

**EL IMPACTO DE LA PANDEMIA OCASIONADA
POR EL VIRUS COVID-19 EN LOS SEGUROS***

**COVID-19 PANDEMICS
AND ITS IMPACT ON INSURANCE**

*REBECA HERRERA DÍAZ***

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2022

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2022

Para citar este artículo/To cite this article

HERRERA DÍAZ, Rebeca, *El impacto de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 en los seguros*, 57 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 121-144 (2022). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris57.ipov>

doi:10.11144/Javeriana.ris57.ipov

* Ponencia presentada en el congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de seguros en Costa Rica en agosto de 2022 a cargo de Rebeca Herrera Díaz, vocal de Acoldece y por encargo de la relatoría a cargo de Colombia.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. Vocal de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, Acoldece. Presidente del grupo de trabajo de Reaseguros del CILA. Master en Leyes en derecho de seguros y regulación financiera de *The London School of Economics*, especialista en derecho comercial internacional del *Turin School of Development*, especialista en Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá. Docente Universitaria (Universidades Javeriana, Andes y Rosario en Bogotá, D.C.). Árbitro y Consejera directora de la práctica de seguros y reaseguros de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uria, PPULegal. Contacto: rebeca.herrera@ppulegal.com.

RESUMEN

La pandemia ocasionada por el virus del COVID-19 tuvo impacto en el derecho seguros, pues al materializarse un nuevo riesgo catastrófico fue necesario ajustar los clausulados y las decisiones administrativas y judiciales en materia de siniestros, pero también demostró la resiliencia de la industria aseguradora en el ámbito global. En este artículo buscamos ilustrar los principales ajustes que se dieron en los clausulados de los seguros de vida, la gestión de las reclamaciones en los seguros de interrupción de negocio con ocasión de las pérdidas ocasionadas por las medidas de aislamiento y la gestión de las reclamaciones en los seguros de fianza, caución o de cumplimiento.

Palabras clave: COVID-19 y seguros, pandemia y seguros, interrupción de negocio, lucro cesante y COVID-19, teoría de la imprevisión y seguros, COVID-19 seguros de vida.

ABSTRACT

COVID-19 pandemic impacted insurance law as a new catastrophic risk materialized, making it necessary to adjust wordings and claims' administrative and judicial decisions, although it also demonstrated the resilience of the insurance industry in the global scope. In this article we illustrate the main adjustments that occurred in life insurance policy wordings, the management of claims in business interruption insurance policies due to losses caused by isolation measures, and the management of claims in bond, surety or performance bonds.

Keywords: *COVID-19 and insurance, pandemic and insurance, business interruption, loss of earnings and COVID-19, unpredictability theory and insurance, COVID-19 life insurance.*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. ALGUNAS MEDIDAS DE CARÁCTER REGULATORIO. 1.1. Europa, el Reino Unido y Estados Unidos. 1.2. Algunos países de América Latina. 1.2.1. Chile. 1.2.2. Costa Rica. 1.2.3. Colombia. 1.2.4. Argentina. 2. SEGUROS DE SALUD Y PERSONAS. 2.1. Brasil. 2.2. Colombia. 2.3. Costa Rica. 2.4. España. 2.5. América Latina. 2.6. El Reaseguro Internacional. 3. SEGUROS DE LUCRO CESANTE O DE INTERRUPCIÓN DE NEGOCIO. 3.1. Francia. 3.2. España. 3.3. Reino Unido. 3.4. Estados Unidos. 3.5. Costa Rica. 3.6. Colombia y otros países de la Región. 4. SEGUROS DE FIANZA, CAUCIÓN O CUMPLIMIENTO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La pandemia ocasionada por el virus del COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, el 11 de marzo de 2020. Hacia más de 100 años que el mundo no atravesaba por una crisis sanitaria de esta naturaleza que impulsara a las autoridades globales a tomar decisiones con este mismo alcance. Al parecer el virus tuvo un origen zoonótico, es decir, fue transmitido de los animales a las personas y aparentemente en este caso, fue transmitido con ocasión de la ingesta de murciélagos por humanos. Sin embargo, esta teoría no ha sido confirmada, pero lo que si se descartó es que el virus haya sido producido en un laboratorio¹.

De todas formas, sin perjuicio del origen del virus, en la actualidad se sabe que el mismo ha afectado a 579.5 millones de seres humanos² de los cuales 6.41 millones fallecieron³. Iniciando el año 2021, los ensayos clínicos de las vacunas contra el virus ya habían empezado a mostrar resultados positivos y por ello, la vacunación mundial inició en su primer trimestre, logrando el inicio del control de la pandemia. Al 2 de agosto de 2022 han recibido vacunas contra el COVID-19, 4,871,731,322 personas de manera completa y han sido administradas 12,359,574,655 de dosis.

A pesar de que el número de fallecidos y contagiados es alto, estas cifras se lograron controlar con las medidas de aislamiento adoptadas a lo largo del planeta. Y quizá, en materia socioeconómica, este fue el impacto más severo que tuvo la pandemia, pues las órdenes de aislamiento dejaron una marca drástica en la mayoría de las industrias y en la salud mental y física de los humanos.

Lo anterior, naturalmente, sumado al virus mismo, tuvo un gran impacto en el seguro y en el derecho de seguros, toda vez que ello obedece no solo a los siniestros por fallecimientos o enfermedad, sino también a los efectos económicos que las medidas de aislamiento adoptadas por la gran mayoría de jurisdicciones en el mundo tuvieron sobre las empresas, la ejecución de los contratos y la imposibilidad de utilizar bienes destinados a actividades productivas.

Esta relatoría tiene como objetivo explicar el impacto jurídico que el riesgo de pandemia tuvo en los distintos ramos de seguros donde se vio algún cambio en las reglas de juego en los contratos o dificultades para analizar el alcance de las coberturas existentes al momento de la declaratoria de la pandemia o de la adopción de las medidas de aislamiento.

En primer lugar, haremos una introducción de algunas medidas regulatorias que fueron adoptadas en algunos países de la región y del mundo, para, a partir de allí, referirnos al impacto en los seguros de vida y personas, en los seguros de lucro cesante y finalizar con el impacto en los seguros de caución o de cumplimiento.

¹ <https://biotechmagazineandnews.com/covid-19-cientificos-confirman-que-su-origen-es-natural/>.

² Dato del 22 de enero de 2020 al 2 de agosto de 2022. Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/1104227/numero-acumulado-de-casos-de-coronavirus-covid-19-en-el-mundo-enero-marzo/>.

³ Datos al 3 de agosto de 2022 tomados de <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&mid=%2Fm%2F02j71&gl=CO&ceid=CO%3Aes-419>.

1. ALGUNAS MEDIDAS DE CARÁCTER REGULATORIO

Con ocasión de la pandemia, fue poca la intervención que tuvieron las autoridades regulatorias para modificar o exigir a las aseguradoras que adoptaran medidas particulares con ocasión de la crisis, pues en estas situaciones, lo óptimo es dejar que la gestión basada en riesgos surtiera sus efectos, pues las entidades aseguradoras que operan en la mayoría de las jurisdicciones de la región gozan de un sistema de solvencia basado en dicho sistema de control.

