

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

A.-B. Veiga Copo, *Covid-19: La imposibilidad sobrevenida del asegurador*, bjda.fr 2020, n° 69

Covid-19: La imposibilidad sobrevenida del asegurador

Abel B. Veiga Copo,
Prof. Ordinario de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

1.- Entre la fuerza mayor y la rebus sic stantibus.

¿Verdaderamente Covid-19 era un riesgo imprevisible, absolutamente imprevisible para el seguro? Hoy, sin duda, no lo es, pero ¿lo era los días, las semanas inmediatamente anteriores a la declaración de estados de alarma que cada país ha ido adoptando paulatina y sistémicamente?¹ ¿Cómo ha reaccionado y reaccionará el seguro?

Indudablemente, el seguro es una operación económica dentro de un marco jurídico complejo, una operación de transferencia de riesgos². Más o menos simple. Pero de riesgos conocidos, valorados, calibrados y, sobre todo, controlados. Y frente a ellos las reclamaciones por las que asegurados o terceros entienden daño y, por ende, coberturas de garantía. Unos daños que no impactarán de igual modo ni con idéntica intensidad en unos u otros ramos, incluso dentro del mismo. Por poner un ejemplo, el riesgo de accidente en un seguro del ramo será menor en el ámbito profesional, laboral, deportivo o al aire libre, pero podrá incrementarse durante el estado de alarma el número de siniestros en el ámbito del hogar.

Pero, la disminución de unos daños ¿compensa el incremento de otros costes o gastos? Así, la caída por ejemplo en los seguros de asistencia sanitaria de muchas patologías ¿compensa acaso el coste hospitalario y de tratamiento de los enfermos y contagiados por Covid-19? De otro lado, uno de los grandes caballos de batalla y que probablemente mutará en sus garantías a raíz de la pandemia y el confinamiento será el sector de los seguros de pérdidas pecuniarias, pérdidas operativas, seguros en suma de interrupción de la actividad empresarial y en los que el mercado y la demanda de empresarios y comerciantes será ir más allá de la cobertura del

¹ En este punto, señala MEKKI, "De l'urgence à l'imprévu du Covid-19", AJ Contrat, 2020, pp.164 y ss., p. 171 que el covid-19 era un evento que no podía preverse razonablemente en el momento de la celebración del contrato. El carácter imprevisible de este acontecimiento debe evaluarse en concreto por referencia a una persona razonable o a un profesional razonable.

² In extenso, VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 6ª ed., Cizur Menor, 2020, pp. 630 y ss.

daño directo como acaece ahora mismo y contemplar abiertamente el impacto de pandemias, enfermedades contagiosas, etc., sea en la propia empresa, sea en las cadenas y líneas de proveedores y distribución que pueden acabar afectando a la empresa y la actividad³.

Pero también en seguro de arrendamiento ante el impago de rentas de alquiler, seguros de viaje, etc., en los que la declaración siniestral se incrementará exponencialmente. Y es en este campo donde se librará en los próximos meses una batalla no solo legal y judicial sino también de reinención del propio producto y el alcance de los condicionados. Pertrecharse en una noción angosta y minimalista de “daño material directo” en seguros de interrupción de negocios no va a ser tolerable y desnaturalizará el contrato de seguro ante una nueva realidad y mapeo de riesgos reales y con un poder temporal capaz de paralizar toda la actividad económica no ya solo de una empresa, un sector, una región sino un país y el mundo entero. La respuesta ha de ser clara y flexible a estos nuevos riesgos y la cadena de los mismos que se pueden ver afectados y entrelazados.

Que sea el virus, que sean las medidas de confinamiento y alteración de la libertad de la persona, lo que en último extremo y directamente paralizan e interrumpen la actividad es crucial. Pues, y desde otra óptica ¿qué ocurre con la cobertura del seguro si ante la decisión de cierre total de una autoridad pública, el asegurado empresario desobedece aquella y sigue realizando su actividad y se produce un siniestro de los “ordinarios” que cubren la póliza de IB, (interruption business)? Véase la sentencia del Tribunal de Comercio de París de 22 de mayo de 2020 ante el cierre de varios meses de un restaurante y la condena a la aseguradora.

