OTROSÍ

REVISTA DEL COLEGIO
DE ABOGADOS DE MADRID / 2020
7ª ÉPOCA

6

NÚMERO 6/ 2020 / 7ª ÉPOCA

OTROSI

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Número Especial

Justicia y Derecho en tiempos de pandemia

SALUDABOGACÍA

65 años cuidando la salud de los Profesionales del derecho

y queremos celebrar **65 años más**, porque también **cuidamos lo que pagas por ello.**

SIN CARENCIAS*

PROMOCIÓN

CONTRATANDO DEL

1 al 30 de junio 2020

ESPECIAL PARA FAMILIAS

Familia sin hijos/hijas	84€
Familia con 1 hijo/hija	117€
Familia con 2 hijos/hijas	150€
Familia con 3 hijos/hijas	176€

Tarifa plana mensual sin copago

COLEGIADOS/COLEGIADAS HASTA 35 AÑOS

30€/mes

sin copago

Más de 39.000 profesionales y 800 clínicas y centros hospitalarios en toda España.
Accede a TU TARJETA DIGITAL y gestiona tu póliza en el Área Privada de www.nuevamutuasanitaria.es

Infórmate en:
91 290 90 90
contratacion@nuevamutuasanitaria.es

NUEVAMUTUASANITARIA

* Tarifas Plan Familia válidas para 2020 y 2021; Colegiados/Colegiadas hasta 35 años válida para 2020, 2021 y 2022 | Las tarifas se incrementarán en un 0,15% TCCS | Para la revisión de primas en sucesivas renovaciones se atenderá a los criterios de actualización anual de las condiciones económicas recogidos en la póliza | Promoción válida para nuevos asegurados | Plan Familia dirigido a parejas sin hijos cuyos miembros tengan menos de 45 años y familias con hijos cuya media de edad no supere los 35 años | Promoción válida para contrataciones desde el 1 de febrero de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2020 | Promoción "no aplicamos periodo de carencia" dirigida a nuevos asegurados que se den de alta del 1 al 30 de junio de 2020. El alta en esta promoción implica que no se aplican los periodos de carencia de 180 días definidos en las condiciones generales del seguro, salvo para la asistencia al parto que si es de aplicación. También son de aplicación los 24 meses de carencia de las prestaciones especiales siguientes: diagnóstico y tratamiento de la infertilidad y cirugía refractiva de la miopía.

SUMARIO

5
Queridos compañeros
La abogacía como motor de la reconstrucción económica y social

Justicia y Derecho en tiempos de pandemia

6
El derecho de defensa, garantía del Estado de Derecho
Juan Carlos Campo Moreno

8
Nueva complicidad
Enrique López López

12
Sumando conseguiremos una justicia para todos
Victoria Ortega Benito

15
Mundo jurídico y pandemias
Antonio Garrigues Walker

16
La nueva litigiosidad
Natalia Velilla Antolín

18
Juicios telemáticos: ventajas y posibles riesgos
Escarlata Gutiérrez Mayo

22
Abogacía de oficio durante el estado de alarma
África Calleja Granado

24
Los servicios públicos en la pandemia
Alberto Dorrego de Carlos

28
El estado de alarma ante su más difícil prueba
Alfonso Cuenca Miranda

30
Marco jurídico en la desescalada y posibilidades legales para afrontar rebrotes
Germán M. Teruel Lozano

34
Procedimientos de Familia tras el estado de alarma
Ana Clara Belío Pascual

38
Claves del teletrabajo en la era post COVID-19
Ana Gómez Hernández

42
La desecalada de los ERTE
Javier Hervás

46
Los arrendamientos de locales de negocio tras el COVID-19: llega la hora de la verdad
Alberto Torres López

48
Efectos de la pandemia en los arrendamientos urbanos de viviendas habituales
Luis Martín Contreras

50
Algunos efectos de la pandemia en la Justicia penal
Antonio Abellán Albertos

54
Estado de alarma y derechos fundamentales
Miguel Ángel Presno Linera

56
La libre circulación de personas ante la crisis del COVID-19
Carlos Brito Siso

58
¿Vigilancia digital para controlar el coronavirus? De qué estamos hablando
Borja Adsuara

62
COVID-19, pruebas diagnósticas y protección de datos personales
Juan José Bestard Perelló

66
Cambio de paradigma en el sector biofarmacéutico y de tecnología sanitaria
Nuria Amarilla Mateu

68
Derecho a la salud y asistencia sanitaria durante la pandemia
Esperanza Marcos Juárez

74
Responsabilidad de los profesionales de la salud en el ámbito de la pandemia
Ángel Sánchez Blanco

78
Pandemia y Justicia: la mediación, el gran reto de la abogacía
Pascual Ortuño

80
Arbitraje y mediación: dos ofertas de CIAM para afrontar situaciones de crisis
José Antonio Caínzos

82
Derecho de la competencia en la era COVID-19
Juan Ignacio Signes de Mesa

84
Legaltech a la vanguardia del sector legal
Alejandro Touriño

86
Impacto de pandemia y la nueva normalidad en los despachos de abogados
Emilio Martínez

90
"Desescalada" en despachos pequeños y medianos: algunas reflexiones útiles
José Luis Pérez Benítez

94
Abogacía en movilidad: nuevas formas de trabajo para un nuevo tiempo
Silvia Prieto

96
Incidencia de la normativa COVID-19 en las garantías reales y personales
Eva Pareja Rodriguez de Vera

100
Principios ELI para la crisis del COVID-19
Carmen Jerez Delgado

104
COVID-19, apoyo a las empresas en tiempos de crisis
Miguel Ángel Ladero

106
Formulación, verificación, aprobación y depósito de las cuentas anuales COVID-19
Enrique Fernández Otero

110
La importancia de la RSC y su impacto en el posicionamiento y reputación de las instituciones
Javier Garilleti

112
Testamento en caso de epidemia
Carlos Pérez Ramos

116
La regulación del uso de las piscinas en la nueva normalidad
Vicente Magro Servet

ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

CONSEJO DE REDACCIÓN: *Emilio Ramírez, Manuel Martín, Montserrat Pereña, Marta Iglesias y Alfonso Merlos*

COORDINACIÓN: *Jaime Gómez*

DISEÑA Y PRODUCE: *Lefebvre*

© 2018 Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Todos los derechos reservados.

DEPÓSITO LEGAL: *M-54116-2008*

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de OTROSÍ

Libertad
significa escoger tu propio camino

altermutua ABOGADOS

Escoge Alter Mutua de los Abogados

Descubre tu otra alternativa al RETA

+ INFORMACIÓN:

Sede Madrid: Velázquez 27, 1a Planta | T. 91 436 34 24 | M. 655 905 915

avillodre@altermutua.com | www.altermutua.com | asesores@altermutua.com

y en nuestras redes sociales

LA ABOGACÍA, MOTOR DE LA RECONSTRUCCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

José María Alonso Puig
Decano

Dejamos atrás una pandemia terrible de la que no tardaremos poco en recuperarnos y, casi sin tregua ni respiro, nos vemos impelidos a cambiar el paso a enorme velocidad, a avanzar, a iniciar el trabajo por delante para la reconstrucción, mitigando así los efectos y la duración de la crisis.

Estos largos y duros meses de confinamiento y restricciones nos han recordado la contribución al interés general, en estado de alarma, de magníficos profesionales que realizan tareas esenciales; han puesto de relieve la dependencia mutua entre unos actores sociales y otros, obligando a nuestros representantes a concentrarse contrarreloj en la política del bien común; han revelado que los poderes públicos deben ponderar, constantemente y con sumo cuidado, el alcance de las medidas que aprueban y su incidencia en los derechos fundamentales; y, desde luego, han puesto de manifiesto la necesidad imperiosa de conciliar la salud, las libertades y la economía, sin fundamentalismos.

Pero **la reflexión debe ya ser relevada por la acción:** decidida, urgente. Hemos de reconvertir nuestra forma de organizarnos y nuestras propias ciudades como espacio de convivencia, haciéndolas más resistentes, más competitivas, más atractivas, mejores.

Por la parte que nos toca, que no es menor, **la Abogacía puede aportar el conocimiento, el talento y la experiencia ahora tan demandados.** Aquellos profesionales en los que se dan las condiciones de cualificación y las capacidades técnicas adecuadas para liderar y contribuir de manera decisiva a este día después han de estar en primera línea del frente.

La movilidad, el ahorro de energía, el urbanismo y la rehabilitación de edificios, la digitalización y el teletrabajo, la necesaria agilización de trámites administrativos, la mediación y las nuevas formas de resolución de conflictos frente al colapso judicial... todas ellas son áreas que ya se están **repensando,** desde el punto de vista técnico, con el propósito de trazar una **hoja de ruta** encaminada, en su término, a salvaguardar el **tejido económico** que sustenta, en la parte más cercana que nos concierne, Madrid y su región.

La cobertura jurídica de este plan tan ambicioso, en el que profesionales de todos los sectores estamos embarcados, es crucial, porque los propios desafíos, incluso los conflictos que abordamos, lo son. De ahí la oportunidad de este número de OTROSÍ, que se instituye en un compendio de análisis especializados sobre los irremediables retos que encaramos en este tiempo nuevo.

En días en los que necesitamos ser especialmente humanos, empáticos, eficaces, en los que hemos de seguir manteniendo la moral alta porque la adversidad ha remitido pero no ha desaparecido por completo, nada ha de dejarse al azar. Sujetos a las imprescindibles herramientas del Derecho, y como abogados, **hemos de estar preparados para dar lo mejor de nosotros mismos y contribuir al progreso social,** ahora que la tormenta va remitiendo y no podemos permitir que regrese.

EL DERECHO DE DEFENSA, GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO

Por Juan Carlos Campo Moreno
Ministro de Justicia

España, como el resto del mundo, vive **tiempos de grandes desafíos económicos y sociales** derivados de la crisis sanitaria de la COVID-19, que nos obligan a la responsabilidad y a la unidad. En ese sentido, los operadores jurídicos han hecho frente al reto de velar por los derechos fundamentales y las libertades públicas de la ciudadanía en un contexto de máxima dificultad.

Esa tarea ha resultado exitosa y así lo reconoce el conjunto de la sociedad: la Justicia y todos los profesionales que intervienen en la misma han garantizado, aun en circunstancias complejas, el funcionamiento del Estado de Derecho. En esa línea, merece especial agradecimiento **el enorme esfuerzo que la Abogacía ha hecho para preservar la materialización del derecho de defensa** de los ciudadanos.

Sin embargo, la crisis también ha puesto de manifiesto determinadas deficiencias en las que tenemos que poner el foco. **Es el momento de emprender las reformas procesales, organizativas y tecnológicas que la ciudadanía demanda** para convertir la Justicia en un auténtico servicio público de calidad.

Para ello, desde el Ministerio de Justicia hemos puesto en marcha **el Plan Justicia 2030, que ahora cobra aún más sentido como motor dinamizador de la economía y de la reconstrucción social,** dentro del cual contemplamos medidas específicas de consolidación de derechos de la ciudadanía. Entre ellas, se encuentra la aprobación de una ley que impulse la eficiencia procesal y la Justicia sostenible, la de una moderna y nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o la de una Ley Orgánica reguladora del Derecho de Defensa.

Aunque **la Ley del Derecho de Defensa parte de una reivindicación histórica del sector**, anterior por tanto al inicio de la pandemia, con ella no solo podremos desarrollar legalmente el derecho de todo ciudadano a la defensa, sino que al mismo tiempo actualizaremos las normas del ejercicio de la misma por la Abogacía, impulsando el uso de las nuevas tecnologías e instrumentos procesales modernos y avanzados.

> *"España, como el resto del mundo, vive tiempos de grandes desafíos económicos y sociales derivados de la crisis sanitaria de la COVID-19, que nos obligan a la responsabilidad y a la unidad"*

Se trata, por lo tanto, de ampliar el desarrollo normativo del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, **reconociendo en norma con rango de ley algunas de las previsiones que se contienen en la Carta de Derechos del Ciudadano** ante la Justicia. Tengo la convicción de que debemos hacer algo tan sencillo y a la vez tan complejo como asegurar la efectividad de tales derechos, poniendo siempre al ciudadano en el centro de la Justicia.

La Ley de Defensa debe garantizar los derechos y deberes que conforman la propia defensa desde **tres planos diferentes**: el ciudadano en su relación con el abogado; el mismo ante los Tribunales, y la Abogacía respecto del ciudadano y los Tribunales. Los tres deben vertebrarse, sin duda, a la luz de los pronunciamientos sobre derechos humanos de la justicia europea.

Efectivamente, desde un primer plano los ciudadanos deben conocer qué derechos y deberes tienen cuando acuden a un abogado para la defensa de sus intereses en

un procedimiento judicial. Dicho de otra manera, debemos **reforzar el marco de seguridad jurídica de ambas partes, abogado y justiciable**, desde los primeros momentos de la asistencia jurídica.

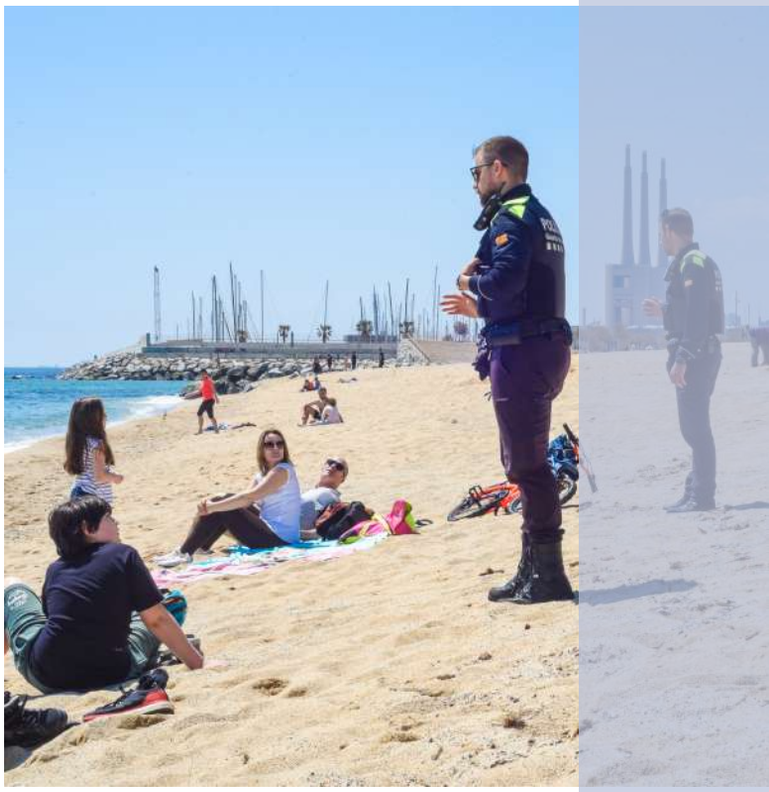
En segundo lugar, hemos de **velar por los derechos y deberes que asisten al justiciable durante el procedimiento**, tales como el derecho a ser informado del estado del mismo o de lo actuado por su abogado en defensa de sus intereses, a obtener copias del expediente o a que se emplee un lenguaje comprensible. Siempre he considerado especialmente sensible este último punto: debemos aproximar el lenguaje jurídico a la ciudadanía para evitar que se produzca cualquier clase de indefensión.

"Aunque la Ley del Derecho de Defensa parte de una reivindicación histórica del sector, anterior por tanto al inicio de la pandemia, con ella no solo podremos desarrollar legalmente el derecho de todo ciudadano a la defensa, sino que al mismo tiempo actualizaremos las normas del ejercicio de la misma por la Abogacía, impulsando el uso de las nuevas tecnologías e instrumentos procesales modernos y avanzados"

En último término, también debemos aprovechar la oportunidad para **concretar los derechos y obligaciones del abogado** respecto del tribunal y del justiciable. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a facilitar información sobre las distintas líneas de defensa de los intereses, incluida la mediación u otras formas extrajudiciales de resolución de conflicto. De este modo, algunas cuestiones que hoy día tienen sólo amparo en el código deontológico accederían a norma con rango legal.

En cualquier caso, la norma tampoco olvidará la prestación del servicio de defensa por los abogados del **turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita, elementos nucleares para garantizar una auténtica tutela judicial efectiva**. La determinación del Ministerio de Justicia es seguir reforzando el derecho a la asistencia jurídica de aquellos que no disponen de recursos suficientes para litigar, como ordena la Constitución, y las garantías profesionales en las que presta tal servicio la Abogacía.

La novedad principal de la Ley será, en consecuencia, **configurar la relación integral de todos los aspectos que conciernen a este derecho constitucional**, que hasta ahora se hallaban dispersos en las diversas leyes



procesales. En definitiva, tal y como vienen demandando la ciudadanía y la Abogacía, es el momento de materializar en una ley orgánica el máximo de derechos y deberes tanto del ciudadano como del abogado, integrando en ella la jurisprudencia europea al respecto.

Para un encargo de esta importancia, hemos puesto en marcha una Comisión que reúne a expertos de diferentes ámbitos con una trayectoria profesional reconocida, presidida por un abogado del prestigio de **Antonio Garrigues Walker**. Asimismo, hemos emprendido una ronda de contactos con la sociedad civil en general y con los colectivos representativos de la Abogacía en particular para conocer de primera mano las aportaciones que puedan enriquecer el proyecto.

Soy consciente de que la defensa no es únicamente un derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Magna, lo que ya merecería la mayor de las tutelas. Es, además, un auténtico principio vertebrador del proceso judicial sin el que no es concebible un verdadero Estado de Derecho. **Sin defensa no hay tutela judicial efectiva**, y sin tutela judicial efectiva solo hay indefensión y desigualdad, incompatibles con una democracia.

Estoy seguro de que estaremos a la altura del reto. Como dijo Cicerón, "*somos esclavos de las leyes para poder ser libres*". Ese debe ser nuestro objetivo: asegurar la libertad y la igualdad de la ciudadanía a través del único instrumento capaz de preservarlas, la Ley. Reforzando el derecho fundamental a la defensa que consagra la Constitución estaremos, en última instancia, **fortaleciendo nuestro Estado de Derecho y nuestra democracia.**

NUEVA COMPLICIDAD

Por Enrique López López
Consejero de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid

La pandemia de COVID-19 ha cruzado fronteras y ha supuesto un revés, a todos los niveles, para la sociedad española, alterando nuestras costumbres y afectando a nuestro bienestar. La Justicia no es una excepción a este respecto. Las circunstancias nos han puesto en una situación muy difícil. Para los que integramos la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas que tengo el honor de dirigir, también ha sido motivo de reflexión, de respuestas, de adaptación inmediata y me atrevo a decir, que de segura recuperación.

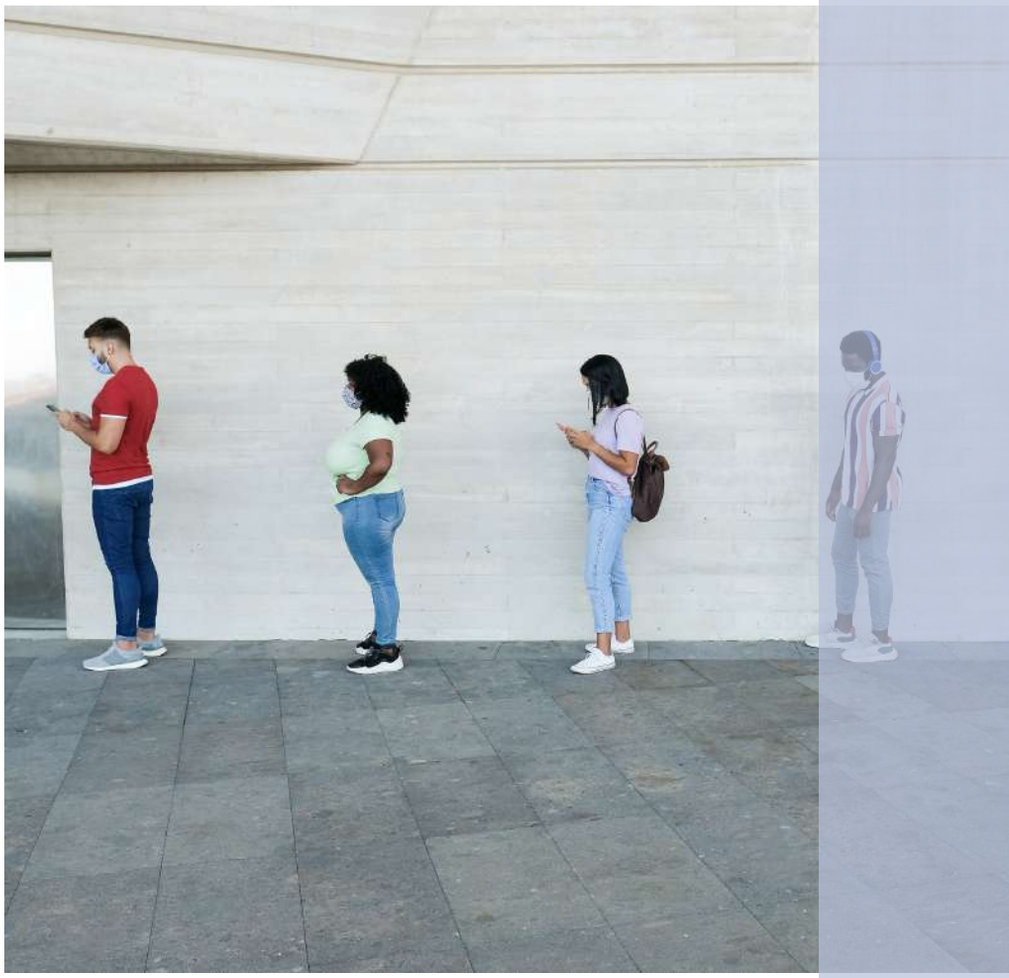
En estos meses no hemos estado solos. Formamos parte de un Gobierno serio y valiente que se adelantó en medidas, que no ha escatimado en esfuerzo y trabajo. En este durísimo viaje, también ha sido inestimable la ayuda y la colaboración de todos los operadores jurídicos y de toda la sociedad madrileña. Probablemente ha sido éste el escenario más difícil que me ha tocado vivir como servidor público pues el estado de alarma ha supuesto medidas prácticamente inéditas, como el confinamiento de la población y también, el confinamiento de derechos individuales amparados por la Constitución.

Soy consciente de que la justicia juega una función social extraordinaria y esta crisis nos muestra la oportunidad de volver a elaborar políticas públicas que ofrezcan a la sociedad un mejor servicio, reformulando un cambio de modelo, un modelo más ágil y eficiente que incremente la seguridad jurídica y refuerce nuestra competitividad. Si anteriormente a la pandemia teníamos una hoja de ruta establecida y unas convicciones profundas sobre las necesidades y demandas de la justicia madrileña que establecimos en el Plan Justicia 21x21; ahora han surgido otras nuevas y necesitamos, más que nunca, de esa unidad y consenso para seguir avanzando y construir planteamientos de corte práctico. Con diligencia y eficacia, siendo conscientes de las competencias que tenemos las CCAA en materia de justicia, bajo las decisiones del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio y en consonancia con el resto de actores y agentes sociales.

La realidad nos ha puesto a prueba. Pero hemos intentado poner certidumbre en la incertidumbre y tejer, desde la Justicia y el Derecho, ese camino por el que transitan los colectivos más afectados por la COVID-19, ofreciéndoles respuestas proporcionadas y creíbles. La prioridad fue proteger la salud de los trabajadores de la Administración de Justicia, de cuantos trabajan en las sedes judiciales y de todos los usuarios. Hemos seguido las pautas que nos han marcado en cada momento las autoridades sanitarias y hemos trabajado en la implantación de medidas, tanto colectivas como individuales, antes inclu-

"Soy consciente que la justicia juega una función social extraordinaria y esta crisis nos muestra la oportunidad de volver a elaborar políticas públicas que ofrezcan a la sociedad un mejor servicio, reformulando un cambio de modelo, un modelo más ágil y eficiente que incremente la seguridad jurídica y refuerce nuestra competitividad"

so de que se decretara el estado de alarma. Con dificultad conseguimos materiales hasta en mercados bloqueados y los pusimos a disposición de los casi 9.500 trabajadores que componen la plantilla del personal funcionario y laboral de la Administración de Justicia, pero también a jueces, fiscales y letrados, sin estar siquiera legalmente obligados. Pero no nos quedamos ahí, garantizamos la distancia social, a través del servicio de vigilancia privada de las sedes judiciales, instalamos dispensadores de gel desinfectante en todos los accesos, controlamos el aforo en las zonas comunes y de atención al público redistribuyendo los puestos de trabajo y colocando mamparas de protección. Entregamos más de 10.000 pantallas faciales y 96.000 mascarillas y facilitamos al personal al servicio de la Administración de Justicia 9.000 test rápidos, por control y prevención, pensando en la reanudación de la actividad y pensando también en la tranquilidad de todos. Porque todos y cada uno, son parte de la solución de esta crisis sanitaria.



"La realidad nos ha puesto a prueba. Pero hemos intentado poner certidumbre en la incertidumbre y tejer, desde la Justicia y el Derecho, ese camino por el que transitan los colectivos más afectados por la COVID-19, ofreciéndoles respuestas proporcionadas y creíbles. La prioridad fue proteger la salud de los trabajadores de la Administración de Justicia, de cuantos trabajan en las sedes judiciales y de todos los usuarios"

Sé que solo expreso una opinión general si afirmo, que persisten los riesgos sanitarios, con posibilidad de un nuevo rebrote y que son temibles las consecuencias sanitarias y económicas que conlleva la pandemia. Siendo conscientes de esto, nos hemos ido preparando haciendo un esfuerzo ingente en la implementación de las medidas que han permitido y permitirán el teletrabajo, con 800 licencias del programa ISLA, y estamos trabajando en dar acceso al total de funcionarios de las oficinas judiciales y fiscales además de la puesta a disposición de una nueva dotación de ordenadores y acceso a VPN a todos los Jueces, Fiscales y Letrados, sin olvidarnos de la implantación de la aplicación Zoom para la realización telemática de vistas en órganos judiciales y el fomento de la firma electrónica. Esta crisis nos ha de servir para impulsar el proyecto de modernización de la justicia madrileña que ya habíamos iniciado, con la implantación de nuevos sistemas de información, aplicaciones y servicios para los ciudadanos y profesionales y la adecuación de los medios que necesitan las sedes judiciales. Queremos, con un escrupuloso respeto a todos, afrontar estos nuevos retos retomando en las mejores condiciones y con ambiciones redobladas todos los proyectos de mejora y modernización que tenemos en marcha. Porque estoy convencido que es el mejor momento para ese impulso modernizador.

Se trata de recuperar la vida en las calles, el pulso de nuestra economía y se hace necesario recuperar también el ritmo judicial y estar preparados para ese posible colapso que prevén los principales operadores

jurídicos. Es cierto que no todo lo solucionan las nuevas tecnologías y por ello, aparte de conciliar medidas de protección con la tutela judicial efectiva e imprimir la modernización que nos reclaman los ciudadanos, vamos a reforzar el orden jurisdiccional social, mediante la puesta a disposición de cuatro nuevas salas de vistas, con el fin de facilitar y agilizar la celebración de juicios. También desplegaremos medidas de apoyo para la resolución de demandas judiciales por la COVID-19, ofreciendo recursos económicos suficientes, para proveer de personal de refuerzo, así como equipamiento necesario al Tribunal Superior de Justicia de Madrid y a la Fiscalía, para apoyar y reforzar la atención para hacer frente a la avalancha de demandas de víctimas del virus.

Otro de los ejes y prioridades para este Consejero es el factor humano de la Justicia, porque la justicia está hecha para las personas. Por ello, en la elaboración del Plan de Choque real para hacer frente a esta crisis, hemos tenido en cuenta incentivos para los que operan día a día en la Administración de Justicia. Pero no solo los profesionales han de estar justamente tratados, también los usuarios. Durante esta crisis hemos estado muy pendientes de los colectivos más vulnerables o a los que más ha afectado esta pandemia, sobre todo de las víctimas de violencia de género o de los menores que sufren violencia, poniendo los medios necesarios para que no se produzca revictimización y haciendo de los juzgados, espacios más seguros y amigables.

La modernización y la humanización son claves para la calidad de la Administración de Justicia. Y a su vez, la calidad ha de ser uno de los pilares fundamentales de la gran empresa de reconstrucción autonómica y nacional a la que todos estamos convocados. La influencia de este extremo sobre competitividad y dinamismo es determinante. Necesitamos de seguridad jurídica para que la economía se fortalezca. Aunque no es una medida que tenga como causa la pandemia, sí que se ha impulsado en este contexto; me refiero al Observatorio de Justicia y de Competitividad de la Comunidad de Madrid, pensado para mejorar el funcionamiento de la justicia madrileña, incidiendo en la productividad y el crecimiento económico de la región.

"Otro de los ejes y prioridades para este Consejero es el factor humano de la Justicia, porque la justicia está hecha para las personas. Por ello, en la elaboración del Plan de Choque real para hacer frente a esta crisis, hemos tenido en cuenta incentivos para los que operan día a día en la Administración de Justicia. Pero no solo los profesionales han de estar justamente tratados, también los usuarios"

Superar esta crisis es fundamental para poder continuar con nuestra hoja de ruta, afrontando nuestros grandes proyectos y para seguir trabajando en la creación del Distrito Judicial Único en la Capital, ahora que los tribunales han desbloqueado el proyecto de la Ciudad de la Justicia. La Comunidad de Madrid también está en disposición de poner en funcionamiento siete juzgados nuevos, ya aprobados, seis de ellos en Madrid Capital y el séptimo en Torrejón de Ardoz. Es necesario y urgente abrir todas estas unidades como

lo es tener una planta judicial acorde con la carga de trabajo.

En éste y en otros temas, necesitamos el firme y decidido apoyo del Gobierno central para facilitar los recursos indispensables que garanticen la superación de esta pandemia que, por su urgencia y gravedad, exige el máximo esfuerzo y colaboración (y además hay que recordar que la Comunidad de Madrid es la que concentra una mayor actividad judicial). El Gobierno de España debe disponer de los recursos presupuestarios suficientes para poder hacer frente a las consecuencias, tanto sanitarias como económicas del coronavirus y el Ministerio de Justicia ha de reaccionar en temas de gran importancia como la revisión de la planta judicial o el aumento de la ratio de jueces por habitante.

"La modernización y la humanización son claves para la calidad de la Administración de Justicia. Y a su vez, la calidad ha de ser uno de los pilares fundamentales de la gran empresa de reconstrucción autonómica y nacional a la que todos estamos convocados. La influencia de este extremo sobre competitividad y dinamismo es determinante. Necesitamos de seguridad jurídica para que la economía se fortalezca"

Necesitamos de una arquitectura judicial que despeje desajustes. Y necesitamos gobernantes en España que acierten con las medidas y generen confianza. Necesitamos medios. Necesitamos inversión. No cantos de sirena. Por muchos milagros que hagamos organizativamente, por muy buena planificación que tengamos, o por mucha valía y profesionalidad de los que participan en la Administración de Justicia, necesitamos financiación estatal. Han sido importantes y necesarias las reuniones del ministro de Justicia con los representantes de justicia de las autonomías, pero para afrontar la crisis con plenas garantías, hay que pasar de las palabras a los hechos.

Seguiremos insistiendo y seguiremos dialogando. Necesitamos más que nunca diálogo y unidad. O, mejor dicho, necesitamos de una unidad que nace del diálogo, y el entendimiento. Se trata de un tema de Estado, de un servicio esencial que se ha de afrontar con las mayores garantías posibles y la celeridad necesaria. Esta Consejería seguirá con la puerta abierta para todos, en búsqueda constante de soluciones constructivas para importantes desafíos compartidos.

Es fundamental para ganar el futuro, por difícil que nos parezca, una nueva complicidad. Una nueva complicidad con todos los sectores de la Administración de Justicia, una nueva complicidad con aquellos que consideran la justicia como un servicio público esencial, riguroso y avanzado. Nueva complicidad con quienes están convencidos que es el momento de reforzar el uso de herramientas digitales o con aquellos que trabajan por una justicia menos complaciente con el poder y más independiente. Nueva complicidad con los que no ceden al desaliento y desean devolver a Madrid y a España el empuje y la confianza.

SUMANDO CONSEGUIREMOS UNA JUSTICIA PARA TODOS

Por Victoria Ortega Benito
Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

La crisis del coronavirus, que todavía observamos con más temor que capacidad de análisis, prácticamente paralizó el mundo de la Justicia. Congeló la inmensa mayoría de los juzgados y procesos y nos está mostrando con enorme crudeza el largo camino que nuestro sistema judicial tiene por delante para completar su verdadera digitalización y demostrar que está al servicio de la ciudadanía.

Entre todos tendremos que hacer un esfuerzo de solidaridad tras superar los efectos más devastadores provocados por la crisis sanitaria de la COVID-19, que ahora se trasladan a la Administración de Justicia, para que quienes están en peores circunstancias puedan continuar defendiendo sus derechos gracias al servicio de Asistencia Jurídica Gratuita. Son tiempos de responsabilidad, de lealtad y de estar a la altura, como los abogados y abogadas están demostrando para seguir siendo clave de bóveda en nuestro sistema de defensa de derechos y libertades.

En ese panorama de escasez de medios tecnológicos y desde las primeras medidas de prevención del contagio, en el ámbito de la Justicia estuvieron los abogados del Turno de Oficio asumiendo su obligación a pesar de los riesgos.

Nuestro compromiso es consolidar y seguir impulsando la calidad de nuestro sistema de Justicia Gratuita prestado por 45.868 abogados y abogadas. Por eso seguiremos reclamando baremos más próximos al coste real de los servicios, así como la inmediatez en el pago. Confío en que no tengamos que esperar otros 15 años, como la última vez, para la actualización de unos baremos que es de absoluta justicia que se incrementen.

> *"Entre todos tendremos que hacer un esfuerzo de solidaridad tras superar los efectos más devastadores provocados por la crisis sanitaria de la Covid-19, que ahora se trasladan a la Administración de Justicia, para que quienes están en peores circunstancias puedan continuar defendiendo sus derechos gracias al servicio de Asistencia Jurídica Gratuita"*

Si garantizar la eficiencia y calidad del Turno de Oficio era una medida de puro sentido común antes de conocer el virus, reclamar su decidido impulso es ahora un deber moral de las diferentes Administraciones Públicas y del conjunto de la sociedad.

Es esencial dotar al sistema de una nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que sustituya a la actual, exhausta tras más de 20 años de buenos servicios, pero también muy remendada por reformas y superada por el propio tiempo y la realidad que debe atender.

Tras la conclusión formal de la crisis sanitaria, los abogados y abogadas estamos obligados no sólo a trabajar más y mejor, sino también a afrontar un panorama más sombrío ante el previsible incremento de litigios sin un sustancial crecimiento de los medios humanos y materiales en la Ad-

ministración de Justicia. Todo ello ha hecho que los retos que todos tenemos por delante sean enormes en los juzgados y tribunales.

La Ley del Derecho de Defensa, cuya comisión redactora ha comenzado a trabajar ya, y la Ley de Justicia Gratuita, cuya modificación llevamos tiempo demandando, son dos de los pilares legales sobre los que deben asentarse los derechos de quienes acudirán en los próximos años a los juzgados y tribunales españoles.

Ignoro si este contexto de "estabilidad inestable" se va a cronificar tras la pandemia sanitaria, pero está claro que como país estamos obligados a hacer un esfuerzo para intentar corregir y mejorar todo lo que es corregible y mejorable. Y en la Justicia y en nuestra profesión hay algunas cuestiones que lo son y están esperando soluciones.

"Si garantizar la eficiencia y calidad del Turno de Oficio era una medida de puro sentido común antes de conocer el virus, reclamar su decidido impulso es ahora un deber moral de las diferentes Administraciones Públicas y del conjunto de la sociedad. Es esencial dotar al sistema de una nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que sustituya a la actual, exhausta tras más de 20 años de buenos servicios, pero también muy remendada por reformas y superada por el propio tiempo y la realidad que debe atender"

Necesitamos consenso para abordar las carencias en el ámbito de la Justicia con el objetivo de alcanzar el necesario **Pacto de Estado** que haga posible la reforma pendiente que nuestra Justicia lleva 40 años esperando y porque no puede vivir aislada de una realidad socioeconómica amenazada por una pandemia sanitaria que ha provocado una profunda crisis social y económica.

