated «other underlying insurance». 12 The policy language, as restated by the court, provided: [T]he insurer agrees to pay on behalf of the insured the ultimate net loss in excess of the retained limit hereinafter stated. The declarations then identify the underlying policies to which the American Centennial policies are specifically in excess (the «scheduled policies»). The court noted the «Retained Limit» clause referred to the overlaying insurer’s liability as «excess of the identified underlying insurance and the applicable limits of any other underlying insurance collectible by the insured».

ro directo, un tribunal federal de Texas identificó tres enfoques para decidir si las pérdidas surgen de una sola ocurrencia: la vista de causalidad; la vista del efecto; o la vista de activación de responsabilidad, con la mayoría de las jurisdicciones aplicando la vista de causalidad. *Segundo*. En s. Co. v. *Lubrizol Corp.*, N.º 1: 06-CV-215, 2009 US Dist. LEXIS 147818, a * 13 (ED Tex. 27 de agosto de 2009). Su jurisdicción determinará qué prueba aplicar, pero como la mayoría de los estados aplican la visión de causalidad, nos enfocaremos en ese enfoque.

Según la opinión de causalidad, las partes analizan la causa del daño o lesión. *Id.* (encontrar que el daño causado por el vertido contaminado en un sitio resultó en una sola ocurrencia); ver *Big Lots Stores, Inc. v. Am. Guar. Y Liab. En s. Co.*, 240 F. Supp. 3d 725, 732 (SD Ohio 2017) (indicando que Ohio, como la mayoría de las jurisdicciones, aplica la prueba de causa inmediata). Los tribunales consideran si existe una causa próxima, ininterrumpida y continua que haya resultado en todas las lesiones y / o daños. *Id.* (citando a *Mich. Chem. Corp. v. Am. Home Assurance Co.*, 728 F.2d 374, 379 n.5 [6th Cir. 1984]).

Si solo hay una causa próxima, entonces solo hay una ocurrencia. *Id.* (concluyendo que hubo múltiples incidentes, explicando que cada vez que Big Lots vendió una antorcha defectuosa hubo una «nueva exposición y otra ocurrencia»); así, *Golden Eagle Ins. Corp. v. Moon Marine (EE. UU.) Corp.*, N.º 3: 12-cv-05438-WHA, 2013 US Dist. LEXIS 197531, a las * 6 (ND Cal. 15 de noviembre de 2013) (después de que veinticinco personas desarrollaron infecciones por salmonella, el tribunal dijo que «si... los eventos asegurados surgen de una sola ocurrencia dependerá de cómo se contagió la bacteria en el pez en primer lugar» y, por lo tanto, si había una sola causa próxima); ver también *Appalachian Ins. Co. v. Gen. Elec. Co.* 863 NE2d 994 (NY 2017) (que describe la prueba de causa próxima como la «prueba de evento desafortunado», que pregunta «si existe una estrecha relación temporal y espacial entre los incidentes que dan lugar a lesiones o pérdidas, y si los incidentes se pueden ver como parte del mismo continuo causal, sin agentes o factores intervinientes»).

Y ello al margen de que, desde una mirada hartamente superficial se conceptualice o postre esa observación únicamente en una de las aristas de la cobertura, el beneficio esperado. Como hemos avanzado *supra*, qué ocurre entonces con aquellas empresas en dificultades financieras, o por ejemplo insertas en un procedimiento de insolvencia sin que ni siquiera se llegue de momento a una solución convenida y donde el beneficio es inalcanzable, ¿acaso no cubriría nada este seguro si en puridad nos detuviéramos únicamente en la probabilidad de un beneficio?

Ahora bien, ¿cuáles son esos hechos, esos eventos patológicos que si se verifican activan el seguro, la cobertura? Una visión central pero insuficiente hasta el presente ha sido, sobre todo, centrar el núcleo de esta etiología en el daño directo, material, o si se prefiere, físico. Y hacerlo, además, con una nítida mirada introspectiva, apenas exógena. Esto es, en función de si el daño se producía intramuros de la empresa, del edificio, del local, del establecimiento, frente a otros daños exógenos y que podían repercutir bien de un modo mediato, bien inmediato, en la propia actividad dinámica que no estática de una empresa.