Así, el riesgo, no deja de ser si no la esencia y entidad medular del contrato de seguro. *Ex ante* y *durante*, también *ex post*. Pero sin duda el gran interrogante ahora mismo y en el ámbito del derecho contractual no es otro que, ¿una epidemia o pandemia es suficiente para aplicar los efectos modificativos que la fuerza mayor genera o el tenor de una cláusula *rebus sic stantibus*? ¿Es lo mismo una pandemia que una epidemia a efectos de cobertura aseguradora? La pregunta es intencionada habida cuenta que, en pólizas de seguros de viaje, sí nos encontramos con que se cubren epidemias, pero no pandemias⁴.

De otro lado tenemos que diseccionar con nitidez dónde y en qué frontera situamos esta pandemia Covid-19, esto es, estamos ante un evento que directamente imposibilita el cumplimiento de ciertas obligaciones (teniendo en cuenta que difícilmente y salvo casos muy

³ Entre otros, NÉRAUDAU, “Les conséquences économiques de la crise sanitaire COVID 19 sur le secteur de l’assurance (Considérations économique-juridiques au cœur de la tempête)”, BJDA, 2020, Mars/abril, nº 68, la garantía intervendrá en caso de que sea imposible operar la actividad sin una reclamación cubierta por el contrato que haya ocurrido de antemano. Estamos hablando de la garantía de daños no materiales consecutivos a daños materiales o daños no materiales no consecutivos”.

⁴ En la jurisprudencia francesa la pauta ha sido rechazar repetidamente que estemos ante fuerza mayor ante casos de epidemia. En una decisión del 8 de enero de 2014, el Tribunal de Apelación de Besançon descartó la calificación de fuerza mayor en presencia de una epidemia de gripe H1N1, ya que dicha epidemia había sido “ampliamente anunciada y prevista, incluso antes de la aplicación de la normativa sanitaria”. En una decisión de fecha 17 de marzo de 2016, el Tribunal de Apelación de París, tuvo que pronunciarse sobre las consecuencias de la epidemia del virus del Ébola, y aún sin decidir sobre la calificación de tal evento como fuerza mayor, pero sostuvo que no existía un vínculo causal entre esta epidemia y la supuesta imposibilidad de cumplir la obligación contractual. Así, ZIADÉ/CAVICCHIOLI, “L’impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux”, AJ Contrat, 2020, Avril, pp. 176 y ss., p. 178 señalan: “Sin embargo, una serie de decisiones recientes [específicamente en relación con Covid-19] han confirmado la caracterización de fuerza mayor: en varias sentencias de marzo de 2020, **el Tribunal de Apelación de Douai** dictaminó que la cancelación de un vuelo por las autoridades italianas “en vista del riesgo de una pandemia de coronavirus”, “debido a acontecimientos sanitarios relacionados con el coronavirus” o “en vista de la situación sanitaria debida a la propagación del coronavirus” constituía un caso de fuerza mayor”.

excepcionales en las obligaciones de pagar una suma de dinero raramente estaremos ante esta situación) o simplemente ante un hecho que dificulta o hace más oneroso el cumplimiento de una obligación⁵.

Esto nos lleva en primer plano a adoptar posición sobre si una pandemia es, en verdad, un supuesto de fuerza mayor con lo que esto significa para la continuidad o extinción en definitiva de una relación jurídica si las partes o sobre todo una, la que controla el negocio jurídico y ha predispuesto sus condicionados no está dispuesta a renegociar aquél.

O dicho de otro modo, o elegimos u optamos por acudir con o sin fórceps al expediente de la fuerza mayor y más a su exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación, y calibrar si encaja en todos y cada uno de los supuestos e incluso prestaciones de un contrato de seguro, o elegimos amparados en la no discutida imprevisibilidad de la pandemia, incluso cierta irresistibilidad, por buscar un mecanismo alternativo a aquél y además casi probable y subsiguiente resolución del contrato, a otro menos enérgico o taumatúrgico en su ruptura, cuanto más eficaz en el resultado, esto es, la búsqueda de la continuidad de la relación jurídica de seguro atemperada por un reequilibrio de las prestaciones y el sinalagma basadas en la buena fe, la lealtad y el solidarismo contractual.

O si se prefiere, frente a la resolución del contrato y extinción, oponer algo más práctico y ético amén de equitativo, la conmutatividad jurídica y la proporcionalidad en las cargas y deberes de las partes. O planteado desde otro ángulo, una vuelta a los principios clásicos del derechos, sobre todo la buena fe y la colaboración entre las partes buscando un nuevo equilibrio del sinalagma han de ser esenciales⁶. Ahora bien, ¿puede obligarse a las partes a renegociar una relación contractual o la solución pasa por aplicar los estrictos axiomas de los mecanismos extintivos de una relación?