Lo que de verdad necesita nuestra Administración de Justicia es una reforma integral, estructural y consensuada con todo el sector judicial y jurídico, que hable de tecnologías y agilidad, también de reformas procesales, de garantías, de seguridad jurídica, de independencia, de organización y de planta judicial, de protección de derechos, de colectivos jurídicos, etc.

Nuestra profesión necesita mejores herramientas, más actualizadas, prácticas y justas para poder seguir sosteniendo uno de los pilares del Estado de Derecho: asegurar con nuestra intervención los derechos y libertades de las personas.

Por eso necesitamos la **Ley Orgánica del Derecho de Defensa** y estamos avanzando en alcanzar esta reivindicación histórica de la Abogacía con la elaboración del anteproyecto de la norma que abordará el ejercicio de ese derecho fundamental desde la perspectiva profesional, procesal y asistencial.

Reclamamos un respeto para nuestra profesión, para que nunca se ponga en riesgo, bajo ningún pretexto ni excusa, uno de los derechos básicos de su ejercicio, como es el **secreto profesional**. El delito no se combate criminalizando profesiones y profesionales, ni cuestionando derechos que son inviolables, ni debilitando el derecho a la defensa que asiste a cualquier persona, sino al contrario, respetándolo y protegiéndolo.

Pero también es necesaria y urgente la aprobación del nuevo Estatuto General del Abogacía, porque necesitamos contar con el mejor marco regulatorio posible, y también trabajamos por la reforma del actual sistema de acceso a la Abogacía, articulando un modelo de prueba eminentemente práctico y útil para el ejercicio de la profesión. Nuestro objetivo es ofrecer a la sociedad la mayor garantía de defensa a través de los profesionales más cualificados, más formados y mejor preparados en la prestación de servicios jurídicos.

Demandamos más facilidades para la conciliación y la desconexión digital en nuestro trabajo, garantizadas por leyes y no por la discrecionalidad de un funcionario judicial o, en última instancia, la sentencia de un tribunal. Es incomprensible que los abogados y abogadas sigamos encontrando tantos impedimentos para la suspensión de vistas y procedimientos por causas absolutamente razonables y acreditadas, como un parto, una enfermedad, la hospitalización o fallecimiento de un familiar...

Si existe un desafío de total actualidad que nos aboca a un innegociable cambio cultural ese es, sin duda, el tecnológico. La Abogacía está empeñada en acelerar ese cambio y debemos ser una Abogacía tecnológica e innovadora que sabe aprovechar las ventajas que nos ofrecen las nuevas herramientas para ofrecer mejores servicios.

Debemos apostar –para evitar el colapso judicial producido por la COVID-19 en juzgados y tribunales– por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La mediación y el arbitraje se están demostrando como fórmulas muy válidas, además de rápidas y menos costosas, para dirimir muchas de las disputas que se asoman al oscuro horizonte judicial.

Tampoco me puedo olvidar en unos tiempos de cierre de fronteras para evitar la propagación de la COVID-19 de nuestro compromiso con la cultura europeísta, el proyecto colectivo más fructífero e ilusionante de nuestra historia contemporánea. Hoy, cuando el proyecto europeo tampoco es ajeno a las crisis, es cuando se hace más necesario reafirmar el compromiso con lo que la Europa común representa.

"La unidad en nuestra pluralidad sostiene la fuerza del conjunto de la Abogacía y de todos los profesionales a quienes defendemos y representamos"

Los abogados y abogadas somos especialistas en proponer soluciones porque somos especialistas en escuchar. La actual crisis de desconfianza, de desasosiego, de alejamiento de la política provocado por los enfrentamientos partidistas solo se supera dando de nuevo voz a la sociedad civil, a sus profesionales y a sus instituciones legítimas que mejor conocen los problemas.

La unidad en nuestra pluralidad sostiene la fuerza del conjunto de la Abogacía y de todos los profesionales a quienes defendemos y representamos. Juntos, como una sola voz, con la potencia y la energía de compromisos que compartimos, hemos demostrado llegar antes y mejor a los desafíos planteados y a estar siempre a la altura de lo que nuestros compañeros y compañeras esperan de nosotros.

MUNDO JURÍDICO Y PANDEMIAS

Por Antonio Garrigues Walker
Presidente de Honor de Garrigues

El mundo jurídico está empezando a vivir una nueva era en la que los juristas tendrán que aceptar cambios radicales que afectarán incluso a principios que dábamos por inmutables e inalterables, y así mismo, el nacimiento de nuevos derechos y obligaciones, y entre ellos los relativos a la orientación sexual, al derecho a la verdad, y a la discapacidad en todas sus manifestaciones.

Va a ser una época llena de interés porque en ella nos jugamos nuestro protagonismo profesional en una sociedad que está esperando la acción comprometida de todos los estamentos de la misma para superar una situación dramática como consecuencia de una pandemia sanitaria, que está generando también una pandemia económica y otra sociológica y cultural, que van a afectar a la forma de vivir y relacionarnos y también a la forma de pensar.

El reto es fascinante y de una complejidad extrema, pero para eso estamos en esta sociedad. Para afrontar retos y darles respuestas y soluciones y no para magnificarlos y justificar así nuestra inacción y de paso desvelar nuestra impotencia.

En el asunto de la pandemia que estamos viviendo, los temas legales más significativos van a girar en torno a las instituciones o personas responsables, a la aplicabilidad de la norma "rebus sic stantibus", a la cuantía de las posibles indemnizaciones, y también a la adopción de medidas de control social por parte de los gobiernos que puedan afectar al derecho a la privacidad de los ciudadanos, como podría estar sucediendo ya en China con sistemas de reconocimiento facial.

En resumen, vamos a vivir una época en la que se nos va a pedir un alto nivel de excelencia en imaginación y en innovación para desarrollar nuevos talentos, descubrir nuevas oportunidades y evitar posibles abusos de los poderes políticos. Los Colegios de Abogados tienen que asumir este asunto como un tema prioritario y dedicarle la atención necesaria, porque están en juego, como hemos visto, valores claves de nuestra libertad.

Y de paso estaremos preparados para afrontar la próxima pandemia.

"El reto es fascinante y de una complejidad extrema, pero para eso estamos en esta sociedad. Para afrontar retos y darles respuestas y soluciones y no para magnificarlos y justificar así nuestra inacción y de paso desvelar nuestra impotencia"

LA NUEVA LITIGIOSIDAD

Por Natalia Velilla Antolín
Magistrada de Adscripción Territorial de Madrid

En el momento en el que estoy escribiendo estas líneas, aún no tenemos datos fiables de las consecuencias que, sobre la litigiosidad, va a tener el estado de alarma recientemente alzado. En efecto, desde el 5 de junio, los plazos procesales se han reactivado y aún son muchos los problemas cotidianos a los que nos enfrentamos como para saber qué va a pasar con los números de la justicia una vez empecemos a poner los pies en el suelo.

Como en el Juego de la Oca, "de Plan de Choque en Plan de Choque y tiro porque me toca", hace casi cuatro meses que se paralizó la actividad judicial y aún no sabemos en qué va a consistir la anunciada inversión del Ministerio de Justicia para hacer frente a las consecuencias de la crisis de la COVID-19. La "comisión para la creación de la comisión codificadora que elabore el anteproyecto del proyecto de texto base de reforma de la justicia" de turno nos tiene entretenidos, en el sempiterno y premeditado mareo al que estamos ya acostumbrados. Todos sabemos que ni hay dinero, ni se le espera, y que los operadores jurídicos tendremos que buscar soluciones imaginativas, y habremos de hacer esfuerzos para negociar, ceder, mediar, conciliar y armarnos de paciencia con el fin de encarar la "nueva normalidad" que, en nuestro caso, va a consistir en seguir administrando miserias.

Los que trabajamos en justicia, ante el alzamiento de la suspensión de plazos procesales (algo que no se sostenía bajo ningún concepto, sobre todo cuando teníamos un ejecutivo plenipotenciario sin el control efectivo de un parlamento mermado, frente al único poder del estado anulado, el poder judicial) nos encontramos como el pato en el Manzanares o el suicida sin vocación de la canción de Joaquín Sabina: solos y desorientados. Absurdos.

No ayudó a mejorar nuestra sensación el sufrir bombardeos diarios de resoluciones, órdenes, acuerdos, decretos, reales decretos e instrucciones de cada una de las administraciones implicadas, con intereses y soluciones discordantes, que nos daban soluciones contradictorias todos los días.

Si el Real Decreto Ley 16/2020 de 28 de abril decía que las actuaciones telemáticas tenían que ser preferentes, un acuerdo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nos advertía de que no se podía garantizar la celebración de los juicios telemáticos en Madrid por no disponer las Salas ni de los programas telemáticos adecuados ni de las garantías necesarias. Pero es que también una guía del Consejo General del Poder Judicial sobre actuaciones telemáticas apuntaba la inidoneidad de este tipo de juicios para aquellas causas que contaran con peritos o testigos ante la imposibilidad de su identificación.

"Todos sabemos que ni hay dinero, ni se le espera, y que los operadores jurídicos tendremos que buscar soluciones imaginativas, y habremos de hacer esfuerzos para negociar, ceder, mediar, conciliar y armarnos de paciencia con el fin de encarar la 'nueva normalidad' que, en nuestro caso, va a consistir en seguir administrando miserias"

Si el Ministerio de Justicia daba unas instrucciones sobre presencia de personal judicial en las sedes judiciales, las consejerías de justicia tomaban decisiones incompatibles con tales instrucciones y con las previsiones del Consejo General del Poder Judicial. La torre de Babel ha devenido un verdadero cuento de hadas en comparación con la descoordinación de las comunidades autónomas, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. Y eso que no he querido "hacer sangre" con el mes de agosto...

Centrándonos en la situación actual que vivimos en el momento en el que redacto estas líneas, **la "nueva normalidad" se ha traducido en una "nueva litigiosidad", donde, a mi juicio, las medidas higiénicas son más cosméticas que reales y donde el miedo al contagio pugna en dura batalla con el miedo a la posposición de la propia tutela judicial más allá de lo aceptable.** Si vas a una peluquería, alguien te obliga a pasar las suelas de tus pies por una alfombrilla, te toma la temperatura, te obliga a higienizarte las manos y utiliza contigo todo tipo de material desechable. Si vas a un juzgado, aparte de dispensadores de gel hidroalcohólico que nadie te obliga a usar, de pegatinas en el suelo e indicadores de distancia, de carteles educativos y de cintas de inutilización de determinados espacios, no hay nada más.

La falta de implementación de una verdadera Justicia Digital donde el expediente sea 100% electrónico, lleva a continuar tramitando en papel, con el riesgo de contagio que ello comporta. La falta de verdaderas medidas de distancia social ha convertido a los funcionarios de los juzgados en voceros o pregoneros que, desde la oficina y utilizando mesas o sillas como barrera de contención, llaman a gritos a los profesionales y estos, a su vez, les avisan de la misma manera. La dispensa del uso de toga en Sala, si bien es una medida razonable y acertada, es la única de las adoptadas que resulta verdaderamente eficaz. Ni las Salas cuentan con adaptaciones integrales para todos los intervinientes (en mi Sala, el otro día, con dos abogados en la parte demandada y una única mampara, hubo que echar a suertes quién contaba con protección y quién no), ni observo un número mayor de personal de limpieza desinfectando continuamente, ni se toma temperatura en la puerta, ni se adoptan medidas serias de contención de público. Es más seguro entrar en Stradivarius a comprarte un pantalón que en un juzgado a preguntar por tu asunto. Esto es así. Cuestión distinta es que la concienciación de los abogados, funcionarios, autoridades y demás personal que trabaja en Justicia, nos lleve a ser cautos y a adoptar todas las medidas de protección a nuestro alcance.

La nueva litigiosidad ha llegado. Consiste en desear medios telemáticos idóneos para poder celebrar vistas sencillas a distancia. Y digo "desear" porque, al menos en Madrid, esto es una verdadera quimera. Consiste en disponer de menos Salas de Vistas para celebrar los mismos jueces menos vistas al día: si antes cada juzgado

celebraba 26 juicios a la semana, ahora se celebran 12. Consiste en convertir los días de juicios en desesperantes sesiones de pérdida de tiempo, con señalamientos muy distanciados que impiden que la mañana (o la tarde) "fluya", desperdiciando horas de trabajo de los servidores públicos y de los profesionales. Consiste en celebrar vistas accidentadas, donde, a la ausencia de togas, hay que sumar arbitrarias mamparas (ya digo que escasas) y amordazantes mascarillas, con abogados y jueces gritando como posesos para hacerse oír, ante las barreras físicas y la imposible complementaria lectura de labios. Consiste en reseñalamientos completos de agendas, puesto que casi ningún juzgado tiene los mismos días de señalamiento de que disponía antes del estado de alarma y ha habido que suspender y volver a señalar. Consiste en juzgados cerrados por presencia de un caso y puesta en cuarentena del resto, debiendo asumir los señalamientos otros juzgados o suspender nuevamente (y ya van dos o tres) para cuando acabe el periodo de aislamiento. Consiste en trabajar pensando en la Espada de Damocles del colapso de la Justicia puesto que aún no hemos podido empezar a registrar y señalar las nuevas demandas presentadas durante y tras el estado de alarma.

La nueva normalidad...en justicia nada es normal, como principio. Por ello, hablar de nueva normalidad es incorrecto. Deberíamos hablar de "conocida improvisación".

JUICIOS TELEMÁTICOS. VENTAJAS Y POSIBLES RIESGOS

Por Escarlata Gutiérrez Mayo
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Ciudad Real.
Sección Territorial de Manzanares

Desde que se dictó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus sucesivas prórrogas, se acordó la suspensión de los plazos procesales y en virtud de Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 14 de marzo se acordó la suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales en todo el territorio nacional, garantizando los servicios esenciales. La suspensión de los juicios duró hasta el 24 de mayo en diversos territorios, y la de los plazos procesales hasta el 4 de junio.

Durante este período en que se habían suspendido las vistas y juicios, se continuaron realizando las actuaciones urgentes y el servicio de guardia. Pese a esto era necesario, por razones sanitarias, evitar cualquier desplazamiento innecesario. Los sistemas de videoconferencia nos permitieron en muchas ocasiones cumplir con este objetivo. Así se celebraron en diversos lugares comparecencias de prisión mediante la creación de una sala de vistas virtual donde los intervinientes se fueron conectando a la misma desde distintos puntos, evitando el desplazamiento y permitiendo la celebración de esta con todas las garantías.

"Desde que se dictó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus sucesivas prórrogas, se acordó la suspensión de los plazos procesales y en virtud de Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 14 de marzo se acordó la suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales en todo el territorio nacional, garantizando los servicios esenciales "

En este sentido establece el artículo 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que: *" Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello."* Con la excepción en el orden jurisdiccional penal de los juicios por delito grave, donde será necesaria en todo caso la presencia física del acusado.

Con fecha 11 de mayo de 2020 la Comisión Permanente del CGPJ tomó conocimiento del primer documento de trabajo sobre medidas tecnológicas para el

plan de choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma[1], donde se recogen un total de 12 propuestas, entre las que figura "la *celebración de comparecencias y vistas virtuales*".

Se están celebrando ya juicios telemáticos en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo, mercantil y civil en distintos lugares con buenos resultados, siendo pioneros el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santander, con el Magistrado Luis Acayro Sánchez, el 11 de mayo de 2020 y el Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de Elche, el 1 de junio de 2020, con la Magistrada Raquel Catalá. En principio no se están realizando estos juicios en el orden jurisdiccional penal, pese a que el Real Decreto Ley prevé que se puedan hacer siempre que no sean por delito grave.

Desde que se empezaron a celebrar estos juicios telemáticos se ha hablado y escrito mucho sobre los mismos, existiendo tanto operadores jurídicos favorables como contrarios a su utilización. Me gustaría analizar en este artículo las ventajas que presentan los juicios telemáticos y los desafíos que suponen.

Las ventajas que tienen son claras, y ya adelanto que en mi opinión superan a los posibles riesgos:

"En primer lugar, se evita el riesgo de contagio, en particular en aquellos Juzgados en los que por su propia infraestructura es imposible mantener las distancias mínimas de seguridad, no cuentan con sistemas de ventilación, ni con mamparas, ni con otros medios para prevenir los contagios. Juzgados que son una gran parte en nuestro país, habida cuenta del abandono que ya venía sufriendo la Administración de Justicia con anterioridad a esta crisis sanitaria"

En primer lugar, se evita el riesgo de contagio, en particular en aquellos Juzgados en los que por su propia infraestructura es imposible mantener las distancias mínimas de seguridad, no cuentan con sistemas de ventilación, ni con mamparas, ni con otros medios para prevenir los contagios. Juzgados que son una gran parte en nuestro país, habida cuenta del abandono que ya venía sufriendo la Administración de Justicia con anterioridad a esta crisis sanitaria. Aunque

ya se haya alzado el estado de alarma, todavía existe riesgo de contagio y de que se produzcan rebrotes de esta enfermedad.

En segundo lugar, permiten agilizar la celebración de juicios que se tuvieron que suspender durante la vigencia del estado de alarma. Las agendas de señalamientos de los Juzgados y Tribunales están repletas de señalamientos por la sobrecarga de trabajo que éstos vienen acumulando, de modo que era materialmente imposible reubicar esos juicios en un tiempo razonable. Mediante la celebración de estos juicios telemáticos se pueden ir señalando los juicios suspendidos sin necesidad de usar ninguna Sala de Vistas. A título de ejemplo, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Elche comenzó celebrando juicios telemáticos el 1 de junio y en 3 sesiones (el 1, el 15 y el 19 de junio) ha celebrado 51 juicios telemáticos, habiendo podido recuperar prácticamente todos los que se habían suspendido durante el estado de alarma.

En tercer lugar, se evitan desplazamientos de los distintos operadores jurídicos y se reducen los tiempos de espera entre juicios, que en muchas ocasiones son extensos por el retraso que se va acumulando en su celebración. Esto supone un importante ahorro económico y sobre todo de tiempo, que a nadie le sobra.

En cuarto lugar, en los juicios penales se minimiza la posible revictimización de los perjudicados por tener que acudir al Juzgado a declarar en presencia de todos los operadores jurídicos y del propio acusado.

En cuanto a los posibles riesgos o inconvenientes, los que más suelen repetirse son los siguientes:

A) Se ve afectada la inmediación del Juzgador. Efectivamente celebrar un juicio mediante videoconferencia no es igual que celebrarlo de manera presencial, pero eso no supone que se vulnere el principio de inmediación. Además, esta posibilidad ya venía recogida con anterioridad a la crisis sanitaria en los artículos 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ámbito penal.

Establece el artículo 229 en su apartado 3: *"Estas actuaciones* (las judiciales) *podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal."*

Y por su parte señala el artículo 731 bis LECr: *"El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial."*

"En casi todos los juicios penales presenciales existe algún testigo, perito, o a veces hasta el propio acusado, que comparecen mediante videoconferencia y nunca se había cuestionado que por ello se afectase al principio de inmediación. Incluso está admitida la prueba constituida de la declaración de un menor para fundamentar una sentencia condenatoria, donde el órgano de enjuiciamiento únicamente puede ver la grabación de la declaración practicada en instrucción con todas las garantías"

En casi todos los juicios penales presenciales existe algún testigo, perito, o a veces hasta el propio acusado, que comparecen mediante videoconferencia y nunca se había cuestionado que por ello se afectase al principio de inmediación. Incluso está admitida la prueba constituida de la declaración de un menor para fundamentar una sentencia condenatoria, donde el órgano de enjuiciamiento únicamente puede ver la grabación de la declaración practicada en instrucción con todas las garantías. En estos supuestos el Tribunal Supremo ha admitido su validez (entre otras, STS 579/2019, de 26 de noviembre) y los motivos que se alegaban en el recurso de la defensa impugnando la sentencia condenatoria que se basaba en la misma iban referidos a la imposibilidad de contradicción en juicio, nunca a la falta de inmediación.

B) Garantizar la identidad de los comparecientes. Para esto prevé expresamente el apartado 3 del artículo 229 LOPJ: *"En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición*

directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo."

En cualquier caso, existen diversos sistemas electrónicos que permiten la identificación de los intervinientes. No tiene mucho sentido que podamos identificarnos plenamente a efectos de interactuar con la AEAT o con otras Administraciones Públicas y no sea posible hacerlo con la Administración de Justicia.

C) Se puede ver afectada la espontaneidad de los testigos. Se ha alegado también como riesgo en este tipo de procesos la posibilidad de que a los testigos les dicten las respuestas desde su domicilio o desde el lugar en que se conecten. Aunque esto no es imposible, es altamente improbable porque el abogado o la parte que lo ha propuesto se encuentra en otro lugar. Además, aunque esto ocurriese, es prácticamente imposible que las partes y el Juez o Tribunal no observen que al testigo le están diciendo las respuestas, ya que, aunque se celebre mediante videoconferencia puede observarse si el testigo es espontáneo, si tarda en responder, o si mira hacia algún lado. También se ha señalado que existe la posibilidad de que el abogado a quien no está beneficiando el juicio se desconecte. Alegar tal posibilidad me resulta equivalente a señalar que el abogado o acusado a quien no beneficiase un juicio presencial fingiría un desmayo para provocar la suspensión. No es imposible, pero yo nunca lo he visto.

D) Falta de publicidad. También se ha manifestado que los juicios telemáticos vulneraban el derecho a un proceso público previsto en el artículo 24.2 de la Constitución. Sin embargo, no existe esa falta de publicidad habida cuenta que en la resolución en la que se acuerda la celebración de la vista se indica que quien quiera asistir pueda solicitarlo por escrito a los efectos de facilitarle el enlace para la conexión telemática. Esto en la práctica ha permitido que puedan presenciar el juicio mayor número de ciudadanos que los que podrían entrar en la sala de vistas. Es decir, los juicios telemáticos no solo no limitan la publicidad del proceso, sino que la potencian.

En mi opinión, si las partes y sus respectivos letrados se han mostrado favorables, o incluso han pedido la celebración telemática de la vista, no podrían solicitar después la nulidad por este único motivo, entrañando tal conducta una evidente mala fe procesal.

Desde mi punto de vista, el mayor obstáculo real para la celebración de estos juicios es la deficiente tecnología existente en muchos Juzgados, siendo complicado realizar una conexión adecuada y segura o existiendo múltiples fallos y "caídas" del sistema. De este modo resulta imposible o supone mucho más tiempo y esfuerzo realizar un juicio por medios telemáticos que uno presencial, perdiendo por ello todas las ventajas que se pueden derivar de estos juicios. Esta es una de las cuestiones esenciales por la que muchos operadores jurídicos son reticentes a su utilización.

Además, existe un importante desequilibrio en esta cuestión entre los distintos territorios, debido a que en algunos lugares la competencia en medios para la Administración de Justicia reside en el Ministerio de Justicia y en otros en la Consejería de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, teniendo en muchos casos sistemas informáticos incompatibles entre sí. Esto provoca que en muchos lugares llevemos años funcionando con Justicia Digital, mientras que en otros todavía trabajan con los expedientes en papel.

Podemos concluir respecto de los juicios telemáticos que son una solución muy buena para continuar con la actividad judicial durante este período en que aún existe el riesgo de contagio por COVID-19 y para recuperar parte de los juicios suspendidos. En mi opinión, esta modalidad de celebración de juicios podría establecerse de manera definitiva, incluso en los procesos penales que no fuesen por delitos graves, siempre que se realice una inversión económica que nos dote de medios telemáticos suficientes, eficaces y con las debidas medidas de seguridad. También conviene recordar que lo que en ningún caso van a poder solucionar los juicios telemáticos son los problemas estructurales de una Administración de Justicia que lleva resintiéndose durante demasiados años de la falta de inversión en medios personales y materiales.

ABOGACÍA DE OFICIO DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

Por África Calleja Granado
Abogada. Miembro de la Junta Directiva de ALTODO

En España acabamos de vivir una situación excepcional, cual es un estado de alarma, que se ha prorrogado durante 99 insólitos días. Excepcionalidad que, de alguna forma, se proyecta sobre la llamada "nueva normalidad" que comenzó el domingo 21 de junio.

Noventa y nueve días (cifra curiosa y evocadora), en los que la ciudadanía ha tenido muy presentes a distintas profesiones que han contribuido de manera decisiva y admirable, a tanto: a combatir y mitigar los efectos del virus sobre la salud de tantas personas enfermas y sus familias, a que de alguna manera continuáramos con nuestras vidas, a garantizar la seguridad, o a confortar y consolar a enfermos y familiares. Sirvan estas líneas de agradecimiento a todas esas personas, una vez más, y para mostrar las condolencias de la Abogacía por todas las vidas perdidas, muchas de ellas de compañeros y compañeras abogados/as y procuradores/as. DEP.

Con estas líneas me gustaría destacar una labor más silenciosa, menos evidente, pero no por ello de menor relevancia: la de la Abogacía de Oficio durante el estado de alarma, así como en los recién estrenados tiempos de nueva normalidad.

Durante estos más de tres meses la abogacía de oficio ha acudido a la llamada de comisarías, puestos de Guardia Civil y juzgados para cumplir con la misión de defensa encomendada constitucionalmente, tanto de investigados, como de víctimas y de aquellos ciudadanos que han necesitado de asistencia letrada en las actuaciones de carácter urgente.

Pese a la parálisis generalizada de nuestro país, había –y sigue habiendo– unas personas llamadas abogados y abogadas que continuaban con su trabajo por tratarse de un servicio público esencial. En las primeras semanas, pese a la confusión y ausencia de medidas profilácticas, cientos de letrados y letradas de oficio cumplieron con su cometido con profesionalidad y vocación de servicio público. También con cautela, con sentido común, y no pocas veces con miedo al contagio.

Poco a poco, y gracias a reivindicaciones de asociaciones como ALTODO, en cuya Junta Directiva tengo el honor de participar, se fue consiguiendo que las asistencias letradas fuesen a distancia, telefónicas o telemáticas, así como que allí a donde fuera necesario acudir presencialmente, se adoptasen medidas de seguridad (salvo algunas oprobiosas excepciones).

"Durante estos más de tres meses la abogacía de oficio ha acudido a la llamada de comisarías, puestos de Guardia Civil y juzgados para cumplir con la misión de defensa encomendada constitucionalmente, tanto de investigados, como de víctimas y de aquellos ciudadanos que han necesitado de asistencia letrada en las actuaciones de carácter urgente"

De justicia es también destacar que **muchos Colegios, como el de Madrid, asumieron dichas reivindicaciones como propias, y finalmente han procurado medios de protección a los letrados y letradas de guardia, apresurándose nuestro Decano a buscar mascarillas debajo de las piedras.** No obstante, aún hay carencias clamorosas para proteger a los operadores jurídicos y ciudadanos, y para que todos los que desarrollamos nuestra vida profesional entre centros de detención y juzgados contribuyamos a que la pandemia se frene, en vez de ser vectores de propagación de forma involuntaria. La Abogacía de Oficio ha demostrado iniciativa y capacidad de adaptación, y ahora le toca a la Administración de Justicia "renovarse o morir": urge una inversión en recursos, materiales y humanos, para garantizar que la Justicia no siga siendo la hermana pobre de los tres poderes.

Si echamos la vista atrás para disfrutar de un clásico, como Mariano José de Larra y su famoso artículo "Vuelva usted mañana", y si tratamos de encontrar algo parecido en la Administración actual, ninguno pensaremos en la Administración Tributaria, dotada de las más eficaces tecnologías al servicio de la recaudación. Por fortuna, tampoco en la Sanidad, donde nuestro historial médico está al alcance de un "clic". Sin embargo, en los Juzgados y Tribunales, por desgracia, perviven sorprendentes similitudes con el costumbrismo crítico de Larra retratado en dicho artículo.

El Real Decreto- ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 han dejado pasar (de momento) un tren importantísimo y sin paradas intermedias para forzar una renovación en profundidad de la Administración de Justicia.

Declarar en un texto normativo una mera preferencia de los medios técnicos, o que se optimizará la utilización de medios telemáticos, no basta para que caiga el maná del cielo y se implementen. Por otro lado, sigue siendo necesario contar con medidas de protección alternativas en el caso de que dichos medios técnicos no existan, así como proporcionar a todos los operadores jurídicos mecanismos profilácticos para el caso de que las actuaciones en comisaría o juzgados tengan que llevarse a cabo presencialmente.

Una verdadera digitalización de la Justicia disminuiría notablemente el riesgo y las ocasiones de contagio, y optimizaría el tiempo y recursos de todos los intervinientes. Es cierto que hay Comunidades Autónomas en España que llevan la delantera a Madrid en lo que se refiere a expediente judicial electrónico, y es que esta renovación en profundidad depende de varios y diversos actores y niveles dentro de la Administración, a los que exhortamos a remar juntos y en beneficio de todos.

Hace ya casi 9 años que la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, creaba el expediente judicial electrónico, y lo denominaba en su preámbulo "heredero digital de los «autos»... el pobre expediente sigue sin heredar, por ser sus padres, los "autos", tan longevos.

Los profesionales ofrecemos nuestra colaboración proactiva, pues estamos más que habituados a la tecnología y a las soluciones tecnológicas; en manos de los responsables políticos está recoger el guante. Y la Abogacía de Oficio está preparada y dotada de medios, la mayoría de veces a costa de su propio esfuerzo personal, pese a tratarse de un servicio público. Lo ha estado, al servicio de la ciudadanía más que nunca, en este período de zozobra e incertidumbre.

Ojalá estas modestas líneas contribuyan al esfuerzo que desde todos los frentes es necesario realizar para que la Justicia recupere el tiempo perdido, porque como concluye Larra en su célebre artículo "¡ay de aquel mañana que no ha de llegar jamás!"

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA PANDEMIA

Por **Alberto Dorrego de Carlos**
Presidente de la Sección de Derecho Administrativo del ICAM
Socio de Eversheds Sutherland
Letrado de las Cortes Generales (excd.)

Los servicios públicos han tenido un protagonismo enormemente destacado durante la pandemia. De hecho, buena parte de las medidas adoptadas por los poderes públicos para la gestión de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 y la propia declaración del estado de alarma por el Gobierno de la Nación han tenido por objeto garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos con un razonable nivel de calidad y eficacia.

El Sistema Nacional de Salud (SNS), *joya de la corona* de nuestro Estado social, ha sido sometido a una tensión sin precedentes. Como nunca antes en su historia. Durante los días más amargos de marzo y abril, en los que miles de nuevos contagiados inundaban los servicios de urgencias y los fallecidos se contaban al día por centenares, el SNS se acercó peligrosamente en algunas zonas geográficas a los umbrales del colapso.

El ámbito asistencial hospitalario ha resistido la prueba con aceptable eficacia gracias a la solidez de sus estructuras y a la profesionalidad de su personal facultativo. Como casi siempre sucede en España, hemos exhibido gran pundonor en los comportamientos individuales y demostrado notable capacidad de improvisación de soluciones de emergencia. No tanto en planificación, previsión a largo plazo y organización.

Sin embargo, donde el sistema ha evidenciado más graves deficiencias es en su faceta preventiva y de salud pública, así como en sus instrumentos de coordinación interterritorial.

La transferencia generalizada de las competencias gestoras en materia de salud a las CC.AA., culminada en 2002, no solo ha implicado la progresiva destrucción de las estructuras administrativas del Ministerio de Sanidad (con el otrora *poderoso* y eficiente INSALUD a la cabeza) sino, sobre todo, el abandono de una verdadera política nacional de *salud pública*.

"El Sistema Nacional de Salud (SNS), joya de la corona de nuestro Estado social, ha sido sometido a una tensión sin precedentes. Como nunca antes en su historia. Durante los días más amargos de marzo y abril, en los que miles de nuevos contagiados inundaban los servicios de urgencias y los fallecidos se contaban al día por centenares, el SNS se acercó peligrosamente en algunas zonas geográficas a los umbrales del colapso"

Al igual que sucede con otras políticas públicas, las CC.AA. no acaban de asumir como propias ciertas tareas y funciones estratégicas distintas de la pura gestión, con frecuencia por falta de perspectiva y *masa crítica*, pero éstas tampoco se retienen por la Administración General del Estado, que carece de estructura, recursos y motivación para ello. Se generan así una suerte de *competencias mostrencas*, es decir, tareas o funciones administrativas cruciales (de coordinación política, planificación estratégica, regulación e internacionales) de las que ninguna Administración se ocupa realmente ni se siente responsable.

"Al igual que sucede con otras políticas públicas, las CC.AA. no acaban de asumir como propias ciertas tareas y funciones estratégicas distintas de la pura gestión, con frecuencia por falta de perspectiva y masa crítica, pero éstas tampoco se retienen por la Administración General del Estado, que carece de estructura, recursos y motivación para ello. Se generan así una suerte de competencias mostrencas de las que ninguna Administración se ocupa realmente ni se siente responsable"

Ello sucede, claramente, con la política de salud pública. Un simple análisis de la estructura orgánica, medios humanos (RPT) y recursos presupuestarios de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad (a la que compete —supuestamente— "*...monitorizar los riesgos para la salud pública en coordinación con los organismos implicados y realizar las evaluaciones de riesgo oportunas...*", "*...realizar la coordinación internacional en el ámbito de las enfermedades transmisibles y de las situaciones de emergencia de salud pública..*" y la titularidad de las competencias sobre *sanidad exterior*) pone de relieve con toda crudeza esta circunstancia. Y mucho más aún en el caso del fantasmagórico (administrativamente) *Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias*, adscrito a la referida Dirección General. Este Centro, referente mediático obligado durante la crisis, en realidad no es más que una pequeña unidad administrativa infradotada (en todos los sentidos) dentro de un Ministerio que, en estas funciones, es poco más que un *cascarón vacío*. Una mera *sombra administrativa* de la estructura organizada y eficiente que fue en su día.

Esta debilidad administrativa ha tenido otras importantes consecuencias. La atribución al Ministerio de Sanidad del *mando único* sobre el conjunto del SNS (es decir, sobre "*...todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas...*" que quedarán bajo sus "...órdenes directas..."), como estableció enfáticamente el artículo 12 del Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, ha sido mucho menos eficaz de lo necesario (al igual que ha sucedido en otros ámbitos de gestión pública). Y ello se ha debido, esencialmente, a la notoria ausencia de los *instrumenta regna* imprescindibles para

poder asumir tales poderes. Sin una estructura administrativa adecuada y robusta, dotada de altos funcionarios especializados y bien preparados, con engranajes de dirección y coordinación eficientes, la asunción de un *mando único* deviene en algo puramente nominal.

El pobre espectáculo que se ha ofrecido por el Ministerio de Sanidad (Autoridad delegada del Gobierno en el estado de alarma) en la coordinación con las autoridades de las CC.AA., en la movilización de los recursos asistenciales del sector privado, en los procesos de compra pública de material sanitario y el que —aún hoy— sigue ofreciendo con los servicios de sanidad exterior en las fronteras (manifiestamente insuficientes) constituye una evidente manifestación de este fenómeno. Es decir, del lamentable proceso de desapoderamiento y descapitalización de las sólidas instituciones del Estado antes gestoras de los grandes servicios públicos.

Ahora que tanto se habla de política sanitaria y de las imprescindibles reformas que se han de emprender en este terreno, será conveniente reflexionar a fondo sobre esta cuestión y plantearnos con decisión la necesaria reconstrucción de una Administración estatal de salud pública.

Otros servicios públicos esenciales (prestados directamente, regulados o con fuerte intervención administrativa) han demostrado gran robustez y eficacia durante estos difíciles meses de confinamiento.

"El pobre espectáculo que se ha ofrecido por el Ministerio de Sanidad (Autoridad delegada del Gobierno en el estado de alarma) en la coordinación con las autoridades de las CC.AA., en la movilización de los recursos asistenciales del sector privado, en los procesos de compra pública de material sanitario y el que —aún hoy— sigue ofreciendo con los servicios de sanidad exterior en las fronteras (manifiestamente insuficientes) constituye una evidente manifestación de este fenómeno. Es decir, del lamentable proceso de desapoderamiento y descapitalización de las sólidas instituciones del Estado antes gestoras de los grandes servicios públicos"

Los servicios de seguridad nacional, emergencias y protección civil, principalmente las fuerzas y cuerpos de

seguridad del Estado, las redes y servicios de telecomunicaciones (tensionadas enormemente en este tiempo), la producción y suministro de energía, la industria y distribución alimentaria y farmacéutica, con su correspondiente sistema logístico, los servicios financieros, etc., han superado muy brillantemente el difícil test. Demostrando, una vez más, que la economía y la estructura productiva española es considerablemente sólida y que estos servicios esenciales para los ciudadanos se prestan a la altura de los estándares de calidad más elevados del mundo civilizado. Un claro motivo de orgullo.