En el ámbito internacional, la gran preocupación de los legisladores y reguladores de la industria aseguradora y con ocasión de la declaratoria de la pandemia, no tuvo tanta relación con el impacto en la solvencia de las entidades aseguradoras o sobre la siniestralidad en los seguros de vida y salud, sino con ocasión de la protección a los asegurados afectados con las medidas de aislamiento adoptadas por los estados y que tuviesen impacto sobre la generación de ingresos del sector productivo. Así las cosas, fue sobre las coberturas de interrupción de negocio que tenían contratadas las empresas, que se generó la alerta regulatoria y de supervisión en Europa y Estados Unidos principalmente, pues se encontró que dicha cobertura no se encontraba disponible en la mayoría de los casos. Durante el segundo semestre de 2020 y todo el año 2021, las autoridades de algunos países como Francia y el Reino Unido y de algunos estados de los Estados Unidos de América, manifestaron su preocupación por la ausencia de cobertura o la expresa exclusión de situaciones de pandemia o de órdenes de aislamiento en los clausulados, generando una expectativa hacia una regulación que hiciese retroactiva la cobertura dentro de las pólizas que cubrieran el riesgo de interrupción de negocio o de lucro cesante. Sin embargo, fueron muchas las voces en contra de estas medidas dentro de la industria aseguradora y los reguladores y supervisores de seguros.

La Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, IAIS, emitió una declaración en diciembre de 2020 en la que advirtió que el mercado cuenta con una regulación resiliente con la cual puede enfrentar la crisis del COVID-19⁴. Por ello, iniciativas como hacer obligatoria la cobertura de interrupción de negocio podrían amenazar en última instancia la protección de los asegurados y la estabilidad financiera, agravando aún más los impactos financieros y económicos de la COVID-19. Exigir la cobertura de riesgos no estimados por los aseguradores ni contemplados dentro los anillos de seguridad que sus esquemas de solvencia contemplan, hubiese terminado en una crisis financiera de dichas entidades que hubiera podido poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero. Además, exigir la cobertura obligatoria de riesgos donde *per se*, no existe apetito de riesgo por la poca información que tenía la industria aseguradora hasta el momento, habría resultado en un elemento adicional que llevara hacia la crisis.

Con la información que ha sido posible recabar con la ya sucedido con la pandemia, se han podido adoptar medidas distintas que no descuiden la solvencia del asegurador que entraremos a describir.

⁴ <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/201217-IAIS-Press-release-GIMAR-2020-Covid-19-edition.pdf>

1.1. Europa, el Reino Unido y Estados Unidos

En Europa, por ejemplo, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, AESPJ, ha desarrollado un documento temático que establece algunos de los problemas y opciones para establecer una solución de seguros para abordar las pérdidas por interrupción del negocio relacionadas con la pandemia (“solución de resiliencia compartida”)⁵, basado en conversaciones con representantes de la industria de seguros y compradores de seguros comerciales. El documento temático describe las posibles opciones para abordar los desafíos de la evaluación de riesgos (como la modelación del riesgo de interrupción del negocio sin presencia de un daño material e incentivar las medidas de prevención de riesgos a través de precios y términos contractuales), así como algunas posibles características de diseño de productos para proporcionar cobertura a corto o medio plazo. El documento también establece enfoques de transferencia de riesgos basados en diferentes mecanismos para la distribución de riesgos entre aseguradoras, reaseguradoras y gobiernos a nivel nacional o europeo. En febrero de 2021, la AESPJ publicó dos documentos en los que examinaba posibles enfoques para mejorar la asegurabilidad de los riesgos de interrupción del negocio pandémico, incluso a través de medidas de prevención, transferencia de riesgos a los mercados de capitales y el establecimiento de una solución de riesgo múltiple para los riesgos sistémicos⁶.

El Parlamento Europeo, en su Informe sobre una nueva estrategia industrial para Europa, ha pedido a la Comisión Europea que “trabaje hacia la creación de un marco en el que participen los inversores institucionales, los Estados miembros y la UE, para cubrir las pérdidas debidas a la interrupción del negocio en caso de una futura pandemia”⁷.

En Francia, la *Fédération Française de L'Assurance*, publicó su propuesta de un programa de catástrofes excepcionales (CATEX) para proporcionar cobertura de las pérdidas por interrupción del negocio que resultan de una reducción de la actividad económica después de un evento extraordinario. Según la propuesta, la cobertura podría ser desencadenada por una acción administrativa estatal que resultara en el cierre de negocios en una región geográfica determinada durante un período de tiempo determinado y se aplicaría a las empresas directamente afectadas por la orden administrativa, así como a las afectadas indirectamente como resultado de la reducción de la actividad económica fuera de la región especificada. La cobertura se adjuntaría a la cobertura de propiedad comercial o de interrupción del negocio y estaría disponible para las PYME (TPE y PME en francés) y proporcionaría pagos sin ajuste de pérdidas, lo cual se calibraría para reemplazar los costos brutos de interrupción del negocio netos de los salarios y beneficios. La cobertura se financiaría con una prima pagada por las PYME y respaldada por el gobierno sobre la base de los regímenes existentes para las catástrofes naturales y el riesgo de terrorismo.

⁵ https://www.eiopa.europa.eu/document-library/other-documents/issues-paper-resilience-solutions-pandemics_en.

⁶ https://www.eiopa.europa.eu/document-library/other-documents/eiopa-staff-paper-measures-improve-insurability-of-business_en?source=search.

⁷ Parlamento Europeo: Comisión de Industria, 2020.

La Asociación Alemana de Seguros (GDV) busca desarrollar posibles modelos para abordar los impactos económicos de las pandemias, lo cual fue descrito en el Libro Verde en junio de 2020 proponiendo el establecimiento de una entidad que recaudaría fondos de los asegurados y que realizaría pagos a los asegurados en caso de una pandemia declarada por la OMS y/o la declaración de epidemia regional por parte de las autoridades alemanas pertinentes. Los pagos se harían a todas las empresas o a aquellas que pagaran primas por la cobertura basadas en la cantidad de capital acumulado por la entidad, y el gobierno proporcionaría un respaldo para las pérdidas por encima de la capacidad de la entidad.

En el Reino Unido, los representantes de la industria han formado grupos de trabajo para desarrollar soluciones a la brecha de protección de la interrupción del negocio para el riesgo de pandemia. Se ha establecido un conjunto de grupos de trabajo para desarrollar una propuesta para establecer *Pandemic Re* que crearía un fondo común de reaseguros respaldado por el gobierno. La iniciativa incluye una amplia participación de todo el sector de los seguros del Reino Unido y tiene la intención de presentar una propuesta al gobierno del Reino Unido a finales de 2020.

Además, el mercado de *Lloyd's* ha desarrollado y publicado detalles sobre tres soluciones propuestas para abordar varios elementos de la brecha de protección de la interrupción del negocio relacionada con la pandemia. Las propuestas se han publicado como marcos de código abierto para el diseño de programas para hacer frente a la interrupción del negocio no perjudicial (incluidas las pandemias) a corto y largo plazo:

- A corto plazo, *Lloyd's* ha propuesto el establecimiento de un programa *ReStart* que busca unir capacidades dentro del mercado de *Lloyd's* para proporcionar cobertura de interrupción del negocio a las pequeñas empresas para futuras olas potenciales de COVID-19 (con la posibilidad de ampliar el alcance del programa para incluir a las PYME en general).
- A medio y largo plazo, *Lloyd's* ha propuesto el establecimiento de *Recover Re*, que cobraría primas (bajo una póliza que dura varios años) que se utilizarían para hacer pagos a los asegurados por interrupción del negocio sin daños después de un evento, incluida la actual pandemia de COVID-19, así como futuras pandemias u otros peligros que conducen a la interrupción del negocio (sin el daño físico que desencadena dicha cobertura en muchas pólizas de propiedad comercial). Los asegurados harían pagos continuos de primas durante muchos años para financiar un fondo común que proporcionaría esta cobertura. El papel del gobierno sería proporcionar una garantía contra los incumplimientos en el pago de las primas de los asegurados y, potencialmente, financiar los pagos en los primeros años antes de que *Recover Re* acumule suficiente capital.
- A más largo plazo, *Lloyd's* ha propuesto el establecimiento de *Black Swan Re*, un fondo de reaseguros respaldado por una garantía gubernamental que proporcionaría cobertura para las pérdidas sistémicas de interrupción del negocio sin daños. Según esta propuesta, la capa de la industria de seguros sería relativamente pequeña al principio, pero aumentaría con el tiempo (sujeto a pérdida de experiencia).