Pensemos así, en riesgos naturales o normales que acaecen o pueden verificarse internamente en una empresa, en un local de negocio, desde los riesgos clásicos, como el incendio, la caída del rayo, la explosión de una caldera, de una máquina, el cortocircuito, la rotura de una cañería, de un depósito de agua, o de otros líquidos, frente a riesgos que suelen ser objeto de exclusión tradicionalmente, como incendios o explosiones en caso de guerra, erupciones volcánicas, huracanes, trombas, terremotos, temblores de tierra, actos de violencia por atentados, alboroto popular, combustión espontánea o por la sola acción del calor, radiaciones nucleares, etc.⁶⁶.

⁶⁶Sobre el seguro de interrupción comercial y las grandes catástrofes, vid., JEAN-GREEVES-MORGAN, *Understanding Business Interruption Insurance and Wide-Impact Catastrophes*, 14 de septiembre de 2017, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=87c94332-6588-4ea5-a08d-4981b1a64c4d>, y donde analizan sobre todo los daños en las empresas e interrupción de actividad que causaron dos huracanes, el Harvey y el Irma, y dónde advierten de la gran dificultad y litigiosidad de las reclamaciones bajo las pólizas BI. En p. 2 afirman: «En circunstancias ordinarias, no catastróficas, el desempeño de un negocio antes de la catástrofe puede ser una medida exacta de cómo se habría desempeñado ese negocio si el daño no hubiera ocurrido. Pero puede que no ocurra lo mismo después de una catástrofe de gran impacto. Por ejemplo, las empresas que dependen en gran medida de los sistemas de transporte marítimo y ferroviario pueden verse imposibilitadas de transportar o recibir mercancías, o pueden encontrar más costoso y menos eficaz hacerlo por medios alternativos, como el transporte por carretera. Análogamente, una afluencia de trabajadores temporales podría hacer que las economías locales se pusieran en marcha. Los consiguientes desplazamientos de la población pueden causar cambios duraderos en la oferta y la demanda de productos básicos y servicios. Por consiguiente, la medición de la pérdida de la interrupción comercial (o del elemento tiempo) de un asegurado es una de las cuestiones más polémicas que surgen de los acontecimientos catastróficos de gran repercusión.

Aunque las disposiciones de las pólizas varían, al igual que los tipos de cobertura disponibles, las disposiciones comunes sobre la interrupción de las actividades comerciales suelen incluir algo parecido: Al determinar el monto de la pérdida del elemento temporal asegurado por esta póliza, se tendrá debidamente en cuenta la experiencia del negocio antes de la pérdida y la experiencia probable posterior si no se hubiera producido una interrupción de la producción o una suspensión de las operaciones comerciales.

Otra cuestión es que alguno de los anteriores riesgos, sí se incluyan específicamente si se contiene así en la declaración del riesgo objetivo y a cambio de una sobreprima. Normalmente sucesos o eventos teñidos con la nota de la no extraordinariedad del evento.

Existen dos líneas de autoridad prevalecientes para medir la pérdida por interrupción del negocio de un asegurado después de una catástrofe de gran impacto: los enfoques de “Economía Ignorada” y “Economía Considerada”. El enfoque “Economía Ignorada” mira hacia atrás y mide la pérdida del asegurado sólo en relación con los niveles de negocio anteriores a la catástrofe y no tiene en cuenta el impacto de las condiciones reales posteriores a la catástrofe en la economía, el mercado o la demanda. Los tribunales que aplican el enfoque de la economía ignorada suelen hacerlo porque les preocupa más que el asegurado obtenga una “ganancia imprevista” de la catástrofe. Por otra parte, el enfoque de la economía considerada trata de colocar al titular de la póliza en la posición que habría ocupado en el entorno real posterior a la catástrofe si hubiera podido continuar sus operaciones, lo que evita dar a un asegurador una “ganancia imprevista”».