Pueden aplicarse a los contratos de seguros las siempre estrictas y muy excepcionales cláusulas *rebus sic stantibus* de cara a exonerar al deudor del cumplimiento de la obligación ante un evento tan extraordinario e imprevisible como una pandemia? A diferencia de la fuerza mayor que acaba exonerando de responsabilidad al deudor por los daños de un incumplimiento. El deudor de la prestación no puede cumplir, como causa de un evento que se considera fuerza mayor. El evento es el eje catalizador tanto para la fuerza mayor como para la cláusula rebus, pero la operatividad difiere⁷.

Así, ¿podríamos ampararnos en esta cláusula rebus para por ejemplo, en el seguro de impago de alquileres, y en los que, aún no habiéndose recogido entre las garantías cubiertas, la pandemia, el hecho de no generar frutos, *mutatis mutandis*, activar el mecanismo reparador del seguro? Pues, ¿quién declara, coteja y hace valer la fuerza mayor?, ¿las partes?, ¿un juez?⁸,

⁵ Con claridad, ZIADÉ/CAVICCHIOLI, “L’impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux”, cit., p. 176.

⁶ En este ámbito trae a colación MEKKI, “De l’urgence à l’imprévu du Covid-19”, cit., p. 174 trae a colación una sentencia de la Cour de Cassation, Sala de Comercio de 19 de junio de 2019 en la que, curiosamente, el tribunal negó la posibilidad al juez de sancionar la negativa de la parte contratante a renegociar un contrato que, a la larga aún sería más oneroso y conduciría a la asfixia y ruina del socio. Para la Corte de Casación el juez no puede interferir en las condiciones de pago del precio fijado.

⁷ Así, ZIADÉ/CAVICCHIOLI, “L’impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux”, cit., p. 178 señalan toda una batería de sentencias que se inclinan por calificar como fuerza mayor situaciones de confinamiento o detención administrativa como consecuencia del Covid-19.

⁸ En el caso resuelto por el Tribunal de Nancy, sentencia de 22 de noviembre de 2010, nº 09/00003, el Tribunal de Apelación de Nancy determinó en un caso de dengue que: i) esta enfermedad viral, conocida como "gripe tropical", está muy extendida, se describió por primera vez en 1779 y se ha producido con regularidad en toda la zona intertropical desde principios del decenio de 1980, ii) el fenómeno epidémico era de carácter recurrente, en particular en las Antillas Francesas, y iii) la aparición durante agosto de 2007 y en los meses siguientes de

¿una autoridad gubernamental o pública que interfiere en el ámbito y marco de lo estrictamente privado para las partes salvo que una de ellas fuere por ejemplo una administración pública que decide no penalizar cualquier demora en la entrega o cumplimiento de la prestación por el contratista ya sea de obra, un concesionario, suministro, etc.?⁹ Esto es lo mismo que plantear otra pregunta más compleja de responder sin duda, a saber, ¿valdrá que el incumplimiento - fuerza mayor- sea consecuencia directa de una orden de una autoridad que impide realizar determinado tipo de actividades consideradas no esenciales para que la parte no cumpla, no pueda cumplir ante la imposibilidad y quede exonerada de cualquier responsabilidad? ¿*Quid* en estos supuestos donde la ambigüedad y cierta falta de claridad confunde en torno al alcance de las garantías?

Y es que la dualidad o por el contrario la disyuntiva se centra en valorar y evaluar el alcance real de la circunstancia, de los hechos, esto es, -un evento tan excepcional y desconocido hasta el presente -coronavirus y estado de alarma- que ha catalizado una situación de vulnerabilidad y afectación no solo a lo personal sino también a lo jurídico y económico- y el impacto que ello tiene en el devenir del contrato. Y el camino es claro, o debe serlo.

O este hecho, el covid-19, es tan imprevisible, irresistible -adjetivos de la fuerza mayor- y frente al que no se puede hacer nada para sortearlo que impide el cumplimiento de un negocio jurídico y en el que la *parte debitoris* no tiene responsabilidad por los daños que cause el incumplimiento, o por otra parte, las dificultades y alteración de las circunstancias es de tal magnitud que la opción de cumplir el mismo se vuelve tan onerosa y gravosa para la parte deudora que lo aconsejable es la revisión del contrato¹⁰. Mas, ¿puede una cláusula de fuerza mayor mitigar o evitar la responsabilidad contractual por pérdidas?