En Estados Unidos, se ha presentado al Congreso una propuesta legislativa para establecer un programa federal de reaseguro de riesgo de pandemia, la Ley de Seguro de Riesgo Pandémico de 2021 (PRIA)⁸. El programa funciona de manera similar al Programa de Seguro de Riesgo de Terrorismo al proporcionar un respaldo federal para la interrupción del negocio y las pérdidas por cancelación de eventos incurridas por las aseguradoras participantes como resultado de una “emergencia de salud pública cubierta”.

1.2. Algunos países de América Latina

Al igual que en Europa y estados Unidos, a preocupación de los supervisores y seguros de América Latina, estuvo concentrada en la protección del consumidor de seguros, pero ello enfocado en los seguros que se comercializan en mayor medida en esta región.

1.2.1. Chile

En junio de 2021, se publicó en Chile la Ley 21.342, la cual estableció un protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19 en el país.

Dentro de las materias tratadas en la referida ley, se incluye la creación de un Seguro Individual Obligatorio de Salud asociado a COVID-19, el cual, de acuerdo con esta disposición legal, consiste en un seguro de cobertura anual y prima única que deben contratar todo tipo de empleadores del sector privado, teniendo como asegurados a sus trabajadores (con contratos laborales sujetos al Código del Trabajo) que estén desarrollando sus labores de manera presencial, total o parcialmente. La cobertura de este seguro consiste en reembolsos de gastos de hospitalización y rehabilitación asociados a la enfermedad COVID-19, así como también establece un valor de US\$ 6.650 aproximadamente de cobertura por fallecimiento cuya causa básica de defunción sea el COVID-19.

1.2.2. Costa Rica⁹

En Costa Rica no se presentó mayor movimiento regulatorio, sin embargo, como medida de prudencia, el supervisor de seguros costarricense recomendó que las aseguradoras, como buena práctica de cara a la pandemia, se abstuvieran de distribuir utilidades al cierre del año 2020. Esta recomendación no fue obligatoria.

Ahora bien, desde el punto de vista de autorregulación, el mercado costarricense adoptó medidas para extender los periodos de gracia para el pago de primas, entre otras facilidades.

⁸ <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5823/text?r=58&s=1>.

⁹ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>.

En la Memoria Institucional de 2020¹⁰ de la Superintendencia General de Seguros (Sugese), se puede observar que durante la pandemia los seguros mantuvieron su tendencia creciente y un comportamiento superior al de la actividad económica general, es decir, que la pandemia no generó disminución en la suscripción. Ahora bien, respecto de los seguros generales la Memoria de Sugese 2020, indicó que hubo un aumento de suscripción de productos de pérdidas pecuniarias, incendios y líneas aliadas y caución, ramos que responden a los riesgos que se percibieron más latentes en la pandemia.

En cuanto a los riesgos del trabajo, el INS reportó en julio de 2022 más de 120.000 días de incapacidad en trabajadores por COVID-19, registrando un pago por ₡1.583 millones de colones a 20.000 personas positivas cubiertas con la póliza de riesgos del trabajo, de marzo 2020 al 31 de mayo de 2022 (USD 2.380.000 aproximadamente). El COVID-19 fue considerado como riesgo del trabajo en Costa Rica, cuando existía un nexo causal entre la labor realizada por el trabajador y el contagio, además del nexo epidemiológico en el sitio de trabajo, entendiéndose que ante la sospecha razonable de que un trabajador fuera contagiado por causa o consecuencia de su trabajo esté sería amparado por la Póliza de Riesgos del Trabajo.

1.2.3. Colombia

En Colombia la discusión regulatoria se centró en el potencial impacto que tenían las órdenes de aislamiento en la reducción del riesgo asegurado en seguros de daños reales, lo cual llevó a la expedición de la Circular Externa 021 de 2020, por medio de la cual, la Superintendencia Financiera de Colombia, SFC, ordenó a las entidades aseguradoras analizar los seguros en los cuales se dio esta presunta disminución del riesgo, para proceder a la devolución de las primas.

En línea con esto, el Decreto 800 de 2020 del Ministerio de Salud, ordenó a las aseguradoras del SOAT, transferir al ADRES (Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud) las primas que soportaban el riesgo del periodo de la orden de aislamiento obligatorio desde su inicio y hasta el 25 de mayo de 2020.

Dado el impacto en las incapacidades de los trabajadores cubiertos por el esquema obligatorio de riesgos profesionales, el Decreto Ley 676 de 2020, insertó en la tabla de enfermedades profesionales directas al COVID-19, para los trabajadores del sector de la salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y cualquiera vinculado con este sector.

Finalmente, durante el año 2022 y tan pronto como finalizó la emergencia sanitaria en Colombia, lo dispuesto por la Circular Externa 021 de 2020, se convirtió en normatividad permanente con ocasión de la emisión de la Circular Externa 06 de

¹⁰ www.sugese.fi.cr. Memoria institucional aprobada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif), mediante el art. 11, del acta de la sesión 1658-2021, celebrada el 26 de abril del 2021.

2022 la cual “adopta en forma permanente algunas instrucciones transitorias emitidas durante la emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia del COVID-19”.

1.2.4. Argentina

En Argentina la discusión que se presentó tan pronto como fue declarada la pandemia ocasionada por el virus del COVID-19, fue aquella relacionada con la cobertura o exclusión de los siniestros que ocurrieran por el uso de vehículo automotores mientras las medidas de aislamiento se encontraban vigentes. Esto pues una exclusión natural de las pólizas que cubren el riesgo de daños de dichos vehículos es aquella que tiene que ver con vehículos que acrezcan de las autorizaciones o habilitaciones técnicas y legales para circular. De la misma forma, en Argentina se discutió lo referente a la disminución del estado del riesgo y su consecuente disminución de la prima en consideración a la baja en los siniestros, ante lo cual la Superintendencia de Seguros de la Nación, informó que no existen nomas que obliguen a las entidades aseguradoras a aplicar descuentos o bonificaciones a los asegurados¹¹.

Como bien lo describió la maestra Fabiana Compiani, la obligatoria devolución de primas, podría atentar contra la naturaleza técnica del seguros que es por sí mismo un contrato de ejecución sucesiva en el cual, las primas se cobran en función a una consideración temporal y nos solo frente a lo ocurrido en un momento determinado:

“conviene aclarar que la prima se calcula con relación al riesgo corrido durante toda la vigencia del contrato (si las partes no fijaran el plazo, es anual conforme la norma supletoria del art. 17 Ley de Seguros) y no sólo el correspondiente a un período determinado (el que dure la cuarentena obligatoria). Su percepción en cuotas es una modalidad que favorece el pago por parte del deudor al diferirlo por la existencia de plazos y mejora el cumplimiento en favor del acreedor. No debe soslayarse, sin embargo, que la prima en materia de seguro automotor es técnicamente insuficiente desde hace muchos años y el déficit sólo era enjugado durante todo este tiempo por el superávit financiero, que es justamente lo que se ha visto afectado por la caída general en la actividad del país y la pérdida de valor de los títulos públicos que constituyen buena parte de los activos de las aseguradoras”¹².

En Argentina, al igual que en Colombia, el poder Ejecutivo consideró al COVID-19 como enfermedad de carácter profesional, con lo cual su cobertura no podría ser rechazada por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo de dicho país y por ello, ante el siniestro, se les concedió el derecho a las prestaciones correspondientes, previa la verificación de Cuerpo Médico Central.