Finalmente, los servicios públicos prestados en régimen de *colaboración público-privada* (es decir, las tradicionales concesiones de infraestructuras, transportes, servicios públicos locales, servicios sociales, etc.) han sido sometidos también a un estrés sin precedentes en este tiempo. Los operadores privados de estos servicios públicos se han visto en la obligación de continuar prestándolos en condiciones de extrema dificultad, si bien con la demanda prácticamente desaparecida en muchos casos (p.ej. transporte de viajeros o infraestructuras viarias) o gravemente mermada (v.gr. servicios públicos locales). Es decir, sin suficientes ingresos para sostener las concesiones.

Las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el Gobierno para dar respuesta a esta situación (que está muy lejos de haber concluido), contenidas principalmente en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, han sido erráticas y muy poco afortunadas. Han introducido aún mayor confusión e inseguridad jurídica que la que existía antes de su adopción y abocan a los operadores del sector a un largo periplo de reclamaciones, negociaciones y litigios con las Administraciones públicas en los próximos años. Incluso con previsibles derivadas jurídicas internacionales.

"Un comportamiento escasamente responsable en el contexto actual de fuerte sobreendeudamiento del Estado en el que la reconstrucción económica pasará por el relanzamiento y modernización de los grandes servicios públicos con inversiones sustentadas en proyectos de colaboración público-privada, señaladamente en el ámbito de la salud y los servicios sociales"

Un comportamiento escasamente responsable en el contexto actual de fuerte sobreendeudamiento del Estado en el que la reconstrucción económica pasará por el relanzamiento y modernización de los grandes servicios públicos con inversiones sustentadas en proyectos de colaboración público-privada, señaladamente en el ámbito de la salud y los servicios sociales.

EL ESTADO DE ALARMA ANTE SU MÁS DIFÍCIL PRUEBA

Por Alfonso Cuenca Miranda
Letrado de las Cortes Generales

El conocido como COVID-19 ha cambiado nuestras vidas y, muy posiblemente, el curso de la Historia. Su alta transmisibilidad, así como su elevada letalidad en comparación con otros virus ha provocado en la mayoría de países del orbe la adopción de drásticas medidas para contenerlo.

Por lo que respecta a España, tras la inicial adopción de medidas sectoriales por determinadas Comunidades Autónomas en ámbitos competenciales propios (como el cierre de colegios o de establecimientos comerciales, hosteleros y de restauración por parte del País Vasco, Madrid y Galicia, entre otras), el Gobierno de la Nación, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 116 de la Constitución, procedió a declarar el estado de alarma mediante decreto de 14 de marzo. Dicho decreto ha sido sometido a diversas prórrogas (hasta seis) por períodos quincenales, autorizadas por el Congreso de los Diputados, extendiéndose la vigencia de la última hasta el 21 de junio. Junto a ello, a lo largo del período indicado el ejecutivo ha procedido a aprobar diversos decretos-leyes (un total de catorce hasta la fecha), centrados, principalmente, en hacer frente a ámbitos distintos del estrictamente sanitario sobre los que la pandemia ha tenido y tiene una inevitable repercusión.

Llegados a este punto, **puede hacerse ya un balance,** siquiera provisional, **acerca de los instrumentos jurídicos empleados en la lucha contra la pandemia.** El mismo debe partir ineludiblemente de la valoración acerca de la virtualidad del estado de alarma como escenario apropiado ante la catástrofe sanitaria vivida. Ciertamente, la adopción de una medida como el confinamiento domiciliario de toda la población española equivalía más a una suspensión general del derecho a la libertad de circulación y de otros derechos fundamentales unidos a la misma, permitida únicamente por el constituyente (art. 55 CE) para los supuestos de excepción y sitio, aspecto confirmado por la propia configuración en la LO 4/1981 (reguladora de los estados excepcionales) de las medidas posibles en el marco del estado de alarma, circunscritas en el ámbito señalado a la limitación de la libertad de circulación para personas y lugares determinados, no de manera generalizada como se efectuó por los reales decretos referidos. Con todo, la distinción señalada, con ser importante, cobraba relevancia en lo que respecta a la declaración inicial, ya que en el caso del estado de excepción aquella debe ser autorizada por el Congreso (no así la del estado de alarma), pero desde el momento en que las prórrogas del estado de alarma exigen tal autorización parlamentaria la referida distinción se atenúa hasta difuminarse.

Con la matización acabada de señalar, conviene detenerse en si el estado de alarma ha sido la mejor vía para acometer la situación vivida en nuestro país en los últimos meses. Y la respuesta, sin desconocer determinadas sombras en su utilización, ha de ser necesariamente afirmativa. Así, tal y como ha sostenido la Abogacía del Estado en diversos informes, **el estado de alarma** o, si se quiere, el derecho excepcional contenido en la LO 4/1981 **es el único que permitiría las drásticas medidas adoptadas,** que, no cabe ignorarlo, han afectado a las vidas de gran cantidad de personas. **La legislación sanitaria, y no digamos ya la vía "ordinaria" de los decretos-leyes, no podía ser empleada, por insuficiente, para dar cobertura a tales medidas** (la primera por estar limitada a casos concretos, y la segunda, por afectar al núcleo de los derechos fundamentales vedados al decreto-ley). Por lo demás, las críticas vertidas hacia el estado de alarma desde determinadas posiciones se han referido más bien a aspectos ajenos al mismo, regulados por otras fuentes (principalmente decretos-leyes), por lo que no cabe compartir la defensa de la vía de una legislación sanitaria ordinaria si, como se ha afirmado desde las posiciones que han sostenido la misma, el resultado final iba a ser el mismo que con la declaración del estado de alarma. Este último aspecto es, además, seriamente discutible desde el punto de vista constitucional, toda vez que los artículos 2 y 3 de la LO 3/1986, de medidas en materia de Salud Pública, que se señalaba podían permitir medidas equivalentes a las tomadas, aparecen redactados con tal generalidad e indefinición que las garantías de derechos aparecen considerablemente capitidisminuidas en comparación con

las prescritas para el estado de alarma (en todo caso, una reforma de dichos artículos podría resultar conveniente, si bien nunca podrían justificar la adopción de medidas que supongan la suspensión de derechos fundamentales a categorías generales de personas, como sería, por ejemplo, un confinamiento por provincias).

El estado de alarma o, más ampliamente los estados excepcionales, no deben ser contemplados como una merma de derechos sino todo lo contrario. El derecho excepcional supone la derogación singular por el ejecutivo de normas del ordenamiento, todo ello con el fin de atender eficazmente a una situación cuya urgencia no permite acudir a los mecanismos ordinarios del estado constitucional. Pero, de otra parte, el derecho excepcional (tanto en su recepción en la Constitución como en su desarrollo por la LO 4/1981) establece claramente los límites de esas derogaciones singulares. De este modo, cabe recordar la clásica definición del derecho excepcional como suspensión de la Constitución, permitida por la Constitución, con el objetivo de salvar a la propia Constitución. Es decir, el derecho excepcional, frente a lo que suele creerse, es una garantía. Es el intento de prever lo en principio imprevisible, estableciendo un marco de medidas y límites de éstas para hacer frente a una situación de emergencia.

Lo señalado constituye una auténtica riqueza del ordenamiento jurídico español, siendo éste uno de los pocos que han realizado el intento de normativizar anticipadamente, nada menos que a nivel constitucional, la excepción. De ahí que otros países hayan tenido que acudir a formas nuevas de respuesta como es el caso italiano (en el que se ha recurrido a decretos-leyes combinados con decretos del Consejo, aspecto no exento de polémica) o el francés (en el que se ha regulado una nueva situación de emergencia vía legislativa, la sanitaria). Pero España, con todas sus imperfecciones, ya contaba con una fórmula apropiada, por lo que no se entiende el empeño por desconocerla, mediante la invocación de una legislación ordinaria que, además de insuficiente (tal y como se ha señalado) supondría en el fondo una banalización de una situación tan grave como la vivida, así como, sobre todo, de unas medidas que, como el confinamiento de la población durante más de dos meses, han afectado a los derechos de los ciudadanos (desde la libertad de circulación, la percepción de ingresos ante el cierre de negocios o la misma posibilidad de despedir "adecuadamente" a los familiares fallecidos).

Con todo, **hay aspectos susceptibles de mejora, algunos de indudable relevancia.** En este sentido, destacan las habilitaciones demasiado genéricas contenidas en las prórrogas del estado de alarma, equivalentes en algunos casos a auténticas delegaciones en blanco. Si bien, la propia situación hace que se deban dejar amplios márgenes de actuación a las autoridades (especialmente a las sanitarias), no cabe desconocer que, en cuanto las mismas afectan a derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, los espacios de indefinición deben ser los mínimos posibles. Ello enlaza directamente con otra deficiencia observada, la apresurada tramitación y debate de las prórrogas de los estados de alarma, algo difícilmente compatible con el papel sustancial que el Parlamento debe tener en este escenario (y que contrasta con lo sucedido en otros países, como es el caso de Francia). Adicionalmente, cabría citar algunas disfuncionalidades de la convivencia normativa entre el decreto de alarma (y sus prórrogas) y los decretos-leyes aprobados. Ciertamente, la diferenciación en el ámbito material de uno y otro ha sido un acierto (no es lo mismo el cierre de establecimientos, derivado directamente u obligado por la emergencia sanitaria, que el aplazamiento de la obligación de presentación de las cuentas de las empresas, como efecto colateral de la pandemia), si bien en determinados supuestos se han observado contradicciones o incoherencias en las fuentes normativas adoptadas, como sucede en el caso de la suspensión de plazos en procedimientos contractuales, establecida en el decreto de declaración del estado de alarma y levantada por decreto-ley.

Y, finalmente, cabría subrayar que, ante la constatación de que, en términos aristotélicos, lo improbable puede suceder y de hecho sucede, es necesario **aggiornar nuestro derecho de excepción recogiendo las enseñanzas de la experiencia reciente.** Así, entre las posibles reformas cabría citar el **establecimiento de un criterio explícito en cuanto a la duración de las prórrogas** (lo que despejaría las dudas suscitadas al respecto) o la **exigencia de un más exhaustivo contenido mínimo de los decretos.** De mayor alcance sería la **creación de un estado de emergencia sanitaria** que estableciera expresamente los derechos que pudieran afectarse o incluso suspenderse, lo cual requeriría de una reforma constitucional, que, a estos efectos, no cabe sino considerar oportuna de cara al futuro.

MARCO JURÍDICO EN LA DESESCALADA Y POSIBILIDADES LEGALES PARA AFRONTAR REBROTES

Por Germán M. Teruel Lozano
Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia.
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
y por la Universidad de Murcia

El pasado 21 de junio se ponía fin en todo el territorio nacional al estado de alarma, después de más de tres meses en esta situación de excepcionalidad constitucional. No es fácil afrontar una situación de grave crisis, las cuales suelen poner a prueba la solidez de los mimbres con los que están hechos los Estados democráticos de Derecho. Y creo que debemos felicitarnos porque **España ha superado notablemente esa prueba, al menos desde la perspectiva institucional.**

Podemos cuestionar algunas de las decisiones que se han adoptado –si pudo haber sido mejor decretar el estado de excepción para dar cobertura a las medidas más intensas del confinamiento; si se podría haber dado un mayor control parlamentario de la acción del Gobierno; si la coordinación entre administraciones debe reforzarse; si en algunos casos se ha podido dar un exceso de celo en la aplicación de las restricciones y de las correspondientes sanciones...–, pero, a nivel institucional, el Estado constitucional ha respondido de forma adecuada. Ha demostrado la solidez de sus garantías incluso en un momento en el que se daba una fuerte concentración del poder y los ciudadanos tenían que asumir severas restricciones de sus libertades fundamentales. De igual forma, la reacción de la ciudadanía también creo que ha sido ejemplar. Sin embargo, más dudas tengo sobre si los responsables políticos han estado a la altura, aunque no perdamos la confianza ahora que se abre un nuevo periodo para la reconstrucción económica y social del país.

Además, en lo que ahora interesa, el estado de alarma se ha levantado, pero el virus sigue circulando, por lo que debemos preguntarnos sobre **cuáles son los instrumentos legales de los que disponemos en esta desescalada**, sobre todo si hay que afrontar nuevos rebrotes. A este respecto, como ya expuse en un artículo anterior –aquí–, son varias las leyes que establecen el marco jurídico de las medidas que pueden adoptarse para responder a una epidemia sin tener que recurrir a poderes extraordinarios. En concreto, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en especial su art. 54; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

"El pasado 21 de junio se ponía fin en todo el territorio nacional al estado de alarma, después de más de tres meses en esta situación de excepcionalidad constitucional. No es fácil afrontar una situación de grave crisis, las cuales suelen poner a prueba la solidez de los mimbres con los que están hechos los Estados democráticos de Derecho. Y creo que debemos felicitarnos porque España ha superado notablemente esa prueba, al menos desde la perspectiva institucional"

(art. 26); y la legislación autonómica correspondiente. Asimismo, en ocasiones se ha invocado también la posibilidad de acudir a la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de protección civil y a otras normativas autonómicas dentro de este ámbito, aunque a mi juicio, **existiendo legislación especial para el tema sanitario, es mejor ampararse en ella.**

"Podemos cuestionar algunas de las decisiones que se han adoptado –si pudo haber sido mejor decretar el estado de excepción para dar cobertura a las medidas más intensas del confinamiento; si se podría haber dado un mayor control parlamentario de la acción del Gobierno; si la coordinación entre administraciones debe reforzarse; si en algunos casos se ha podido dar un exceso de celo en la aplicación de las restricciones y de las correspondientes sanciones...—, pero, a nivel institucional, el Estado constitucional ha respondido de forma adecuada"

De forma más específica, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que ha sido recientemente convalidado por el Congreso. Esta norma, que tiene la ventaja de tener rango de ley, lo que hace es concretar las medidas que permite la legislación sanitaria para adecuarlas a la crisis del COVID-19. Es, por tanto, una norma en cierto modo de "aplicación". Ahora bien, haber recurrido al decreto-ley plantea también algunas dudas, ya que de acuerdo con la Constitución los mismos no pueden afectar a derechos y libertades constitucionales, aunque la interpretación del Tribunal Constitucional ha venido siendo muy generosa. En todo caso, en cuanto a su contenido, el mismo enfatiza los poderes de **coordinación** del Gobierno de la Nación para afrontar epidemias (art. 3 y 5); impone medidas de **prevención e higiene** como el uso obligatorio de mascarillas (art. 6) o regula la distancia social y otras condiciones de higiene en distintos centros y espacios públicos, y en transportes (arts. 7-18); interviene en cuestiones referidas a medicamentos y otros productos sanitarios y de protección de la salud (arts. 19-21); prevé **obligaciones de información** para el seguimiento y vigilancia epidemiológica y para la comunicación de datos (arts. 22-27); contempla previsiones sobre las capacidades del sistema sanitario (arts. 28-30); y, entre otras cosas, **aclara el régimen de infracciones y sanciones** remitiéndose a las normas legales correspondientes (art. 31).

De manera que, con este abanico normativo, en principio quedarían cubiertos algunos de los frentes necesarios para dar cobertura jurídica a la desescalada.

Hasta los deberes de información y el tratamiento de datos personales que puede afectar al derecho a la **protección de datos** encuentran justo acomodo con esta normativa.

Tampoco creo que plantee excesivos problemas si, llegado el caso, hubiera que decretar la **vacunación obligatoria** para prevenir el contagio ante una epidemia. En este caso, de acuerdo con el art. 2 LO 3/1986, de 14 de abril, se podría imponer la misma a aquellos ciudadanos que la rechazaran, con la correspondiente autorización o ratificación judicial (art. 8.6 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Más dudas presenta, sin embargo, la posibilidad de decretar el confinamiento de personas o poblaciones. Nuevamente la LO 3/1986, de 14 de abril daría cobertura jurídica para imponer el confinamiento, con autorización o ratificación judicial, pero proyectado sobre "enfermos" y sobre "las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato" (art. 3). De hecho, a estos efectos sería especialmente útil que se pueda desarrollar una aplicación que facilite el rastreo de los contactos de las personas contagiadas. Fue el caso, por ejemplo, del confinamiento decretado en febrero por el Gobierno canario de las personas que estaban en un hotel de Adeje donde se detectó un positivo. Por el contrario, más dudoso es que este precepto dé amparo a las decisiones de confinamiento de varias poblaciones como las decretadas por el Gobierno catalán en Igualada o por el Gobierno de Murcia para los municipios costeros.

"De forma más específica, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que ha sido recientemente convalidado por el Congreso. Esta norma, que tiene la ventaja de tener rango de ley, lo que hace es concretar las medidas que permite la legislación sanitaria para adecuarlas a la crisis del COVID-19"

Para salvar estas dudas se ha planteado reformar la **ley orgánica** con el objeto de prever de forma expresa la posibilidad de ordenar **confinamientos generalizados. Por mi parte, tengo dudas de su constitucionalidad.** El confinamiento supone una severa restricción cuando no directamente la privación de un derecho fundamental. Si ésta se hace de forma individualizada o para un grupo definido de personas, encuentra en la intervención judicial una garantía suficiente. Sin embargo, si se decreta de forma generalizada entonces la supervisión judicial pierde parte de su sentido. En estos casos es cuando debe recurrirse al Derecho constitucional de

excepción previsto en el art. 116 de la Constitución, con sus garantías institucionales y también judiciales, de tal manera que correspondería al Tribunal Constitucional enjuiciar la necesidad y proporcionalidad de esa medida general de restricción de la libertad.

"En mi opinión, la suspensión de derechos fundamentales del art. 55.1 CE no tiene por qué comportar su deconstitucionalización temporal y la privación de todas sus garantías, sino que lo que permite es que el legislador orgánico, al prever las medidas del estado de excepción o de sitio, pueda contemplar restricciones que penetren en el contenido esencial del derecho o que priven de garantías constitucionales, algo que en condiciones de normalidad constitucional el legislador no podría adoptar"

Incluso, como ya sostuve –aquí–, si se tratara de un confinamiento de la severidad del que hemos vivido, donde **más que una restricción estuvimos ante la privación absoluta y generalizada de la libertad de circulación**, entonces habría que actuar de acuerdo con el art. 55.1 CE suspendiendo el derecho. Y para ello quizá lo más adecuado sería **reformar la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio**, para contemplar un nuevo supuesto de estado de excepción vinculado a epidemias, con medidas adecuadas para responder a una situación de este tipo. En mi opinión, la suspensión de derechos fundamentales del art. 55.1 CE no tiene por qué comportar su deconstitucionalización temporal y la privación de todas sus garantías, sino que lo que permite es que el legislador orgánico, al prever las medidas del estado de excepción o de sitio, pueda contemplar restricciones que penetren en el contenido esencial del derecho o que priven de garantías constitucionales, algo que en condiciones de normalidad constitucional el legislador no podría adoptar.

De esta manera podríamos **"desdramatizar" la aplicación del Derecho constitucional de excepción, rodeándolo de las garantías necesarias**, y sin forzar los poderes ordinarios otorgándole a las autoridades administrativas facultades exorbitantes en la restricción generalizada de derechos fundamentales.

*Artículo publicado originalmente en el blog Hay Derecho

PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA TRAS EL ESTADO DE ALARMA

Por **Ana Clara Belío Pascual**
Presidenta de la Sección de Derecho de Familia del ICAM
Socia fundadora del despacho ABA Abogadas

1.- Efecto del estado de alarma en los procedimientos de familia

El 14.3.2020 se publicaba en el BOE el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, previamente catalogada como pandemia mundial por la OMS el 11.3.2020. Bajo este prisma de excepcionalidad, "*debido a una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud*" –RD 463/2020–, quedaron afectados todos los procedimientos de familia en curso y los pendientes de tramitar no turnados aún por los Decanatos.

La Disposición Adicional Segunda del RD 463/2020 acordaba la suspensión de los plazos procesales durante la vigencia del RD, si bien la medida quedó sin efecto el 4.6.2020, es decir, antes de la finalización del estado de alarma que se produjo el 21.6.20.

En el mismo sentido que el RD, la Comisión Permanente del CGPJ declaraba el 14.3.2020 "*la suspensión en todo el territorio nacional de las actuaciones judiciales programadas y de los plazos procesales*", garantizando los servicios esenciales. Esta suspensión se extendía también a la presentación de escritos fuera de lo establecido en la mencionada DA, pudiendo dar lugar su incumplimiento a consecuencias de carácter sancionador para letrados y procuradores.

Por tanto, con carácter general, a partir del 14.3.20 y hasta el 4.6.20 dejaron de tramitarse todos los procedimientos en curso y los que estaban pendientes de reparto, salvo los "*esenciales*".

En el ámbito concreto de los procesos de familia, se consideraron esenciales y, en consecuencia, no afectados por la interrupción de los plazos procesales "*las medidas de protección del menor previstas en el Artículo 158 del*

"La Disposición Adicional Segunda del RD 463/2020 acordaba la suspensión de los plazos procesales durante la vigencia del RD, si bien la medida quedó sin efecto el 4.6.2020, es decir, antes de la finalización del estado de alarma que se produjo el 21.6.20"

Código Civil". Estas ha sido las únicas actuaciones que se han tramitado –no sin dificultad–, y posteriormente las dimanantes del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia –RDL 16/2020–.

"Para hacernos una idea, en el momento actual –comienzos del mes de julio–, están turnándose en los Juzgados de Familia de Madrid las demandas ordinarias que se presentaron en el mes de febrero de 2020. Si ese es el tiempo medio –cuatro meses– para designar el juzgado y conocer el número de Autos, habrá que añadir, como mínimo un tiempo equivalente o quizá mayor para la celebración de las vistas o comparecencias, una vez se restablezca la actividad ordinaria"

El RDL 16/2020, al que me referiré más adelante, vino a regular en sus artículos 3 a 5 un procedimiento especial y sumario en materia de familia para dirimir tres cuestiones: 1.- el *"restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida"*; 2.- la revisión de las medidas definitivas *"sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos"*; y por último, 3.- *"las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos"*. Pero la tramitación preferente de estos procedimientos tiene una duración tasada: desde el levantamiento de los plazos procesales y hasta el 31.12.2020, momento a partir del cual no se puede acudir más a esta vía procesal.

Por tanto, al margen de las actuaciones mencionadas –las del Artículo 158 CC y las del RDL 16/2020– que han sido las únicas "*habilitadas*", las consecuencias de la suspensión de los plazos y, en general, de la mayoría de las actuaciones judiciales ha supuesto de facto una paralización sin precedentes de los procedimientos de familia en curso, y de los que se encontraban presentados pero pendientes de turnar a cada Juzgado con anterioridad al 14.3.20.

Para hacernos una idea, en el momento actual –comienzos del mes de julio–, están turnándose en los juzgados de Familia de Madrid las demandas ordinarias que se presentaron en el mes de febrero de 2020. Si ese es el tiempo medio –cuatro meses– para designar el Juzgado y conocer el número de Autos, habrá que añadir, como mínimo un tiempo equivalente o quizá mayor para la celebración de las vistas o comparecencias, una vez se restablezca la actividad ordinaria.

Actividad ordinaria que no se prevé pueda ser automática tras las finalización del estado de alama, tal y como estamos comprobando a día de hoy en la práctica totalidad de los juzgados. Ello es debido a que se mantienen en muchas grandes ciudades, como Madrid, las restricciones a la concentración de personas en un mismo lugar como son las sedes judiciales. Esto afecta al número de señalamientos presenciales –que se han disminuido por las restricciones de aforo y que a la postre acumularán más retraso–, y lo que es peor aún, los límites temporales impuestos para la celebración de las vistas, que ahora deben realizarse en un tiempo más reducido, lo que a mi juicio, puede afectar de manera decisiva a la tutela judicial efectiva.

La ausencia de muchos funcionarios en los juzgados –sin una clara posibilidad de teletrabajar al no disponer de ordenadores–, o el reducido número de éstos debido a la regulación de los servicios esenciales –Resolu-

ción del Ministerio de Justicia de 14.3.2020– dificulta igualmente las necesarias consultas de las actuaciones judiciales por parte de abogados y procuradores. En aplicación del Artículo 23 del RDL 16/20220, la atención al público solo puede realizarse en estos momentos por vía telefónica o a través de correo electrónico. Y para aquellos casos en que resulte imprescindible acudir a la sede judicial será necesario obtener cita previa.

De todo lo anterior cabe concluir que al retraso que pudiera existir en el ámbito de los procedimientos de familia antes de la declaración del estado de alarma, se le ha unido la parálisis absoluta por un periodo de ochenta y tres días –del 14.3.20 al 4.6.20–, de los plazos y las actuaciones judiciales, salvo en los procedimientos esenciales mencionados anteriormente. No se ha ideado ninguna solución a este *"cerrojazo"* legal y judicial. Tampoco se ha restituido de manera efectiva la situación en los Juzgados al momento previo al 14 de marzo. Cabría decir que por falta de previsión, o por la falta de medios, o por ambas cuestiones. El hecho cierto es que ello ha redundado en un claro perjuicio de los ciudadanos y en merma de sus derechos, que intentamos paliar a diario los operadores jurídicos, gracias únicamente al esfuerzo personal.

2.- La celebración de actos procesales mediante presencia telemática: el RD 16/2020

Podría pensarse que una posible solución a esta parálisis era la anticipada por el RD 16/2020, que introdujo la celebración de actos procesales mediante presencia telemática.

En concreto, el artículo 19 establece que durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, *"los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalía tengan a su disposición los medios necesarios para ello"*.

Así, el 25.5.20, la Comisión Permanente del CGPJ aprobaba la "Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas", donde ofrecía pautas y recomendaciones para llevar a cabo dichas actuaciones, en aplicación del Artículo 229 de la LOPJ, que ya recoge dicha posibilidad desde su reforma operada por la LO 19/2003, de 24 de octubre.

Dichas medidas han dado lugar a distintas iniciativas por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, todas ellas relacionadas con lo que se ha denominado *"juicios virtuales"*, de muy distinta índole y de escasa aplicación práctica. Ya que todavía no se ha desarrollado un marco normativo común de las actuaciones telemáticas, que sirva para garantizar: 1.- el principio de publicidad de los actos judiciales –art. 120 CE, 229 LOPJ y 138 LEC–; 2.- la confidencialidad cuando venga impuesta por la protección de datos; 3.- los derechos de defensa de las partes en litigio; 4.- la validez, integridad y calidad epistémica de la prueba de las que dependen la convicción del Juzgador; y por último, 5.- la inmediación en la vista oral. Garantías procesales en las que *"no se puede retroceder como una posible consecuencia paradójica de los avances en tecnología"*, tal y como recoge la Guía mencionada.

El Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia (CNLAJ) criticó la iniciativa, advirtiendo en el mes de mayo que las aplicaciones para celebrar juicios

por videoconferencia –diseñados específicamente para Justicia–, podían no ser seguras, y provocar una filtración de datos sensibles o incluso la propia grabación de las vistas. El CNLAJ reclamaba una auditoría de seguridad por parte del Comité Técnico Estatal de la Administración Electrónica (CTEAJE) para decidir su uso. Y ponía de manifiesto que el propio TC –a diferencia de algunas AP– había excluido utilizar este tipo de aplicaciones en sus deliberaciones, por no ser seguras.

"Desde el punto de vista presencial, ya hemos dicho que las restricciones de aforo han ralentizado los señalamientos, y en muchos de los casos las Salas de vistas son demasiado pequeñas para que se respeten las medidas de seguridad entre los profesionales, lo que obliga a eximir a los procuradores de permanecer en las vistas"

Y el 3.6.20, un día antes del levantamiento de la suspensión de los plazos procesales y de la reanudación de la actividad judicial, el TSJ de Madrid emitía una Nota informativa en la que recogía que las vistas telemáticas no debían realizarse *"ya de inmediato"*, dado que no se habían instalado los sistemas digitales *"oficiales con licencia específica"*, que se señalaron en el Acuerdo de la Sala de Gobierno de 15.5.20.

3.- Situación actual de los procedimientos de familia: una difícil encrucijada

La realidad es que a fecha de hoy la mayor parte de los Juzgados no están preparados de forma telemática ni de forma presencial para reanudar la actividad jurisdiccional.

Desde el punto de vista telemático, los Juzgados de Familia no disponen de aparatos para realizar videoconferencias, y en la mayor parte de los casos el "zoom" utilizado es la versión gratuita que ofrece la propia plataforma. Ello hace que se interrumpa la conexión de forma automática cada cuarenta minutos, debiéndose reanudar para todas las partes con el consiguiente retraso, y la falta de garantías durante el periodo de desconexión.

Desde el punto de vista presencial, ya hemos dicho que las restricciones de aforo han ralentizado los señalamientos, y en muchos de los casos las Salas de vistas son demasiado pequeñas para que se respeten las medidas de seguridad entre los profesionales, lo que obliga a eximir a los procuradores de permanecer en las vistas. No existe un servicio de limpieza distinto al contratado con anterioridad al 14 de marzo, siendo los letrados y procuradores los que llevamos a cabo dicha función respecto de los materiales utilizados en la Sala: limpieza de mesas, sillas y micrófonos. Sin que tampoco esté previsto proveer a las partes de mascarillas o geles desinfectantes, ya que no existen para uso público en las sedes judiciales.

En definitiva, cabe decir que la Justicia se encuentra en una difícil encrucijada: debe abordar la necesaria modernización de su funcionamiento mediante el uso de nuevas tecnologías y plataformas digitales seguras, que eviten una paralización como la sufrida desde el 14 de marzo, pero no ha sido dotada de los medios económicos ni de los recursos para ello, por lo que difícilmente se podrá llevar a cabo esta imprescindible y urgente transformación que satisfaga las necesidades de la ciudadanía en el momento actual y futuro.

CLAVES DEL TELETRABAJO EN LA ERA POST COVID-19

Por Ana Gómez Hernández
Abogada, socia Ceca Magán.
Presidenta de Asnala (Asociacion Nacional de Laboralistas)

Desde el 14 de marzo de 2020 que se declaró el estado de alarma por el COVID-19, y hasta el 21 de junio de 2020 que se levantó la alarma y nos adentramos en la llamada nueva normalidad, se ha producido una auténtica revolución respecto a la utilización del teletrabajo.

Lo evidencian las cifras estadísticas analizadas. Si antes de la pandemia —hablamos del año 2019—, solo un 4,9% de la población activa española trabajaba habitualmente en modo teletrabajo y un 3,5% solo lo hacía ocasionalmente [1], durante la pandemia prácticamente el 80% de las empresas de nuestro país ha afrontado la crisis mediante el teletrabajo (tanto industria como servicios) [2]. Por lo demás, el teletrabajo ha sido la estrategia principal del sector empresarial español para afrontar la crisis sanitaria y económica (muy por delante por ejemplo de los ERTE, de los ajustes en costes, de la reducción de inversiones y de la paralización de las contrataciones).

Se habla de que el teletrabajo ha venido para quedarse. En mi opinión, las empresas que tuvieron a partir del 14 de marzo que integrar el teletrabajo de un modo apresurado y forzoso, han descubierto cómo ha funcionado realmente, manteniendo la productividad en tiempos muy adversos para la economía y favoreciendo el bienestar de sus plantillas por las indudables ventajas para la conciliación familiar y personal que esta forma de trabajo conlleva.

Salvando obviamente las distancias, podríamos comparar la nueva moda del teletrabajo con fenómenos tales como internet. Es indudable que, **a raíz de la pandemia, estamos a las puertas de cambios** muy relevantes en el modo de organización de la actividad empresarial. En estos momentos, se cuestiona la verdadera necesidad de tener oficinas (con el impacto en el mercado inmobiliario que esto conlleva) y si se deben o no costear por el empresario gastos como el acceso a internet y la luz de los trabajadores en sus casas e incluso si se podrá tomar café en las zonas comunes de las oficinas (revolucionando el descanso clásico). El COVID-19 nos ha permitido como aspecto positivo aprender de la vulnerabilidad y aprovechar la oportunidad para emprender con la alternativa del teletrabajo.

Evolución normativa

Al hablar de la regulación de esta interesante figura, tenemos que partir de la normativa en vigor pre COVID-19 y de la regulación surgida a raíz de la emergencia sanitaria.

"Se habla de que el teletrabajo ha venido para quedarse. En mi opinión, las empresas que tuvieron a partir del 14 de marzo que integrar el teletrabajo de un modo apresurado y forzoso, han descubierto cómo ha funcionado realmente, manteniendo la productividad en tiempos muy adversos para la economía y favoreciendo el bienestar de sus plantillas por las indudables ventajas para la conciliación familiar y personal que esta forma de trabajo conlleva"

En general, el trabajo a distancia en España tiene una regulación muy parca y escasa.

Si lo abordamos desde el contexto pre COVID-19, y en el plano internacional, tenemos que partir del Convenio de la OIT nº 177 sobre el trabajo a domicilio de 1996 (no ratificado por España) y la Recomendación de la OIT nº 184 sobre trabajo a domicilio. Y en el nivel europeo, se parte del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo acordado por los interlocutores sociales europeos (16 julio de 2002).

En el plano nacional, identificamos la siguiente normativa:

Por un lado, el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) define el trabajo a distancia como el que se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en otro lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Dicho artículo regula su contenido mínimo en términos muy básicos:

1) Debe ser voluntario. Se dice que el acuerdo por el que establezca el teletrabajo debe formalizarse por escrito (tanto si se acuerda en el contrato inicial como posteriormente).

2) Sacraliza el principio de igualdad de derechos y garantías. Establece que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, excepto aquellos que son inherentes al desempeño del trabajo en el lugar de trabajo de la empresa. En particular, el trabajador a distancia tendrá derecho a recibir, como mínimo, la remuneración total establecida según su grupo profesional y sus funciones.

3) Derecho de formación. El empleador debe proporcionar los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo.

4) Seguridad y salud. Los teletrabajadores tienen derecho a una protección adecuada en materia de seguridad y salud.

5) Libertad sindical. Los teletrabajadores pueden ejercer derechos de representación colectiva (pueden votar en las elecciones de representantes de los trabajadores y ser votados como representantes de los trabajadores). A estos efectos, dichos trabajadores deben estar adscritos a un centro de trabajo específico de la empresa.

Por otro lado, el artículo 34.8 ET, cuando establece que "... Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa ...".

Y finalmente, el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, que en lo que aquí respecta expresamente reconoce a los trabajadores a distancia el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada laboral.

Si abordamos en qué ha contribuido la regulación de emergencia por el COVID-19 en el teletrabajo, hay que destacar primeramente el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que estableció el carácter preferente del trabajo a distancia (artículo 5) con una finalidad doble. Por un lado, y según su Exposición de Motivos, atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública. Y por otro, garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales.

Dicho artículo 5, aparte de puntualizar que el trabajo a distancia deberá ser prioritario frente al recurso de la medida de un ERTE, establece las condiciones a las que se somete esta nueva obligación de implantar el teletrabajo: a) si es técnica y razonablemente posible; y b) si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Parece de alguna manera evidente que, ante una solicitud por la parte trabajadora en este sentido, la negativa empresarial deberá estás más que justificada. La carga de la prueba de la imposibilidad del teletrabajo corresponderá al empresario.

La vigencia de la preferencia del teletrabajo ha sido extendida hasta en dos ocasiones. La redacción del texto original preveía una duración de las medidas de un mes desde su entrada en vigor (Disposición final décima). Posteriormente, la disposición final 1.17 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, amplió la vigencia de todo el RDL 8/2020 hasta un mes después del fin del estado de alarma. Por último, el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, añadió dos meses adicionales a la prórroga ya establecida en el artículo. Así pues, nos encontramos con una vigencia real de tres meses desde la finalización del estado de alarma, lo cual ha ocurrido el 21 de junio.

"Si abordamos en qué ha contribuido la regulación de emergencia por el COVID-19 en el teletrabajo, hay que destacar primeramente el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que estableció el carácter preferente del trabajo a distancia (artículo 5) con una finalidad doble. Por un lado, y según su Exposición de Motivos, atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública. Y por otro, garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales"

Nada se dice en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 sobre estos artículos del RDL 8/2020, por lo que su vigencia sigue como estaba prevista. Sí se hace una referencia en el Real Decreto-ley al trabajo a distancia, señalando en el artículo 7 que el titular de la actividad económica o el director de los centros y entidades deberá "*e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible*".