O planteado de otro modo, el covid-19 abre la puerta a la discusión entre la fuerza mayor y el incumplimiento de un lado, y de otro, entre la alteración sobrevinida de las circunstancias o cláusula *rebus sic stantibus*. Y en esa puerta, cuando hablamos de la fuerza mayor, sí cabe que nos cuestionemos por el impacto y el valor que contractualmente puedan tener algunas cláusulas que gradúen la intensidad de esa fuerza mayor, o lo que es lo mismo, el impacto y valor que a la misma ha de otorgarse.

Y es que la irrupción de estas circunstancias con tamaña capacidad transformadora del contenido negocial, no abocan, a diferencia de la fuerza mayor, hacia el incumplimiento y la irresponsabilidad por los daños del mismo, imposibilidad real de cumplir, cuánto a plantear un nuevo sinalagma más equilibrado y atemperado por las nuevas circunstancias o realidad. Otra cuestión es lograr, al fin y al cabo, el éxito o acuerdo entre las partes en una revisión o renegociación *ex novo*.

¿Es entonces la sobrevivencia de la relación contractual la solución más idónea en una situación de pandemia frente a la resolución o incluso el mero incumplimiento del contrato? Indudablemente nuestra posición, de inicio, es evitar la suspensión del contrato y por tanto su cumplimiento, pero éste ha de tener un límite, a saber, hacer pechar las consecuencias gravosas de este cumplimiento para una sola de las partes, excesiva onerosidad que a sensu contrario, es

numerosos casos de dengue, hasta el punto en que se superó el umbral epidémico, no era un fenómeno nuevo. Concluyó que "la epidemia que se produjo durante 2007 no era, por lo tanto, imprevisible".

⁹ Compartimos la reflexión de HEINICH, "L- incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: dela forcé majeure à l'imprévision", Recueil Dalloz, n° 11, 26 mars 2020, pp. 611 y ss., p. 614 cuando asevera que si el impedimento para el cumplimiento debido a la fuerza mayor es definitivo (por ejemplo, destrucción de las mercancías o enfermedad o muerte de la parte contratante), el contrato será rescindido por imperativo legal y las partes quedarán liberadas de sus respectivas obligaciones.

¹⁰ Para MEKKI, "De l'urgence", cit., p. 171 los efectos del Covid-19 no se podían o pudieron evitar. O al menos "no pueden evitarse con medidas apropiadas".

susceptible de provocar directa o indirectamente una suerte de enriquecimiento para la otra parte si su prestación no sufre alteración.

Esto también puede llevar a cuestionarnos qué ocurre en aquellas situaciones en que simultáneamente ambas partes cargan en definitiva con una mayor onerosidad en sus prestaciones u obligaciones, ¿acaso se anulan mutuamente esas onerosidades habida cuenta que ambas la sufren y pervive sin más y *ad origine* el contenido del contrato al margen de la alteración de circunstancias?

Y si esto es así, ¿podemos afirmar que hay un incumplimiento?, ¿o acaso una imposibilidad real de cobertura del riesgo, haya o no siniestro, y que debe ser trasladable dentro del sinalagma funcional y genético del seguro, a la relación y, por tanto, impactar el coste de la prima y su devolución a los asegurados?

De otro lado, si la obligación contractual se ve frustrada por una decisión del Estado que hace imposible su cumplimiento (como la imposibilidad de viajar a un país tras la cancelación de los vuelos por motivos de salud), ¿cómo se proyecta en el seguro?, ¿cómo conciliamos si es que hay que conciliar la existencia de fuerza mayor con la supervivencia necesaria o pretendida para al menos una de las partes que no quiere que el contrato de seguro se resuelva?, acaso si la obligación se puede cumplir, -piénsese en el pago de una prima sucesiva, o de una fracción de prima- aparte de que no creemos que estemos ante una hipótesis de fuerza mayor, ¿es imputable a la aseguradora el estado de alarma y las consecuencias directas de ésta que impiden por ejemplo movimientos y circulación de personas que imposibilitan por ejemplo en un seguro multirriesgo la reparación de determinados eventos o situaciones siniestrales?