Finalmente, en Argentina se presentó un fenómeno por el cual se presentaron acciones colectivas presentadas por asociaciones de consumidores, con las cuales se solicitaba a la industria aseguradora la devolución de las primas en los seguros de automóviles

¹¹ El Impacto de la Pandemia en el seguro. Panorama en Argentina. Compiani, Maria Fabiana. Artículo de reflexión, desarrollado a partir de la columna de opinión publicada en la ley el 20/04/20 y del reporte de la sección nacional publicado el 04/05/20 en el sitio web de AIDA <https://aidainsurance.org/news/impact-of-covid-19-insurance-issues-in-various-countries-2020-04-06>.

¹² Et. Supra, pp. 11 y 12 de 24.

que no tuvieron circulación con ocasión de las medidas de aislamiento y alegando la reducción en el estado del riesgo¹³.

2. SEGUROS DE SALUD Y PERSONAS

En los seguros de salud y personas, la discusión que se ha llevado a cabo en la región con ocasión de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 tiene que ver con la viabilidad de cobertura o exclusión.

La maestra Fabiana COMPIANI¹⁴ planteó la cuestión de forma muy acertada, así:

“¿Se justifica en una cobertura asegurativa la exclusión de pandemia? La respuesta es afirmativa: el seguro técnicamente se funda en un cálculo de probabilidades, esto es, la relación entre el número de chances de realización de un evento dañoso sobre el número de casos posibles. Por su parte, la frecuencia está constituida por la relación existente entre el número de resultados obtenidos y el número de experiencias consideradas y, finalmente, toma en consideración su costo medio o entidad de la prestación. La compañía de seguros debe prever el número de siniestros que habrán de verificarse con relación a los riesgos asegurados, la regularidad con que acontecerán y su costo medio para poder calcular el valor de la prima suficiente para que abone la mutualidad de asegurados de riesgos homogéneos y dispersos.

Los riesgos catastróficos, como una pandemia, por su especificidad, resultan de difícil encuadre en la técnica actuarial descripta y requerirían, en principio, primas mucho más elevadas de las que están previstas.

Nada impedirá seguramente en el futuro que este riesgo sea tomado a través del pago de una extraprima”.

Por lo tanto, a pesar de que las pandemias podían ser un riesgo expresamente excluido en los seguros de salud y personas, en muchos casos, las pólizas de seguro guardaban silencio sobre esta exclusión. Lo anterior generó una creciente tendencia de los aseguradores de vida y salud de admitir la cobertura del COVID-19 ante la potencial incertidumbre.

2.1. Brasil

De manera muy particular, en el caso de Brasil se decidió levantar la exclusión de pandemia con ocasión de su declaratoria por la OMS. En este caso, las pólizas de seguro de vida comercializadas en Brasil, colectivas o individuales contenían como regla la exclusión de eventos resultantes de “epidemias y pandemias, siempre que sean

¹³ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-argentina>.

¹⁴ El Impacto de la Pandemia en el seguro. Panorama en Argentina. Compiani, Maria Fabiana. Artículo de reflexión, desarrollado a partir de la columna de opinión publicada en la ley el 20/04/20 y del reporte de la sección nacional publicado el 04/05/20 en el sitio web de AIDA <https://aidainsurance.org/news/impact-of-covid-19-insurance-issues-in-various-countries-2020-04-06>. pp. 15 y ss.

declarados por el órgano competente”, Sin embargo, poco después de la declaratoria de pandemia por parte de la OMS, la mayoría de las aseguradoras que operan en este campo decidieron no aplicar la exclusión, en una decisión comercial¹⁵.

Especialmente por eso, el impacto del COVID-19 en el mercado de seguros personales brasileiro fue bastante relevante, especialmente en 2021. Según una encuesta realizada por la Federación Nacional de Pensiones Privadas y Vida (FenaPrevi), el mercado de seguros pagó R\$ 5,5 mil millones en siniestros por muerte por COVID-19 desde el inicio de la pandemia hasta finales de 2021. Dado el alto impacto en la siniestralidad, que no era previsible al inicio de la pandemia, el mercado de seguros de personas ha estado bajo una gran presión en los últimos 2 años¹⁶.

2.2. Colombia

En el caso colombiano¹⁷, las pólizas de seguro de vida y salud dieron la cobertura tratando al COVID-19 como una enfermedad cubierta bajo estos contratos de seguro y así las cosas, el COVID-19 se convirtió en el mayor siniestro que ha pagado la industria aseguradora colombiana en su existencia. En este mercado, la siniestralidad cuenta compañía al cierre del año 2021 rozaba el 70%. Por su parte, las quejas ante los organismos de control fueron pocas, pero sobre todo estaban relacionadas con objeciones de cobertura de las entidades aseguradoras por la falta de declaración de enfermedades en el momento de suscripción del seguro y que no tenían nada que ver con el fallecimiento del asegurado ni con el coronavirus.

Todo lo anterior, pues en la mayoría de las pólizas de seguro de salud y personas que se encontraban disponibles en el mercado colombiano con ocasión de la declaratoria de la pandemia por parte de la OMS, no se encontraban exclusiones expresas de pandemia ni, como es natural, de coronavirus en sus variantes.

2.3. Costa Rica

Bajo la Ley de Salud Pública costarricense y los decretos del Ministerio de Salud Pública, el COVID-19 fue clasificado como una enfermedad transmisible. Por ello, en dicho país, las pruebas positivas de COVID-19 son notificadas a dicho Ministerio y las personas contagiadas deben guardar cuarentena de por lo menos 10 días so pena de denuncia penal. De manera muy particular en este país, algunos ramos de seguros de salud y personas contienen exclusiones de pandemia y epidemia, incluso con anterioridad a la aparición del COVID-19.¹⁸ Sin embargo, el mercado asegurador

¹⁵ <https://www.istoedinheiro.com.br/fenaprevi-indenizacoes-por-morte-por-covid-foram-de-r-55-bi-desde-comeco-da-pandemia-2/>.

<https://sousegura.org.br/noticia/seguro-de-vida-se-reinventa-na-pandemia>.

¹⁶ <https://fenaprevi.org.br/noticias/o-setor-de-seguros-ja-pagou-r-2-6-bilhoes-em-indenizacoes-decorrentes-de-covid-19.html>.

¹⁷ HERRERA DIAZ, Rebeca. *El Impacto de la Pandemia en los Seguros de Vida*. Presentación hecha en el marco del Congreso de Derecho de Seguros organizado por Fasecolda, el 24 de noviembre de 2021.

¹⁸ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>.

costarricense, consideró que los riesgos generados por el COVID-19 gozaban de cobertura e, incluso, varias aseguradoras

“regularon la inclusión de cobertura para el COVID-19 en los seguros personales, de modo que prácticamente todos los productos de seguros personales cubrieron los reclamos por el COVID-19 ya fuera por gastos médicos o por muerte. Adicionalmente, en Costa Rica, fueron diseñados seguros especiales para los viajeros, con diferentes montos y beneficios incluso de cobertura para los días de confinamiento obligatorio ordenado por las autoridades de salud a los viajeros que adquirieron la enfermedad en nuestro país, con pago del hotel y otros beneficios. El negocio para las aseguradoras que ofrecieron productos de viajero con cobertura de COVID - 19 fue bastante atractivo, porque las autoridades de salud por varios meses lo exigieron como requisito obligatorio para ingresar al país a todos los visitantes extranjeros, lo que generó una fuerte colocación de estos productos, una vez que concluyó la obligatoriedad disminuyó el auge, pero mientras el virus del COVID-19 se mantenga, el seguro sigue teniendo demanda”¹⁹.

Según el actuario Bernardo Miranda Chavarría²⁰, en un estudio entregado el 19 de octubre de 2021 para la Asociación de Aseguradoras Privadas de Costa Rica, producto de la pandemia se incrementó en un 20.8% la tasa de mortalidad para las aseguradoras de Costa Rica, concluyendo que, si el mercado comercial continuaba aplicando la misma prima comercial antes de la pandemia, estaría experimentando una posible pérdida técnica superior al 20%.