Merece detenerse en la literalidad de esta norma para darse cuenta de que está imponiendo un deber a las empresas, que consiste en comenzar con la reincorporación progresiva, concretamente el retomar la actividad si la misma se había paralizado. Y de otro lado, se impone un nuevo deber que es la potenciación del uso del teletrabajo siempre que sea posible.

En caso de desavenencia o denegación del ejercicio del derecho, el procedimiento aplicable sería el previsto en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, teniéndose en cuenta además lo previsto en el art. 7.1. d) y 7.2 del Real Decreto ley-16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que señala expresamente que estos procedimientos tendrán "*carácter urgente a todos los efectos y serán preferentes respecto de todos los que se tramiten en el juzgado, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*".

En cuanto al futuro **más inmediato** de la regulación sobre el trabajo a distancia, en junio de 2020 el Ministerio de Trabajo y Economía social publicó una consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia. Tras cerrar la consulta, se ha publicado el Anteproyecto de la norma, cuya finalidad es clara en la necesidad de que se aborde su regulación desde un marco jurídico de seguridad, certeza y transparencia.

Los objetivos de la norma son:

- Proporcionar una regulación que contemple principios sobre su carácter voluntaria y reversible.
- Principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución, incluida la compensación de gastos (partiendo del principio de compensación total de los gastos, directos e indirectos).
- La promoción y la formación profesional.
- El ejercicio de derechos colectivos.
- Los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso. La distribución flexible del tiempo de trabajo y garantía de la obligación de registro horario.
- Los aspectos preventivos (fatiga física y mental, uso de pantallas de visualización de datos y aislamiento).
- Derecho de conciliación
- No suponga una desprotección en los derechos a la privacidad, sin perjuicio del control empresarial.

Son muchas las empresas e instituciones que están regulando la modalidad de trabajo a distancia, principalmente mediante acuerdos colectivos. Un referente en ello dentro del ámbito de las administraciones públicas es la Agencia Española de Protección de datos, que el pasado 5 de junio suscribió la "Declaración de Teletrabajo: 12 compromisos + 12 causas para la era post COVID-19" de Women in a Legal World.

Para dar un cierre a este artículo, opino que es siempre bueno innovar en las relaciones laborales y ya toca en el siglo XXI comenzar a funcionar en un escenario normal de trabajo a distancia, moderno y adaptado a la realidad de nuestros días, que aporte plenas garantías para los trabajadores y seguridad jurídica para las empresas.

(1) Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (Encuesta de Población Activa, microdatos de la submuestra anual de 2019)

(2) Banco de España, "ESCENARIOS MACROECONÓMICOS DE REFERENCIA PARA LA ECONOMÍA ESPAÑOLA TRAS EL COVID-19"

LA DESESCALADA DE LOS ERTE

Por Javier Hervás
KPMG Abogados
Presidente de la Sección de Derecho Laboral del ICAM

La verdadera desescalada de la pandemia del COVID-19 se ha iniciado en el momento en que en fecha 21 de junio de 2020 ha decaído el estado de alarma. Sin embargo, permanecen bastantes efectos de la situación.

Así, hablar de una "desescalada" supone referirnos a la continuación de un proceso que comenzó con el Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo con la regulación inicial de los ERTE en su doble modalidad, y que se ha venido modulando norma a norma, hasta el Real-Decreto Ley 24/2020 que, como mínimo hasta el 30 de septiembre de 2020 nos deja dibujado el último marco legislativo en la materia, que, parece, podría prorrogarse con las modificaciones oportunas hasta la finalización del año.

En esta última fase han sido dos las principales normas que se han dictado y que estarán vigentes tras la finalización del estado de alarma.

En primer lugar, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que tiene como objetivo establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a esta crisis sanitaria, así como prevenir posibles rebrotes. Presenta una vigencia hasta que el Gobierno declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

"Así, hablar de una "desescalada" supone referirnos a la continuación de un proceso que comenzó con el Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo con la regulación inicial de los ERTE en su doble modalidad, y que se ha venido modulando norma a norma, hasta el Real-Decreto Ley 24/2020 que, como mínimo hasta el 30 de septiembre de 2020 nos deja dibujado el último marco legislativo en la materia, que, parece, podría prorrogarse con las modificaciones oportunas hasta la finalización del año"

En esta norma regula obligaciones para todos los ciudadanos de adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación del COVID-19, y en lo específico, en el marco de relaciones laborales, ordena que el empresario:

(i) debe adoptar una serie de medidas de ventilación, limpieza y desinfección; adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores, y cuando ello no sea posible, debe proporcionar equipos de protección adecuados al nivel de riesgo;

(ii) debe adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de

trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia; y

(iii) debe adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, que prorroga hasta el 30 de septiembre de 2020 una serie de cuestiones, entre ellas la prohibición de despido o extinción del contrato por causa COVID y la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales.

"En cuanto a los ERTE por fuerza mayor, también recoge esta ampliación y permite que las empresas que, a partir del 1 de julio de 2020, no puedan desarrollar su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo, puede solicitar un nuevo expediente por fuerza mayor"

En cuanto a los **ERTE por fuerza mayor**, también recoge esta ampliación y permite que las empresas que, a partir del 1 de julio de 2020, no puedan desarrollar su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo, puedan solicitar un nuevo expediente por fuerza mayor.

Se regula la posibilidad de reincorporar a los trabajadores afectados por estos expedientes en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando la reducción de jornada, desde dos supuestos, ya sea reincorporación total o parcial.

Además, se introduce la prohibición de realizar horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, salvo que los trabajadores incluidos en los expedientes y/o aquellos que prestan servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas.

Además, las medidas de protección por desempleo también se amplían hasta el 30 de septiembre y las relativas a fijos discontinuos y a los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas hasta 31 de diciembre de 2020.

Se establecen unos mecanismos de regularización en casos de alternancia de períodos de actividad e inactividad y/o reducción de jornada que varían según los trabajadores continúen en el expediente o hayan reiniciado la actividad o se trate de nuevas situaciones, todo ello, teniendo en cuenta que la empresa tuviera a 29 de febrero de 2020 **más o menos de 50 trabajadores**. Estas exenciones no tienen efectos para los trabajadores, considerándose el período al que se apliquen como efectivamente cotizados a todos los efectos.

Finalmente, las empresas que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales no pueden acogerse a estos expedientes y las empresas que se encuentren en estos expedientes no

de trabajo afectado por las nuevas contrataciones o externalizaciones, no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas.

Se establece un sistema de exoneración de cotizaciones, con diferente régimen según sean trabajadores que tengan el contrato suspendido o hayan reiniciado la actividad y teniendo en cuenta si la empresa tuviera, a 29 de febrero de 2020, más o menos de 25 trabajadores.

"Las empresas que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales a normativa vigente no pueden iniciar expedientes a los que se apliquen estas especialidades y las empresas que inicien estos expedientes no pueden proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes, salvo que no hayan solicitado la exoneración de cotizaciones o que hayan abonado previamente el importe correspondiente a la exoneración o tuvieran menos de 50 trabajadores"

pueden proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes, salvo que no hayan solicitado la exoneración de cotizaciones o que hayan abonado previamente el importe correspondiente a la exoneración o, a 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de 50 trabajadores.

En cuanto a los **ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**, se establece un régimen para los expedientes que se puedan iniciar hasta el 30 de septiembre, de manera que la tramitación puede iniciarse mientras está vigente un expediente por fuerza mayor y, en este caso, la fecha de efectos se retrotrae a la fecha de finalización del expediente por fuerza mayor.

Las medidas de protección por desempleo se amplían hasta el 30 de septiembre y las relativas a los fijos discontinuos y los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, hasta el 31 de diciembre de 2020, debiendo la empresa formular solicitud colectiva de prestaciones por desempleo, en representación de los trabajadores. De la misma manera, se establecen unos mecanismos de regularización en casos de alternancia de períodos de actividad e inactividad y/o reducción de jornada.

Ahora bien, cabe citar cuatro principales novedades.

Se incluye la prohibición de realizar horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, salvo si los trabajadores incluidos en los expedientes y/o aquellos que prestan servicios en el centro

Las empresas que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales a normativa vigente no pueden iniciar expedientes a los que se apliquen estas especialidades y las empresas que inicien estos expedientes no pueden proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes, salvo que no hayan solicitado la exoneración de cotizaciones o que hayan abonado previamente el importe correspondiente a la exoneración o tuvieran menos de 50 trabajadores.

Finalmente, a las empresas que inicien estos expedientes y se beneficien de la exoneración de cotizaciones se aplica la salvaguarda del empleo, pero teniendo en cuenta que el plazo de 6 meses del compromiso empieza a computarse desde 27 de junio.

Anexo resumen de las principales normas en materia laboral

Normativa	Principales aspectos
RD-ley 8/2020, de 17 de marzo	Trabajo a distancia y adaptación de horario y reducción de jornada Prestación por cese de actividad. Expedientes de suspensión o reducción. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo. Salvaguarda del empleo.
RD-ley 9/2020, de 27 de marzo	Limitación de extinciones por causas objetivas, despido colectivo o fuerza mayor. Obligación de la empresa de solicitar la prestación de desempleo de sus trabajadores. Suspensión del cómputo de la duración del contrato de los trabajadores con contratos temporales que hayan sido incluidos en los ERTE. Finalización de los efectos de los ERTE fuerza mayor cuando se levante el estado de alarma. Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas.
RD-ley 10/2020, de 29 de marzo	Permiso retribuido. Recuperación de las horas de trabajo.
RD-ley 11/2020, de 31 de marzo	Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal. Interpretación del compromiso del mantenimiento del empleo. Incapacidad temporal en situación excepcional de confinamiento total. Moratoria de las cotizaciones a la Seguridad Social. Aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social.
RD-ley 13/2020, de 7 de abril	Contratación extraordinaria en el sector agrario. Medidas de simplificación para la tramitación de los procedimientos.
RD-ley 15/2020, de 21 de abril	Prorroga de 2 meses el carácter preferente del trabajo a distancia y del programa "Mecuida". Nuevas situaciones legales de desempleo. Modificación de la LISOS. Ampliación del concepto de fuerza mayor.
RD-ley 16/2020, de 28 de abril	Medidas procesales urgentes. Medidas organizativas y tecnológicas.
RD-ley 24/2020, de 26 de junio	Prórroga ERTE fuerza mayor y nuevo supuesto. Nuevo régimen ERTE por causas ETOP.

LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO TRAS EL COVID-19: LLEGA LA HORA DE LA VERDAD

Por Alberto Torres López
Director Jurídico de Sepín.
Abogado.
Presidente de la Sección de AU-PH e INM. del ICAM

En reiteradas ocasiones he comentado las tres fases por las que arrendadores y arrendatarios, y abogados de cualquiera de ambos, estamos pasando desde que se decretara el Estado de Alarma por el Real Decreto-Ley 463/2020, de 14 de marzo y, más tarde se dictara el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril de Medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, específicamente referido a los arrendamientos de locales de negocio.

"La norma ha obligado a unos y otros a replantearse la situación y a preparar el campo para el siguiente paso, siendo ambas partes cada vez más conscientes de que el acuerdo es la mejor solución"

Una primera, de puro posicionamiento, en la que los arrendatarios remitieron un primer Burofax en el que notificaban la suspensión del pago de la renta ante la imposibilidad de desarrollar su actividad y que era generalmente contestado por la propiedad recordando la vigencia del contrato y el hecho de que la orden de cierre era totalmente ajena a su voluntad.

Una segunda fase, de estrategia, pues tras el Real Decreto-Ley 15/2020 se ponían encima de la mesa unas ciertas medidas, muy limitadas en su ámbito de aplicación pues afectaban solamente a determinados arrendatarios, autónomos o Pymes, y siempre que sus arrendadores además fueran grandes tenedores de inmuebles, lo que prácticamente reducía su aplicación a apenas un 5% de los contratos de arrendamiento de locales de negocio. El Real Decreto-Ley otorgó una moratoria en el pago de la renta de cuatro meses, seguimos sin ponernos de acuerdo sobre el modo de realizar el cómputo de este plazo, a aquellos arrendatarios que lo solicitaron antes del 23 de mayo. Indudablemente esta esperada normativa ha supuesto una enorme decepción para los arrendatarios de locales de negocio, pues incluso los beneficiados por la misma esperaban mucho más de lo que era una simple moratoria en el pago de la renta.

La norma ha obligado a unos y otros a replantearse la situación y a preparar el campo para el siguiente paso, siendo ambas partes cada vez más conscientes de que el acuerdo es la mejor solución. Los arrendadores saben perfectamente que cualquier procedimiento judicial de desahucio va a prolongarse inevitablemente en el tiempo, y que un arrendatario en situación de concurso puede suponer el peor de los escenarios posibles por cuanto les va a impedir probablemente cobrar definitivamente la renta, todo ello sin perjuicio de la dificultad de encontrar en un futuro próximo un arrendatario que pueda pagar una renta similar a la anterior al COVID-19. Por su parte, los arrendatarios ven cada vez con mayor claridad que no es posible dejar de pagar la renta sin más, dado que el riesgo es enorme en el caso de que se presente la correspondiente demanda de desahucio por falta de pago, máxime cuando no se ha llevado a efecto la propuesta de reforma del Art. 440 LEC que permitiría oponer en un juicio sumario la alteración sustancial de las circunstancias sufridas. En esta tesitura, la opción de estos segundos se reduce prácticamente a la aplicación de la tan comentada en estas fechas Cláusula *rebus sic stantibus* que permita una revisión de las condiciones del contrato y más concretamente de la renta del mismo, no solamente durante el periodo del estado de alarma, sino también en los meses posteriores. Esta circunstancia obliga a analizar con detenimiento la viabilidad del negocio y a hacer al arrendador propuestas más razonables, que no sean la simple suspensión del contrato, con el objeto de que

en el caso de no alcanzarse el deseado acuerdo, puedan ser sostenidas en el correspondiente procedimiento judicial.

En este momento nos hallamos ya en la frontera entre la segunda y la tercera fase, la decisiva, en la que o conseguimos entre todos firmar el necesario acuerdo, o nos vemos abocados al procedimiento judicial.

En principio, debe ser el arrendatario el que de el paso al frente y presente la reclamación judicial pues, como comentaba, en el caso de que haya dejado de pagar total o parcialmente la renta, es excesivo el riesgo que supone la demanda de desahucio. El procedimiento en este caso no puede ser otro que la demanda de juicio declarativo ordinario que tenga por objeto la aplicación de la Cláusula *rebus sic stantibus* y la revisión de las condiciones del contrato, dado que, en principio, concurren los tres presupuestos básicos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la misma, como son la imprevisibilidad, la alteración sustancial de las circunstancias y la desproporción exorbitante entre las recíprocas prestaciones de las partes. Este proceso deberá ir acompañado de la solicitud de la medida cautelar que, dada la previsible larga duración del proceso, permita la supervivencia del negocio con una reducción de la renta provisional y con la prestación de caución.

En cualquier caso, la respuesta no puede ser unívoca, pues resulta fundamental analizar pormenorizadamente cada contrato de arrendamiento en concreto, la actividad desarrollada, la posición económica de arrendadores y arrendatarios y las propuestas que unos y otros hayan efectuado con anterioridad. Evidentemente no puede ser lo mismo que la actividad haya sido o no suspendida, sufra restricciones en su reapertura, el arrendador tenga o no la condición de gran tenedor en lo términos delimitados por el Real Decreto-Ley 15/2020, haya concedido algún tipo de bonificación total o parcial en el pago de la renta, etc.

Antes de la presentación de la demanda es igualmente necesario analizar si existe algún tipo de incompatibilidad entre la solicitud de la moratoria recogida en el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril y la aplicación de la Cláusula *rebus sic stantibus*. Mi criterio es favorable a su compatibilidad. El propio Preámbulo de la norma da pie para ello, pero es que mientras que la regulación legal ofrece y persigue dar facilidades de pago al arrendatario, la *rebus sic stantibus* pretende restablecer el equilibrio contractual quebrado por el estado de alarma. Todo ello sin perjuicio de que el Real Decreto-Ley haya sido dictado con carácter general sin que pueda prever las situaciones específicas de cada contrato, por lo que se limita a modular la opción de una moratoria en el pago de la renta como un mínimo legal, lo cual nunca puede ser excluyente de la aplicación de la reiterada doctrina.

Otro elemento esencial de estas demandas es el Informe técnico que deben acompañar, de índole fundamentalmente económico pues es necesario que acredite la situación económica de la arrendataria y las previsiones futuras de la actividad que desarrolle, realizando una comparativa de la situación anterior y posterior al COVID-19, así como la posible minusvaloración de la renta de mercado en la era post pandemia. Se trata sin duda del eje fundamental sobre el que va a girar la reclamación, de ahí la importancia de encontrar el técnico idóneo para su elaboración.

Desde la perspectiva del arrendador, aunque su posición a falta de acuerdo puede parecer más sencilla, atendiendo a la solvencia del arrendatario optará por la demanda de desahucio por falta de pago acumulando o no la reclamación de rentas, o por la demanda de juicio verbal de reclamación de rentas cualquiera que sea el importe de las mismas (Arts. 250.1.1ª y 437.4º. 3ª). No obstante, será recomendable que también recabe la participación de igual técnico que, llegado el momento, pueda rebatir las alegaciones vertidas de contrario.

En definitiva, llega el momento de la verdad, lo que no significa que tanto arrendadores como arrendatarios y, sobre todo, los abogados que les representamos, tengamos claro que la mejor solución sigue pasando por el acuerdo entre las partes que impida el procedimiento judicial.

EFECTOS DE LA PANDEMIA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS DE VIVIENDAS HABITUALES

Por Luis Martín Contreras
Doctor en Derecho
Letrado de la Administración de Justica
en el Tribunal Supremo

Entre las múltiples normas publicadas en este período de confinamiento, desde un punto de vista jurídico sobresale, por su incidencia, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, donde se introducen algunos matices a la regulación de los alquileres de viviendas habituales, para las que se habilitan una serie de ayudas y créditos, con el fin de ayudar a los arrendatarios que se hubieran visto en una situación de vulnerabilidad económica y social como consecuencia de la COVID-19.

Dado el corto espacio con el que contamos para realizar este comentario, cabe destacar como notas principales las siguientes:

1) Exigencias y acreditación. La primera exigencia que se requiere para poder acudir a estas ayuda y créditos es que el arrendatario se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica y social, que esta le afecte por su propia situación o por la de otras personas que también tengan su domicilio habitual en la misma vivienda (esposa/o, pareja, hijos ....). Para ello, deberá encontrarse en alguna de las situaciones que se definen en el art. 5 del citado Decreto-ley. Estas situaciones deben ser acreditadas fehacientemente ante el arrendador, en los términos que se regulan en el art. 6 del mismo texto legal y, sobre todo, el arrendatario deberá acreditar que su situación es consecuencia directa (relación causa/efecto) de la expansión de la pandemia de la COVID-19.

2) La condición del arrendador. También es importante la condición del arrendador:

a) Pequeño tenedor. Cuando el arrendador es una persona física o jurídica que no sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros o una superficie de más de 1.500 m2 (art. 4 sensu contrario).

b) *Grandes tenedores.* Dentro de este grupo hay que incluir a las empresas o entidades públicas de vivienda y a aquellas personas físicas o jurídicas que sean titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o de una superficie construida de más de 1.500 m2, según la definición recogida en el art. 4 del Real Decreto-ley 11/2020.

> *"La solicitud del arrendatario tiene carácter vinculante y, según se establece en el art. 2 mencionado, el arrendador estará obligado a aceptarla, salvo que sobre este particular hubieran llegado anteriormente a un acuerdo los contratantes sobre los términos y condiciones para el contrato"*

3) Tres vías de intervención. La tercera de las patas del banco la constituyen las vías de intervención de la Administración sobre los alquileres de vivienda habitual y que, como anunciamos, es triple.

a) Sobre los procedimientos de desahucio ya iniciados. Según se establece en el art. 1 del citado Real Decreto, una vez que se levante la suspensión de todos los términos y plazos procesales (día 4 de junio) por el estado de alarma, se iniciará una suspensión extraordinaria. Esta suspensión incidirá en dos momentos procesales:

a') Suspensión del lanzamiento. Si el lanzamiento ya estuviera señalado, se iniciará una suspensión extraordinaria del mencionado acto, dejando en manos de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma la comprobación de si concurren o no las situaciones regu-

ladas en el art. 5 del Real Decreto, si bien, a la vista del informe, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo estrictamente necesario.

b') Suspensión del procedimiento judicial. Para el caso de que no hubiera transcurrido aún el plazo de diez días del requerimiento inicial en el juicio de desahucio, según los términos previstos en el art. 440. 3 de la LEC, se suspenderá el plazo y la tramitación hasta que, por los servicios sociales de la Comunidad Autónoma, se adopten las medidas que estimen oportunas, por un período máximo de seis meses desde el 1 de abril.

En ambos casos, el arrendatario deberá acreditar ante el Juzgado encontrarse en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva.

b) Sobre la duración del contrato. El segundo de los aspectos a tener en cuenta en lo que se consideran propiamente ayudas al arrendatario, es el de la nueva prórroga forzosa que se introduce en el art. 2 del Real Decreto. En efecto, todos los contratos sometidos a la regulación especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuya finalización, ya sea del plazo pactado o de cualquiera de las prórrogas forzosas o voluntarias, se produzca dentro de los dos meses posteriores al levantamiento del estado de alarma, podrán prorrogarse de forma obligatoria por un máximo de seis meses. Para ello, será fundamental que el arrendatario solicite esa prórroga.

En caso de que lo solicite, el nuevo período de contrato estará sujeto a los mismos términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor.

La solicitud del arrendatario tiene carácter vinculante y, según se establece en el art. 2 mencionado, el arrendador estará obligado a aceptarla, salvo que sobre este particular hubieran llegado anteriormente a un acuerdo los contratantes sobre los términos y condiciones para el contrato.

c) Sobre la renta. En el caso de la renta, la incidencia del Real Decreto-ley 11/2020 será diferente, dependiendo de la condición del arrendador.

a') Arrendador gran tenedor. En los supuestos de grandes tenedores, según la definición que se recoge en el art. 4. 1 del Real Decreto-ley y que ya hemos dejado apuntada anteriormente, la aplicación del estado de vulnerabilidad económica y social del arrendatario también tendrá dos reflejos diferentes, según la opción por la que se decante el arrendador.

La normativa aplicable a los grandes tenedores también lo será a los arrendamientos de viviendas del Fondo Social de Vivienda, derivados del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

a'') Quita del 50% del importe de la renta. En los casos en los que el arrendatario lo sea de una vivienda habitual, propiedad de un arrendador considerado gran tenedor, podrá solicitar de éste que se le reduzca el importe de la renta en un 50% durante los meses que dure el estado de alarma y, si aquel plazo fuera insuficiente, hasta un máximo de cuatro meses más. Esta ampliación de hasta cuatro meses se fundamentará en que el arrendatario acredite ante el arrendador que sigue en estado de vulnerabilidad económica y social, provocada por la pandemia de la COVID-19.

Un detalle a tener en cuenta es el porcentaje de descuento o quita al que ascenderá la petición del arrendatario, que será el 50% del importe de la renta no a una cantidad variable hasta ese porcentaje.

Frente a esta propuesta del arrendatario, el arrendador puede aceptarla y comenzar a aplicar la quita de inmediato, o no aceptarla, en cuyo caso pueden negociar otros convenios y plazos, en cuyo caso habrá que estarse a esos acuerdos.

b'') Moratoria. Puede ser que el arrendador no acepte ningún tipo de rebaja en el importe de la renta (quita), en cuyo caso el arrendatario podrá solicitar una moratoria en el pago de las rentas y, en este caso, al arrendador gran tenedor no le quedará otra alternativa que aceptar esta moratoria. La moratoria podrá prolongarse también hasta un máximo de cuatro meses y el abono de las rentas retrasadas se aplazará hasta un máximo de tres años, pero siempre y cuando este plazo de amortización entre dentro del plazo de vigencia del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, en otro caso, los pagos aplazados deberán realizarse dentro del plazo que esté vigente el contrato.

b') Pequeños arrendadores. En el caso de los pequeños arrendadores, en la definición recogida anteriormente, los arrendatarios también podrán solicitar del arrendador, en este caso, únicamente el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de las rentas, salvo que, como en el caso anterior, los contratantes no hubieran llegado antes a un acuerdo en el aplazamiento o, incluso en la condonación total o parcial de los pagos de renta. Para el caso de que el arrendador no hubiera aceptado ningún tipo de acuerdo, ni siquiera el del aplazamiento del pago (art. 8), en contra de lo que ocurría con los grandes tenedores, en el de los pequeños propietarios, los arrendadores no están obligados a aceptar ninguno de los pactos propuestos por el arrendatario, pero éste, si se encuentra en estado de vulnerabilidad, en cualquiera de las situaciones recogidas en el art. 5 del mismo Decreto-ley, podrá tener acceso al programa de ayudas de financiación reguladas en el art. 9 del mismo cuerpo legal.

ALGUNOS EFECTOS DE LA PANDEMIA EN LA JUSTICIA PENAL

Por Antonio Abellán Albertos
Abogado

I. Introducción

Desde la activación del estado de alarma (art. 116.2 CE), por RD 463/2020, de 14 de marzo, su mantenimiento en seis prórrogas (RD 555/2020, de 5 de junio), hasta el 21 de junio, y con su última dulcificación de las medidas a adoptar ante la crisis sanitaria, que se mantiene, en el RDL 21/2020, de 10 de junio, la justicia penal ha ajustado su funcionamiento desde los servicios indispensables hasta su definitiva reanudación que, según el BOE, ha tenido lugar el 9 de junio, conforme Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, que activó la **Fase 3** del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia, en la que se debe alcanzar el 100% de trabajo de los efectivos de cada centro de destino.

II. Delitos cometidos durante el estado de alarma

La limitación a la libertad ambulatoria que implicó el confinamiento (art. 11 LO 4/1981) ha supuesto, según los medios, que las propuestas de sanción pudieran alcanzar más de **un millón,** así como se refieren casi **9.000 detenciones**. De esta forma, en un periodo de tres meses casi 6 de cada 100 ciudadanos habrá podido ser objeto de propuesta de sanción.

Estas propuestas de sanción administrativa en muchos de los supuestos de mera desatención de la orden general de confinamiento, y como ya advirtió el Informe de Abogacía del Estado, de 2 de abril, pudieran carecer de base sancionatoria (art. 25.1 CE), finalmente en evidencia por el propio RDL 21/2020, que sí incorpora sanción expresa por mero incumplimiento (del uso de mascarilla).

"La limitación a la libertad ambulatoria que implicó el confinamiento (art. 11 LO 4/1981) ha supuesto, según los medios, que las propuestas de sanción pudieran alcanzar más de un millón, así como se refieren casi 9.000 detenciones. De esta forma, en un periodo de tres meses casi 6 de cada 100 ciudadanos habrá podido ser objeto de propuesta de sanción"

Respecto a los delitos incoados por desobediencia también se ha noticiado un número muy elevado, siendo previsible, tal y como ya se conocen diversas resoluciones, que se archiven causas o finalmente absuelvan por carencia de agotamiento de las condiciones del tipo (art. 556 CP). Y ello, pues la norma general (RD 463/2020), aunque introduzca prohibiciones, no es susceptible por sí misma de ser desobedecida en el sentido penal si no se hubiera constatado un **requerimiento previo** de los agentes y, acto seguido, no cumplirse (gravemente) por el ciudadano.

Otros delitos cometidos aprovechando la pandemia (*coronacrimes)* tendrán más recorrido, como delitos contra la intimidad y ciberestafas [arts. 197 y 248.2.b) CP], en su modalidad de robo de datos con aplicaciones falsas de detección del coronavirus o web maliciosas.

Más peliagudo resultará la prosecución en delitos de omisión de socorro (art. 195 CP), abandono de servicio público (arts. 407 a 409 CP), desobediencia y denegación de auxilio de autoridades y funcionarios (arts. 410 a 412 CP) y, más delicado aún, el de denegación de socorro de sanitarios (art. 196 CP) que castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria.

III. Efectos procesales penales del estado de alarma

a) Plazos procesales

El RD 463/2020 dispuso que «*se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo*» (DA 2.ª). No obstante, se previno que en el orden penal la suspensión e interrupción no resultase de aplicación a ciertos procedimientos y actuaciones, conforme se ha ido matizando también en distintos acuerdos del CGPJ, resoluciones del Secretario de Estado de Justicia y RDL 16/2020, de 28 de abril.

En este sentido, el RDL 16/2020, ha resultado confusionista. Completa que una vez alzada la suspensión se producirá «reinicio» del cómputo de los plazos, de tal forma que «*volverán a computarse desde su inicio*» (art. 2). En materia de recursos se ha optado por un criterio que se puede considerar garantista, de tal forma que los plazos para recurrir las resoluciones notificadas vigente la suspensión e incluso veinte días desde su alzamiento «*quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora*». Ello conllevará que vencimientos inherentes a la suspensión coincidan el mismo día, a finales de julio, y que, habida cuenta de la extravagante habilitación parcial en **agosto** (días 11 a 31), otros muchos precluirán en un mes tradicionalmente inhábil.

El acuerdo del CGPJ de 9 de mayo, indica que «el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en el que pierda vigencia el estado de alarma [...]». Además, conforme quinta prórroga, por RD 537/2020, de 22 de mayo, «*con efectos desde **4 de junio** de 2020 [...] se **alzará** la suspensión*». No ha expresado el RD 537/2020 las matizaciones que sí se hacen para la suspensión de plazos administrativos, en cuanto a que para dichos plazos "[...] *el cómputo de los plazos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas*».

Así pues, los operadores jurídicos tenemos servida una buena dosis de inseguridad a la hora de interpretar los distintos efectos de la «suspensión» de *términos* y

«suspensión e interrupción» de *plazos*, que esperemos pueda verse pronto despejada, teniendo en cuenta que el RD 537/2020 es *lex posterior*.

En el orden penal, la principal diatriba la presenta el **art. 324 LECrim.** Cabe entender que, salvo en los supuestos legales de no suspensión (y aun con reservas según la casuística) los plazos máximos de instrucción se han visto detenidos, en el sentido gramatical de que no han seguido adelante, y reanudados tras el alzamiento de la suspensión. No obstante, la Secretaría Técnica de FGE publicó un informe interpretando que los plazos del art. 324 LECrim debían ser objeto de «reinicio» de cómputo, estuviese como estuviese el procedimiento (esto es, incluso en los ya prorrogados el plazo se reiniciaba, en una suerte de puesta a cero del contador).

Conocidos acuerdos como el de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 21 de mayo, los plazos del art. 324 LECrim debe entenderse que en ningún caso comienzan desde un principio. Conforme Decreto de FGE de 3 de junio (con base en nuevo Informe de la Secretaría Técnica de misma fecha), se persiste en la obstinación pero aun así se previene a los fiscales que deben optar «cautelarmente» por el «criterio de la reanudación del cómputo de los plazos», por lo que «las/los fiscales deberán solicitar su prórroga en los términos establecidos estatutariamente, descontando el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 4 de junio».

Veremos cómo se interpreta finalmente, teniendo en cuenta que está en juego la importancia del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones (art. 24.2 CE).

b) Prescripción y caducidad

La disposición adicional cuarta del RD 463/2020 dispuso que los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedasen suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren. Lo cual tiene lugar hasta el 4 de junio de 2020, fecha en la que se alza la suspensión (RD 537/2020).

Sobre esta base, podría pensarse si afecta a los arts. 131 y siguientes del Código Penal e implica la interrupción de la prescripción de los delitos y también de las penas efectivamente impuestas, lo cual es discutible a la vista del tenor «cualesquiera acciones y derechos», que si bien de amplio espectro no incluye expresamente la jurisdicción penal y conforme el principio *favor rei* y *pro libertate* y a la vista del discutible rango normativo puesto que no se cumple el principio de reserva de Ley Orgánica que requiere cualquier reforma del Código Penal.

Por ello, debe entenderse que la suspensión no ha afectado a los términos de prescripción del **delito** y de la **pena** (art. 130.1.6º y 7º CP), ni al **cumplimiento** efectivo (art. 130.1.2º CP), la **remisión** (art. 87 CP) o la **libertad condicional** (arts. 90 y ss CP), debiendo estarse a la literalidad de los arts. 132 y 134 CP en cuanto a que «*el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse*» y al art. 75 CP en cuanto a que en las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento *sucesivo*.

> *"Conforme Informe de la Secretaría Técnica de FGE, de 3 de junio, con distinción entre lo que se entienda por normas o leyes procesales por contraposición a los plazos de carácter sustantivo o material, considera que los plazos asociados, bien a la prescripción del delito, bien al ejercicio de la acción penal, deben ser considerados plazos sustantivos y que no se han visto en ningún caso alterados por la suspensión de plazos del estado de alarma"*

Conforme Informe de la Secretaría Técnica de FGE, de 3 de junio, con distinción entre lo que se entienda por normas o leyes procesales por contraposición a los plazos de carácter sustantivo o material, considera que los plazos asociados, bien a la prescripción del delito, bien al ejercicio de la acción penal, deben ser considerados plazos sustantivos y que no se han visto en ningún caso alterados por la suspensión de plazos del estado de alarma.

IV. Acceso a sedes judiciales y celebración de vistas

La Resolución del Secretario de Estado de Justicia sobre servicios esenciales en la Administración de Justicia, de 14 marzo, limitó el acceso salvo actos imprescindibles e inaplazables y objeto de citación previa, ampliando en posterior resolución, de 30 de marzo, autorizando el acceso a los «profesionales», que además fueron considerados servicios esenciales (RDL 10/2020).

Conforme art. 23 del RDL 16/2020 se acuerda hasta tres meses después de la vigencia del estado de alarma (21 septiembre) que la atención «al público» en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico. Es decir, la restricción **no incluye a los profesionales**, como sorprendentemente ahora se está sufriendo en algunas sedes. Otra novedad, irrelevante, es la dispensa del uso de togas. Por su parte, la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, previene el establecimiento de un conflictivo turno de **tardes**.

El CGPJ, en acuerdo extraordinario de la Comisión Permanente, de 11 de mayo, estableció que los decanos elaborasen un calendario de utilización de las salas de vistas y demás recursos materiales de cada sede judicial y que los titulares de los juzgados y tribunales son a quienes incumbe fijar los criterios generales y dar las instrucciones con arreglo a los cuales se realizará el señalamiento de las vistas o trámites equivalentes, incluida una posible reorganización de la agenda.

Esto último ha dado lugar a cierto caos y que muchos juzgados realicen las actuaciones conforme *fuero propio,* al tiempo que se desconoce si se están realizando inspecciones y siguiendo pautas específicas, verificables sede a sede, de **autoridades sanitarias**.

En cuanto al empleo de medios telemáticos, las Resoluciones del Secretario de Justicia, de 14 de marzo, y del Ministro de Justicia, de 23 de marzo, establecieron medidas de seguridad y el empleo de **videoconferencia**, en línea con acuerdos de los decanatos de algunas sedes, como el Acuerdo Gubernativo 155/2020, de 17 de marzo, del Decanato de Madrid, sobre la necesidad de arbitrarse un mecanismo de comunicación entre las comisarías y los juzgados a través de sistemas de videoconferencia.

La asistencia letrada a las personas detenidas por medios telemáticos ha funcionado generalmente bien cuando se ha propiciado con confidencialidad y visualización abogado-cliente y en algunas innovaciones, como el **acceso telemático al atestado** [art. 520.2.d) LECrim], la abogacía ya no puede permitir un retroceso, pues es una reivindicación básica que entronca en el Programa de Estocolmo.

Conforme RDL 16/2020 (art. 19), la «Guía de Buenas Prácticas» del CGPJ, de 29 de abril, y los «criterios generales» del CGPJ para la elaboración de los planes de reanudación, de 11 de mayo, *«durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, [...], los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán* ***preferentemente*** *mediante presencia (sic) telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello»*.

Se excepciona, y será necesaria la presencia física del acusado (no incluye al abogado ni al fiscal) en los juicios por delito grave. Por su parte, la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, ordena «optimizar» estos medios a las Administraciones prestacionales.