Y en todo caso, ¿desde cuando es imputable, desde cuando es imprevisible, desde cuando, en todo caso, sería irresistible y cómo impacta todo ello en la renegociación o en la decisión por extinguir una relación jurídica?, ¿era el covid-19 un riesgo de baja probabilidad pero altísimo impacto y sobre todo, lo era para las aseguradoras? O si se prefiere una interrogación aún más incisiva, a saber, en qué momento o desde qué momento ya no se pudo ignorar la existencia, presencia y contagio masivo de este virus y qué impacto ha tenido, como consecuencias, las medidas públicas adoptadas para controlar y contener sanitariamente la pandemia y los efectos que éstas han tenido sobre los contratos y las relaciones económicas.

Porque resolviendo o despejando alguna incógnita de esta no tan compleja ecuación, quizá el veredicto arroje que la fuerza mayor, de aplicarse, solo lo haría no tanto en la pandemia, cuánto en los efectos que un estado de alarma y las irrestrictas normas de prohibición de movimientos ha significado para algunos, no todos, contratos y la posibilidad de cumplirlos o de realizar algunas de las prestaciones.

Es evidente que hoy día y con gran cantidad de transacciones económicas o digitales que se hacen financieramente, y sobre todo telemáticamente, el pago de una obligación, no es, no debería ser, una prestación imposible, al contrario. Pagar la prima, máxime cuando están domiciliadas financieramente no solo bancariamente, no es algo que no pueda el asegurado o tomador no realizar como consecuencia de un estado de alarma, como tampoco una indemnización ya decidida y reconocida por la aseguradora o por un tribunal. El tema escapa cuando la prestación, la asistencia que un seguro puede proporcionar requiere desplazamientos y actuaciones in situ y personales.

Lejos de atrincherarse en la opción legal fuerza mayor versus teoría de la imprevisibilidad y *rebus sic stantibus*, amén de la consabida opción de la resolución del contrato por imposibilidad de cumplimiento, ¿acaso no cabría que las partes hayan ya previsto cómo se regulará su contrato desde su propia autonomía decisional? Es cierto que esto sí puede preverse en los nuevos contratos que se firmen o perfeccionen o en otros que se hayan renegociado ya, y donde no solo el impacto de la pandemia cuando en posibles nuevos rebrotes de ésta u otras venideras.

Por consiguiente, nada impide que las partes puedan haber previsto cláusulas que regulen contractualmente la aparición de acontecimientos imprevisibles que afecten al contrato. Ahora bien, esto tampoco debe llevarnos a equívocos, esto es, la aplicación de ciertas cláusulas contractuales puede quedar temporalmente paralizada, a fin de tener en cuenta las dificultades de ejecución resultantes del estado de alarma o de emergencia sanitaria, si bien no cercena esa capacidad de las partes para autonormar el contrato y prever la pandemia y sus efectos intrínsecos en la relación contractual.

2.- La imposibilidad de la prestación.

¿Pueden las partes de un contrato de seguro alegar en el cumplimiento de sus prestaciones la imposibilidad de las mismas como consecuencia de la pandemia y de un estado de alarma? La imposibilidad genera incumplimiento, pero ¿es éste incumplimiento imputable al deudor diligente y que no tiene posibilidad de prestar y realizar sus obligaciones?, ¿estamos ante una exoneración de responsabilidad por parte del deudor?

Lógicamente el comportamiento, la actitud del deudor nos dará la medida de la imputabilidad o no de éste y, consiguientemente la facticidad hacia la exigibilidad o exoneración. Es obvio que ni asegurador ni asegurado antes de la declaración de un estado de alarma podían haber previsto en la fase precontractual del contrato de seguro, relación duradera normalmente, semejantes eventos asociados a un estado de alarma.

Otra cuestión es los contratos de seguro celebrados en el interin inmediatamente anterior a aquél o los que siguen, toda vez que existe o está en vigor un estado de alarma y a partir de ese momento con la pandemia aún no erradicada y sin tratamiento eficaz. La clave pasa por valorar la previsibilidad de estos hechos o eventos y su impacto real en los contratos de seguro pero también en saber si alguno de los agentes que participan en el contrato de seguro con su actuación, omisión, etc., han contribuido a esa imposibilidad o, en su caso, a una onerosidad que no existía en el momento anterior del contrato de seguro y en la que la reciprocidad y equidad en el valor de las contraprestaciones encajaba en la operación económica subyacente en todo seguro.