2.4. España

Por su parte en España, al igual que en los países de América Latina, los aseguradores de vida por lo general no incluyen cláusulas de exclusión por pandemia o por virus y han dado reconocimiento las inmunizaciones por aseguraos fallecidos por esta enfermedad o dado cobertura en el caso de sobrevivencia al virus. De la misma forma, al igual que en el caso colombiano, la identificación de las enfermedades preexistentes a la contratación de las pólizas ha causado la discusión jurídica, de manera leve pues fueron pocos los casos que se presentaron.

La posibilidad de objeción del siniestro por enfermedades preexistentes a la suscripción de la póliza ha generado que, con ocasión de la pandemia, los aseguradores en varias jurisdicciones modifiquen sus formularios de asegurabilidad, con el fin de indagar expresamente por la presencia de enfermedades que hoy en día ya sabemos, agravan los síntomas del COVID-19 y pueden, incluso generar la muerte. Estas enfermedades serán entonces todas aquellas vinculadas con la tensión alta, la obesidad, los asuntos cardiovasculares y la diabetes, además de las demás enfermedades que la medicina vaya indicando. Lo anterior, no solo con el fin de negar la cobertura, sino que, con ocasión de

¹⁹ Aporte brindado por la Licenciada Licda. María Lorena Murillo Salazar. Abogada y Notaria Especialista en Derecho Público- Asesoría en Derecho de Seguros. E-mail: lmurillomsabogados@ice.co.cr lorena@gmail.com. San José, Costa Rica, Barrio Escalante, Avenida 11, Calles 25-29, No. 2967.

²⁰ Estudio compartido por la Licenciada Maria Loreno Murillo, secretaria de ACODES.

la cobertura, se conozca realmente al asegurado y, sin excluirle la cobertura o negarle el acceso a la póliza de seguro, se le cobren las tasas en las primas correspondientes a su riesgo.

2.5. América Latina

Ahora bien, fuera de las consideraciones meramente jurídicas, en los seguros de salud y personas el mayor impacto que tuvo la pandemia ocasionada por el virus del COVID-19 fue la altísima siniestralidad que, a su turno, generó un notorio incremento en la tasa de las primas de estos seguros. Esto es especialmente sensible para los mercados de seguros de salud y personas de América Latina donde la mayor parte del mercado de seguros de vida se encuentra compuesto por pólizas colectivas que amparan a los asegurados y sus acreedores en operaciones de crédito. Justamente en este segmento del mercado de seguros de salud y personas, es que se ha desarrollado el mercado de los microseguros en América Latina, buscando darles una seguridad adicional a los prestamistas para el desarrollo a su vez del mercado de microcrédito en la región.

Las cifras del mercado de América Latina²¹, según la Federación Interamericana de Empresas de Seguros, FIDES, muestran una impresionante solidez de las entidades aseguradoras de la región las cuales demostraron su capacidad y resiliencia para enfrentar la crisis de la pandemia y por lo mismo, continuar con el amplio desempeño para la innovación de nuevos productos de seguro de vida que además de incluir las coberturas tradicionales de muerte, vejez, sobrevivencia, enfermedad e incapacidad, puedan incursionar en novedosas coberturas de ahorro, vinculadas al creciente desempeño tecnológico. Al cierre del año 2021, el índice combinado neto del ramo de seguros de salud es del 100%, mientras que el de los seguros de vida individuales y colectivos es del 94%, lo cual demostró una fortaleza financiera de estas entidades aseguradoras, su rentabilidad y el espacio para continuar desarrollando nuevos productos en esta industria.

Por su parte en los seguros de pensiones privados, obligatorios y voluntarios, las mismas cifras de FIDES, muestran que el índice combinado neto de este ramo de seguros al cierre del año 2021 fue del 43% lo cual muestra un amplio margen para el crecimiento. De la misma forma, esto muestra como la pandemia no tuvo mayor impacto en la siniestralidad de este ramo, en la medida en que la mayoría de las personas en la región se encuentran vinculadas a los regímenes de pensiones públicos, y son pocos los productos privados voluntarios que se comercializan en Latino América. De nuevo, con el auge en la conciencia del riesgo que trajo la pandemia, sumado a la necesidad de buscar alternativas de cobertura de este riesgo, el ramo de pensiones cuenta con campo de posibilidades ilimitado.

²¹ América Latina, Reporte Estadístico Mercado Asegurador por Ramo, diciembre de 2021. Latino Insurance Online y Fides, Federación Interamericana de Empresas de Seguros.

2.6. El Reaseguro Internacional

Por su parte, los mercados de reaseguro internacional reaccionaron de manera positiva manteniendo las coberturas en los seguros de salud y personas, sin ampliarla gama de exclusiones. Como ejemplo, la cláusula LMA 5391 de Lloyd's Market Association, fue la única cláusula que buscó excluir la cobertura en seguros de personas, pero limitando su alcance exclusivamente a los seguros de accidentes personales, donde, como es natural, no es razonable alegar cobertura de coronavirus o de pandemia ante un siniestro con ocasión de un accidente personal. Esta exclusión, fue la que resultó para este ramo de seguros con ocasión de la discusión que se dio en el mercado de Lloyd's of London sobre la cobertura o exclusión de las enfermedades transmisibles en los seguros de daños (Communicable Disease Endorsement).

3. SEGUROS DE LUCRO CESANTE O DE INTERRUPCIÓN DE NEGOCIO

El seguro de lucro cesante o de interrupción de negocio es tal vez el seguro que más discusión tuvo en los países desarrollados, más que por el impacto del virus directamente, por las medidas de aislamiento que tomaron las autoridades en la mayor parte de las jurisdicciones. En Iberoamérica, la cuestión también se dio, aunque, la mayor discusión sobre estos asuntos se dio en el Reino Unido, Francia y Estados Unidos.

De manera concreta, la problemática que surgió en el ámbito internacional sobre este ramo de seguros tuvo que ver con las pólizas de seguro de todo riesgo daño material, que tenían cobertura de interrupción de negocio o lucro cesante, pero en las cuales, el evento que activaba la cobertura bajo la póliza era un daño material ocurrido sobre los predios asegurados. En estos casos, los asegurados empezaron a presentar significativas pérdidas con ocasión de las medidas de aislamiento adoptadas por los gobiernos en las distintas jurisdicciones del globo, pero sin haber sufrido daño material alguno. Por lo anterior y ante la pérdida de ingresos y utilidades, los asegurados empezaron a presentar reclamaciones, alegando que las medidas de aislamiento, *per se*, activaban la cobertura de interrupción de negocio o de lucro cesante, sin la existencia de daño material.

Veremos las distintas posiciones que se adoptaron sobre este asunto en distintas jurisdicciones.

3.1. Francia²²

En Francia, las decisiones Judiciales sobre este asunto buscaron analizar el hecho de que la mayoría de las pólizas disponibles en el mercado no contenían exclusiones de

²² <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-france>. Global Insurance Industry France, International Bar Association. Valecon, Alexis; Baoudoin, Jean-Baptiste. Kennedy's Law.

enfermedades contagiosas y, por el contrario, contenían cobertura expresa de órdenes administrativas. Así las cosas, el análisis versó sobre la existencia de cobertura de las decisiones administrativas vinculadas con el COVID- 19. En aquellos casos en que las pólizas no cubrían las pérdidas ocasionadas por decisiones administrativas, es decir, en aquellos casos en que las pólizas no brindaban cobertura por decisiones administrativas sin daño material, las cortes francesas se enfrentaron al reto de identificar la existencia o no de la cobertura.