No cabe abarcar aquí la problemática de la adecuación tecnológica de la justicia. El CGPJ, en su Comisión Permanente de 27 de mayo, ha aprobado una «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» que se puede considerar un buen comienzo. Aun así, quedan muchas cuestiones por avanzar y es necesario no sólo contar con medios técnicos idóneos sino con una **postura proactiva** de todos los actores jurídicos, incluido un cambio de conciencia para el que algunos son reacios. La reciente incorporación del CGAE al grupo de trabajo del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE) puede ser una buena noticia, en la confianza de que no incurran en el arte del 'disparo al pie' y tengan presente las necesidades de la abogacía de oficio, ejemplar durante el estado de alarma.

La utilización de videoconferencia es una herramienta útil según casos que debe **consensuarse**, fundamentalmente, con cada postulación.

Por último, cabe alentar que la abogacía no baje la guardia en esta nueva época de atajos cortoplacistas y, además de requerir las elementales medidas técnicas y sanitarias, defienda el mantenimiento de los derechos y las garantías procesales fundamentales, con especial atención al derecho a la presunción de inocencia, cada vez más desvirtuado.

ESTADO DE ALARMA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Por **Miguel Ángel Presno Linera**
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

Pocos meses después del intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981 se publicó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución española (CE), no especialmente concreto en lo que respecta al estado de alarma. Dicha Ley Orgánica había empezado su andadura parlamentaria en septiembre de 1979 bajo una forma bien diferente: como Proyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana que, según su «Memoria» suponía «un importante cambio en relación con la Ley de Orden Público de 1959 y criterios inspiradores de la misma, al conjugar la nueva normativa la defensa de las instituciones con el fortalecimiento de los sistemas de garantía de las libertades públicas». Dentro de este Proyecto el Capítulo III era el dedicado a la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio.

En el Informe de la Ponencia por el Congreso de los Diputados se propuso, con éxito, el desglose en cuatro proyectos de ley distintos, uno de ellos relativo a los estados de alarma, excepción y sitio. Y más adelante desapareció la letra a) del Proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante «alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa». Se desvincula así el estado de alarma de la cuestión del orden público, para destinarlo (art. 4) a combatir «a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancia o situaciones contenidas en este artículo. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Y es que en la Ley Orgánica 4/1981 no se habla de «orden público» hasta que no se llega al estado de excepción y ello implica que no hay un paso intermedio –estado de alarma– entre el «orden» y el «desorden» público sino que se pasa directamente de la situación de normalidad al estado de excepción, sin que quepan situaciones intermedias más o menos ambiguas. En consecuencia, las medidas que cabe adoptar como consecuencia de la declaración de un estado de alarma no tienen el grado de intensidad que las

"De poco serviría tener unos derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico si dejáramos a los titulares de estos derechos sin una defensa profesional, ya que una forma de atacar los derechos es privar de defensa a aquellos que ven los suyos vulnerados, atacados o no respetados"

admisibles si se implantan los estados de excepción o de sitio. En pocas palabras, en el estado de alarma no cabe la suspensión de derechos fundamentales.

"En el Informe de la Ponencia por el Congreso de los Diputados se propuso, con éxito, el desglose en cuatro proyectos de ley distintos, uno de ellos relativo a los estados de alarma, excepción y sitio. Y más adelante desapareció la letra a) del Proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante «alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa»"

No obstante, y siendo esa la «teoría» constitucionalmente adecuada, cabe señalar que si atendemos a la «práctica», en especial a la práctica derivada de la declaración del estado de alarma acordada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, vemos que no parece haber diferencia entre las medidas «limitativas» acordadas durante un estado de alarma y las «suspensivas» propias de un estado de excepción, pues, si atendemos, por citar el ejemplo más significativo, a las limitaciones, vigentes en el momento de escribir estas líneas, a la libertad de circulación nos encontramos con una auténtica negación general del ejercicio de este derecho por sus titulares. ¿En dónde parece encajar mejor lo previsto en el artículo 7 del Decreto que declaró el estado de alarma? ¿En una limitación de la circulación –estado de alarma– o en una prohibición de la circulación –estado de excepción–? Debe tenerse en cuenta que, conforme a la Ley Orgánica 4/1981, en los dos casos la limitación y la prohibición no necesariamente son totales sino que pueden condicionarse a requisitos, horas o lugares. Estamos, pues, ante una limitación formal que, de facto, implica una suspensión general de la libertad de circulación.

¿Y quién decide si esa limitación formal/suspensión material es conforme a Derecho con carácter general? En el plano jurisdiccional tal facultad corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional aunque tal monopolio no es algo, al menos en mi opinión, que quepa aceptar sin mayor crítica o, cuando menos, consideración.

Si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante Decreto del Consejo de Ministros no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio Supremo con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos tras la declaración del estado de alarma el 4 de diciembre de 2010: en siete autos de 2011 y 2012 el TS estimó que la declaración del estado de alarma no es ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE». Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional, primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley.

En consecuencia, únicamente a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse el decreto del estado alarma y, parece, que lo que se valorará será que las medidas adoptadas respondan a las exigencias de legalidad y proporcionalidad. Y ello sin olvidar que los actos y disposiciones administrativos adoptados durante la vigencia del estado de alarma serán impugnables en vía jurisdiccional y que quienes sufran daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

* Este artículo forma parte de la Guía Derechos Humanos antes la crisis del COVID-19, publicada por la Sección de Derechos Humanos del ICAM.

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS ANTE LA CRISIS DEL COVID-19 [1]

Por Carlos Brito Siso
Abogado. Presidente de la Sección de Derechos Humanos
Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

El estado de alarma declarado mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (prorrogado sucesivamente hasta el 21 de junio por el RD 555/2020, de 5 de junio), contemplaba una serie de medidas referidas a la libre circulación de personas, entre otras restricciones.

El artículo 7 del RD 463/2020, en principio, se refería a las vías de uso público, siendo modificado su primer inciso y la letra h) por el RD 465/2020, de 17 de marzo, para incluir los espacios de uso público, limitando la circulación de personas durante la vigencia del estado de alarma, que, como sostiene Presno Linera, se trata de una prohibición expresa de circular y sus excepciones, propias de un estado de excepción.

Ahora bien, el RD deja claro la limitación al ejercicio del derecho de circulación previsto en el artículo 19 de la CE, derecho reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12) y en el Protocolo n° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 2).

En cuanto a la legitimidad para limitar el derecho a la libre circulación de personas, los instrumentos internacionales y europeos de derechos humanos prevén circunstancias excepcionales para restringirlo, siempre que se encuentren previstos por una ley y para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud, entre otras, circunstancias recogidas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Por lo que podría encajar en los lineamientos del sistema internacional y europeo de protección de derechos humanos; no obstante, como se ha adelantado, esta limitación a la libre circulación de personas se ha interpretado en un sentido prohibitivo, propia de la descrita en el artículo 20 LO 4/1981, prevista para el estado de excepción, que ha conducido a un exceso en las medidas tendentes a sancionar a quienes no se ajustaban o contravenían las limitaciones impuestas por el RD.

La libertad de circulación es **un derecho necesario para el libre desarrollo de la persona y, en caso de ser limitado, estas limitaciones deben guardar una proporción con el interés que se debe proteger,** evitando generar mayor lesividad que la propia limitación provoca, adoptándose instrumentos menos perturbadores (véase Comité de Derechos Humanos, observación general Nº. 27, 1999, sobre la libertad de circulación, parágrafo 14), por lo que, **la posibilidad de aplicar sanciones administrativas y penales son respuestas que no son necesarias y que se apartan de la proporcionalidad de una medida excepcional.**

El Ministerio del Interior, como autoridad competente conforme al RD 463/2020, dictó la Orden INT/226/2020 [2], de 15 de marzo, por la que se establecían criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el RD 463/2020, destinada a «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; los cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y el personal de las empresas de seguridad privada», quedando bajo su autoridad (artículo 9.1 de la LO 4/1981).

Un instrumento que, en principio, buscaba «impartir criterios comunes de actuación... en relación con el cumplimiento y el seguimiento de las actuaciones previstas en el citado real decreto, así como directrices para la coordinación...», sin que se cuente con información sobre cuáles fueron esos «criterios comunes de actuación» que debían ser emitidos por la Secretaría de Estado de Seguridad. En relación con el mando de las FFCCSE solo consta en la página web oficial del Ministerio un apartado de *Dudas Frecuentes relacionadas con el COVID-19*. Este hecho quedó evidenciado ante una intervención en rueda de prensa del ministro (6/04/2020), cuando se le preguntó sobre la lista de «productos imprescindibles» que se había elaborado en una provincia, manifestando el ministro que se trataba de «algo que no es correcto», sin que conste información sobre la instrucción explícita que impedía esas prácticas e interpretaciones de la limitación de circulación.

De igual forma, según la Orden INT/226/2020, las medidas contempladas en ésta se «aplicarán de acuerdo

con los principios de proporcionalidad y necesidad, dirigidos a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos y contener la progresión de la enfermedad» (artículo 1, apartado 3), proporcionalidad que no se observa cuando se otorga a los agentes de la autoridad la potestad de «dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo», cuando se compruebe e impidan «que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en el Real Decreto 463/2020» (artículo 1, apartado 7), transformando la situación en un problema de orden público.

"La libertad de circulación es un derecho necesario para el libre desarrollo de la persona y, en caso de ser limitado, estas limitaciones deben guardar una proporción con el interés que se debe proteger, evitando generar mayor lesividad que la propia limitación provoca, adoptándose instrumentos menos perturbadores, por lo que, la posibilidad de aplicar sanciones administrativas y penales son respuestas que no son necesarias"

Esta situación de orden público se mantiene en el artículo 4, sobre la «Ejecución de medidas de seguridad con ocasión de la declaración del estado de alarma. 1. **Medidas restrictivas de la libertad de circulación**...», nuevamente se recurría al control para «asegurar la observancia de las **medidas limitativas** acordadas en el marco del Real Decreto 463/2020», y «comprobar su cumplimiento y, si procede, **sancionar su infracción**, pudiendo realizar a tal fin las comprobaciones personales y documentales necesarias al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana». No dejando de ser llamativos algunos medios utilizados para la comprobación del cumplimiento en espacios públicos (*La Guardia Civil refuerza la vigilancia con helicópteros y drones en Canarias*), así como, la actuación para verificar las limitaciones en el uso de espacios privados comunes, que no se encontraban recogidas en el artículo 7 del RD, en su caso, pueden acordarse a través de los acuerdos exigidos en la Ley de Propiedad Horizontal (*Denunciados siete jóvenes que fueron sorprendidos por la Guardia Civil haciendo una barbacoa en Alicante*).

Según los datos del Ministerio de Interior, hasta el 23 de mayo se habían registrado por incumplimiento de las medidas del RD sobre el estado de alarma, 1.044.717 propuestas de sanciones y 8.547 detenciones (para ampliar la información sobre los procesos penales: *Condenados a penas de multa por burlar la cuarentena en Telde, noticias judiciales del CGPJ*) [3].

Sobre este aspecto se generó controversia entre el Ministerio de Interior y los criterios de la Abogacía del Estado respecto al alcance de los regímenes sancionadores, emitiendo el Ministerio del Interior de 14 de abril un comunicado a los "Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del art. 36.6 de la ley orgánica 4/2015", por medio del cual establecía criterios en las propuestas de sanción y aspectos relacionados con la Ley de seguridad ciudadana.

Estas sanciones evidencian que no solo se limitó la libre circulación de personas, sino que se generaron mecanismos coercitivos en contra de quienes, a criterio de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad, incumplían estas medidas con el poder discrecional que les otorgaba la Orden INT/226/2020, evidenciado la falta de proporcionalidad a la hora de aplicar «medidas restrictivas de la libertad de circulación» [4], sin plantearse mejores alternativas para el disfrute de este derecho.

Es indiscutible que las FFCCSE tengan que actuar para la comprobación de personas y para casos previstos en la controvertida LO 4/2015; sin embargo, no se comprende que se pretenda sancionar a las personas que no atiendan en sentido estricto las prohibiciones de circulación por vías y espacios públicos, escapando de la finalidad del estado de alarma decretado para «proteger la salud», para asumirse como un problema de protección del orden público, propios de un estado de excepción.

(1) Esta aportación forma parte de la Guía Derechos Humanos ante la crisis del COVID-19, publicada por la Sección de Derechos Humanos del ICAM. Se actualizan los datos y normativa vigente.

(2) Esta orden perdió su vigencia con la finalización del estado de alarma.

(3) El art. 31 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, contempla las infracciones y sanciones a imponer por incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones del RD-ley. Este texto mantiene la sanción por el uso obligatorio de la mascarilla en la vía pública, en espacios al aire libre y en espacios cerrados de uso público o que se encuentren abiertos al público, así como en los transportes (art. 6). En cuanto al régimen sancionador, se establece que se aplicará, cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Como se observa, se excluye la aplicación de la LO 4/2015.

(4) Muy controvertido el caso de las propuestas de sanciones y detenciones de personas sin hogar. Un tribunal pone en libertad a una persona sin hogar que incumplió el confinamiento porque si reincide sería "obligada por su situación".

¿VIGILANCIA DIGITAL PARA CONTROLAR EL CORONAVIRUS? DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO

Por Borja Adsuara
Abogado experto en Derecho Digital

En cuanto se habla de "vigilarnos", se dispara nuestra imaginación y empezamos a pensar en el Gran Hermano de *1984*, de George Orwell, o los más cultos, en el panóptico del filósofo utilitarista inglés del siglo XVIII Jeremy Bentham, o los más informados, en algo más actual y real como el sistema de crédito social chino, o los más seriéfilos, en el capítulo "Caída en picado" ("Nosedive") de *Black Mirror*.

Y cuando hablamos de la posibilidad de vigilar los datos relativos a nuestra salud, para poder identificar a las personas contagiadas y aislarlas de los no contagiados y controlar así la epidemia de coronavirus, enseguida pensamos en que corremos el grave peligro de que, después, puedan acabar en manos de las aseguradoras, y nos suban la póliza o nos rechacen, o de los bancos, y nos denieguen un crédito.

Pero no caemos en la cuenta de que ya hay muchos datos relativos a nuestra salud en nuestros Historiales Clínicos electrónicos, custodiados en el Sistema Nacional de Salud, junto con las pruebas que nos han hecho a lo largo de nuestra vida, y de que en muchas enfermedades –especialmente, las crónicas– hay un seguimiento o monitorización de los pacientes y que todos esos datos están bajo secreto médico.

Las palabras no son sólo palabras (o 'golpes de voz', que dirían los nominalistas), sino que son conceptos. Y los conceptos no son neutrales, tienen carga y matices semánticos o, como se dice actualmente, tienen un sesgo determinado. "Vigilancia" tiene un matiz policial y enseguida evoca un Estado totalitario en el que existe una privación de derechos; especialmente, del derecho a la privacidad frente al Estado.

"Las palabras no son sólo palabras, sino que son conceptos. Y los conceptos no son neutrales, tienen carga y matices semánticos o, como se dice actualmente, tienen un sesgo determinado"

Si, además, añadimos a "vigilancia" el adjetivo "digital", que aún dispara en mucha gente los miedos irracionales a lo desconocido, tenemos la tormenta perfecta para provocar el rechazo a cualquier proyecto o medida tecnológica que se proponga, aunque justamente en salud es donde la tecnología ha producido más beneficios y gracias a ella las expectativas de vida se han ido ampliando considerablemente.

Trazabilidad médica

Aparte de los datos relativos a la salud de un individuo, aisladamente considerado, en una epidemia son muy importantes, para controlarla, los datos relativos a los contactos de cada individuo y al posible contagio de la enfermedad entre distintos individuos. Y eso se puede

hacer de forma 'artesanal', como siempre se ha hecho, o ayudarse de la tecnología disponible en cada momento y poder salvar más vidas.

Lo bueno que tienen las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) o tecnologías digitales es, precisamente, la "trazabilidad". En el entorno digital todo deja una huella (digital), tanto en las telecomunicaciones fijas como en las móviles, y gracias a ella se han podido resolver algunos recientes crímenes. Pero también ha ayudado a salvar muchas vidas, de gente que estaba en situación de peligro.

Por otra parte, la investigación en la lucha contra el cáncer y otras enfermedades se realiza actualmente con Big Data e Inteligencia Artificial, tratando de identificar patrones coincidentes en millones de casos (de pacientes seudonimizados), para encontrar los mejores tratamientos, que en muchos casos están "personalizados", porque no existen dos cánceres iguales (por lo que se deben poder reidentificar).

"Aparte de los datos relativos a la salud de un individuo, aisladamente considerado, en una epidemia son muy importantes, para controlarla, los datos relativos a los contactos de cada individuo y al posible contagio de la enfermedad entre distintos individuos. Y eso se puede hacer de forma 'artesanal', como siempre se ha hecho, o ayudarse de la tecnología disponible en cada momento y poder salvar más vidas"

Así que la cuestión, creo yo, no es si nos van a "vigilar digitalmente", sino quiénes lo van a hacer y, sobre todo, para qué finalidad y en qué condiciones lo van a hacer. No es lo mismo que nos vigile la policía para tenernos controlados, como en China, a que 'tracen' nuestros movimientos y contactos las autoridades sanitarias para proteger nuestra salud y la de los demás. Lo primero no lo quiero. Lo segundo, sí.

Pero, obviamente, no lo quiero a cualquier precio. Lo quiero bajo secreto médico y con un escrupuloso respeto de nuestros Derechos Fundamentales y un riguroso cumplimiento de las garantías que exige el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea: especialmente, que sólo se utilicen para esa finalidad y que, una vez se haya cumplido la finalidad prevista, se supriman o anonimicen.

¿Qué dice el RGPD?

El Considerando 46 del RGPD dice:

"El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un **interés esencial para la vida** del interesado o de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del **interés vital** de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente".

"Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de **interés público** como a los **intereses vitales** del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para **fines humanitarios**, incluido el **control de epidemias y su propagación**, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano".

Y el artículo 9, sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales, establece taxativamente, en su apartado 1, que: "Queda prohibido el tratamiento de datos personales relativos a la salud".

Pero, a continuación, en el apartado 2, prevé algunas excepciones: "El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes":

c) el tratamiento es necesario para proteger **intereses vitales** del interesado o de otra persona física,

en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

i). el tratamiento es necesario por razones de **interés público** en el ámbito de la **salud pública**, como la protección frente a **amenazas transfronterizas graves para la salud**... sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional".

¿Qué dice la EDPB?

El 19 de marzo, el Consejo Europeo de Protección de Datos (EDPB) aprobó una declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19, en que decía: "Las reglas de protección de datos (como el RGPD) no obstaculizan las medidas tomadas en la lucha contra la pandemia de coronavirus".

Pero, "en todos los casos, se debe recordar que cualquier medida tomada en este contexto debe respetar los principios generales de la ley y no debe ser irreversible. La emergencia es una condición legal que puede legitimar las restricciones de las libertades, siempre y cuando estas restricciones sean proporcionadas y limitadas al período de emergencia".

"El RGPD es una legislación amplia... y permite a las autoridades competentes de salud pública y a los empleadores tratar datos personales en el contexto de una epidemia, de conformidad con la legislación nacional y dentro de las condiciones establecidas en la misma. Por ejemplo, cuando el tratamiento es necesario por razones de interés público sustancial en el área de la salud pública".

Y afirma: "En esas circunstancias, no es necesario confiar en el consentimiento de las personas", tanto por las autoridades públicas competentes (de salud pública), como, en el contexto laboral, por el empleador, cuando sea necesario por razones de interés público esencial en el área de la salud pública (Art. 9.2.i), o cuando exista la necesidad de proteger los intereses vitales del interesado (artículo 9.2.c)".

Pero "se deben cumplir los principios básicos del tratamiento de datos personales: deben tratarse con fines específicos y explícitos. Además, los interesados deben recibir información transparente sobre las actividades de tratamiento que se están llevando a cabo y sus características principales, incluidos el período de retención de los datos recopilados y los propósitos del tratamiento".

"La información debe ser fácilmente accesible y proporcionarse en un lenguaje claro y llano. Hay que adoptar medidas de seguridad adecuadas y políticas de confidencialidad que garanticen que los datos personales no se divulguen a terceros no autorizados. Las medidas implementadas para gestionar la emergencia actual y el proceso de toma de decisiones deben documentarse adecuadamente".

Geolocalización y Directiva de privacidad electrónica

"Con respecto al tratamiento de datos de telecomunicaciones, como los datos de ubicación", dice el EDPB que "también deben respetarse las leyes nacionales que implementan la Directiva de privacidad electrónica". Y que "en principio, los datos de ubicación solo pueden ser utilizados por el operador cuando se hacen anónimos o con el consentimiento de las personas".

"Sin embargo, el art. 15 de la Directiva sobre privacidad electrónica permite a los Estados miembros introducir medidas legislativas para salvaguardar la seguridad pública. Dicha legislación excepcional solo es posible si constituye una medida necesaria, apropiada y proporcionada dentro de una sociedad democrática. Y debe limitarse estrictamente a la duración de la emergencia en cuestión".

Se pregunta el EDPB si "¿Pueden los gobiernos de los Estados miembros utilizar datos personales relacionados con los teléfonos móviles de las personas en sus esfuerzos por controlar, contener o mitigar la propagación de COVID-19? Para, por ejemplo, geolocalizar personas o enviar mensajes de salud pública a personas en un área específica por teléfono o mensaje de texto".

"El 7 de abril la Junta Europea de Protección de Datos asignó mandatos concretos a sus subgrupos de expertos para desarrollar orientaciones sobre varios aspectos del tratamiento de los datos personales en la lucha contra COVID-19"

Y contesta: "Las autoridades públicas deben primero tratar de tratar los datos de ubicación de forma anónima (es decir, tratar los datos agregados de manera que las personas no puedan reidentificarse), lo que podría permitir generar informes sobre la concentración de los móviles en una ubicación determinada (cartografía)". Y el RGPD no se aplicaría, al ser datos que se han anonimizado adecuadamente.

"Cuando no es posible tratar solo datos anónimos, la Directiva sobre privacidad electrónica permite a los Estados miembros introducir medidas legislativas para salvaguardar la seguridad pública (Art. 15). Pero, si se introducen estas medidas, se deben establecer **salvaguardas adecuadas,** como proporcionar a las personas de los servicios de comunicación electrónica el derecho a un **recurso judicial**".

"Las medidas invasivas, como el seguimiento de individuos (el tratamiento de datos históricos de ubicación no anonimizados) podrían considerarse proporcionales en circunstancias excepcionales y dependiendo de las modalidades concretas del tratamiento. Sin embargo, debe estar sujeto a un mayor escrutinio y garantías para garantizar el respeto de los principios de protección de datos (proporcionalidad)".

Mandato

El 7 de abril la Junta Europea de Protección de Datos asignó mandatos concretos a sus subgrupos de expertos para desarrollar orientaciones sobre varios aspectos del tratamiento de los datos personales en la lucha contra COVID-19.

En uno de ellos, referido a la geolocalización y otras herramientas de localización, se pide que se aclaren aspectos como:

- el uso de datos de ubicación agregados / anónimos (proporcionados por los proveedores de servicios de telecomunicaciones o sociedad de la información) y la efectividad de las técnicas de agregación y anonimización;
- aplicación de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, incluida la precisión y la minimización de datos a los diferentes medios disponibles para recopilar datos de ubicación o rastrear interacciones entre los interesados;
- análisis legal general del uso de aplicaciones y de la recopilación de datos personales por aplicaciones para ayudar a contener la propagación del virus;
- las salvaguardas requeridas para garantizar el respeto de los principios de protección de datos, incluso con respecto a la retención de datos, en el contexto del uso de la ubicación geográfica u otras herramientas de rastreo.
- la identificación de recomendaciones o requisitos funcionales para aplicaciones de rastreo de contactos;
- la necesidad de someter las medidas tomadas a un plazo predefinido, limitado a lo estrictamente necesario para abordar la situación de emergencia.

Parece que habrá que esperar unas semanas para ver los resultados del mandato.

COVID-19, PRUEBAS DIAGNÓSTICAS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Por Juan José Bestard Perelló
Presidente de la Sección de Derecho Sanitario del ICAM
Profesor colaborador del "Título de experto en protección de datos en la sociedad digital" de la Facultad de Derecho de la UAM

Una pandemia es una situación sanitaria de especial gravedad, posiblemente una de las situaciones más graves en las que se puede encontrar la humanidad. Aunque en el siglo XX fallecieron más personas por esta causa que por las guerras, la mayoría de los países, según lo visto, no han dedicado suficiente atención ni a su prevención ni a protocolos de actuación. Las enfermedades causantes de pandemias son casi siempre de carácter infeccioso, lo que complica su limitación y dificulta el tratamiento clínico de los afectados, dado que los focos de contagio se multiplican exponencialmente, cada afectado es a su vez un foco de propagación.

La gestión de una pandemia es una situación singular y muy compleja, pues a la emergencia sanitaria se suman las consecuencias de las decisiones que se van tomando. El análisis de las cifras diarias de la pandemia durante los primeros 20 días de confinamiento en España en la fase explosiva de la pandemia [1], el 31/03/2020 la curva de afectados empieza a decrecer, revela una media diaria de 4.500 afectados nuevos. Por otra parte, cada día se acumulaba una media de 474 muertes nuevas. En estas fases de la pandemia, un retraso de un día ocasiona consecuencias gravísimas.

Sin duda en las pandemias los procesos diagnósticos son tan importantes como los sistemas de contención y de ruptura de la cadena epidemiológica. Sin embargo, aunque la normativa debe ponerse al servicio de la emergencia, en ningún caso de deben sobrepasar los límites de lo humanamente admisible.

Este artículo hace un breve recorrido sobre el contexto especial de la alarma sanitaria de 2020 en relación a la protección de los datos personales y de la salud de las personas y las excepciones que el Reglamento (UE) 2016/679 [2] estipula en el control de su tratamiento, trayendo como ejemplo de ello dos situaciones. Por una parte, el supuesto de la realización de test del COVID-19 como detector de infectados para acceder al puesto de trabajo y, por otra, el llamado pasaporte o carnet de inmunidad del COVID-19.

La pandemia ha puesto a prueba al Reglamento (UE) 2016/679 y en especial su aplicación en los Estados Miembros de la Unión Europea, así como también la capacidad de la Administración Pública de aplicar las "cláusulas comodín" con el rigor y las cautelas exigidas.

1. El estado de alarma de 2020 y su contexto

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en su artículo 6.1 establece que el Estado de Alarma se declara por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto. De esta forma el Gobierno de España declara el Estado de Alarma a través del Real Decreto 463/2020 con motivo de que la Organización Mundial de la Salud (en adelante, también, OMS) en día 11 de marzo declara la existencia de una pandemia y dado que España en aquel momento ya tenía una cantidad importante de afectados y de muertes, concretamente, 6.023 afectados y 191 muertes, a fecha de 25/06/2020 tiene 247.086 afectados detectados y 28.327 muertes oficiales (Ministerio de Sanidad a 25/06/2020).

Grecia aplicó las primeras restricciones el 11 de marzo cuando el país tenía 111 afectados y ninguna muerte, a fecha de 25/06/2020 tiene 3.310 afectados y 190 muertes con una población de 10.724.599 habitantes. Portugal con 78 afectados y sin ningún muerto ya había declarado el estado de alarma el día 12 de marzo, a fecha de 25/06/2020 tienen 40.104 afectados y 1.543 muertes con una población de 10.562.000 habitantes. Bulgaria, país miembro de la UE declaró el estado de ex-

cepción el día 12 de marzo de 2020 cuando tenía 23 casos confirmados y 1 muerte, a fecha de 25/06/2020 tiene 4.2422 afectados y 209 muertes, con una población de 7.000.039 habitantes. Por otra parte, Japón tuvo su primer caso el 23 de enero de 2020, sin utilizar estado de alarma, el día 25/06/2020 tiene 18.013 afectados y 967 muertes, con una población de 126.045.000 habitantes. [3]

La Ley Orgánica 4/1981 dispone que el estado de alarma no podrá exceder de los 15 días, y que es prorrogable solo con autorización del Congreso de los Diputados. A su vez, determina que el Gobierno deberá presentar dicho Decreto a la Cámara Baja [4].

2. El estado de alarma del 2020 y la protección de datos personales con carácter general

La alarma sanitaria se constituye como un escenario singular en el cual los datos están protegidos de forma especial tanto por su naturaleza como por el marco en donde son tratados y en el que, al mismo tiempo, la situación de emergencias en salud pública activa las excepciones de licitud que aparecen tanto en el artículo 6 como en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679.

Una epidemia, en este caso, una pandemia, es la agrupación de casos ocasionados por el mismo patógeno en un determinado escenario temporal y en un mismo lugar o ubicación. En nuestro caso, este patógeno es un elemento infectocontagioso que se *"propaga principalmente de persona a persona a través de las gotículas que salen despedidas de la nariz o la boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar. Estas gotículas son relativamente pesadas, no llegan muy lejos y caen rápidamente al suelo"* [5].

Desde un punto de vista sanitario habrá personas afectadas que sean detectadas por el sistema sanitario y otras que no, comportándose como afectados asintomáticos. Entre las personas afectadas, habrá personas cuya manifestación de la infección sea leve o moderada y que no requieran atención sanitaria continuada, pudiéndose seguir ambulatoriamente, y personas cuya enfermedad deba ser atendida mediante ingreso hospitalario. En cualquier caso, los afectados detectados deberán seguir unos procesos de aislamiento rigurosos, hasta recibir el alta médica.

De tal forma, desde el punto de vista clínico el tratamiento de los datos de los pacientes seguirá siendo el mismo que antes o después de la pandemia, es decir, el que regula el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679.

Sin embargo, durante una pandemia los datos de los pacientes sufrirán un tipo de tratamiento, los estudios epidemiológicos, para lo cual se suelen utilizar datos anonimizados o seudonimizados. Si bien son datos relacionados con la salud, no son datos identificadores. Al tratarse de estudios poblacionales, no requiere en un principio la identificación del dato nominal de la persona, aunque esto no significa que no pueda hacer falta recurrir a la identificación de casos individualizados para proceder a su aislamiento y/o tratamiento, en cuyo caso, estos datos estarán sometidos al artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 y a la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 3/2018.

"Sin duda en las pandemias los procesos diagnósticos son tan importantes como los sistemas de contención y de ruptura de la cadena epidemiológica. Sin embargo, aunque la normativa debe ponerse al servicio de la emergencia, en ningún caso de deben sobrepasar los límites de lo humanamente admisible"

En el supuesto de que el tratamiento de datos fuera solo de datos de carácter personal y no de salud, en una situación de alarma de salud pública podría aplicarse el artículo 6.1 en sus apartados c), d) o e). Así, el apartado c) menciona el hecho de que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; el apartado d) hace referencia a que el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; o bien el apartado e) cuando menciona que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. En el caso de que tenga que hacerse uso de datos personales relativos a la salud se debería acudir al artículo 9.

En base al Real Decreto 463/2020, el Ministerio de Sanidad emitió la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Esta Orden Ministerial, en su punto Segundo sobre "Data COVID-19: estudio de la movilidad aplicada a la crisis sanitaria", determina:

"Encomendar a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos

Económicos y Transformación Digital, siguiendo el modelo emprendido por el Instituto Nacional de Estadística en su estudio de movilidad y a través del cruce de datos de los operadores móviles, de manera agregada y anonimizada, el análisis de la movilidad de las personas en los días previos y durante el confinamiento.

En la ejecución de este estudio, se velará por el cumplimiento de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos."

Aunque esta Orden SND/297/2020 no lo menciona, el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, son los que contienen las bases para la legitimación de la excepción a estas normas. Sin embargo, es muy difícil defender que el rango de esta norma sea suficiente para los fines a los cuales está destinada, es decir, regular derechos fundamentales, como es la protección de datos de carácter personal, sobre el que la Constitución Española (art. 53 CE) establece una reserva de ley.

En los casos de materias reservadas a la Ley, como es este caso, cabe la colaboración reglamentaria, pero siempre que la ley haya establecido previamente los aspectos nucleares o esenciales de la regulación y siempre que esa regulación reglamentaria sea *"claramente dependiente y subordinada a la ley"* tal y como viene reiterando de forma asentada y unívoca desde la aprobación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (vid. STC 83/1984, y reiterada en otras recientes, así STC 111/2014 y STC 139/2016).

3. La gestión de la alarma sanitaria y el tratamiento de datos personales relativos a la salud

Una vez que todos, y más si cabe la Administración Pública, deben estar a lo dispuesto en el RGPD y Ley Orgánica 3/2018, es recomendable analizar la situación que genera la gestión de una crisis sanitaria como un epidemia o pandemia sobre el tratamiento de los datos personales relativos a la salud.

Es sobradamente conocido por todos que el RGPD distingue entre los datos personales con carácter general y los datos personales de categorías especiales. Como datos personales, artículo 4.1) del Reglamento (UE) 2016/679, incluye

"toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona"

Como datos relativos a la salud, artículo 4.15) del Reglamento (UE) 2016/679, dice

"datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud"

Sin embargo, a este artículo 4.15 hay que sumar el Considerando (35) del Reglamento (UE) 2016/679, el cual extiende la categoría de dato relativo a la salud a todos los datos de la persona que rodean a la asistencia sanitaria o a algún acto relacionado con el estado fisiológico o biomédico de la persona, sana o enferma, y de esta forma dice:

"Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro."

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) publicó en abril de 2020 un documento sobre el tratamiento de datos personales en relación con el COVID-19. Este informe entiende que el RPPD contiene reglas necesarias para permitir legítimamente tratamiento de datos personales en situaciones de emergencia sanitaria.

El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018 prohíben cualquier tratamiento de las categorías especiales de datos. El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 en su punto 2 y también en su punto 3, establece una serie de situaciones en las cuales se podrán tratar los datos de salud de las personas sin que estas hayan concedido su consentimiento. Si bien es cierto que en el apartado a) de dicho punto se determina que el consentimiento no debe entenderse como una habilitación absoluta, dado que dependerá de que la legislación del país imposibilite tal consentimiento.

También se estará a lo que disponga la Disposición Transitoria 17ª en su punto 2 letra f) de la Ley Orgánica 3/2018, en cuanto a la reidentificación de datos seudonimizados o anonimizados.

A su vez, tanto el RGPD como la Ley Orgánica 3/2018, en sus artículos 9, a la hora de excepcionar la prohibición determinan que las excepciones deberán estar amparadas por las leyes de los países miembros o en consonancia con el Derecho de la Unión Europea. En este orden de cosas, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 3/2018, dice al respecto: *"Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad".* Así pues, no encontramos frente a otra reserva de ley en relación a las excepciones y su legitimación.

4. Las excepciones al RGPD activadas a raíz de la alarma sanitaria, las "cláusulas comodín"

El artículo 9 del RGPD es el que limita y, a su vez, libera el tratamiento de los datos personales relativos a la salud. Es decir, al igual que hace el artículo 6, establece prohibiciones con carácter general para luego introducir puntos o cláusulas que excluyen de dichas prohibiciones a determinadas situaciones o supuestos, desde un punto de vista funcional cabe entender que estas excepciones actúan como cláusulas comodín.

La prohibición del artículo 9 es clara y también que esta no se aplica cuando el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud (Artículo 9.2.i) del Reglamento (UE) 2016/679). Así, también es el caso de la gestión de una crisis pandémica, como la del COVID-19, entrando en juego el artículo 9.2.b), por los riesgos laborales (Artículo 14 y concordantes de la Ley 31/1995); el artículo 9.2. g), por interés público esencial; artículo 9.2.i), por interés público en el ámbito de la salud pública; artículo 9.2. h), por asistencia sanitario y social; y el artículo 9.2.c), por interés vital del interesado o de otra persona, por tanto, por interés vital.

(...)

Siga leyendo el artículo en OTROSÍ.net

CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SECTOR BIOFARMACÉUTICO Y DE TECNOLOGÍA SANITARIA

Por Nuria Amarilla Mateu
Presidenta de la Sección de Derecho Farmacéutico del ICAM

El devenir del año 2020 ha supuesto el cambio de todos los parámetros conocidos en la sociedad. Dicho cambio puede verse desde distintos ángulos, pero no hay duda de que ha transformado nuestra forma de vivir y de relacionarnos, así como el funcionamiento del tejido productivo.

El foco es tan amplio que nos ceñiremos al ámbito que nos ocupa: el sector farmacéutico y de productos sanitarios.