No obstante, ¿qué ocurre en un seguro si el asegurado que ya está en mora, no pago de una prima sucesiva, y el contrato entra en la dinámica suspensiva hasta el sexto mes de incumplimiento, se produce y alega por aquél una excesiva onerosidad sobrevenida? Acaso ese asegurado ¿está actuando de *buena fe in executivis* de un contrato cuando lo está incumpliendo y ahora, aduce además una excesiva onerosidad en el mismo? No cumple o no ha cumplido cuando era exigible la prestación y aduce a posteriori una onerosidad sobrevenida en la cuál ha podido ser causante de esa misma agravación.

Téngase en cuenta, sin embargo, la distinta solución para unos ramos y otros en los seguros ante el impago de la prima sucesiva y el juego de la institución de la reducción y la supervivencia a la postre del contrato de seguro. Así las cosas, se cortocircuita todo atisbo de especulación de un asegurado poco diligente en el cumplimiento que, esgrimiendo la imprevisibilidad y la situación de alarma podría parapetarse o bien en la imposibilidad y por tanto no exigibilidad, bien en la onerosidad que rompe la inicialmente pactada en el contrato y supone un sacrificio económico desproporcionado realizar en esa situación la prestación económica frente a los riesgos asegurados cubiertos.

A ello unamos la intención y la actuación de ese asegurado que ha dejado simplemente transcurrir el tiempo y no ha pagado tempestivamente la prima cuando la situación era de cierto equilibrio y ahora aduce otros motivos. Las consecuencias del incumplimiento no pueden disfrazarse de excusas causales que nada tienen que ver con la inacción y no cumplimiento del deudor primero, a lo que se une una situación de pandemia y estado de alarma posteriormente

dificultando per se ya el cumplimiento tardío mismo. Quién incumple soporta las consecuencias de su no hacer tempestivo y exigible. Mas qué ocurre si quién agrava el riesgo asegurado contrae el virus, ¿podemos hablar de imposibilidad o de excesiva onerosidad en este caso para la aseguradora si cumple con el riesgo asegurado?

Conviene sin embargo diferenciar en este plano lo que el sacrificio económico que la continuidad de una relación jurídica bilateral supone, -la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación- de lo que, en puridad, es una excesiva onerosidad de los deberes y cargas del deudor a la hora de realizar la prestación y, por ende, el cumplimiento contractual. Si bien sobre la excesiva onerosidad volveremos *infra*, sí es preciso trazar el matiz diferenciador y máxime teniendo en cuenta que, una abre de suyo la puerta de la exoneración al deudor ante la responsabilidad por el no cumplimiento de la prestación, pero la otra no. Cuestión distinta pero entrelazada a la anterior es o sería la de la yuxtaposición sin solución de continuidad de una situación de imposibilidad, otra subsiguiente de excesiva onerosidad¹¹.

En efecto, y teniendo en cuenta la multitud patológica de hechos, perfeccionado el contrato, sobre una base consensual, la primera obligación es el pago de la prima única o de la primera de las primas por parte del tomador del seguro o del asegurado. Mas no nos estamos refiriendo obviamente al no pago de la primera prima o la única, sino a las sucesivas y, desde la otra óptica, la no posibilidad de prestar una cobertura total por parte de la entidad aseguradora. Ya sea en todos o en algunos de los riesgos, por lo tanto, sea desde un plano parcial o limitado como un plano holístico.

El contrato de seguro en la práctica solo despliega eficacia toda vez que el tomador o asegurado paga la primera prima o la prima única con la arquetípica cláusula de que el seguro desplegará sus efectos, esto es, cobertura, a partir de las cero horas del día siguiente al pago de la prima.

Un incumplimiento que, en puridad, se subsume en una imposibilidad sobrevenida de realizar las prestaciones y, *in potentia*, romper el sinalagma prestacional. No hay voluntad de incumplir, no hay culpa, lo que hay es incapacidad para cumplir completa o parcialmente la prestación y que escapa al control inmediato de los sujetos¹². Frente a la imputabilidad del incumplimiento irrumpe un hecho causal radical, un estado de alarma que tiene capacidad de alterar precisamente las condiciones ordinarias del cumplimiento de los contratos, llevándolos hasta el extremo de una genuina imposibilidad de cumplimiento. Imputabilidad del incumplimiento que no tiene la misma fuerza ni connotación que la imposibilidad del mero hecho fáctico, amén de intencional, de cumplir. Y es este segundo plano en el que debemos analizar el sinalagma contractual de un seguro. ¿De qué y de dónde deriva el incumplimiento o la imposibilidad de cumplir por las partes?