El 1 de diciembre de 2020, el tribunal Judicial de *Le Mans* (Corte de Primera Instancia) indicó que la pandemia ni el COVID-19 generaron daños materiales sobre los bienes asegurados, luego de un evento no excluido bajo la póliza, y por ello, la reclamación del asegurado no debería indemnizarse.

Posteriormente, el 4 de noviembre de 2021, la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence estableció que la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 no era un evento cubierto bajo la póliza, en la medida en que ni el virus, ni la pandemia, ni las medidas de aislamiento habían generado o surgían de un daño material sobre los predios o bienes asegurados. Esto mismo lo decidió la Corte de Apelaciones de *Bordeaux* el 7 de junio de 2021.

Sobre el amparo básico de daño material el 28 de octubre de 2021, la Corte Comercial de París indicó que la pandemia no era un evento cubierto ni tampoco las medidas que impedían ingresar a predios, pues no se había presentado daño material alguno sobre los predios o bienes asegurados. Lo mismo indicó la Corte Comercial de *Perpignan* el 26 de octubre de 2021.

La decisión que cambió un poco el norte de los cortes franceses, se dio el 28 de septiembre de 2021, día en que la Corte de Apelaciones de Angers, indicó que la pandemia era un evento cubierto bajo estas pólizas en la medida en que no existía una exclusión expresa para ello.

Así las cosas, por el momento, todavía existe incertidumbre sobre el tema.

3.2. España²³

En la fecha en la que se escribe este documento y se consultó el material bibliográfico no tenemos conocimiento de una decisión de la Corte Suprema Española sobre este asunto. Pero, los tribunales de dicho país han decidido con base en los siguientes aspectos:

- Algunos tribunales han negado las indemnizaciones por interrupción de negocio, bajo el entendido de que esta cobertura está supeditada a la ocurrencia de un daño material y directo sobre los predios y bienes asegurados, derivado de riesgos listados en la carátula de la póliza, dentro de los cuales no se incluye el riesgo de pandemia.

²³ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-spain>. Global Insurance Industry Spain, International Bar Association. Angell, Jorge. Rodrigo Abogados.

- Otros tribunales han otorgado las indemnizaciones con el argumento de la inexistencia de los requisitos formales para limitar los derechos de los asegurados previstos en el artículo 3 de la Ley de Seguros de 1980.
- Otros tribunales, como la Corte de Gerona, han decidido indicar que la cuestión de análisis resulta irrelevante pues los asegurados de todas formas iban a tener pérdidas de ingresos o de utilidades por el virus y por las medidas de aislamiento. Así las cosas, ha reconocido el pago de las indemnizaciones.

3.3. Reino Unido²⁴

En el Reino Unido el asunto ha cobrado mucha relevancia, por la enorme cantidad de pólizas que cubren este riesgo. Incluso, es el país donde el caso más significativo de indemnización por interrupción de negocio se dio por la materialización del riesgo de pandemia, expresamente cubierto bajo la póliza: *Wimbledon*. El evento más importante del tenis en el ámbito internacional, fue cancelado en su versión 2020 y obtuvo la indemnización de la cobertura contratada desde la crisis del SarS en 2001.

En enero de 2021, la Corte Suprema del Reino Unido publicó su decisión en el caso de prueba por interrupción de negocio el cual enfrentaba a la *Financial Conduct Authority* (FCA), supervisor de dicho país, y Otros versus *Arch Insurance (UK) Limited* y Otros. En este caso de prueba la Corte Suprema tuvo en cuenta 21 clausulados de pólizas de seguro de interrupción de negocio sin necesidad de daño material, en las cuales confirmó la existencia de cobertura con ocasión de las medidas de aislamiento y la pandemia del COVID-19. En este caso, la Corte Suprema decidió que las pólizas daban cobertura por las pérdidas sufridas con ocasión de las medidas de aislamiento adoptadas por la ocurrencia de ciertas enfermedades. De todas formas, la Corte fue enfática en indicar que la cobertura debía analizarse caso a caso y en función al texto del clausulado de cada póliza.

En esa medida, la Corte Suprema no decidió si las pérdidas habían sido ocasionadas por el virus, sino que cuando existen causas concurrentes, una que está cubierta y otra que no, la causación se satisface en la medida en que las causas tengan igual eficacia en la producción de la pérdida. En algunos casos, y con relación a la cláusula de enfermedad, en los cuales los asegurados lograron demostrar que sus pérdidas fueron resultado de las acciones gubernamentales en respuesta a la pandemia, junto con la existencia de por lo menos un caso de COVID en sus territorios, la Corte declaró la cobertura.

Finalmente, en el Reino Unido, la Corte Suprema no se refirió a si las medidas de aislamiento o la Pandemia Calificaban como daños materiales, en el caso de prueba. Esto sí lo hizo la Corte Comercial de Londres el 15 de octubre de 2020 en el caso de *TKC London Limited v Allianz Insurance Plc [2020] EWHC 2710*, en el cual

²⁴ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-united-kingdom>. Global Insurance Industry United Kingdom. Ong, Ling; Freeland, Pamela; Fitzgerald, Mark. Weightmans.

indicó que cuando las pólizas definen las pérdidas cubiertas en función a daños sobre los predios y bienes asegurados, las cláusulas de seguro no se activan por la pérdida temporal de uso de los mismos debido al COVID-19. Esta posición implica que en aquellos casos en los cuales la pólizas cubren pérdidas con ocasión de daños materiales, el amparo de interrupción de negocio, no se activa por la pandemia ni por las medidas de aislamiento.

3.4. Estados Unidos²⁵

La posición de las autoridades judiciales de los distintos Estados de Estados Unidos está dividida en función al tipo de reclamaciones que se presentaron contra las entidades aseguradoras y la línea jurisprudencial de cada uno.

En la Florida, por ejemplo, la corte ha rechazado las reclamaciones por interrupción de negocio en la medida en que ni la pandemia ni las medidas de aislamiento ocasionaron daños materiales sobre las pólizas.

En California, las opiniones del Juzgado 9 del Circuito y algunas decisiones de la Corte de Apelaciones, han rechazado la cobertura de las pólizas en la medida en que el COVID-19 no es una pérdida cubierta por los clausulados (*The Inns By The Sea v California Mutual Insurance Co, Super Ct No 20CV001274 (Cal App Ct 17 Nov 2021)*; *Mudpie, Inc v Travelers Casualty Insurance Company of America, 15 F 4th 885, 2021 WL 4486509 (9th Cir 1 Oct 2021)*). Sin embargo, en algunas cortes superiores, se ha otorgado cobertura a los asegurados, en la medida en que no se podía haber demostrado plenamente que el COVID-19 no generaba un daño material a los predios o bienes asegurados. Esto, a pesar de que la Corte Federal de California rechazó los argumentos según los cuales las pérdidas ocasionadas por COVID-19 estaban aseguradas.

La Cortes de Illinois, Texas y New York han sido consistentes en determinar que la cobertura no se encontraba presente pues ni la pandemia ni las medidas de aislamiento habían causado daños materiales a los predios y bienes asegurados.

3.5. Costa Rica²⁶

En Costa Rica, no se han emitido opiniones o guías que le indiquen al mercado asegurado costarricense si el COVID-19 es la causa originaria del siniestro ni tampoco las medidas de aislamiento adoptadas por el gobierno. De la misma forma, de cara a estas pólizas, los jueces no han dado luces sobre si el COVID-19 es un riesgo cubierto en estos programas de seguros. Lo anterior, debido a que la penetración del seguro en

²⁵ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-united-states>. Global Insurance Industry United States. International Bar Association. Qian, Shen; Palomo, Ernesto. Holland & Knight.

²⁶ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>. Global Insurance Industry Costa Rica. Garro, Neftalí. BLP Legal, Costa Rica.

este ramo es baja en Costa Rica y por ello, no hay evidencia judicial de siniestros o reclamaciones con ocasión de la Pandemia.