Al principio de la epidemia se temió por el impacto de la desaceleración económica en China, concretamente en este sector, como suministrador de materias primas o de medicamentos a la Unión Europea. Ahora, con una pandemia a escala mundial, todos tenemos problemas similares y todos tendremos que encontrar soluciones parecidas que discurrirán en el tiempo a velocidades cercanas.

Hace tan solo unos meses, en ese pasado reciente que ahora parece tan lejano, uno de los retos de la industria biofarmacéutica era la dificultad de aportar al mercado innovaciones realmente novedosas, eficaces, y eficientes en el terreno de las enfermedades infecciosas. La búsqueda de nuevos antibióticos era un objetivo principal para la sociedad, especialmente la investigación y desarrollo de antivirales.

Existían ya numerosas investigaciones en marcha para fármaco/vacuna contra los virus, concretamente contra coronavirus, algunas probadas en epidemias anteriores, incluso contra enfermedades bacterianas importantes pero que podrían tener también función antivírica.

"Al principio de la epidemia se temió por el impacto de la desaceleración económica en China, concretamente en este sector, como suministrador de materias primas o de medicamentos a la Unión Europea. Ahora, con una pandemia a escala mundial, todos tenemos problemas similares y todos tendremos que encontrar soluciones parecidas que discurrirán en el tiempo a velocidades cercanas"

En estos difíciles momentos lo primero es cumplir con el deber de todos y cada uno de ayudar a resolver esta situación y sus consecuencias, y después buscar y resaltar todo lo positivo que siempre nace y crece en las dificultades.

Una oportunidad para el sector de la industria biofarmacéutica y de tecnología sanitaria en este momento es la de cooperar entre distintos laboratorios para poner en común sus esfuerzos y conocimientos y obtener resultados colectivamente. Sin olvidar las limitaciones señaladas en la Declaración conjunta de las autoridades europeas de Competencia, no es el momento de competir dando más importancia a ser el primero que a encontrar la solución cuanto antes. De esa colaboración, que ya estamos viendo, han de surgir múltiples beneficios para la humanidad, pero también para la industria, abriendo la puerta a formas diferentes de trabajar y rentabilizar ese trabajo.

Y no es desdeñable el efecto positivo de la revalorización social que la industria farmacéutica, la biofarmacéu-

tica y la dedicada a los productos sanitarios obtendrán de este momento histórico. No solo en beneficios económicos sino en el grado de confianza que la sociedad está depositando, además de en los resultados que obtengan, en el valor de sus esfuerzos y de la generosidad que demuestren. Son numerosos los colectivos que piden que se revise el régimen de propiedad industrial cuando dichos resultados se obtengan con aportación mayoritaria de fondos y recursos públicos, o en situaciones excepcionales como hacer frente a una pandemia mundial...

Sin embargo, la revalorización social no debe referirse únicamente a la industria que buscará y encontrará soluciones, porque no solo requeriremos vacunas y respiradores. Además de muchos otros productos farmacéuticos y sanitarios, necesitaremos planteamientos nuevos, como un verdadero **reconocimiento a la importancia de la prevención de la enfermedad, de la promoción de la salud pública, y de la investigación,** que serán imprescindibles (siempre lo han sido) para la calidad de vida, la protección individual y colectiva necesarias en la era después de la COVID-19, ocasionada por el virus SARS-CoV-2019 (SARS-2).

También supondrá un reconocimiento de muchas otras profesiones y empresas relacionadas con el sector (sociosanitarias, industria química, limpieza e higiene, equipos de protección individual...) cuyos esfuerzos, productos y servicios seguirán siendo precisos y su contribución tenida en consideración por una sociedad de la que todos formamos parte.

Y no únicamente empresas. El Centro Militar de Farmacia de la Defensa está centrado en general en la fabricación de medicamentos sin interés económico para la industria pero esenciales, y actualmente en la fabricación de paracetamol, gel hidroalcohólico y antivirales.

Sin duda, **tendremos que abandonar prejuicios si queremos realmente un futuro** a construir unidos y para todos.

Debemos aplaudir la inestimable labor de los profesionales sanitarios. Concretamente en nuestro sector, hay que agradecer la labor asistencial de los farmacéuticos –que son el contacto más próximo de la ciudadanía con el sector salud–, informando, atendiendo y cuidando. ¿Que no todos? Como en cualquier otra profesión. Insisto, debemos desterrar los ataques y los prejuicios si queremos un futuro. Como decimos los juristas, en Derecho lo importante no es tener razón sino probarla.

Además, sin el trabajo de los servicios de farmacia de los centros sanitarios su actividad quedaría coja y manca. A sus tareas habituales de aprovisionamiento, gestión y control de los productos farmacéuticos y sanitarios, han tenido que sumar la reorganización de su funcionamiento (cambios en los protocolos, acondicionamiento

para el aumento de usos fuera de indicación, cita previa, ampliación de la prescripción temporal a crónicos, telefarmacia, dispensación a domicilio...), sin abandonar la imprescindible medicación de pacientes de otras patologías que lamentablemente no paran el reloj por la COVID-19 (pacientes complejos, oncológicos, con enfermedades poco frecuentes...).

Los propios ciudadanos-consumidores-pacientes **tendremos que hacer un examen de conciencia sobre la utilización racional de los servicios sanitarios, de los medicamentos y de los productos sanitarios en general,** y mejorar nuestros hábitos de vida. Cuidarnos y cuidar más y mejor. Y ceder en nuestros derechos, por el bien común, pero vigilar también porque se limiten únicamente en lo imprescindible, por ejemplo, respecto de aplicaciones móviles para controlar nuestra libertad de movimiento.

Por su parte, **los gobernantes deben reconocer definitivamente que los recursos dirigidos a prevención y promoción de la salud pública, sanidad universal, investigación científica y medioambiente no son "gasto" sino "inversión".**

La Administración también tiene una oportunidad de oro para hacer un cambio profundo global, y concretamente respecto de la adquisición pública de productos biofarmacéuticos y sanitarios. Flexibilizar donde sea preciso para ser más ágil y eficiente, y cambiar las cosas que deban ser cambiadas.

DERECHO A LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA DURANTE LA PANDEMIA

CRITERIOS DE DERIVACIÓN E INGRESOS EN LOS HOSPITALES A LOS MAYORES INSTITUCIONALIZADOS EN RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

Por María Esperanza Marcos Juárez
Abogada, Consejera Sección Derecho Sanitario del ICAM.
Dir. Servicios Jurídicos en Marcos Juárez Abogados
y Economistas (Grupo Rochasociados&Consulting)

Con independencia de la actual polémica política, y el posible debate ético en torno al criterio de exclusión de derivación hospitalaria desde los centros geriátricos a sus residentes, y de la zozobra que me embarga por la crisis sociosanitaria vivida, delimito el objeto de este artículo al estudio jurídico sobre la legalidad de este criterio.

Y ello sin perjuicio de mi reconocimiento y admiración a la labor encomiable de los profesionales sanitarios que, con absoluta entrega profesional, han tenido que tomar decisiones clínicas muy complejas en un escenario de crisis sanitaria insólita, semejante a una situación de "guerra", con una elevada presión asistencial, con el objetivo de salvar vidas.

La abrumadora cifra de mortalidad de mayores institucionalizados en residencias de mayores [1], durante el estado de alarma, en pleno apogeo de la pandemia, requiere abordar, en primer lugar, el estudio de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad, autoridad delegada competente (por Real Decreto 463/2020, art. 4.2 y 3), para garantizar la protección y prestación de los servicios sanitarios de aquellas personas en centros geriátricos; y en segundo lugar, el examen de aquel polémico criterio implementado, en principio, en desarrollo de las órdenes ministeriales (SND/265/2020 y SND275/2020).

"La abrumadora cifra de mortalidad de mayores institucionalizados en residencias de mayores durante el estado de alarma, en pleno apogeo de la pandemia, requiere abordar, en primer lugar, el estudio de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad"

El primer paquete de mediadas –tras la declaración del estado de alarma– se adopta por el Ministerio de Sanidad, con el objetivo de proteger de la infección por COVID-19 a la población más vulnerable que vive en residencias geriátricas; así, se regulan en la Orden Ministerial SND/265/2020, de 19 de marzo, las medidas organizativas y de coordinación para la atención sanitaria de los residentes afectados por COVID-19, con el fin de reducir el riesgo de contagio y tratar de la forma mas adecuada a las personas que sufran esta enfermedad.

Destacan entre las medidas adoptadas en la referida Orden, la clasificación de los mayores residentes –según grado de infección por COVID-19 y de sospecha de infección–, y su ubicación y aislamiento en las propias residencias de la tercera edad; implementando como criterio preferible el aislamiento vertical o por plantas y por cohortes; y en

relación al personal de las residencias de la tercera edad, la medida consiste en reducir al mínimo el número de trabajadores en contacto directo con los residentes infectados por caso posible o positivo de COVID-19, así como el tiempo de su exposición.

Además, en el punto cuarto bajo la rúbrica "medidas relativas a los profesionales sanitarios en relación con la atención sanitaria en las residencias de mayores", la Orden delega en las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas la posibilidad de modificar la prestación de servicios del personal médico, de enfermería u otro tipo de personal sanitario vinculado a las residencias de mayores, con independencia de su titularidad pública o privada, así como la modificación correspondiente a ese tipo de servicios vinculado con atención primaria o atención hospitalaria o especializada extrahospitalaria.

"Destacan entre las medidas adoptadas en la referida Orden, la clasificación de los mayores residentes -según grado de infección por COVID-19 y de sospecha de infección- , y su ubicación y aislamiento en las propias residencias de la tercera edad; implementando como criterio preferible, el aislamiento vertical o por plantas y por cohortes"

En definitiva, podría interpretarse de la redacción de esta última medida que la Orden sugiere a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas la posibilidad de modificación o incluso el "recorte o supresión" en las prestaciones sanitarias de los mayores institucionalizados en residencias geriátricas . Y tanto es así que en el punto quinto, como medida de coordinación, establece que en el caso de infección respiratoria aguda para confirmar posible COVID-19 el personal de la residencia deberá ponerse en contacto con el centro de Atención Primaria asignado, que actuará de forma coordinada con el médico de la residencia —si esta cuenta con uno—, a fin de valorar el caso, que de presentar sintomatología leve quedará aislado en la residencia y, en el supuesto de cumplirse criterios de derivación a un centro sanitario, se activará el procedimiento establecido a tal efecto.

Este es el primer error, en mi opinión, de la Orden. Se obvia la realidad: la situación de saturación de las ucis y urgencias hospitalarias a la fecha de su publicación –con una manifiesta escasez de recursos humanos y materiales–; y que en un alto porcentaje de residencias de la tercera edad o no hay médico, o este está contratado

por horas o de forma discontinua (en todo caso cumpliendo con los ratios de personal asignados por ley de cada comunidad autónoma a cada centro en función del numero de residentes y de si estos son válidos o asistidos); con lo que la valoración de triaje que contiene la orden no se llegará a efectuar. El segundo error es que la Orden Ministerial no define los criterios de derivación de los residentes a un centro sanitario; y que por remisión expresa –que hace en su apartado séptimo– estará en el tejado de la autoridad sanitaria de cada comunidad autónoma; a las que corresponde dictar las disposiciones e instrucciones interpretativas de esos criterios de derivación para garantizar precisamente la eficacia de la batería de medidas que contiene esta Orden SND/ 265/2020 orientadas a reducir el contagio en las residencias de la tercera edad.

Es la Orden SND/275/2020 de 23 de marzo, que en vista de que en la fecha de su dictado la situación en las residencias es crítica por el número de infectados (tanto de residentes como de personal), además de haber un elevado porcentaje de mortalidad, estableció medidas complementarias de carácter organizativo y de información de las residencias de mayores –tanto de titularidad privada como publica–, consistentes principalmente en que por las comunidades autónomas se priorizase la investigación e identificación epidemiológica de los casos de COVID-19 en las residencias, la realización de pruebas diagnósticas, la disponibilidad de equipos de protección individual –EPI– y medidas de intervención de las residencias de mayores por la autoridad competente

de las comunidades autónomas, atendiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad, y que consisten en:

a) El alta, la baja, la reubicación y traslado de los residentes a otros centros residenciales.
b) La puesta en marcha de otros centros residenciales.
c) Designación de un empleado publico para dirigir y coordinar la actividad asistencial que dispondrá con los recursos materiales y humanos de la residencia intervenida y vinculados con la asistencia sanitaria que se presta habitualmente en el centro .
d) La modificación del uso de las residencias para su utilización como espacio para uso sanitario.

Medidas inviables e ineficaces, puesto que para entender el verdadero problema y el trasfondo jurídico conviene abordar el concepto de residencia de mayores, qué servicios presta y cuál es la administración competente.

Las residencias en general se conciben como un recurso social –no sanitario (en la Comunidad Autónoma de Cataluña sí existen, además, centros sociosanitarios)– esencial para la atención de aquellas personas que, por circunstancias personales y familiares, no pueden permanecer en su domicilio. La importancia de la residencia se acentúa en el caso de las personas mayores que se encuentran en situación de dependencia, que reciben principalmente las prestaciones de alojamiento, cuidado personal, atención geriátrica, gerontológica y rehabilitadora (fisioterapia y terapia ocupacional), psicológica (no en todas las comunidades autónomas) y apoyo social (Decreto 14/2016, de 9 de febrero, Comités de Ética Asistencial en Residencias de la comunidad de Madrid); un sustituto del hogar familiar para personas mayores de 65 años que tienen alguna necesidad de asistencia y que prefieren vivir en un entorno residencial protegido y seguro; son personas que por lo general presentan pluripatologías crónicas. Por tanto, podemos concluir que las residencias, por lo general, no son centros sanitarios, ni centros medicalizados.

La regulación normativa de las residencias de mayores viene atribuida a las diferentes comunidades autónomas, en función de las competencias asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía en materia de servicios sociales. En este sentido, como ya indiqué anteriormente, cada una es competente para regular los mínimos de calidad y su control, en los centros y servicios, con el fin de asegurar que la prestación de servicios sociales en ellos se realiza de forma digna y adecuada.

Siendo común en todas las normativas autonómicas reguladoras de las residencias de mayores, el valor superior al respeto a la identidad y la dignidad en la atención individualizada de toda persona que acceda a la prestación de los servicios sociales en dichos centros. De tal forma que se les procure en todo momento un trato apropiado, así como el respeto a sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en centros en donde se les preste cuidados con plena garantía de su intimidad y dignidad.

Descrito el escenario fáctico y normativo durante el estado de alarma, debemos reflexionar y preguntarnos, por un lado, si la medida de exclusión de derivación hospitalaria de los mayores institucionalizados en residencias de mayores es conforme a ley y si existe algún límite legal en la prestación sanitaria por razón de la edad o de las circunstancias personales. En definitiva, la legalidad del criterio y su sometimiento a lo que prescriben las normas; y desde esta legalidad, si el derecho a la salud y a la protección de la asistencia sanitaria, consagrado en el art. 43 de la CE, claudica por razón de la edad y/o las circunstancias personales o sociales de las personas, teniendo en cuenta que el derecho constitucional a la salud está vinculado intrínsecamente al derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). Y que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, que resumidamente es lo que informa la declaración de estado de alarma sanitaria.

Y por otro lado, además, cabria preguntarse sobre la legitimidad del criterio, en relación al contexto de crisis sanitaria en el que ha de ser aplicado. En definitiva, si el criterio pudiera ser conforme al principio de equidad, entendido como la elección del mal menor cuando es posible la elección entre dos opciones.

Además, debemos cuestionarnos si este criterio encierra en sí una medida eugenésica, prohibida en el art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y contraria al derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, al derecho a la protección a la salud y de acceso de toda persona a la prevención sanitaria (art. 35 CDFUE), y al derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan protección en caso de dependencia o vejez (art. 34CDFUE).

Ni a la luz de los referidos derechos constitucionales y principios fundamentales, ni de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 3.2 y 10 (que proclama la asistencia sanitaria pública y el acceso y prestaciones sanitarias, y se extiende a toda la población española en condiciones de igualdad efectiva, con respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que nadie pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social), ni de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (que establece el catálogo de prestaciones del SNS, art. 1 al 7 y 25), existe limitación de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en función de la edad o las circunstancias personales o sociales de los ciudadanos. Ni tampoco contienen mandato de triaje, ni se faculta a las autoridades sanitarias competentes a cribar qué pacientes se atienden y en qué términos, para la optimización de los recursos sanitarios existentes; tampoco se recoge en ninguna de las mencionadas leyes, limitaciones al derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria en crisis sanitarias por pandemias.

Lo que resulta meridiano es que el criterio en sí resulta contrario a la ley y a los derechos constitucionales y fundamentales de las personas en relación a la salud, su protección y la asistencia sanitaria. Ahora bien, no resulta tan cristalina la legitimidad del mismo en el escenario de "guerra" vivido –donde se puso de manifiesto la escasez de recursos sanitarios para todos los ciudadanos–; solución que tendrán, llegado el caso, que dar los jueces, a la luz del funcionamiento de los servicios públicos y las posibles medidas preventivas que se podrían haber anticipado en previsión de lo que se conocía por las autoridades.

En relación a la posible responsabilidad de las residencias geriátricas, tanto de titularidad pública como privada, respecto a las medidas de prevención de la propagación por infección de COVID-19, así como la asistencia sanitaria prestada en caso de residentes con sospecha, o infectados, me gustaría dejar apuntado de forma esquemática (pues su análisis excede del objeto de este artículo), primero, la posible causa de exclusión de aquella responsabilidad: hablo de "fuerza mayor" y la consideración de pandemia como tal; y, en segundo lugar, en relación a la responsabilidad patrimonial, civil y penal:

a) **En relación a las posible responsabilidades de las residencias publicas o concertadas** que pudieran derivarse de la lesión del derecho a la protección a la salud, y al funcionamiento regular de los servicios sanitarios, solo apuntar que el art. 106.2 CE establece la responsabilidad de las administraciones por el funcionamiento de los servicios públicos y el derecho de los particulares a ser indemnizados por la lesión que sufran en su bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, como consecuencia del funcionamiento de aquellos servicios públicos. Principio de responsabilidad que desarrolla la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 31 a 37), tanto en relación con la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas cuando se derive de fórmulas conjuntas de actuación, como la responsabilidad de derecho privado cuando estas actúen directamente o a través de entidades de derecho privado, y en relación con la responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de las administraciones públicas. Concretándose en la citada Ley 40/2015 los requisitos del daño alegado (individualización, evaluable económicamente y relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y el daño causado), cuáles son indemnizables (las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley), y cuáles no serán indemnizables (los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los

conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos); así como la determinación y cuantía de la indemnización. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito que se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, para el supuesto de infracción penal.

"Lo cierto es que las medidas contenidas en las Órdenes Ministeriales que cito en este artículo finalizan con la conclusión del estado de alarma (RD 463/2020) y se tendrá que estar al plan de contingencia anti COVID-19 que cada comunidad autónoma viene obligada a regular para la prevención de los rebrotes, de conformidad con lo establecido en el RD-L 21/2020 de junio de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19"

En cuanto al plazo prescriptivo, art. 67.1 de la LPACAP, para presentar la oportuna reclamación en vía administrativa, es de un año.

b) La **responsabilidad de las residencias geriátricas privadas** (la acción prescribe a los cinco años –art. 1964 CC–), es contractual por el contrato entre re-sidente y residencia geriátrica, por dolo o negligencia (art. 1.102 a 1.103 CC), habrá que estar a los deberes de diligen-cia y cuidado que exige la prestación del contrato, y que en relación a la infección por COVID-19 exige la adopción de medidas excepcionales (órdenes ministeriales de cita analizadas y de aplicación tanto a la residencia geriátrica pública como privada) y que "*no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*." (STS núm. 171/2020 de 11 de marzo, Sala de lo civil, sección 1ª, FD3º).

La normativa reguladora de las residencias de mayores, en muchas comunidades exige que cuenten con un contrato de seguro, por lo que se tendrá que tener en cuenta la posibilidad de la acción directa contra la compañía aseguradora (art. 76 de la LCS, L50/180 de 8 de octubre).

c) En relación a la posible **responsabilidad penal**, podríamos encontrarnos con acciones u omisiones constitutivas de imprudencia grave o menos grave con resultado de muerte (arts. 142 y 142 bis CP); lesiones por imprudencia grave (art. 152 CP); delito contra los derechos de los trabajadores (art. 316 CP); prevaricación administrativa (art. 404 CP); omisión del deber de socorro (art. 195 CP; malversación de caudales públicos (art. 432 CP), entre otros.

La Nueva normalidad: lo cierto es que las medidas contenidas en las Órdenes Ministeriales que cito en este artículo finalizan con la conclusión del estado de alarma (RD 463/2020) y se tendrá que estar al plan de contingencia anti COVID-19 que cada comunidad autónoma viene obligada a regular para la prevención de los rebrotes, de conformidad con lo establecido en el RD-L 21/2020 de junio de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; en el marco del deber de los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» establecido en el artículo 43.2 de la Constitución Española para garantizar el derecho a la protección de la salud que reconoce este artículo en su primer apartado.

En concreto y en relación a los centros residenciales de mayores, (art. 10 del Real Decreto-ley 21/2020), establece una serie de obligaciones a los titulares de centros residenciales de mayores, en relación a desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones, así como disponer de un plan de contingencias por COVID-19 y adoptar medidas organizativas, de prevención e higiene en relación con los trabajadores, usuarios y visitantes; y, de materiales de protección adecuados al riesgo de contagio.

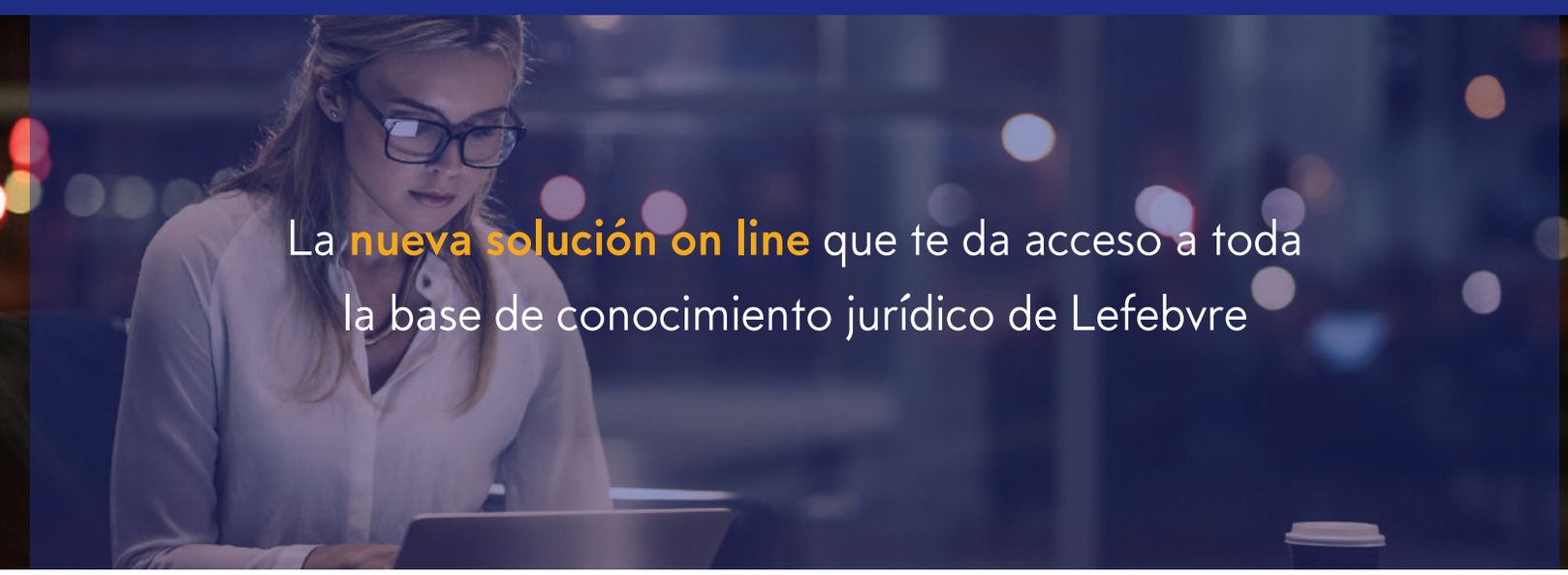
Medidas que serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y que conforman la nueva normalidad.

[1] Más del 85% del total de muertos eran mayores de setenta años y se calcula que de los casos confirmados, aproximadamente, el 50% eran personas mayores que vivían en residencias),

LEFEBVRE
INTELIGENCIA JURÍDICA

NEO

La transformación del conocimiento jurídico



NEO ES CONOCIMIENTO

Acceso a todo el conocimiento jurídico disponible en Lefebvre, toda nuestra inteligencia jurídica puesta a tu disposición.

NEO ES INTELIGENCIA JURÍDICA

Inteligencia artificial y aprendizaje automá tico que hacen mucho más fáciles tus consultas.

NEO ES PRECISIÓN

Te ayuda a encontrar la solución más adecuada.

NEO ES SENCILLEZ

Una solución intuitiva que vas a utilizar con gran facilidad.

Descúbrelo en neo.legal

RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL ÁMBITO DE LA PANDEMIA

Por Ángel Sánchez Blanco
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga
Colaborador de la asociación Humanizando la Justicia

Análisis jurídico sobre la posible responsabilidad del personal médico, enfermeros y auxiliares de enfermería, en actuaciones profesionales desarrolladas en el ámbito de la Pandemia generada por el virus COVID-19.

I.-MEDIDAS CONTENIDAS EN LOS REALES DECRETOS DE DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA Y EJECUCIÓN POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS

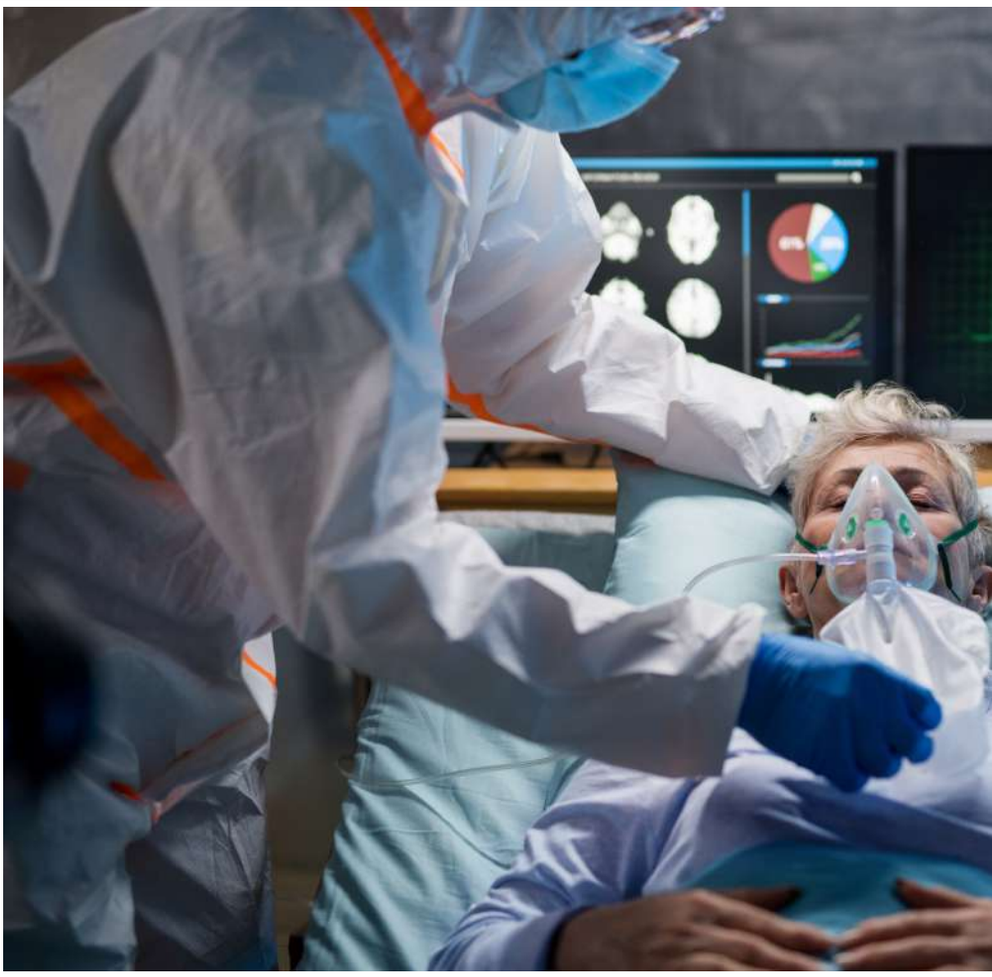
1.-El virus COVID-19 ha generado una pandemia que, por sus contenidos conceptuales, sitúa la analítica jurídica de las situaciones generadas en el ámbito de la fuerza mayor, si consideramos la perspectiva del Derecho Privado y las relaciones interpersonales y, en el ámbito del Derecho Público, tiene expresión en las situaciones previstas por la Constitución, al regular los estados de alarma, excepción y sitio, objeto de desarrollo por Ley Orgánica 4/1981, y que se ha materializado en la secuencia de Reales Decretos de Declaración de Estado de Alarma 463/20202, 476/2020, 487/2020 y en los Reales Decreto-Ley de acompañamiento.

2.-El marco normativo expresado ha proyectado sus efectos en el desarrollo de una estructura organizativa, en el Gobierno de España y en los Gobiernos Autonómicos, con proyección sobre los Gobiernos Municipales, lo que ha implicado coordinación de competencias en materia de Sanidad y Seguridad Pública, que se ha proyectado en la movilización de la Unidad Militar de Emergencia y su coordinación con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad: Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policías Autonómicas y Policías Locales.

"El virus Covid 19 ha generado una pandemia que, por sus contenidos conceptuales, sitúa la analítica jurídica de las situaciones generadas en el ámbito de la fuerza mayor, si consideramos la perspectiva del Derecho Privado y las relaciones interpersonales y, en el ámbito del Derecho Público, tiene expresión en las situaciones previstas por la Constitución"

3.-El confinamiento domiciliario como medida adoptada por el primer Real Decreto de declaración de estado de alarma y la reducción de las actividades productivas a las declaradas como esenciales, expresa la incorporación a medidas de Derecho Público la esfera de los derechos individuales de libertad de movimiento y de libre ejercicio de actividades económicas.

4.-Las medidas de Derecho Público adoptadas como respuesta del conjunto institucional del Estado a los catastróficos efectos de la pandemia generada por el virus COVID-19, han tenido especial proyección en el ámbito sanitario con dos significativas líneas de incidencia:



1ª.-La coordinación por el Ministerio de Sanidad de las competencias en materia sanitaria de todas las Comunidades Autónomas.

2ª.-La incorporación de los establecimientos sanitarios privados al conjunto operativo del sistema sanitario, con la distribución hacia establecimientos sanitarios privados de áreas sanitarias no vinculadas al específico tratamiento del virus COVID-19.

"En inicial síntesis, la pandemia producida por el virus COVID-19 ha generado una reacción pública de dimensión desconocida hasta el momento, con centralización de todos los medios materiales, de infraestructura y humanos al servicio del control sanitario de las personas infectadas por el virus COVID-19, orientada al objetivo de evitar infección y fallecimientos de las personas, con la voluntad de armonizar todos los medios privados y públicos y controlar la espiral de la pandemia"

En inicial síntesis, la pandemia producida por el virus COVID-19 ha generado una reacción pública de dimensión desconocida hasta el momento, con centralización de todos los medios materiales, de infraestructura y humanos al servicio del control sanitario de las personas infectadas por el virus COVID-19, orientada al objetivo de evitar infección y fallecimientos de las personas, con la voluntad de armonizar todos los medios privados y públicos y controlar la espiral de la pandemia.

El sector público ha asumido, en obligado desarrollo de preceptos constitucionales, legislación orgánica y legislación sectorial de sanidad y orden público, la responsabilidad de dirección de la reacción social e institucional a la pandemia y regulado la capacidad de iniciativa privada por la determinación y el obligado cumplimiento de las medidas públicas adoptadas.

La dirección por el Ministerio de Sanidad del conjunto organizativo y operativo de medidas adoptadas para el control de la pandemia generada por el virus COVID-19 implica, a efectos de acciones de responsabilidad de los que se consideren afectados por la concurrencia de daños o perjuicios, la directa responsabilidad del Estado para responder, por la ejecución por los profesionales sanitarias, de las medidas que se han visto obligados a cumplir por los Reales Decretos de declaración de estado de alarma y las medidas en ellos contenidos, conforme a las previsiones del artículo 106.1 de la Constitución, al establecer el derecho de los particulares a ser indemnizados por lesión en sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El Estado ha articulado el conjunto de las instituciones públicas con la firme voluntad de neutralizar la situación de fuerza mayor producida por la pandemia y controlar, mediante los medios organizativos públicos y privados, los efectos sobre las personas, en una actuación general de servicio público y, en el marco del referido artículo 106.2 de la Constitución, responderá, mediante la pertinente indemnización, por las lesiones que, en bienes o

derechos, provoque la organización y el funcionamiento de los servicios públicos en el control de la pandemia provocada por el virus COVID-19.

II.-MEDIDAS ORGANIZATIVAS ADOPTADAS POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN EL MARCO DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR EL MINISTERIOS DE SANIDAD-SERVICIOS SANITARIOS AUTONÓMICOS

En contraste con la aparente sensación que se pudiera deducir del apartado precedente, con la posible percepción de que las medidas públicas adoptadas identifican una eficaz organización y actividad públicas, los hechos aportan severos problemas subyacentes, en el ámbito organizativo y operativo público, en su respuesta ante la pandemia generada por el virus COVID-19, con reconducción de los daños y perjuicios generados a la responsabilidad del Estado Español y, en su caso, con la repercusión subsidiaria sobre las Comunidades Autónomas actuantes.

Concurren elocuentes datos:

-El Sistema Sanitario ha mostrado una manifiesta carencia de infraestructura organizativa para responder a la pandemia, expresada de modo especialmente significativo por sus consecuencias en carencia: de unidades de respiración asistida, de suficiente número de camas en las Unidades de Cuidados Intensivos, y de carencia de medicamentos en las Farmacias hospitalarias.

-El Sistema Sanitario ha sido incapaz de proveer que la prestación de servicios sanitarios por su personal se realice con la dignidad y seguridad que requiere una adecuada prestación, que tiene que comenzar por garantizar que el profesional sanitario que presta el servicio no sea receptor directo de daños y perjuicios generados por las severas deficiencias organizativas y operativas del servicio público sanitario.

-Todos los profesionales sanitarios han sido movilizados por los Servicios Autonómicos de Salud en el tratamiento de los pacientes afectados por la pandemia del virus COVID-19, sin prestar la atención requerida a las correlativas especialidades, decisión que ha sido asumida por los profesionales sanitarios, en directa función de la aplicación de las medidas imperativas de declaración de estado de alarma, por el Gobierno de España, convalidado por las Cortes Generales del Estado Español.

"El profesional sanitario ha tenido que ajustarse a las carencias del Sistema Sanitario en infraestructuras y medios y, en estas condiciones, la quiebra del Servicio Público Sanitario proyecta sobre el Estado Español la responsabilidad de los daños y perjuicios que los pacientes hayan podido sufrir por efecto de la pandemia generada por el virus COVID-19"

El efecto jurídico que deriva de los datos que anteceden se singulariza en la ruptura –por directo efecto de las circunstancias que han condicionado la respuesta del Estado Español a la pandemia generada por el virus COVID-19– de la relación directa y profesionalizada, enmarcada por la correspondiente especialidad de cada profesional sanitario con el paciente. El profesional sanitario ha tenido que ajustarse a las carencias del Sistema Sanitario en infraestructuras y medios y, en estas condiciones, la quiebra del Servicio Público Sanitario proyecta sobre el Estado Español la responsabilidad de los daños y perjuicios que los pacientes hayan

podido sufrir por efecto de la pandemia generada por el virus COVID-19.

III.-LA PRECARIEDAD EN LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN LAS PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS CON MOTIVO DE LA PANDEMIA GENERADA POR EL COVID-19

Una consecuencia directa deriva de la precariedad de los profesionales sanitarios en el desarrollo de sus actividades profesionales. Los profesionales sanitarios han sido directamente perjudicados –en sus personas y en su entorno familiar– por la imprevisión y los fallos organizativos y operativos del Sistema Sanitario del Estado Español y, precisados los efectos lesivos sufridos, pueden ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad en compensación por los daños y perjuicios sufridos.

