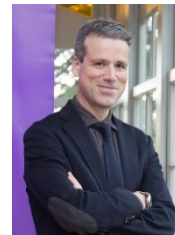




Responsabilidad Civil por contagio del COVID-19

¿ES VIABLE EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL AL EMPRESARIO TITULAR DEL ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO POR EL CONTAGIO DE UNO DE SUS CLIENTES? ¿ESTARÍA CUBIERTO EL SINIESTRO POR EL SEGURO DE RC GENERAL?



*Autor: Fernando Peña López
Director de la Cátedra Fundación Inade: Gestión del Riesgo y el Seguro*

A medida que vaya avanzando el proceso de desescalada en el que nos encontramos inmersos, es posible que personas que hayan visitado establecimientos abiertos al público se sientan inseguras dentro de los mismos ante el flagrante incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario. Si después estas personas descubren que están padeciendo el COVID-19, es también razonable pensar que alguna de ellas se convenza de que el contagio se ha producido en aquel establecimiento tan poco respetuoso con los protocolos de seguridad. La pregunta fundamental que me he planteado responder en este breve artículo es, precisamente, la de cuáles son las condiciones que deberían darse para que esa persona pudiese conseguir una condena del empresario como responsable civil de los daños derivados del supuesto contagio en el establecimiento abierto al público.

Así pues, en abstracto, el supuesto objeto de análisis es el siguiente: visita de un potencial cliente a un establecimiento comercial durante la pandemia, descubrimiento posterior, por parte del visitante, de que ha contraído el COVID-19, y, finalmente, presentación de una demanda argumentando que el contagio se produjo en el establecimiento comercial del empresario o profesional demandado. No analizaré, por lo tanto, ni la eventual responsabilidad que podría tener el mismo empresario o profesional en el supuesto de que quien se contagie sea uno de los trabajadores contratados por él, ni tampoco la que se podría generar respecto de los proveedores, prestadores de servicios u otros terceros empresarios que cooperen, de un modo u otro, en la actividad del establecimiento.



Lo primero que cabe destacar en este caso que analizo es que se trata de un asunto de derecho de consumo. Todos los clientes (o potenciales clientes) que acceden al establecimiento comercial tienen la condición de consumidores en el sentido del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Esta circunstancia implica que, en principio, para resolver el caso que nos estamos planteando debemos aplicar los regímenes de responsabilidad civil regulados en este texto legal, cuyo objetivo fundamental –como es bien sabido– es conseguir un alto grado de protección de los consumidores.

La responsabilidad civil por daños a los consumidores se encuentra regulada dentro del libro III del TRRLGDCU. En este libro, básicamente, se contienen dos tipos de regímenes de responsabilidad civil: los de responsabilidad civil por productos defectuosos y los de responsabilidad por servicios defectuosos. El caso que nos interesa no encaja nada bien en la responsabilidad por productos del TRLGDCU, porque el único supuesto imaginable –al menos, que a mí se me ocurra– en el que la infección puede producirse por causa de un producto (la infección por el contacto del cuerpo del cliente con un producto infestado de virus) difícilmente será un caso de responsabilidad por productos defectuosos. El régimen de responsabilidad contenido en ese capítulo regula la responsabilidad del productor, no la del titular de la tienda o establecimiento abierto al público. Se trata de una responsabilidad por defectos originarios del producto y que, por consiguiente, queda excluida cuando: “es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto” (art. 140.b TRLGDCU). Así pues, sólo en el extraño caso de que “quepa presumir” que el producto ya estaba infectado por el virus cuando el productor lo puso en circulación, podría ser aplicado este régimen.