3.6. Colombia y otros países de la Región

En los demás países de América Latina no existen casos que muestren una línea jurisprudencial sobre la cobertura de las pérdidas de interrupción de negocio con ocasión de las medidas de aislamiento adoptadas por los gobiernos y con ocasión de la Pandemia.

4. SEGUROS DE FIANZA, CAUCIÓN O CUMPLIMIENTO

En Uruguay, la profesora Andrea Signorino²⁷, nos ilustró sobre la aparición del virus Coid-19 y la declaratoria de la Pandemia y su impacto en los contratos privados. Esto resulta de especial relevancia, pues en el mundo de los seguros se encuentran los seguros de caución, fianza o de cumplimiento que lo buscan es garantizar el cumplimiento de dichos contratos.

En esta materia cobra especial relevancia la aplicación de la teoría de la imprevisión, la existencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor o incluso de un desequilibrio en la relación contractual, pues normalmente los seguros de caución, fianza o cumplimiento garantizan el cumplimiento del contrato y la indemnización se paga al contratante cumplido en la medida en que la casual de incumplimiento sea imputable al caucionado, afianzado o contratista garantizado. Si el incumplimiento tiene como causa un caso fortuito o una fuerza mayor, el incumplimiento no resulta imputable al garantizado y por ello, no habrá lugar a desembolso de indemnización alguna en la mayoría de los casos.

Así las cosas, en materia de seguros de caución, fianza o cumplimiento, la cuestión estuvo en identificar si el COVID -19 era una causal de caso fortuito o de fuerza mayor o que autorizara la modificación contractual por la ocurrencia de una situación imprevista entre los contratantes.

La profesora SIGNORINO resalta que:

“Sabido es que los contratos son celebrados con la presunción de que serán rigurosamente cumplidos, observándose los términos originariamente previstos. Es la aplicación de la clásica cláusula *pacta sunt servanda* por la cual los contratos deben ser cumplidos.

Esta cláusula llevada hasta las últimas consecuencias, muchas veces termina en una situación de injusticia si en el transcurso del tiempo, sobre todo en contratos de ejecución continuada como lo es el contrato de seguros, sobreviene una significativa

²⁷ El COVID-19 y su Impacto en el Contrato de Seguros, una Visión desde el Derecho de Seguros. Signorino Barbat, Andrea.

alteración de aquellas condiciones primarias que llevaron a las partes a contratar, alterándose la base del negocio.

Estas alteraciones, normalmente están vinculadas a una fuerza ineludible de circunstancias externas, que llevan a un grave desequilibrio y carencia de equidad en la relación jurídica respectiva, produciendo el enriquecimiento excesivo de uno de los contratantes a costas del otro.

Las nuevas funciones sociales de los contratos han llevado a que modernamente el principio general derivado de la citada cláusula *pacta sunt servanda* se haya atenuado sensiblemente. Principalmente en los países occidentales, se ha admitido una revisión de las condiciones de los contratos, en esencia mediante la intervención judicial, invocada por el contratante en situación de desventaja.

Esta posibilidad de intervención judicial en el contrato solamente ocurrirá cuando un elemento sorpresivo, surja en el curso de la ejecución del mismo, colocando, en extrema dificultad a uno de los contratantes. O sea, ocasionando una excesiva onerosidad, superando el límite razonable, lo que la doctrina alemana denomina *opfergrenze*²⁸.

Luego de su concepción inicial en la edad media y pasando por los siglos hasta llegar al siglo veinte con sus guerras, la teoría de la imprevisión en los contratos empezó a tomar fuerza con sólidos pilares en la buena fe y en la equidad contractual. En esta medida de aparecer en un contrato una situación imprevisible que genere una situación de inequidad en el mismo, muy probablemente este contrato deberá modificarse para restablecer dicho equilibrio.

Paralelo a esta teoría, se encuentran los fenómenos del caso fortuito y la fuerza mayor los cuales tienen impacto directo sobre el cumplimiento del contrato. Así las cosas, el caso fortuito y la fuerza mayor a diferencia de la imprevisión, presentan situaciones irresistibles que hacen imposible el cumplimiento del objeto contractual. Puede ocurrir que la situación imprevista termine en una situación irresistible que, en lugar de solucionarse con la modificación contractual, culmine con la terminación del contrato por imposibilidad en su ejecución.

En el caso del COVID-18 el cambio en las circunstancias de los contratos debe ser fundamental y comprobable de manera objetiva. Por ello, la posibilidad de alegar que el COVID-19 y las medidas de aislamiento presentaron una situación de caso fortuito o fuerza mayor, será una cuestión por analizar caso a caso. Sin embargo, en materia de imprevisión, lo cierto es que la pandemia si fue una situación imprevista en la enorme mayoría de contratos, pues a pesar de que en la mayoría de los casos los contratos podían ejecutarse, las condiciones de ejecución se habían desequilibrado con ocasión de la pandemia y las medidas de aislamiento. La alteración fundamental del equilibrio ocasionado por el COVID-19 debe haber incrementado el costo de ejecución para de las partes de manera desproporcionada frente a lo que lo alteró para la otra.

²⁸ DURÁN MÉNDEZ, S. *Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el art. 868 del Código de Comercio*. Revista de Derecho Privado, (55). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>, 2016.

En el caso de fuerza mayor, los principios uniformes de UNIDROIT buscan que ambas partes restablezcan el equilibrio contractual que fue afectado por las distintas circunstancias que pusieron a una de ellas en una desventaja significativa. Esta herramienta es muy relevante sobre todo en los contratos de ejecución sucesiva a lo largo del tiempo, la cual les permite a los contratantes que de manera temporal y en situaciones excepcionales, no rompan la relación contractual, sino que se permita a la parte en desventaja que solicite la renegociación del contrato original para adaptarlo a las situaciones cambiantes.²⁹ Lógicamente, la solicitud de renegociación debe darse mientras las circunstancias imprevistas subsistan. De la misma forma, los contratos pueden establecer a priori, situaciones que se considerarán imprevistas o que generarán desequilibrio contractual y que habilitarán automáticamente a la parte afectada, la renegociación del contrato.

A *contrario sensu*, el caso fortuito y la fuerza mayor autorizan a la parte afectada a incumplir el contrato o dicho de otra forma a librarse de su cumplimiento por imposibilidad.

En muy pocos países se han tomado medidas sobre este asunto. En Argentina, por ejemplo, no se conocen definiciones judiciales que indiquen que la pandemia o las medidas de aislamiento fueron un caso de fuerza mayor *per se*.

En Brasil, el artículo 393 del Código Civil ha permitido que con base en la imposibilidad de la ejecución que trae la fuerza mayor, se de una situación eximente de cumplimiento contractual y por ello, muchas decisiones judiciales han avalado su aplicación y por ende la ausencia de cobertura de las pólizas³⁰.

En España, muy curiosamente algunas decisiones judiciales negaron las excepciones de los aseguradores para pagar las indemnizaciones por interrupción de negocio, con base en la existencia de la fuerza mayor, pues a juicio de estas cortes, la pandemia era una situación previsible debido a varios estudios científicos³¹.

En Estados Unidos, particularmente en los estados de Illinois y New York, las cortes tomaron decisiones sobre seguros de fianza, caución o cumplimiento. El primer ejemplo fue la decisión de la Corte de Bancarrota del Estado del Distrito del Norte de Illinois, en la cual se indicó que la cláusula de fuerza mayor en un contrato de arrendamiento comercial autorizaba a que un restaurante incumpliera parcialmente el pago del canon de arrendamiento mientras persistían las medidas que impedían la prestación de servicio de restaurantes en dicho estado (*In re Hitz Rest Grp*, 616 B R 374, 378–79 (Bankr N D Ill 2020)). El segundo ejemplo fue de la Corte de Nueva York que indicó que la parte puede invocar la terminación del contrato dado que el COVID-19 representa un claro ejemplo de fuerza mayor en la ejecución de dicho

²⁹ UNIDROIT, Principios Generales de los Contratos Privados, art. 6.2.3(1), la solicitud se debe hacer de manera oportuna según las situaciones de tiempo, modo y lugar de la circunstancia imprevista y de la ejecución del contrato.