"Una consecuencia directa deriva de la precariedad de los profesionales sanitarios en el desarrollo de sus actividades profesionales. Los profesionales sanitarios han sido directamente perjudicados –en sus personas y en su entorno familiar– por la imprevisión y los fallos organizativos y operativos del Sistema Sanitario del Estado Español y, precisados los efectos lesivos sufridos, pueden ejercitar las correspondientes acciones de responsabilidad en compensación por los daños y perjuicios sufridos"

IV. CONCLUSIONES

I.-Los profesionales sanitarios y las aseguradoras con los que tengan contratados supuestos de responsabilidad profesional no deben ser receptivas a iniciar acciones judiciales por responsabilidad del personal sanitario en las prestaciones de servicios efectuadas en el ámbito de la pandemia generada por el virus COVID-19.

II.-Las acciones de responsabilidad por los servicios prestados por los profesionales sanitarios en el marco organizativo y operativo, articulado por el Ministerio de Sanidad y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en respuesta a la pandemia tienen como referente para el ejercicio de pretensiones jurídicas, las previsiones sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad administrativa, previstas por el artículo 106. 2 de la Constitución y por los artículos 65, 81, 91, 92 y 96.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

III.-Los profesionales sanitarios que hayan sufrido daños o perjuicios por sus prestaciones profesionales, realizadas en el marco de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en respuesta a la Pandemia provocada por el virus COVID-19, pueden ejercitar las acciones de responsabilidad que les resarzan de los correspondientes daños o perjuicios personales.

PANDEMIA Y JUSTICIA: LA MEDIACIÓN, EL GRAN RETO DE LA ABOGACÍA

Por Pascual Ortuño
Presidente de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Exdirector de la Escuela Judicial española

El fenómeno inesperado e incontrolable de la pandemia que padecemos, y que nos acompañará durante bastante tiempo, ha impactado en la conciencia de la ciudadanía con una fuerza arrolladora. El miedo hacia lo desconocido de sus causas, junto a la evidencia mortífera de sus efectos y la expansión planetaria de la capacidad de contagio, nos ha devuelto la conciencia de la finitud de la vida y de la debilidad de los fundamentos sobre los que está construida la estructura social y económica de un mundo globalizado e interdependiente que se nos desvela distinto. En el ámbito de la justicia los efectos producidos son los de un terremoto cuyos destrozos todavía no somos capaces de calcular.

El periodo de confinamiento forzoso ha inoculado en muchas conciencias una especie de hechizo que ha paralizado el engranaje vital al que estábamos sometidos, pero los problemas de los ciudadanos se incrementan exponencialmente y la gravedad de los conflictos jurídicos y económicos está todavía por evaluar.

Es posible que todo vuelva a su cauce, como ocurre a nivel individual cuando se supera felizmente una enfermedad. Pero, de momento, estamos viviendo una especie de catarsis colectiva que propicia la necesidad de reflexionar sobre muchos y diferentes aspectos de la vida social. Se ha comenzado cuestionando la infraestructura sanitaria, el sistema económico, los métodos de enseñanza y las instituciones políticas que no solo han mostrado su incapacidad para hacer frente a lo que está pasando, sino que nos han mostrado una imagen torpe e incluso ridícula de su funcionalidad, necesitada de una reformulación profunda a nivel nacional e internacional.

Para los juristas, el tsunami de la COVID-19 también nos ha mostrado una realidad: salvo para actuaciones muy urgentes toda la maquinaria judicial ha estado desaparecida durante tres meses. El proceso de reactivación nos muestra la ineficiencia del sistema y la inoperancia de la difusión competencial entre las diversas administraciones que convergen en la gestión del trabajo de los tribunales, lo que hace planear la duda de la conveniencia de un cambio estructural, e incluso la necesidad de una concepción nueva del servicio público de la justicia.

El profesor de filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, Daniel Gamper, señala gráficamente que hasta ahora veíamos la realidad escondida tras un espejo, y que ahora esa ilusión se ha desvanecido o, cuando menos, se ha fracturado el cristal y se ha transformado en un extraño caleidoscopio.

"Se habla de que estamos ante un hito en la historia de la humanidad que marcará un antes y un después, y es cierto. Pero tampoco se ha de atribuir tal importancia al famoso virus. Ha coincidido el principio del siglo XXI con toda una serie de circunstancias de tanta o mayor trascendencia, como la eclosión de la tecnología a nivel global, el cambio climático y la crisis del sistema económico o el imperio de la "populocracia" instrumentalizada por los monopolios informativos que manipulan la verdad"

Se habla de que estamos ante un hito en la historia de la humanidad que marcará un antes y un después, y es cierto. Pero tampoco se ha de atribuir tal importancia al famoso virus. Ha coincidido el principio del siglo XXI con toda una serie de circunstancias de tanta o mayor trascendencia, como la eclosión de la tecnología a nivel global, el cambio climático y la crisis del sistema económico o el imperio de la "populocracia" instrumentalizada por los monopolios informativos que manipulan la verdad. Es preocupante, como enfermedad social, el fenómeno perverso de

la indiferencia ante la mentira. Y frente a este fenómeno, la perversa utilización de la justicia como instrumento de la política, con un deficiente sistema de justicia burocrático que sirve de campo de batalla a intereses inconfesables, ante la mirada atónita e impotente de la ciudadanía.

Existe una coincidencia esencial en los filósofos del derecho contemporáneos, entre los que cabe citar a Habermas, Rawls, Ferrajoli, o a los españoles Emilio Lledó o Atienza que, para la construcción del nuevo sistema de valores en la sociedad avanzada del futuro, el rol de la Justicia es el elemento vertebrador y decisivo, tal vez como nunca lo ha sido. En este escenario, la abogacía debe garantizar los derechos fundamentales del ser humano y la realización individual y social del sentimiento de lo justo, frente a los peligros que entraña un mundo dominado por la tecnología y por la concentración del poder político y económico. Para cumplir esta función se necesita un poder judicial independiente, competente y eficaz.

Pues bien, **en este momento estamos viviendo en España la mayor crisis del sistema judicial desde la instauración de la democracia.** Esta situación no ha surgido de la noche al día con la pandemia del COVID-19, aun cuando ha servido de catalizador para que se rompa el espejo. No entraremos en comentar la surrealista estructura de los órganos de gobierno y control, impropia de un país democrático. Pero sí debemos señalar que la consecuencia de tal despropósito es la situación de los juzgados y tribunales: alarmante insuficiencia de recursos humanos y materiales, gestión kafkiana de las oficinas, tanto por su obsolescencia como por la distribución de las competencias entre el CGPJ, el Ministerio de Justicia y las consejerías de las comunidades autónomas, nefasta política de las especializaciones y alarmantes deficiencias en el acervo legislativo.

La posición de los jueces en estas condiciones es de enorme vulnerabilidad. La imposibilidad material de atender la enorme carga de litigiosidad, que se ha venido incrementando año tras año desde la crisis económica de 2008, se ha multiplicado como consecuencia de la paralización de la actividad judicial durante el estado de alarma, y por las perspectivas que lamentablemente se confirman son las de un colapso definitivo antes de final de año por el impacto de la crisis. Sin mencionar la sobrecarga que se añade por la judicialización de la política y el incremento de los casos de corrupción.

Situaciones similares a la que nos encontramos ya se han dado en otros países donde hemos visto cómo ha sido precisamente la abogacía la que ha impulsado mecanismos útiles y eficaces para afrontar la reforma de la justicia ante los nuevos retos de la sociedad. **El sector profesional que mayor interés tiene en contar con una excelente judicatura y una eficaz estructura del sistema de justicia es, sin duda alguna, la abogacía, que es el rompeolas al que llega la conflictividad social.** Los tribunales conforman, en todo caso, la retaguardia, el baluarte al que se acude cuando no es posible la restauración del derecho por la propia acción preventiva y negociadora de los abogados.

El verdadero reto es el de reforzar el papel del abogado como verdadero jurisconsulto, como profesional en el que los ciudadanos confían para que les ayude a conformar de manera racional las relaciones jurídicas y a superar los problemas que se les plantean en la vida económica y social. De lo que se trata es de prevenir y de reducir a lo imprescindible y necesario la actuación de los tribunales, y devolver a la abogacía el papel pacificador que ha desempeñado en la sociedad históricamente.

Se ha implantado el error conceptual de considerar que la justicia son los jueces, cuando no es cierto: emana del pueblo, y entre los ciudadanos son los abogados los verdaderos expertos en el manejo de las normas jurídicas, y también las personas que, desde un alto prestigio ético y social, orientan, aconsejan y defienden ante los tribunales cuando es necesario. Sin embargo, el afán por plantear las discrepancias ante los tribunales con la obsesión de vencer al contrario, ha hecho que se hipertrofie el aparato burocrático de la justicia. Por esta razón, **ante la quiebra del sistema que estamos viviendo, es necesario, que la abogacía realice un esfuerzo de modernización y genere otros mecanismos de resolución de controversias más ágiles y eficientes,** evitando en lo posible acudir a los juzgados y reservando las actuaciones ante los mismos a aquellos asuntos, que todavía serán muchos, en los que resulte verdaderamente necesaria la sentencia judicial.

Es en esta perspectiva en la que se ha de enmarcar la mediación, como instrumento de negociación genuino propio de la abogacía para establecer, por la vía del diálogo, las soluciones consensuadas de cada conflicto. Con plenas garantías de calidad, rapidez y eficiencia.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: DOS OFERTAS DE CIAM PARA AFRONTAR SITUACIONES DE CRISIS

Por **José Antonio Cainzos**
Presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)
Abogado y árbitro

Es un dato objetivo que las situaciones de crisis aumentan los conflictos. No es extraño que así ocurra porque el ser humano tiende a exacerbar sus posiciones cuando se enfrenta a dificultades de cualquier naturaleza. Las guerras y las crisis económicas, repetidas cíclicamente en el caso de estas últimas, son los ejemplos extremos habitualmente utilizados. Ahora el catálogo se ha ampliado con las pandemias, una categoría que hemos palpado en los últimos meses. Las numerosas incógnitas sobre las consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas de la situación que hemos vivido entre marzo y junio y que aún padeceremos durante un período más o menos largo de tiempo, hacen pensar en una etapa de grandes incertidumbres e inseguridad jurídica.

Son numerosos los ejemplos de problemas jurídicos planteados a raíz del COVID-19: las discusiones sobre la causa y efectos de los retrasos o los incumplimientos definitivos de contratos, la polémica sobre la aplicación de teorías como la alteración de las bases del negocio, la equivalencia de las prestaciones o la regla "*rebus sic stantibus*", la situación en que quedan, en general, los contratos de tracto sucesivo y de larga duración, el destino que hay que darle a los resultados de las sociedades mercantiles, por citar sólo algunos ejemplos.

Todos los operadores jurídicos estamos obligados a ayudar a resolver, de la manera más eficiente y económica, los conflictos ya nacidos o que se avecinan. Los poderes públicos, los primeros, mediante la aprobación de normas claras, precisas y duraderas, en el caso del legislativo y el ejecutivo, y la solución justa y rápida de las disputas, por parte del judicial. El recurso a los órganos jurisdiccionales tiene, en cualquier país, sus límites. La Administración de Justicia no suele ser una de las inversiones prioritarias de los gobiernos, con independencia de su color político. Esas carencias se hacen más evidentes en momentos como los actuales en los que no es imposible mantener el ritmo de trabajo si se cuenta con la tecnología adecuada, personal entrenado y cierta flexibilidad en los patrones de trabajo. Desgraciadamente es un lugar común, incluso en los países más desarrollados, el retraso de los órganos judiciales en épocas normales. Si interviene un factor exógeno extraordinario, como ha ocurrido ahora, que paraliza en su casi totalidad el funcionamiento de los tribunales durante tres meses y ralentiza su ritmo de trabajo durante un lapso temporal aún por determinar, el riesgo de colapso se convierte en una realidad, como han asegurado los máximos responsables de la judicatura española.

"Las numerosas incógnitas sobre las consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas de la situación que hemos vivido entre marzo y junio y que aún padeceremos durante un período más o menos largo de tiempo, hacen pensar en una etapa de grandes incertidumbres e inseguridad jurídica"

La sociedad no puede conformarse con el lamento o la crítica fácil. El país es de todos y cada ciudadano es responsable, en cierta medida, de su marcha. En el mundo jurídico somos muchos los que tenemos que coadyuvar, en la medida de nuestras posibilidades, a que los daños de la crisis no sean catastróficos. En ese aspecto las instituciones arbitrales y todos los que trabajamos en ellas o en torno a ellas, podemos y debemos jugar un papel destacado. El arbitraje no es un medio de resolución de disputas concebido para sustituir con carácter general a los procedimientos judiciales pero es idóneo para hacerlo en asuntos que, por distintas razones como la internacionalidad del conflicto, la necesidad de una gran especialización, el volumen de pruebas a examinar o la rapidez en la respuesta, resultan más complicados de gestionar en el entorno judicial.

Las crisis económicas, y la de 2007-08 es un buen ejemplo, nos han enseñado que las empresas se ven obligadas a internacionalizarse como uno de los remedios más efectivos en tiempos de debilidad económica. El comercio internacional se ve, por tanto, reforzado en su intensidad pero se ve sometido a las lógicas tensiones de unas partes que, en muchos casos, están apremiadas económicamente y dispuestas a defender sus derechos con energía.

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) es una institución arbitral dedicada a la administración de arbitrajes internacionales. Para ofrecer decisiones rápidas y efectivas, CIAM se ha dotado en su Reglamento de todos los medios recogidos en la versión de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL y en los reglamentos de las instituciones más prestigiosas del mundo.

En esa línea, cuenta con la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares, incluso inaudita parte, es decir, con las mismas facultades de un órgano judicial pero con la velocidad de respuesta a que están obligados los árbitros.

Igualmente eficiente es la menos conocida figura del árbitro de emergencia. Si se solicita su nombramiento, la institución reacciona con la máxima prontitud designando a un profesional adecuado para realizar sólo esa tarea (la designación se puede llegar a hacer en un día en casos de extrema urgencia y no puede pasar de 5 días) y esa persona tiene que tomar su decisión con celeridad (menos de 15 días en todo caso, pero el plazo puede ser menor si la parte frente a la que se pide la medida no es oída con carácter previo a la decisión). Sus funciones cesan tras la decisión que adopte al respecto. Inmediatamente después, el árbitro o el tribunal arbitral llamado a resolver el fondo de la disputa –en el que en la mayoría de los casos aquél no puede integrarse– es el que se hace cargo del procedimiento y puede modificar o revocar la inicial resolución del árbitro de emergencia, a petición de una de las partes. La decisión del árbitro de emergencia no puede imponerse imperativamente a la parte perjudicada por ella, pero la experiencia demuestra que la inmensa mayoría de estas decisiones se cumplen voluntariamente porque lo contrario coloca a la parte desobediente en una posición incómoda de cara a la continuación del arbitraje.

También existe un procedimiento abreviado para asuntos de menos de un millón de euros en disputa. En estos casos se puede optar por una reducción de trámites y plazos que hacen posible acortar sensiblemente la duración del procedimiento.

"En general CIAM se ha inclinado por una reducción de tiempo y costes en comparación con otras instituciones internacionales de similar calidad y seguridad jurídica, que hace el arbitraje más atractivo, no sólo en situaciones excepcionales como las actuales sino en cualquier momento"

En general CIAM se ha inclinado por una reducción de tiempo y costes en comparación con otras instituciones internacionales de similar calidad y seguridad jurídica, que hace el arbitraje más atractivo, no sólo en situaciones excepcionales como las actuales sino en cualquier momento.

Otro dato muy significativo es que las instituciones arbitrales no se paran nunca. Un buen ejemplo lo ha ofrecido la actual crisis sanitaria en la que las instituciones arbitrales dedicadas al arbitraje internacional han seguido trabajando. Es más, se ha producido una novedad muy relevante que es la celebración de audiencias virtuales. Inicialmente se mantuvieron reuniones telemáticas para cuestiones relevantes como la preparación de actas preliminares (o de misión), la discusión sobre cuestiones procedimentales previas o la preparación y organización de vistas sobre el fondo del caso pero muy pronto se pasó, con el consentimiento de las partes, a las audiencias telemáticas con declaraciones de testigos y peritos sin que haya habido especiales problemas. Tan importante ha sido esta novedad que nadie duda hoy de que ha venido para quedarse. Este es un ejemplo más de que la flexibilidad que tantas veces se predica del arbitraje no es una palabra hueca sino una realidad que muestra capacidad de reacción ante cualquier dificultad inesperada.

Finalmente, CIAM ha decidido prestar el servicio de mediación internacional, convencida de que en muchas ocasiones la ayuda de un profesional especializado que facilite el acuerdo entre las partes es la manera más rápida y eficaz de evitar un conflicto que puede resultar letal. La mediación puede adquirir carta de naturaleza en esta crisis allá donde todavía no es muy conocida.

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA ERA COVID-19

Por Juan Ignacio Signes de Mesa
Letrado del Tribunal de Justicia de la UE y Director de la Academia de Práctica Jurídica Europea (APJE) (1)

Las medidas que los Estados miembros de la Unión Europea están adoptando para paliar la situación pandémica actual –tales como el distanciamiento social, las restricciones de viaje, las cuarentenas y el confinamiento– han impactado severamente en la actividad de numerosas empresas en el mercado europeo, independientemente de su tamaño o sector. Por ello, al igual que ocurriera con ocasión de la reciente crisis financiera, los gobiernos se han apresurado a poner en marcha una ambiciosa acción de apoyo en favor de sus empresas mediante la concesión de ayudas públicas. El objetivo último de estas iniciativas es aliviar la conmoción que, según anuncian los expertos, sufrirán con probabilidad las economías nacionales a partir del otoño. La emergencia actual supone un nuevo desafío para el ordenamiento jurídico de la Unión, dado que las medidas de sostén económico promovidas frente a la crisis sanitaria entran en tensión con el régimen europeo de ayudas de Estado previsto en el Tratado, que vela por que la concesión de ventajas selectivas de naturaleza pública no falsee la competencia en el mercado interior.

Lo anterior ha llevado a la Comisión a la publicación de la Comunicación de 19 de marzo de 2020, que define un Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19. Este marco, bajo revisión periódica, define las posibilidades de que disponen los Estados miembros para garantizar, de manera conforme al Derecho de la Unión, la liquidez y el acceso a la financiación para las empresas que se enfrentan a una súbita escasez en este período.

El Marco Temporal se ampara fundamentalmente en el artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE, que prevé que podrán ser declaradas compatibles con el mercado interior las ayudas dirigidas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Se trata de la misma disposición empleada hace unos años para evitar el colapso sistémico en el sector bancario, y que permite la aplicación de estándares más livianos que los empleados ordinariamente a la hora de evaluar la compatibilidad de las ayudas destinadas a asistir a las empresas en dificultad.

Ahora bien, las ayudas concedidas conforme al Marco Temporal han de ser en principio otorgadas antes del 31 de diciembre de 2020 y, en esencia, deben estar limitadas a empresas que no se encontraban en crisis antes del 31 de diciembre de 2019. Por otro lado, y como es lógico, el Marco Temporal no es aplicable a las medidas que adolecen del elemento selectivo de la noción de ayuda del artículo 107 TFUE, como por ejemplo las medidas generales aplicables a *todas* las empresas en relación con los subsidios salariales, la

"La emergencia actual supone un nuevo desafío para el ordenamiento jurídico de la Unión, dado que las medidas de sostén económico promovidas frente a la crisis sanitaria entran en tensión con el régimen europeo de ayudas de Estado previsto en el Tratado, que vela por que la concesión de ventajas selectivas de naturaleza pública no falsee la competencia en el mercado interior"

suspensión del pago de los impuestos sobre sociedades y el valor añadido o las cotizaciones sociales.

Cabe señalar que el cambio de base jurídica ha suscitado una firme reacción por parte de quienes temen que la utilización del artículo 107, apartado 3, letra b), TFUE suponga un retroceso en la política de competencia aplicable hasta ahora. No obstante, la Comisión ha insistido en que las ayudas de las que son beneficiarias las empresas en la coyuntura actual abarcan un mayor espectro que las otorgadas a los bancos e instituciones de crédito durante la crisis financiera. Además, las ayudas no están dirigidas a las empresas a título individual, sino que son un medio para restaurar, en última instancia, la estabilidad económica de los propios Estados miembros, así como para evitar que las repercusiones del fracaso potencial de las medidas económicas puestas en marcha exacerben aún más las dificultades económicas. En fin, también se ha subrayado que, en la crisis actual, no está presente el elemento del 'riesgo moral' *(moral hazard)* que hacía cuestionable hace unos años que el dinero público fuera destinado a rescatar instituciones financieras negligentes en su gestión del riesgo.

"Como puede entreverse, la cuestión de la flexibilización en la aplicación de las disposiciones europeas de la competencia ha generado cierta inquietud, sobre todo por lo que se refiere al riesgo de descrédito al que se enfrenta el Derecho de la competencia en el supuesto de que se proceda a la autorización sistemática de todas las operaciones de ayuda promovidas por los Estados miembros en el contexto de la presente crisis sanitaria"

En un primer momento, el Marco temporal distinguió los criterios aplicables a las medidas de ayuda de los Estados miembros según se tratara principalmente de ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales, ayudas en forma de garantías de préstamos, ayudas en forma de bonificación de los tipos de interés de préstamos o ayudas en forma de garantías y préstamos canalizados a través de entidades de crédito u otras entidades financieras. Por lo que se refiere a esta última forma, el Marco temporal precisa que tales ayudas han de ser consideradas como ayudas directas a los clientes de los bancos y no a los bancos en sí, y por ello ofrece directrices sobre cómo minimizar cualquier ayuda residual indebida. Por otro lado, el Marco Temporal recuerda que toda medida de apoyo directo a las instituciones financieras en la situación actual ha de ser examinada teniendo en cuenta lo dispuesto por la Directiva sobre reestructuración y resolución bancarias.

Tras las modificaciones operadas por la Comisión hasta el momento, sobre todo mediante la comunicación de 8 de mayo, particular atención doctrinal –e incluso mediática– ha suscitado el supuesto de la recapitalización de empresas no financieras mediante instrumentos de capital o instrumentos híbridos, fundamentalmente por la posibilidad de lo que se ha considerado como una puerta abierta hacia la nacionalización de tales empresas. Para estos supuestos, la Comisión ha insistido, no obstante, en que toda recapitalización habrá de estar supeditada a condiciones claras respecto a la entrada, la remuneración y la salida del Estado del capital de la empresa concernida, así como a disposiciones en materia de gobernanza y a la adopción de medidas adecuadas para limitar falseamientos de la competencia. La última modificación del Marco Temporal introduce también la posibilidad de que las autoridades nacionales apoyen a las empresas con dificultades financieras facilitándoles deuda subordinada en condiciones favorables, si bien dicha deuda no puede convertirse en capital mientras la empresa esté en funcionamiento y el Estado asuma un menor riesgo. Recientemente, la Comisión ha propuesto ampliar el ámbito de aplicación del Marco Temporal a fin de facilitar a las autoridades nacionales el apoyo a determinadas microempresas y pequeñas empresas, incluidas las empresas emergentes, así como ofrecer incentivos para que los inversores privados participen en las medidas de recapitalización relacionadas con el coronavirus.

Como puede entreverse, la cuestión de la flexibilización en la aplicación de las disposiciones europeas de la competencia ha generado cierta inquietud, sobre todo por lo que se refiere al riesgo de descrédito al que se enfrenta el Derecho de la competencia en el supuesto de que se proceda a la autorización sistemática de todas las operaciones de ayuda promovidas por los Estados miembros en el contexto de la presente crisis sanitaria. De hecho, no se ha tardado en poner de manifiesto que, a pesar del empeño de la Comisión en desarrollar una serie de mecanismos para compensar las distorsiones en la competencia, es difícil evitar un cierto grado de descoordinación entre los Estados a la hora de implementar tales mecanismos. Frente a esta posición, el Marco temporal adoptado por la Comisión parte de la convicción de que el análisis de compatibilidad con la competencia de las medidas de ayuda resulta de un balance de intereses entre la distorsión causada y el bien común que dichas medidas tratan de alcanzar, el cual, en el contexto actual, pareciera preponderante, siempre y cuando se encuentre sometido a salvaguardias justas y eficaces.

1. Las opiniones expresadas en el presente artículo son puramente personales y no vinculan en modo alguno al TJUE.

LEGALTECH A LA VANGUARDIA DEL SECTOR LEGAL

LA CRISIS ECONÓMICA Y SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19 HA PROPICIADO UNA ACELERACIÓN DE LOS PROCESOS DIGITALES EN TODAS LAS ESFERAS JURÍDICAS

Por Alejandro Touriño
Socio Director de ECIJA
Presidente de la Sección TIC del ICAM

El sector legal ha pivotado históricamente alrededor de ciertos principios y valores, entre los que se cuenta, principalmente, el de la confianza. La confianza, entendida como la certidumbre o la predictibilidad de las consecuencias a nuestras conductas, ha servido y sirve en cualquier sociedad democrática para dotar de la garantía que los ciudadanos esperamos del Derecho. Sin embargo, esa necesidad de aportar confianza de las instituciones, de sus agentes y del propio sector legal ha hecho en ocasiones desplazar al Derecho, arrinconarlo en el inmovilismo y llevarlo a las antípodas de la innovación.

"Por decirlo de algún modo, el Derecho se encuentra en una permanente tensión por la búsqueda del equilibrio perfecto entre tradición, confianza y rigor, de un lado, y actualización e innovación de otro. El justo balance entre las dos caras de una misma moneda se hace siempre complicado"

De otro lado, la máxima latina *ubi societas, ubi ius* obliga al Derecho a estar cerca de la actualidad, regulando las diferentes conductas o situaciones que los individuos ponemos a diario sobre el tapete. Ello, de algún modo, tira hacia delante del Derecho, obligándole a adecuarse a las necesidades del momento puntual y acercándolo de algún modo al campo de la innovación.

Por decirlo de algún modo, el Derecho se encuentra en una permanente tensión por la búsqueda del equilibrio perfecto entre tradición, confianza y rigor, de un lado, y actualización e innovación de otro.

El justo balance entre las dos caras de una misma moneda se hace siempre complicado. Dificultad, por otra parte, que exige a todos los agentes jurídicos moverse cual funambulistas en una larga y no siempre tensa cuerda. Dicho esto, y por buscar algo de luz, esto es algo que los romanos resolvieron también, "in medio stat virtus".

Pues bien, la búsqueda de esa virtud media se hace todavía más compleja en situaciones imprevistas, en situaciones de crisis extrema como la provocada por la reciente pandemia del COVID-19. En ese escenario, millones de habitantes del planeta nos hemos visto confinados en nuestros hogares, desplazados de nuestros puestos de trabajo y arrebatados de nuestra cotidianeidad. Bajo esa sombra de extrañeza e incertidumbre se han visto obligados a navegar el Derecho y sus diferentes agentes jurídicos, los cuales se han manejado con suerte dispar. Hemos visto cómo muchos despachos de abogados, asesorías jurídicas de empresa o notarías, por poner solo algunos ejemplos, ponían en marcha políticas de teletrabajo de un día para otro, casi sin notar apenas el impacto de esta terrible situación. Sin embargo, hemos visto también cómo algunos agentes privados y buena parte de la función judicial se veían atados de pies y manos, obligados a bajar la persiana o a suspender vistas y actuaciones judiciales por una evidente falta de

medios para ello. Aquí el legislador de urgencia ha jugado un papel importante también, decidiendo qué tipo de país deseaba proyectar. No olvidemos que, en la ya famosa desescalada, en España han abierto antes los bares y las terrazas que los juzgados y tribunales.

"Vaya por descontado que no es nuevo el papel que la tecnología juega en todos los sectores de actividad y por ende en el legal, pero sí lo ha sido el hecho de que la tecnología ha puesto en el escaparate de los vencedores a las entidades públicas y privadas que han sabido abrazarla. Y claro, ha sumido en un largo apagón a quienes no disponían de los medios o del conocimiento necesarios para la supervivencia"

Pero más allá de esta anécdota (o drama, según se quiera ver), lo cierto es que uno ha sido a mi juicio (y al de muchos) el factor clave en definir quiénes han podido continuar con su actividad diaria y quiénes no: la tecnología. Vaya por descontado que no es nuevo el papel que la tecnología juega en todos los sectores de actividad y por ende en el legal, pero sí lo ha sido el hecho de que la tecnología ha puesto en el escaparate de los vencedores a las entidades públicas y privadas que han sabido abrazarla. Y claro, ha sumido en un largo apagón a quienes no disponían de los medios o del conocimiento necesarios para la supervivencia.

Esto tampoco es nuevo en nuestro sector. Se viene hablando desde hace apenas unos años de tecnología aplicada al sector legal recurriendo al anglicismo (cada vez más coloquial) de "legaltech", abreviatura de "*legal technology*". Bajo ese concepto se engloba ya no solo el uso de tecnología en el sector sino también un amplio movimiento emprendedor e inversor que busca desarrollar y comercializar soluciones tecnológicas para hacer la labor legal más eficiente desde una perspectiva de producción y de coste. Podemos decir que el estado del legaltech es todavía embrionario en comparación con lo que se espera de él para los próximos años, pero es cierto también que muchos campos de actividad jurídica han sido ya, cuanto menos, iniciados. Tenemos herramientas para la automatización de documentos jurídicos, tenemos marketplaces que ponen en contacto a abogados, clientes y proveedores, tenemos soluciones de firma electrónica, tenemos software de gestión, tenemos despachos virtuales, tenemos tecnología de videoconferencias, y así, un largo etcétera. También del lado de las tecnologías podemos sentirnos cómodos. No hay tendencia tecnológica que no se haya topado de bruces con el sector legal: blockchain, machine learning, inteligencia artificial, big data, etc.

Bajo el uso de esas soluciones, infinidad de despachos de abogados y asesorías jurídicas de empresa han salido airosas o no especialmente damnificadas por la pandemia. Pero sería injusto abordar el legatech sin hacer una mención al sector público en general y a la Administración de Justicia en particular. El pasado 6 de mayo se celebró por primera vez en nuestro país, en Barbastro (Huesca), el primer juicio celebrado íntegramente por vía telemática. En ese caso, juez y secretario judicial se conectaban desde el juzgado mientras que los abogados de las partes lo hacían desde sus domicilios. Hemos necesitado más de 2.000 años desde el famoso juicio de Sócrates y una pandemia mundial para introducir la tecnología en los juzgados y celebrar vistas judiciales online con plenas garantías para el proceso.

Sería una necedad negar la realidad de que la generalización de esta práctica requerirá de años, si no de décadas, tiempo que permita resolver cuestiones de índole jurídico-tecnológicas, como la indubitada identificación de las partes, la garantía de la integridad documental, el cumplimiento del principio de inmediación o la garantía de la tutela judicial efectiva. Pero no parece tampoco ni innovador ni coherente con el rigor que requiere una justicia ágil negar la mayor y descartar esta vía, la tecnológica, como válida y eficiente. Se me vienen a la cabeza decenas de supuestos que admitirían sin margen de duda una mayor eficacia de la función judicial, las cuales se solventarían con tecnología.

En definitiva, la confianza que se exige al Derecho no debe lastrar la innovación que al mismo igualmente se le presume. El movimiento legaltech ha iniciado un recorrido al que se le presumen baches, pero también saltos incrementales y altamente disruptivos que proyectarán un mundo jurídico mejor.

IMPACTO DE LA PANDEMIA Y LA NUEVA NORMALIDAD EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Por Emilio Martínez
COO Cuatrecasas
Presidente Inkietos

Siempre he mantenido que, en las industrias o sectores, todo evoluciona, todo se transforma y, finalmente, todo cambia. A raíz de la entrada de la pesadilla denominada COVID-19 nuestro sector legal se ha revolucionado, produciéndose una evolución y transformación inusual.

Como todos sabemos, el sector jurídico es prudente, con cierta resistencia a cambiar lo establecido. Pero hemos podido comprobar que cuando se produce una necesidad y nuestro negocio y relación con los clientes dependen del nivel de adaptación a las nuevas circunstancias, también nuestro sector reacciona de forma positiva.

"Como todos sabemos, el sector jurídico es prudente, con cierta resistencia a cambiar lo establecido. Pero hemos podido comprobar que cuando se produce una necesidad y nuestro negocio y relación con los clientes dependen del nivel de adaptación a las nuevas circunstancias, también nuestro sector reacciona de forma positiva"

El impacto de la pandemia ha acelerado la transformación de la abogacía. En muy poco tiempo, despachos pequeños, medianos y grandes se han adaptado a una nueva situación desconocida hasta el momento y la digitalización ha entrado de lleno en nuestras vidas y organizaciones.

Hemos constatado que la inversión en tecnología facilita el desarrollo profesional de los abogados y, posiblemente, a partir de este momento nadie se planteará no invertir en tecnología y procesos. Desde ahora, ya no es una opción sino una necesidad, destacando entre otros los siguientes motivos:

- Invertir en herramientas tecnológicas que faciliten el trabajo al abogado redunda en un mejor servicio al cliente.
- Podemos ser mucho más eficientes al desarrollar nuestro trabajo, requerimiento que cada vez más nos exigen nuestros clientes.
- Nos permite trabajar en situaciones difíciles desde cualquier lugar y a cualquier hora.
- Podemos interactuar con nuestros clientes y compañeros de una manera más sencilla y rápida.
- Se agilizan los procesos de revisión y elaboración de documentos.
- Con el apoyo tecnológico nos convertimos en mejores abogados.
- El retorno de la inversión se produce en un corto espacio de tiempo.
- Hay una reducción de costes significativa.
- Permite ser más competitivo en precios.

- Las asesorías jurídicas internas lo exigen.
- Podemos trabajar de forma flexible.
- La tecnología es un elemento fundamental para ayudar a conciliar.

En definitiva, los beneficios que se producen por el hecho de invertir en tecnología y procesos están fuera de toda duda. Los despachos y los abogados debemos tener la suficiente valentía para destinar una parte significativa de nuestros ingresos a inversión tecnológica, pues solo de esta forma podremos intentar ser competitivos en un mercado cada vez más sofisticado y exigente.

"El impacto de la pandemia ha acelerado la transformación de la abogacía. En muy poco tiempo, despachos pequeños, medianos y grandes se han adaptado a una nueva situación desconocida hasta el momento y la digitalización ha entrado de lleno en nuestras vidas y organizaciones"

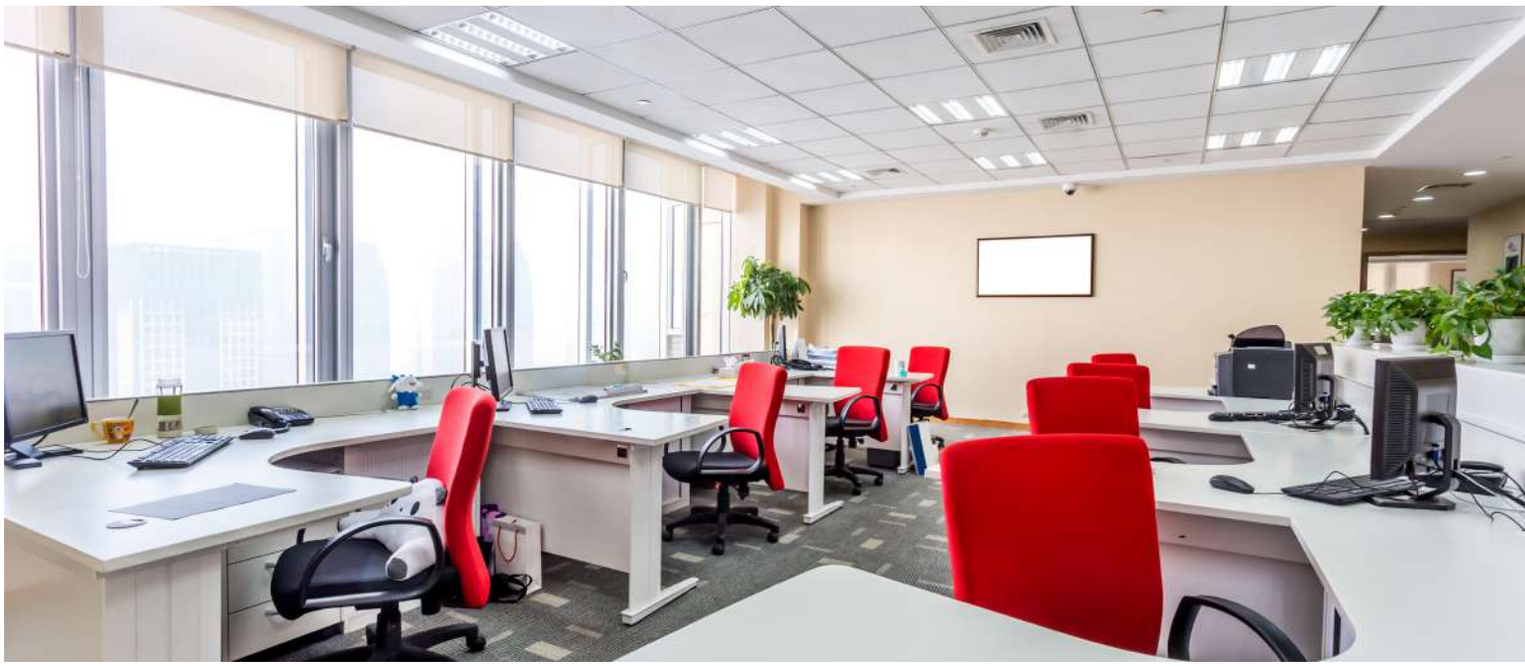
Llegados a este punto, nos podríamos preguntar ¿cómo afrontarán las organizaciones legales y sus abogados esta nueva normalidad?