Así pues, tenemos que buscar la norma aplicable para resolver el caso que me he planteado entre las reglas de responsabilidad por servicios defectuosos (arts. 147 y 148 TRLGDCU). Estas reglas están dirigidas a reaccionar frente a la prestación de servicios contratados por el consumidor. Por lo tanto, son claramente aplicables cuando el cliente afirma haber contraído el virus mientras el empresario o sus dependientes le prestaban un servicio que el cliente había contratado dentro del propio establecimiento (mientras el peluquero le arreglaba su barba, mientras tomaba su consumición en la terraza o mientras el dentista le practicaba el empaste). En mi opinión, además, también son de aplicación a todos aquellos casos en los que el cliente mantiene que el contagio se produjo mientras



estaba esperando a que le atendieran los dependientes del empresario, o al estar curioso entre los expositores del establecimiento. A mi modo de ver, el mismo hecho de tener un establecimiento abierto al público supone que el empresario está ofreciendo a cualquier consumidor que acceda al local un servicio de atención personal en condiciones de seguridad y salubridad. Se trata de una mera consecuencia del deber general de seguridad de los bienes y servicios del art. 11 TRLGDCU. En el momento en el que el consumidor accede al local, acepta tácitamente ese ofrecimiento del empresario, y surge para aquél el deber de atender al cliente “en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración”, no supone “riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas” (art. 11.2 TRLGDCU). La defectuosa prestación de este servicio de atención en condiciones de seguridad también genera responsabilidad por servicios defectuosos para el empresario.

De los dos regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos, prácticamente en todas las ocasiones va a resultar aplicable al caso, el contenido en el art. 147 TRLGDCU. El del 148 TRLGDCU (que es de responsabilidad objetiva, mucho más riguroso con el empresario) rara vez se aplicará a los casos que estoy contemplando. Se trata de una regla de responsabilidad la jurisprudencia suele aplicar de forma bastante restrictiva, y que sólo está prevista para servicios que requieren “controles sistemáticos de calidad” y la “garantía de determinados niveles de eficacia y seguridad objetivamente determinados”. En definitiva, y sin perjuicio de que en alguna ocasión, pudiéramos encontrarnos con que podría resultar de aplicación el art. 148 TRLGDCU (piénsese por ejemplo, en la prestación de servicios de odontología o de podología, calificables, sin duda, como servicios sanitarios, a los que debe aplicarse este régimen), la mayor parte de las veces será el régimen del art. 147 el relevante para resolver los supuestos de contagio del COVID-19 por prestación defectuosa de servicios.

¿Qué debería probar el cliente para tener éxito en su acción para exigir responsabilidad frente al empresario titular del establecimiento? Lo primero que debe tenerse en cuenta en este sentido es que el régimen del art. 147 del TRLGDCU, es un régimen de culpa presunta. Esto significa que el consumidor sólo tiene que probar dos cosas: a) que padeció el COVID-19 y esto le ha causado daños (de cualquier tipo), y b) que el contagio se produjo en el establecimiento abierto al público del empresario.



A partir de aquí, será el empresario el que, si no quiere tener que indemnizar el daño a su cliente, tenga que probar que ha cumplido con “las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

El daño. De las tres condiciones básicas a las que me acabo de referir: daño, causalidad y culpa, la primera es la que plantea menos dificultades. En el caso de contagio del COVID-19, el daño indemnizable estará constituido, obviamente, por los daños físicos, patrimoniales y morales derivados del hecho de padecer la enfermedad (ya sea que ésta produzca la muerte del cliente, lesiones permanentes o sólo lesiones temporales). En cualquier caso, en España, todos estos daños y perjuicios es seguro que se valorarán conforme al sistema de valoración de daños personales de Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, TRLRCSCVM).

Como es bien conocido, este sistema, previsto en principio sólo para daños derivados de accidente de tráfico, hace mucho tiempo que se emplea “con carácter orientativo” (en la práctica, esta cualificación apenas significa nada) por parte del TS para valorar cualquier daño personal. En realidad, la mención de este “carácter orientativo” tiene como única consecuencia la posibilidad para el demandante de probar que alguno de los perjuicios producidos por el hecho dañoso no está bien valorado en el sistema del TRLRCSCVM (llamado coloquialmente, “el baremo”), y obtener una cantidad adicional por ello, que se sumará a la indemnización resultante de aplicar dicho sistema. Más allá de lo que se acaba de señalar, lo más interesante, en mi opinión, del supuesto que nos hemos planteado para hacer este análisis, tiene que ver con la relación de causalidad y con la culpa o negligencia.