³⁰ <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-brazil>. Global Insurance Industry. International Bar Association. Duque Estrada, Daniela; Ximenes. Carlos. Castro Barros Advogados.

³¹ Ver cita 24.

contrato considerando a la pandemia como un desastre natural (*JN Contemporary Art LLC v Phillips Auctioneers LLC*, 507 F Supp 3d 490, 501 (S D N Y 2020))³².

Como se puede evidenciar, los casos y las reglas de aplicación de uno y otro fenómeno se deben estudiar caso a caso para determinar la existencia de estas situaciones en las relaciones contractuales y de allí la afectación o no de las pólizas de seguro de caución, fianza o cumplimiento.

CONCLUSIONES

Como se puede fácilmente ver, al igual que lo ocurrió con el riesgo de terrorismo en el año 2001, luego del ataque de Al Qaeda a las torres gemelas en Nueva York y con los seguros para catástrofes naturales en 2004 luego del Tsunami del Sudeste Asiático, la pandemia del COVID-19 nos trajo una nueva forma de ver el riesgo. Sin embargo, a pesar de que los riesgos de principios del Milenio ocasionaron la necesaria modificación de varios aspectos regulatorios, la pandemia puso a prueba la nueva propuesta de solvencia basada en riesgos, pues al poner la práctica todos los mecanismos de autogestión y autorregulación de las aseguradoras, la industria pudo asumir la pérdida del COVID-19 sin acudir a apoyos estatales ni enfrentarse a crisis financiera.

De la misma forma, la pandemia trajo al derecho de seguros, la necesidad de replantearse la forma de cubrir los principales riesgos a los que se enfrenta la humanidad del siglo 21: ambientales de salud y de interrupción de las actividades económicas por decisiones de aislamiento en protección de la vida y la salud. Además, el escaso aseguramiento del riesgo de pandemia en las pólizas de interrupción de negocio se hizo evidente, generando una nueva cultura del aseguramiento y gestión de reclamos.

Para los ramos de seguros especializados como los son las fianzas, cauciones o seguros de cumplimiento quedaron sobre la mesa, pues el objetivo será buscar esquemas de cobertura que tengan en cuenta la naturaleza jurídica de la responsabilidad contractual cuando se enfrenta a situaciones irresistibles, imprevistas y catastróficas.

BIBLIOGRAFÍA

1. <https://biotechmagazineandnews.com/covid-19-cientificos-confirman-que-su-origen-es-natural/>.
2. <https://es.statista.com/estadisticas/1104227/numero-acumulado-de-casos-de-coronavirus-covid-19-en-el-mundo-enero-marzo/>.
3. <https://news.google.com/covid19/map?hl=es-419&mid=%2Fm%2F02j71&gl=CO&ceid=CO%3Aes-419>.

³² Ver cita 26.

4. <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/201217-IAIS-Press-release-GIMAR-2020-COVID-19-edition.pdf>.
5. https://www.eiopa.europa.eu/document-library/other-documents/issues-paper-resilience-solutions-pandemics_en.
6. https://www.eiopa.europa.eu/document-library/other-documents/eiopa-staff-paper-measures-improve-insurability-of-business_en?source=search.
7. Parlamento Europeo: Comisión de Industria, 2020.
8. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5823/text?r=58&s=1>.
9. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>.
10. www.sugese.fi.cr. Memoria institucional aprobada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif), mediante el artículo 11, del acta de la sesión 1658-2021, celebrada el 26 de abril del 2021.
11. El Impacto de la Pandemia en el seguro. Panorama en Argentina. Compiani, María Fabiana. Artículo de reflexión, desarrollado a partir de la columna de opinión publicada en la ley el 20/04/20 y del reporte de la sección nacional publicado el 04/05/20 en el sitio web de AIDA <https://aidainsurance.org/news/impact-of-covid-19-insurance-issues-in-various-countries-2020-04-06>. Et. supra. Página 11 y 12 de 24.
12. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-argentina>.
13. El Impacto de la Pandemia en el seguro. Panorama en Argentina. Compiani, María Fabiana. Artículo de reflexión, desarrollado a partir de la columna de opinión publicada en la ley el 20/04/20 y del reporte de la sección nacional publicado el 04/05/20 en el sitio web de AIDA <https://aidainsurance.org/news/impact-of-covid-19-insurance-issues-in-various-countries-2020-04-06>. pág. 15 y siguientes.
14. <https://www.istoedinheiro.com.br/fenaprevi-indenizacoes-por-morte-por-covid-foram-de-r-55-bi-desde-comeco-da-pandemia-2>.
15. <https://sousegura.org.br/noticia/seguro-de-vida-se-reinventar-na-pandemia>.
16. <https://fenaprevi.org.br/noticias/o-setor-de-seguros-ja-pagou-r-2-6-bilhoes-em-indenizacoes-decorrentes-de-covid-19.html>.
17. HERRERA DIAZ, Rebeca. *El Impacto de la Pandemia en los Seguros de Vida. Presentación hecha en el marco del Congreso de Derecho de Seguros* organizado por Fasecolda, el 24 de noviembre de 2021.
18. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>.
19. Aporte brindado por la Licenciada Licda. María Lorena Murillo Salazar. Abogada y Notaria Especialista en Derecho Público- Asesoría en Derecho de Seguros. E-mail: lmurillomsabogados@ice.co.cr murillo.lorena@gmail.com. San José, Costa Rica, Barrio Escalante, Avenida 11, Calles 25-29, No. 2967. Estudio compartido por la Licenciada María Lorena Murillo, secretaria de ACODES.

20. América Latina, Reporte Estadístico Mercado Asegurador por Ramo, diciembre de 2021. Latino Insurance Online y Fides, Federación Interamericana de Empresas de Seguros.
21. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-france>. Global Insurance Industry France, International Bar Association. Valecon, Alexis; Baoudoin, Jean-Baptiste. Kennedy's Law.
22. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-spain>. Global Insurance Industry Spain, International Bar Association. Angell, Jorge. Rodrigo Abogados.
23. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-united-kingdom>. Global Insurance Industry United Kingdom. Ong, Ling; Freeland, Pamela; Fitzgerald, Mark. Weightmans.
24. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-united-states>. Global Insurance Industry United States. International Bar Association. Qian, Shen; Palomo, Ernesto. Holland & Knight.
25. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-costa-rica>. Global Insurance Industry Costa Rica. Garro, Neftalí. BLP Legal, Costa Rica.
26. El COVID-19 y su Impacto en el Contrato de Seguros, una Visión desde el Derecho de Seguros. Signorino Barbat, Andrea.
27. DURÁN MÉNDEZ, S. *Imprevisión en contratos aleatorios: una revisión analítica a la teoría de la imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio*. Revista de Derecho Privado, (55). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.04>, 2016.
28. UNIDROIT, Principios Generales de los Contratos Privados, art. 6.2.3(1), la solicitud se debe hacer de manera oportuna según las situaciones de tiempo, modo y lugar de la circunstancia imprevista y de la ejecución del contrato.
29. <https://www.ibanet.org/insurance-committee-report-covid-19-impact-global-insurance-industry-brazil>. Global Insurance Industry. International Bar Association. Duque Estrada, Daniela; Ximenes. Carlos. Castro Barros Advogados.