La imposibilidad se equipara a la dificultad extraordinaria, pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la sentencia del Supremo español de 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo. Ahora bien, el hecho de la imposibilidad ¿puede ser equiparable a una inexigibilidad de la prestación o estamos en planos divergentes? Roto el sinalagma, quebrada todo atisbo de proporcionalidad entre las prestaciones recíprocas que han de realizar las partes y superado el marco contractual originario con su dimensión económica, si el evento, la pandemia es de tal entidad e intensidad que

¹¹ Ha profundizado en este aspecto, SACCO, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, pp. 1692 y ss.

¹² Vid., sobre esta culpabilidad o no culpabilidad, BUSANI/GUASTALLA, “Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza”, in *Sole 24 Ore*, 1 de abril de 2020, p. 11.

dificulta, impide, obstaculiza que un deudor diligente y de buena fe cumpla, ¿cabe parapetarse bajo el escudo de la inexigibilidad?¹³

Una imposibilidad de realizar una prestación nos lleva, o debe llevar a una irresponsabilidad por quién ha de prestarla, escapa a su esfera de acción y control sobre la misma. Ahora si el asegurado puede telemáticamente pagar la prima a través de banca digital, ¿realmente puede escudarse en la imposibilidad o en un estado de alarma que limita los movimientos de circulación?

De lo contrario, si esto no fuere viable y no se puede realizar una prestación directa de dar o hacer, la cuestión cambia. Lo que no implica de suyo una liberación extintiva total, sino parcial o limitada durante ese interin temporal en la que la prestación devino imposible pero que puede perfectamente preservar la continuidad de la relación jurídica. Un caso significativo lo enjuició la sentencia de la Corte de Casación en un supuesto de imposibilidad de prestar o ejecutar la prestación, el servicio, como consecuencia de una situación de dengue hemorrágico. La sentencia analiza el sinalagma funcional y apuesta por la extinción del contrato.

Ahora bien ¿qué ocurre sin embargo cuando la imposibilidad de realizar la prestación, el cumplimiento, está limitada o acotada en el tiempo? La opción no es tanto la liberación para el deudor, cuanto el aplazamiento de la misma, si bien podría llevar efectivamente a que la relación se volviese más onerosa para la parte, in bonis, en el supuesto de que hubiere realizado su prestación. tomador que ha pagado la prima y ausencia por imposibilidad de cobertura por parte del asegurador durante unas semanas o meses en los que el confinamiento puede ser total.

A sensu contrario, impago de primas sucesivas o incluso fraccionadas a lo largo de un mismo periodo de cobertura, pero en el que la aseguradora sí puede o está en condiciones de cumplir con su prestación, la obligación de garantía de los riesgos asegurados. Aquí rigen las propias normas del contrato de seguro ante supuestos de impago de la prima.

Téngase en cuenta además, el juego de las normas del Código civil, que establecen la liberación del deudor en los casos de imposibilidad sobrevinida de cumplir las prestaciones debidas con causa en la existencia de caso fortuito - fuerza mayor. La cuestión no es tratar, por ejemplo, de buscar una aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en la consideración de que nos encontraríamos ante un supuesto de mera alteración de las circunstancias económicas, en el que la prestación no habría devenido completamente imposible sino simplemente más onerosa, como si lo alegado fuera una alteración del objeto del contrato que hubiera alterado el equilibrio de las prestaciones. Analizando caso a caso, existirán circunstancias que hacen y harán imposible el cumplimiento, tanto desde un punto objetivo (resulta económicamente imposible por falta de recursos, pago de la prima, por ejemplo, como imposibilidad por falta de movimientos para poder cerciorar el siniestro y las actividades reparativas) como subjetivo.

La cuestión se centra en medir el verdadero impacto que esta situación tiene el sinalagma, en la imposibilidad real o no de realizar las prestaciones, en calibrar si tiene el mismo efecto para el contrato de seguro el incumplimiento de uno u otro de los sujetos de la relación [no parece que así sea cuando en los casos de seguros de personas en los que se prevé la entrada en juego de la reducción del seguro ante el impago de la prima por parte del asegurado o del tomador del seguro preserva la relación jurídica]. Debemos entonces ¿optar en su caso por una suspensión del sinalagma?

¹³ Hace alusión a esta situación BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 16 y ss.