La causalidad. El primero de los dos presupuestos de la responsabilidad que me faltan por analizar es la causalidad. En el derecho español, como en cualquier otro derecho de nuestro entorno, el demandante debe probar que el daño que demanda (el derivado de haber contraído el COVID-19) es el efecto de la prestación del servicio defectuoso por parte del empresario: bien del servicio de atención personal al cliente en condiciones de seguridad, dentro de los establecimientos abiertos al público (en la tienda donde se adquiere la camisa o la lámpara), bien del servicio en particular que el consumidor haya contratado y que se le presta en el propio establecimiento (el corte de pelo, la extracción de la muela, el masaje hidrotermal o la comida en el restaurante).



La inmensa mayoría de los problemas que genera el caso que estoy analizando tienen que ver con la prueba empírica de que el COVID-19 se ha contraído en el establecimiento del empresario demandado. Naturalmente, para conseguir una declaración de responsabilidad del empresario no es suficiente con la prueba de que el cliente se ha infectado con el COVID-19 y de que, además, ha acudido al establecimiento del empresario o profesional demandado. Es necesario probar que lo segundo es el antecedente causal de lo primero. Ello implica, en primer término, acreditar una secuencia temporal entre un hecho y el otro (el cliente debe haber estado en el establecimiento antes del contagio). Este simple suceder de los dos hechos en el tiempo ya no resulta fácil, en relación con un virus, como el SARS-CoV-2, cuyo período de incubación oscila entre los cinco y los quince días. Pero, si esto ya es complicado, todavía es más difícil probar que el contagio se produjo precisamente allí, en el local del empresario, y no en cualquier otro lugar (de camino al establecimiento, a la vuelta, o al acudir al trabajo al día siguiente).

Obviamente, probar con absoluta certeza dónde, cómo y cuándo se produjo la entrada de un virus nanoscópico como el SARS-CoV-2 en el cuerpo del cliente es imposible. Todo lo más que podremos llegar a acreditar es que existe una probabilidad más o menos elevada de que el contagio tuviese lugar en el establecimiento del empresario. Algo que no parece lo mismo que probar la causalidad. Sin embargo, lo cierto es que la imposibilidad de obtener la certeza en el ámbito probatorio no es infrecuente ni extraña en el mundo de la responsabilidad civil (ni, por extensión, en el mundo del derecho en general). Todo lo contrario, es algo cotidiano con lo que el derecho tiene que convivir necesariamente. Probar qué o cómo sucedieron ciertos hechos en el pasado es una actividad que exige, por definición, trabajar con probabilidades, y no con certezas.

La manera que tiene el derecho de lidiar con este problema se concreta en un tipo concreto de normas procesales que se denominan estándares probatorios. Estos estándares probatorios establecen qué intensidad o grado debe tener la probabilidad de un hecho para que se entienda acreditado que, efectivamente, ha sucedido. Se trata de normas cuyo ejemplo más conocido es la norma, típica de las películas americanas sobre crímenes y procesos, que ordena probar la comisión de un delito “más allá de toda duda razonable”, y que equivale aproximadamente a nuestra presunción de inocencia.



En la práctica, esta norma implica que es necesario acreditar una probabilidad muy alta de ocurrencia, para que se considere probado, un hecho delictivo (se podría cifrar en un 85-90%). Otra norma de este tipo, muy común en el derecho español, es la que ordena presentar un “principio de prueba” para que se produzcan determinados efectos procesales. Es lo que sucede, por ejemplo, con la exigencia de presentar “un principio de prueba” para que se admita la demanda de paternidad. En el lenguaje de las probabilidades, esta exigencia supone que el que quiere interponer la demanda de reclamación de paternidad debe probar que existe un cierto grado de probabilidad de que, efectivamente, sea hijo de quién afirma serlo (un grado que podríamos cifrar quizá en un 20-25%).

En definitiva, para conocer cómo debemos solventar el problema de la incertidumbre acerca del contagio del COVID-19 en el establecimiento del empresario, es necesario determinar el estándar probatorio aplicable a una cuestión de responsabilidad civil como la que analizamos. A este tipo de supuestos, el estándar probatorio aplicable es el estándar general del “mayor grado de probabilidad”. Este estándar establece que, para entender acreditado que el COVID-19 se contrajo en el establecimiento del empresario, el demandante debe ser capaz de probar que existen más probabilidades de que así fuese, que de lo contrario. Obviamente, corresponderá al juez determinar si la prueba aportada al proceso satisface ese nivel de probabilidad. Para ello será importante acreditar hechos como que el cliente apenas había salido de su domicilio, que siempre llevaba elementos de protección y cumplía con las normas de seguridad, el nivel de desprotección e incumplimiento que existía en el establecimiento comercial, la existencia de otros casos detectados por haber visitado el mismo establecimiento, así como los datos disponibles sobre transmisión comunitaria del virus en el lugar de residencia del cliente, entre otras muchas circunstancias. De lo que se trata es de convencer al juez de que lo más probable es que el demandante se contagiase donde él afirma haberlo hecho, aunque puedan existir dudas razonables de que así ha sido.

¿Y cómo es posible que se entienda probado un hecho que es posible que no haya sucedido? ¿Tiene sentido algo así? Por supuesto, no sólo tiene sentido, sino que, en realidad, es el único criterio que respeta el principio de igualdad de partes que rige el proceso civil español. En un proceso en España, demandante y demandado deben ser tratados igual, por la ley y por el juez, sin favorecer a uno o a otro.



Inclinar el estándar hacia el demandante (haciendo que tenga que probar menos del 49% de probabilidades para que el hecho se entienda probado) o hacia el demandado (haciendo que el demandante necesite probar más del 51%), sería igual que beneficiar a una de ellas. Una de las partes, en tal caso, necesitaría menos “intensidad probatoria” que la otra para que se entendiese probado un hecho que le interesa. Es más, en un supuesto de derecho de consumo como el que nos ocupa, en el que el consumidor es la parte débil de una relación asimétrica, exigir un mayor grado de probabilidad que el 51% para entender acreditado el contagio, nos conduciría necesariamente a beneficiar a la parte que se considera fuerte o predominante en la relación de consumo (el empresario, el cual, en un caso en el que lo más probable es que el consumidor se contagiara en su local no respondería). Siendo así, como ya he dicho, en el asunto que nos interesa, lo único que se le debe exigir al demandante en materia de causalidad es convencer al juez de que es más probable que se contagiase en el establecimiento del empresario, que lo contrario.

La culpa. Para concluir, quedan por analizar los problemas que puede plantear la prueba la prueba del empresario de que ha actuado con toda la diligencia y el cuidado debido. En este sentido, no es complicado definir, en abstracto, el contenido de ese deber de diligencia del empresario. De hecho, en España, como supongo que sucede en todo el planeta, llevamos meses debatiendo y discutiendo, política y socialmente, acerca de la necesidad o conveniencia de adoptar unas u otras medidas de precaución y cuidado para evitar la propagación de la enfermedad. Desde el comienzo de la pandemia, distintas autoridades públicas españolas en sus diversos ámbitos de competencia (pero sobre todo el gobierno central) han venido dictando normas, reglas y emitiendo recomendaciones acerca de cómo deben comportarse los empresarios de los distintos ramos de actividad y los ciudadanos en general.

Estas normas de distinto rango (cuya claridad en cuanto a su contenido y ámbito de aplicación a veces deja que desear), así como las recomendaciones que las acompañan, son las que conforman los diversos deberes de diligencia exigibles a los empresarios y profesionales. Con ellas, cada empresario debería conformar un protocolo de actuación cuyo cumplimiento, llegado el momento, sería la demostración de que satisfizo su deber de diligencia y que, por lo tanto, el contagio –aunque pudiera ser que tuviese lugar en su establecimiento- no se produjo por su culpa o negligencia.



Más allá de lo que acabo de decir, creo que es interesante resaltar que la cuestión de la diligencia del empresario, a pesar de que en principio tenga que probarla el propio empresario o profesional, seguramente ya será objeto de consideración especial en la demanda del consumidor. En efecto, si el cliente prueba que el servicio se le prestó sin mascarilla, sin que se mantuviesen las distancias con otros clientes y sin ofrecerle el líquido desinfectante de rigor, no sólo estará probando que el empresario actuó con culpa, sino además que la probabilidades de que se contagiase en ese preciso lugar son más elevadas. Culpa y causalidad aparecerán necesariamente entremezcladas en un asunto de contagio del COVID-19 en un establecimiento mercantil. Para lograr convencer al juez de que lo más probable es que el consumidor se contagiase en el local del empresario, será decisivo acreditar que, de entre todos los lugares en los que estuvo el cliente, fue allí donde había más riesgo de contagio.

En sentido contrario, pero incidiendo también en dos elementos distintos del régimen de responsabilidad, jugará la prueba de que fue el cliente el que se negó o no respetó los protocolos de seguridad del establecimiento. Por una parte, reducirá la probabilidad causal de que el daño se deba a la prestación del servicio (recuérdese que la responsabilidad se produce porque el empresario causa el daño, no porque el cliente contrae la enfermedad en el local), haciendo más difícil que el juez considere acreditada la relación de causalidad; y, por otra parte, servirá como fundamento para alegar la culpa exclusiva –o, por lo menos, concurrente del consumidor. La primera conducirá a que el empresario no responda en absoluto, por entenderse que fue la propia víctima la “responsable” (en sentido impropio) del daño causado; y en el segundo a un reparto de responsabilidades entre ambas partes, reduciéndose la indemnización a cargo del empresario en proporción a la culpa que el juez atribuya al cliente.

La última cuestión que me había propuesto tratar era la de si el seguro de responsabilidad civil general del empresario cubrirá el siniestro abstracto que he estado comentando. En concreto, si el empresario podrá activar la cobertura del responsabilidad civil de explotación. En principio, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación habitual de esta cobertura (daños materiales o personales y perjuicios consecutivos causados a terceros en el ejercicio de la actividad asegurada), el siniestro quedaría cubierto. Sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones, esta cobertura estará afectada por exclusiones en las que se extraen de la misma a los siniestros que sean consecuencia de eventos extraordinarios o de fuerza mayor (como, sin duda, es la crisis del coronavirus).



Así pues, sólo si la póliza no contuviera ninguna exclusión relativa a este tipo de eventos, podría el asegurado librarse del pago de la indemnización –hasta el máximo de la suma asegurada- activando la cobertura de explotación.

La "Cátedra Fundación Inade - UDC: La gestión del riesgo y el seguro" nació el 4 de diciembre de 2016 fruto de un convenio de colaboración entre Fundación Inade y la Universidade da Coruña. Tiene como objetivos estratégicos el fomento y la divulgación de una cultura de gestión responsable del riesgo en la sociedad; contribuir a la formación de profesionales cualificados y preparados para mejorar la gestión de los riesgos presentes en el entorno socioeconómico de Galicia; y fomentar la transferencia de conocimientos en materia de gestión de riesgos y seguros desde la universidad a la sociedad. Su director es el Doctor Fernando Peña López, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidade da Coruña.