No cabe la menor duda de que se producirá un antes y un después. Difícilmente todo volverá a ser como antes y vislumbro una serie de cambios muy significativos que afectarán inexorablemente a la forma en que nos organizarnos y a la prestación de nuestros servicios profesionales. Algunos de los más importantes son:

a) **El mercado** ha cambiado. Ya no estamos solos, es decir, han aparecido en los últimos años nuevos competidores con una base tecnológica fuerte donde la "eficiencia" es su mantra. Me refiero a la irrupción de las Alternative Legal Service Providers (ALSP). Estas organizaciones, que hasta hace muy poco tiempo solamente tenían presencia en el mercado anglosajón, ya han aterrizado en España y en ellas confluyen abogados e ingenieros, extraña mezcla, pero muy complementarios y necesarios para, entre otras cosas, simplificar los procesos o automatizar tareas de baja complejidad jurídica.

b) **Las Asesorías jurídicas internas** están reforzando sus equipos para internalizar parte de los servicios jurídicos que precisa su compañía. Por otra parte, también están externalizando algunas tareas o trabajos de poco valor añadido a las comentadas ALSP. Por consiguiente, los despachos jurídicos deberán centrarse en todas aquellas tareas de alto valor añadido y renunciar al trabajo que no tenga estas características porque difícilmente les superarán en eficiencia.

c) **La eficiencia** ha llegado para quedarse. ¿Cuántas veces hemos oído esta frase? Seguro que muchas.



"Podemos afirmar con rotundidad que el presencialismo tan arraigado en nuestro sector tiene los días contados. Después de tres meses confinados y teletrabajando desde nuestros hogares, hemos podido verificar que no es imprescindible ni necesaria la presencia física en las oficinas para prestar servicios jurídicos. Es más, hemos observado que podemos ser más eficientes que antes y al mismo tiempo nos permite una mayor conciliación"

Lo cierto es que no es una moda sino una realidad y los clientes cada vez más nos exigirán que seamos eficientes en la prestación de nuestros servicios. De ahí, la importancia y necesidad de invertir en tecnología y procesos para simplificar y automatizar. Debemos mentalizarnos de que todo aquel trabajo que pueda hacer una máquina no debería hacerlo un abogado.

d) **Flexibilidad.** Podemos afirmar con rotundidad que el presencialismo tan arraigado en nuestro sector tiene los días contados. Después de tres meses confinados y teletrabajando desde nuestros hogares, hemos podido verificar que no es imprescindible ni necesaria la presencia física en las oficinas para prestar servicios jurídicos. Es más, hemos observado que podemos ser más eficientes que antes y al mismo tiempo nos permite una mayor conciliación. Obviamente, necesitaremos tener una infraestructura mínima y acorde para poder seguir prestando nuestros servicios como si estuviésemos en la oficina.

e) **Las oficinas del futuro** serán más reducidas debido a que una gran parte de los abogados y personas de apoyo trabajarán desde sus domicilios o desde cualquier parte. Si creemos en la flexibilidad, podemos llevar la oficina con nosotros y si somos eficientes, habrá un número importante de metros cuadrados que se reducirán. Por otra parte, se incrementarán los espacios de colaboración en las oficinas sin llegar a compensar la reducción de metros cuadrados que se producirá. En cualquier caso, las oficinas seguirán existiendo debido a que nuestros clientes tendrán necesidad de acudir a las mismas y nuestros abogados seguirán interactuando de manera presencial pero con una menor intensidad.

f) **La inversión en tecnología** ya no es una opción, sino una necesidad que tenemos todos y que hemos podido constatar **a raíz de** la declaración del estado de alarma. Todos aquellos que no estaban preparados tecnológicamente para poder teletrabajar han sufrido. Todas aquellas organizaciones que no habían apostado por la digitalización, han sufrido. Debemos seguir invirtiendo en tecnología y en procesos para

facilitar la vida a los abogados, ser más eficientes y poder trasladar esta eficiencia a nuestros clientes.

"Claramente hay un antes y un después del COVID-19. Los cambios que está sufriendo el sector legal son de gran trascendencia, si bien conviene tener presente que nada permanece inalterable en el tiempo, todo se transforma, como la materia misma"

g) **La reducción de costes** que se producirá será relevante. Además de la reducción de los costes por arrendamientos de nuestras oficinas se añadirán otros, como, por ejemplo: la racionalización de nuestra presencia en determinados eventos, los costes relacionados con los desplazamientos (aviones y hoteles), menor consumo de papel (si existe un compromiso serio de digitalización), mayor utilización de herramientas online para la formación, menor gasto en suministros, etc. Asimismo, un colectivo que va a tener que reinventarse es el de los asistentes, pasando a desarrollar funciones de apoyo al abogado de mayor valor añadido como por ejemplo la gestión del CRM o participar en procesos de facturación y gestión económica.

h) **La formación** es uno de los campos que ha sufrido una mayor transformación. Concretamente, la formación online que hasta hace unos meses era residual en los despachos de abogados se ha convertido en una potentísima herramienta para trasladar conocimiento. Asimismo, la organización de webinars para comunicarnos con clientes y targets e informarles por ejemplo de novedades legislativas, también ha tomado el relevo a la organización de conferencias y seminarios en formato presencial.

Claramente hay un antes y un después del COVID-19. Los cambios que está sufriendo el sector legal son de gran trascendencia, si bien conviene tener presente que nada permanece inalterable en el tiempo, todo se transforma, como la materia misma.

"DESESCALADA" EN DESPACHOS PEQUEÑOS Y MEDIANOS: ALGUNAS REFLEXIONES ÚTILES

Por José Luis Pérez Benítez
Socio Consultor en BLACK SWAN.
Copresidente Sección Gestión e Innovación de despachos del ICAM

Durante los meses de confinamiento se ha hablado y escrito mucho sobre cómo iba a ser la vuelta a la normalidad en los despachos de abogados y cómo deberían irse preparando para la *desescalada* y paulatina incorporación a la *nueva normalidad*.

La vuelta a los plazos administrativos y procesales ya se ha producido y todos los despachos, con más o menos dificultades, se han incorporado al curso acelerado de la actividad judicial. Los medianos y pequeños, que son la mayoría de los despachos en España, están afrontando la *desescalada* con el sobreesfuerzo necesario para hacerse cargo de los nuevos señalamientos, notificaciones, reanudación de plazos y exigencias de los clientes. Todos están ya inmersos en su día a día y luchando en el corto plazo, pero conviene —como siempre— parar en algún momento y encontrar el tiempo necesario para reflexionar sobre las cuestiones principales del negocio, los retos más inmediatos y la forma de digerir los cambios que se están produciendo.

Es necesario, por tanto, abordar las cuestiones principales del corto plazo y que previsiblemente van a suceder y modificar el escenario de los despachos.

Estas situaciones, en nuestra opinión, son las siguientes:

- Las tensiones de liquidez en las firmas.
- Las tensiones de liquidez en la economía y en los clientes.
- La reducción de gastos.
- El parón en ventas y encargos, que ya no se han producido, y que puede que no se recuperen.
- La forma y alcance en la que se "quede" el teletrabajo en nuestro despacho

"La vuelta a los plazos administrativos y procesales ya se ha producido y todos los despachos, con más o menos dificultades, se han incorporado al curso acelerado de la actividad judicial. Los medianos y pequeños, que son la mayoría de los despachos en España, están afrontando la desescalada con el sobreesfuerzo necesario para hacerse cargo de los nuevos señalamientos, notificaciones, reanudación plazos y exigencias de los clientes"

La forma en la que se afronten estas cuestiones en la *desescalada* determinará cómo será el corto plazo, que, por otro lado, tampoco parece que vaya a ser muy fácil.

Desde el primer momento de la pandemia parecía evidente que las principales tensiones económicas se iban a producir en la **liquidez** de la economía en general. Ante esta situación, los agentes económicos oficiales y los gobiernos inundaron de liquidez el sistema. Existe cierto consenso —al margen de problemas concretos de puesta en marcha— en que las facilidades de crédito, los ERTE, los ICO y las emisiones de deuda pudieron

parar de forma satisfactoria el primer golpe de liquidez en el sistema económico. Lo mismo sucedió en muchos despachos y un gran número de ellos se acogieron a estas medidas y a otras similares —como supresión de bonus, suspensión de compensación de socios, etc.—, y han podido soportar con mejor caja los meses de confinamiento.

Pero la "batalla por la liquidez" va a continuar, pues parece razonable pensar que las tensiones económicas van a volver en meses, cuando terminen las medidas económicas extraordinarias, y esto se debe analizar en dos planos.

Desde el plano **interno**, gestionar la liquidez del despacho ha de ser la primera cuestión a controlar.

Los despachos deben estar especialmente atentos a los cobros y a la financiación que otorgan a sus clientes, y probablemente —si se agudiza la crisis— se producirán bajadas de precios en los servicios jurídicos.

"Si bien la abogacía no es una actividad cíclica, tampoco es anti-cíclica pura, y si los clientes tienen una peor economía es lógico que esto se traslade a través del precio a los servicios jurídicos y a los despachos que los prestan. De igual modo será necesario aplazar el pago a ciertos clientes, lo cual tensionará aún más la liquidez de la firma. Habrá que ser muy cauto con aquellas prácticas en las que el despacho se convierte en un 'financiador' del asunto"

Si bien la abogacía no es una actividad cíclica, tampoco es anticíclica pura, y si los clientes tienen una peor economía es lógico que esto se traslade a través del precio a los servicios jurídicos y a los despachos que los prestan. De igual modo será necesario aplazar el pago a ciertos clientes, lo cual tensionará aún más la liquidez de la firma. Habrá que ser muy cauto con aquellas prácticas en las que el despacho se convierte en un "financiador" del asunto.

Por otro lado, y desde un **análisis externo** a la firma, esta gestión de liquidez y tensiones en los clientes ofrece nuevas oportunidades y abre nuevos mercados para los despachos que, con una caja saneada, sepan aprovecharlas.

En primer lugar, muchos clientes, en su propia gestión de liquidez están realizando un análisis de proveedores, y —al igual que ocurrió en la anterior crisis económica— es posible que entre las dinámicas de compra esté la de "probar" nuevos despachos, en concreto nuevos tipos de despachos más pequeños que los actuales.

Se abre así una oportunidad a las firmas medianas y pequeñas para acceder a un tipo de clientes que antes eran más reticentes y donde el tamaño era una cualidad necesaria para la relación.

Por otro lado, es evidente que van a surgir nuevas oportunidades de negocio y áreas jurídicas que van a crecer, como ha sucedido siempre en los momentos de crisis económica. Estar atento a estas oportunidades, invertir lo justo para poder entrar y atender a esos nuevos mercados, y tener los costes muy ajustados para poder ser flexible en las formas de contratación y pago van a ser claves para afrontar el corto plazo e incluso salir reforzado de la "desescalada".

Como parte imprescindible a la gestión de la liquidez de la firma, se impone un exhaustivo **control y reducción**

Respecto de **los encargos que no se han realizado** en los meses de confinamiento es razonable pensar que ya no se van a producir. Esto es, aquellos conflictos, cuestiones jurídicas que podrían habernos encargado en marzo, abril o mayo, ya no existen. Es cierto que algunos asuntos solo quedaron en espera y se están reactivando ahora, pero eso no significa que esos conflictos se vayan a duplicar o multiplicar. Con esto quiero decir que los asuntos que, en condiciones normales, hubieran surgido en aquellos meses ya no están, ni van a volver, surgirán unos nuevos, pero no aquellos. Y esto se traducirá en la vida de los despachos en los próximos meses [1].

"Por otro lado, es evidente que van a surgir nuevas oportunidades de negocio y áreas jurídicas que van a crecer, como ha sucedido siempre en los momentos de crisis económica. Estar atento a estas oportunidades, invertir lo justo para poder entrar y atender a esos nuevos mercados, y tener los costes muy ajustados para poder ser flexible en las formas de contratación y pago van a ser claves para afrontar el corto plazo e incluso salir reforzado de la 'desescalada'"

de gastos. Es el momento de eliminar lo superfluo, y sobre todo de "repensar" aquellos gastos que nos parecían imprescindibles pero que se han evidenciado, a la luz de esta nueva realidad, como innecesarios. Todo gasto que no esté directamente relacionado con la producción y prestación del servicio jurídico, debe someterse a examen y pensar qué sucedería realmente en la atención al cliente y producción de la firma en el caso de eliminarse.

Muchos gastos superfluos destinados a la imagen de la firma o que pensábamos que afectaban a la reputación de los abogados y marca de la firma, probablemente pueden ser reducidos a cero.

Obviamente el negocio de la abogacía es un negocio de los denominados "de primera línea", esto es, cuyo principal valor es la "facturación", las ventas totales; no es un negocio de control de gastos, o materias primas, y los gastos son casi irrelevantes en relación a los *profit drivers* del negocio. No afectan ni al apalancamiento en abogados, ni al valor del tiempo, ni al grado de utilización de las horas facturables; en realidad solo afectan —y de forma tangencial— al margen del despacho, pero aun así es el momento de analizar su reducción.

En los primeros meses de la desescalada se están reactivando los asuntos que estaban en marcha y se están iniciando los asuntos nuevos que estén entrando justo ahora, pero faltarán aquellos que deberían haber entrado en los meses de confinamiento y esto será palpable en los meses de septiembre y octubre de 2020, atendiendo a un tiempo razonable de prestación del servicio jurídico y su facturación. Si además coincide con las expectativas económicas más pesimistas para el cuarto trimestre de la economía española, es posible que para los despachos también vaya a ser un otoño muy complicado [2].

Ya no resulta necesario hablar de si los despachos estaban mejor o peor preparados para el **teletrabajo.** El

teletrabajo es ya una realidad incontestable y al margen de cuestiones sanitarias ha llegado para quedarse. Sin embargo, **sí creo que hay que reflexionar sobre los retos para el corto plazo.**

No son todo buenas noticias, ni el trabajo en remoto es la panacea ni la solución mágica que muchos anuncian. Es cierto que habrá firmas, muy pocas, que no necesitan volver a sus oficinas más que a cuestiones puntuales, y que su cultura de firma permite que el teletrabajo sea la norma y son muy capaces de sacarle todas las ventajas y mitigar los problemas que genera, pero esto no es aplicable a la mayoría de los despachos en España.

Los servicios jurídicos necesitan de la presencialidad para dos cuestiones fundamentales.

"Para fomentar la creatividad a la hora de prestar el servicio jurídico, debatir, discutir y pensar, el contacto físico es necesario. La abogacía como servicio profesional se basa en el uso de un conocimiento abstracto e interrelacionado y con contacto humano y desarrollo mental en conjunto se obtienen los mejores resultados"

Para fomentar la creatividad a la hora de prestar el servicio jurídico, debatir, discutir y pensar, el contacto físico es necesario. La abogacía como servicio profesional se basa en el uso de un conocimiento abstracto e interrelacionado y con contacto humano y desarrollo mental en conjunto se obtienen los mejores resultados.

Por otro lado, la reunión presencial es fundamental para la última fase de la venta a un nuevo cliente. Generar confianza *ex novo* es un proceso largo que en algún momento requiere contacto presencial. Es cierto que algunos servicios jurídicos, muy próximos al *commodity*, pueden venderse sin casi contacto, y que los generadores externos de reputación —física y online— facilitan la venta y la gestión de la confianza, pero para los servicios profesionales de mayor valor añadido resulta casi imprescindible el contacto humano y la reunión presencial que genere la *chispa* de la confianza y el acto de entrega que supone.

Por otro lado, no todos los despachos y sus directores tienen las cualidades necesarias de flexibilidad, generosidad y proactividad que el teletrabajo requiere.

Por supuesto que el trabajo en remoto se va a quedar, pero quizás la clave del éxito esté en el "mix" adecuado.

En mi opinión, los despachos de abogados deberían teletrabajar un máximo de dos o tres días a la semana —salvo las muy pocas firmas que hemos señalado— y obviamente en función de cada firma concreta y de su cultura.

La presencialidad es necesaria para ciertas partes del trabajo jurídico, para aprehender la cultura de la firma, para generar confianza, y en algunas personas además resulta imprescindible. Hay muchos trabajadores que necesariamente segmentan su vida profesional y familiar, y no todos tienen las mismas condiciones familiares o de recursos domésticos [3]

(1) Respecto de la bajada de facturación producida en el sector jurídico de enero a abril 2020, se pueden extraer aquí los datos del INE. https://www.ine.es/daco/daco42/icn/icn0420.pdf

(2) Ver expectativas Banco de España en su Informe 2/2020 aquí https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/COVID-19/be2002-art1.pdf

(3) Algunas de esas ideas se asumen en relación a la investigación de la profesora Mireia de las Heras, IESE, Universidad de Navarra. Publicaciones 2020.

ABOGACÍA EN MOVILIDAD: NUEVOS SERVICIOS PARA UN NUEVO TIEMPO

Por Silvia Prieto
Directora de Perfeccionamiento y Servicios a Colegiados/as del ICAM

La abogacía es uno de los colectivos profesionales más reticentes a cambiar la configuración tradicional en su forma de trabajar, por lo que la evolución hacia nuevas formas de trabajo es más lenta que en otros sectores. Sin embargo, desde su apertura en marzo de 2019, el crecimiento de Espacio Abogacía, el coworking jurídico del ICAM, ha sido constante. Los abogados y abogadas que lo utilizan lo valoran muy positivamente y todo el que va una primera vez, repite y se convierte en asiduo. La demanda es mayor en los despachos cerrados, por su configuración más tradicional, seguida de las salas de reuniones y la zona de cafetería. El uso de la zona de trabajo compartido es todavía inferior, pero se prevé que haya un repunte con la vuelta a la normalidad, cuando muchos profesionales previsiblemente optarán por este modelo dado el ahorro que representa y la versatilidad que proporciona.

En ese sentido, la percepción tras la crisis sanitaria es que la demanda del servicio se verá incrementada porque muchos de los colegiados, con la parada de actividad y la situación económica generada tras la pandemia, verán en el coworking la solución sustitutiva a sus despachos. Ante este nuevo escenario, Espacio Abogacía representa una solución muy económica y bien ubicada donde poder trabajar, mantener reuniones presenciales o por videoconferencia, con una atención personalizada durante todo el día.

"La abogacía es uno de los colectivos profesionales más reticentes a cambiar la configuración tradicional en su forma de trabajar, por lo que la evolución hacia nuevas formas de trabajo es más lenta que en otros sectores. Sin embargo, desde su apertura en marzo de 2019, el crecimiento de Espacio Abogacía, el coworking jurídico del ICAM, ha sido constante"

Lo que marca la diferencia respecto a otras propuestas es su especial dotación jurídica, que incluye acceso a publicaciones normativas y un personal acostumbrado a ofrecer soluciones a las necesidades de los colegiados y colegiadas de Madrid.

Ventajas de Espacio Abogacía

-**Económicas.** Al no tener que pagar renta por el alquiler, ni consumos, ni equipamiento, ni el personal de atención de un despacho, Espacio Abogacía representa una solución muy ajustada para muchos profesionales.

-**Su ubicación.** El enclave de Espacio Abogacía es una de sus mayores ventajas. Ubicado de forma estratégica en Plaza de Castilla, a escasos pocos metros de los Juzgados de Instrucción y primera instancia de Madrid y en un núcleo neurálgico de transporte público.

-**Flexibilidad.** Utilización a demanda de despachos o salas de reuniones, por horas o días, a medida de lo que se precisa en cada momento y sin tener que pagar por lo que no se utiliza. Además, EA dispone de una zona de trabajo en abierto para trabajar cuando no se tiene que

atender a los clientes. Y con una amplia disponibilidad horaria (de 09:00 a 21:00 horas de lunes a viernes) tanto para realizar las reservas como para utilizar instalaciones y servicios.

-Amplitud de servicios. Además del uso de despachos, de la zona de trabajo compartido y las salas de reuniones, cuenta con zonas en abierto en las que poder disfrutar de un descanso o compartir un café con un compañero/a o cliente. Además, el centro dispone de confortables cabinas telefónicas para hablar con la máxima privacidad y tomar notas en el curso de la llamada o mantener una reunión por videoconferencia.

-Servicio integral. Espacio Abogacía proporciona todos los servicios disponibles en un despacho: secretaría virtual, recogida de paquetes, publicaciones y correspondencia, domiciliación del despacho, reprografía y escaneado de documentación, atención personalizada en Recepción, wifi de gran capacidad, espacios de descanso y, además, cafetería. Asimismo, EA se ha dotado con equipamiento webcam en respuesta a la nueva forma de hacer las cosas tras la crisis COVID-19. También se ha convertido en uno de los puntos habituales de distribución para la retirada de publicaciones y es la sede oficial de los eventos del Club ICAM o las jornadas gastronómicas.

-Sinergias. El hecho de ser un espacio de trabajo especializado para juristas lo convierte en una posible fuente de oportunidades de negocio para los profesionales de despachos pequeños y unipersonales, favoreciendo el networking y la generación de sinergias a partir de un enfoque colaborativo.

-Movilidad. Los abogados y abogadas solo tienen que llevar su portátil. El resto, lo tiene en Espacio Abogacía. También creamos una solución a su medida, **Abogacía Digital**, con la que se pone a disposición del usuario un portátil probado y dotado, con accesos a bases de datos y publicaciones jurídicas actualizables, mantenimiento, garantía y soporte técnico, todo incluido en una cuota mensual muy asequible.

Apuesta estratégica

En el camino de hacer un Colegio útil al servicio de las personas colegiadas, pensamos que no hay un servicio más útil para la abogacía madrileña que el lugar y los medios para trabajar.

En ese sentido, Espacio Abogacía es un proyecto en constante evolución y adaptación que se basa en cuatro ejes fundamentales: calidad del servicio, calidad de las instalaciones, cercanía a juzgados y una política de tarifas significativamente más asequible que otros espacios cercanos.

Asimismo, está en pleno desarrollo una APP para que el letrado pueda visualizar la disponibilidad de los distintos tipos de servicios y realizar sus reservas.

Somos el único Colegio de Abogados en España que ofrece estos servicios y además se ha abierto la posibilidad, vía convenio, del uso de las instalaciones de Espacio Abogacía por parte de los colegiados y colegiadas del Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares, del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y del Ilustre Colegio de Abogados de Talavera de la Reina.

Por otra parte, dentro del paquete de medidas aprobadas por la Junta de Gobierno para ayudar a los compañeros y compañeras más desfavorecidos, se ha aprobado la cesión del uso sin coste durante los meses de septiembre a diciembre para las personas colegiadas que resulten beneficiarias de las ayudas.

Además, el Colegio ha dispuesto las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad y salud de las personas que utilicen sus instalaciones, y ha dotado con equipamiento webcam las salas de reuniones, que ya contaban con pantallas de alta definición, para poder mantener reuniones y celebraciones de vistas por videoconferencia, como se impone a raíz de la crisis generada por el COVID-19.

Transformación digital, la nueva realidad

Con la iniciativa Abogacía Digital, el Colegio pone a disposición de sus colegiados una solución única que integra todos los componentes que necesita cualquier profesional en su puesto de trabajo.

- Un potente ordenador portátil con las licencias de MS Office, soporte Helpdesk y escritorio virtual que permite la visualización del puesto de trabajo desde cualquier dispositivo con todas las garantías de seguridad.

- Data Ley, la Base de Datos Jurídica que necesita: Legislación, Jurisprudencia, formularios y Convenios Colectivos de todos los ámbitos y jurisdicciones, así como la colección completa de Códigos La Ley en smarteca, accesibles desde cualquier dispositivo incluso sin necesidad de estar conectado a internet.

- Y Espacio Abogacía, a escasos metros de Plaza Castilla donde poder disfrutar de un espacio de trabajo con todos los servicios propios de un gran despacho.

En definitiva, un puesto de trabajo totalmente equipado a nivel tecnológico y con la máxima garantía de seguridad que permite trabajar en movilidad, ganar en eficiencia y estar siempre actualizado para el abogado de hoy por una asequible cuota al mes.

INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COVID-19 EN LAS GARANTÍAS REALES Y PERSONALES

Por Eva Pareja Rodríguez de Vera
Responsable AJN
Santander Servicios Legales y de Cumplimiento
Grupo Banco Santander

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el pasado 11 de marzo de 2020 el COVID-19 pandemia internacional. El 14 de marzo el Gobierno de España declaraba el estado de alarma por el Real Decreto 463/2020 situación que se ha prolongado hasta el 21 de junio de 2020.

En estos meses, y bajo la amenaza de la COVID-19, se han dictado ciertas normas que afectan a las garantías reales y personales vigentes en ese momento y buscan proteger a deudores sin recursos, ampliando el concepto que de estos recogía la Ley 1/2013.

1.- Ejecuciones hipotecarias de deudores sin recursos

El día anterior a la declaración por la OMS de la pandemia internacional, el Gobierno de España aprobaba el Real Decreto Ley 6/2020 de 10 de marzo por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública que entró en vigor el 12 de marzo y que fue convalidado por Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados. Al tratarse de un RDLey es una norma exenta de los trámites de consulta pública, audiencia e información pública.

Ese RDLey justificaba en su exposición de motivos la urgencia que acompaña a la forma del RDLey entre otros motivos porque "*Desde que la Organización Mundial de la Salud declarara el pasado mes de enero que la situación en relación al COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional, y según han comenzado a aparecer los primeros casos en nuestro país, se hace necesario adoptar una serie de medidas que no pueden demorarse para garantizar la protección social de los trabajadores que causen baja por aislamiento y enfermedad, así como para garantizar el abastecimiento del material necesario en nuestro sistema nacional de salud*."

> *"En estos meses, y bajo la amenaza de la COVID-19, se han dictado ciertas normas que afectan a las garantías reales y personales vigentes en ese momento y buscan proteger a deudores sin recursos, ampliando el concepto que de estos recogía la Ley 1/2013"*

El articulo 2 de este RDLey modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según la nueva redacción, hasta transcurridos **once (antes siete) años** desde la entrada en vigor de esa Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial **de ejecución hipotecaria** se hubiera adjudicado **al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica** (antes sólo preveía "***al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta***"), la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en esa norma.

Por esa modificación se amplia el ámbito de la norma en los siguientes puntos:

- Los dos ya citados: i) **extensión de la suspensión a cualquiera que sea el adjudicatario de la vivienda**, sea este persona física o jurídica, y no solo cuando se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier persona que actuase por su cuenta, como ocurría hasta este momento, lo cual reducirá probablemente los posibles postores en el supuesto de una eventual ejecución; ii) **prorroga la vigencia** de la suspensión de los lanzamientos por cuatro años.

"La situaciones vividas desde la declaración del estado de alarma, los cambios radicales que se han producido en nuestro modo de vida y en nuestra economía han sido de una magnitud importantísima. La realidad social ha obligado a conceder plazos extraordinarios para la devolución de las deudas asumidas, sobre todo con entidades bancarias, en relación a financiaciones vía préstamo vía crédito y garantizadas con hipotecas"

- Y, además, **ampliación de los posibles beneficiarios**, por un lado, estableciendo entre los supuestos de especial vulnerabilidad a las familias monoparentales aunque tengan solo un hijo a cargo y, por otro, incrementando el límite de ingreso máximo de la unidad familiar que sirve de referencia para determinar la vulnerabilidad en términos del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en función del número de hijos y de si es una familia monoparental, al incrementarse por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales o en 0,10 veces el IPREM para el resto de familias

2.- Moratorias. Novaciones de Préstamos hipotecarios y otras garantías reales

La situaciones vividas desde la declaración del estado de alarma, los cambios radicales que se han producido en nuestro modo de vida y en nuestra economía han sido de una magnitud importantísima. La realidad social ha obligado a conceder plazos extraordinarios para la devolución de las deudas asumidas, sobre todo con entidades bancarias, en relación a financiaciones vía préstamo vía crédito y garantizadas con hipotecas.

El RDLey 8/2020 recoge la moratoria hipotecaria y el RDLey 11/2020 la de los préstamos/créditos sin garantía hipotecaria. Otras normas han recogido moratorias en el pago de alquileres, deudas fiscales y con la Seguridad Social, préstamos IDAE, préstamos concedidos por CCAA...

Centrándonos en el citado RDLey 8/2020, la moratoria de la deuda hipotecaria supone la suspensión durante tres meses (plazo que el Consejo de Ministros podrá ampliar) del abono de capital e intereses (tanto ordinarios como de demora) para la adquisición de la vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios que sean autónomos (personas físicas) y profesionales (personas físicas) de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler, por quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19. Estas mismas medidas se aplicaron igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

Los supuestos de vulnerabilidad económica son:

a) Que el deudor hipotecario pase a estar en situación de desempleo o, en caso de ser empresario o profesional, sufra una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial de sus ventas.

b) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, sea inferior, como regla general, a tres veces el IPREM (varía si es familia con hijos, persona mayor de 65 años...).

c) Que la cuota hipotecaria, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que, a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, en los términos que se definen en el punto siguiente.

A esos efectos se entiende: i) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,3. ii) Que se ha producido una caída sustancial de las ventas cuando esta caída sea al menos del 40%. iii) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda.

Dándose esos requisitos, la moratoria era **automática sin necesidad de documentarse en escritura pública o de otra manera el acuerdo, bastaba la solicitud y la acreditación de los requisitos (algunos de esos documentos justificativos de difícil obtención en un momento en el que el país estaba confinado),** y, más adelante, cuando hubiera posibilidad de elevarla a escritura, los aranceles notariales y registrales serían satisfechos en todo caso por el acreedor aunque se bonifican al 50%. La elevación a público la podía hacer incluso unilateralmente el acreedor.

"El RDLey 8/2020 recoge la moratoria hipotecaria y el RDLey 11/2020 la de los préstamos/créditos sin garantía hipotecaria. Otras normas han recogido moratorias en el pago de alquileres, deudas fiscales y con la Seguridad Social, préstamos IDAE, préstamos concedidos por CCAA... "

Así, la aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna, según prevé el artículo 13 del RDLey 8/2020, *pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos aunque no cuente con el consentimiento de estos.*

3.- Garantías personales

En este punto también ha tenido incidencia la normativa COVID-19 al alterar, en determinados casos, el carácter solidario con el que se habían configurado –contractualmente y en el ámbito de la autonomía de la voluntad– ciertas garantías y que pasan a ser subsidiarias y con previa excusión de los bienes del deudor garantizado cuando el garante se encuentre en situación de vulnerabilidad.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 recoge la medida para los garantes de préstamos/créditos sujetos a moratoria hipotecaria que posteriormente reproducirá también el Real Decreto Ley 11/2020 para los garantes de préstamos/créditos sin garantía hipotecaria

"Todas estas medidas legales han estado orientadas al colectivo de deudores sin recursos. Pero ha sido necesario ampliar su ámbito convencionalmente a otros sectores a través de planes de ayuda que contenían moratorias no legales a empresas y particulares, y con nuevas financiaciones, muchas veces con el aval del ICO, para que familias, autónomos y empresas tuvieran acceso al crédito para hacer frente a gasto corriente en estos meses de parálisis, casi absoluta, de nuestra economía y de nuestro país"

En este sentido los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Todas estas medidas legales han estado orientadas al colectivo de deudores sin recursos. Pero ha sido necesario ampliar su ámbito convencionalmente a otros sectores a través de planes de ayuda que contenían moratorias no legales a empresas y particulares, y con nuevas financiaciones, muchas veces con el aval del ICO, para que familias, autónomos y empresas tuvieran acceso al crédito para hacer frente a gasto corriente en estos meses de parálisis, casi absoluta, de nuestra economía y de nuestro país.

Estas medidas han sido coyunturales. Ahora empieza la *"remontada"*, con la esperanza de que esas medidas hayan servido de contención.

PRINCIPIOS ELI PARA LA CRISIS DEL COVID-19: FUERZA MAYOR Y EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA

Por **Carmen Jerez Delgado**
Coordinadora del Centro español del European Law Institute
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

1. La crisis provocada a nivel global por la irrupción del COVID-19 pone al descubierto que el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual, prácticamente logrado en el Derecho uniforme e internacional, está pensado para situaciones de crisis entre los contratantes, pero resulta insatisfactorio tanto en escenarios de males generalizados que afecten al planeta como, sencillamente, cuando sobrevienen impedimentos que escapan del control de las partes. Esto justifica la publicación inmediata de principios aplicables a los contratos en la crisis del COVID-19 por parte de instituciones dedicadas al estudio del Derecho, como es el caso del *European Law Institute*.

El texto de los *ELI Principles for the COVID-19 Crisis* contiene una propuesta de medidas básicas adaptadas a las circunstancias, tanto de Derecho público como de Derecho privado, con un total de quince principios [1]. El objeto de este breve artículo es analizar el Principio 13, dedicado al contrato, y explicar –más allá de su evidente oportunidad– las soluciones que propone, con unas reflexiones al respecto.

2. La pandemia del COVID-19 y las consiguientes medidas sanitarias adoptadas por los Gobiernos de las naciones constituyen una muestra perfecta de fuerza mayor. El supuesto de hecho del que partimos es un evento imprevisible e insuperable, que acontece con posterioridad a la celebración del contrato, pero antes de su cumplimiento.

El *Principio 13* lleva como título *"Fuerza mayor y excesiva onerosidad sobrevenida"* y está estructurado en tres puntos, correctamente escalonados:

El primero de ellos se refiere a la fuerza mayor. Parte de la base de que ésta aparece contemplada en los ordenamientos internos y –sin expresa alusión al remedio aplicable (que en la generalidad de los sistemas es –como en el español- la exoneración de responsabilidad)- propugna que se respete su aplicación. A la vez, dispone que se garanticen soluciones

"El texto de los ELI Principles for the Covid-19 Crisis contiene una propuesta de medidas básicas adaptadas a las circunstancias, tanto de Derecho público como de Derecho privado, con un total de quince principios"

razonables, refiriéndose en particular a la distribución del riesgo contractual, que deberá hacerse conforme a las pautas siguientes: 1ª) El contenido del contrato; 2ª) Las reglas del sistema jurídico aplicable al caso concreto; y, 3ª) La buena fe.

El segundo punto se centra en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación *(hardship)*. Ésta tiene lugar cuando, a consecuencia del evento imprevisible e inevitable, se produce un notable desequilibrio de las prestaciones. En este caso, el texto se refiere directamente al remedio aplicable: la renegociación del contrato, y aconseja que los Estados lo apliquen, como derivado de la buena fe, tanto si el remedio está expresamente previsto en el Derecho interno o en el contrato, como si no lo estuviere (no lo está en el Derecho español, aunque sí rige el principio de buena fe).

"La buena fe contractual opera así, en los casos en que un evento sobrevenido inevitable e insuperable acontezca en la fase de cumplimiento del contrato, obstaculizándolo, como límite al principio pacta sunt servanda. *En estas circunstancias, puede decirse que la buena fe actúa como límite a la normal aplicación de los remedios previstos para el incumplimiento del contrato"*

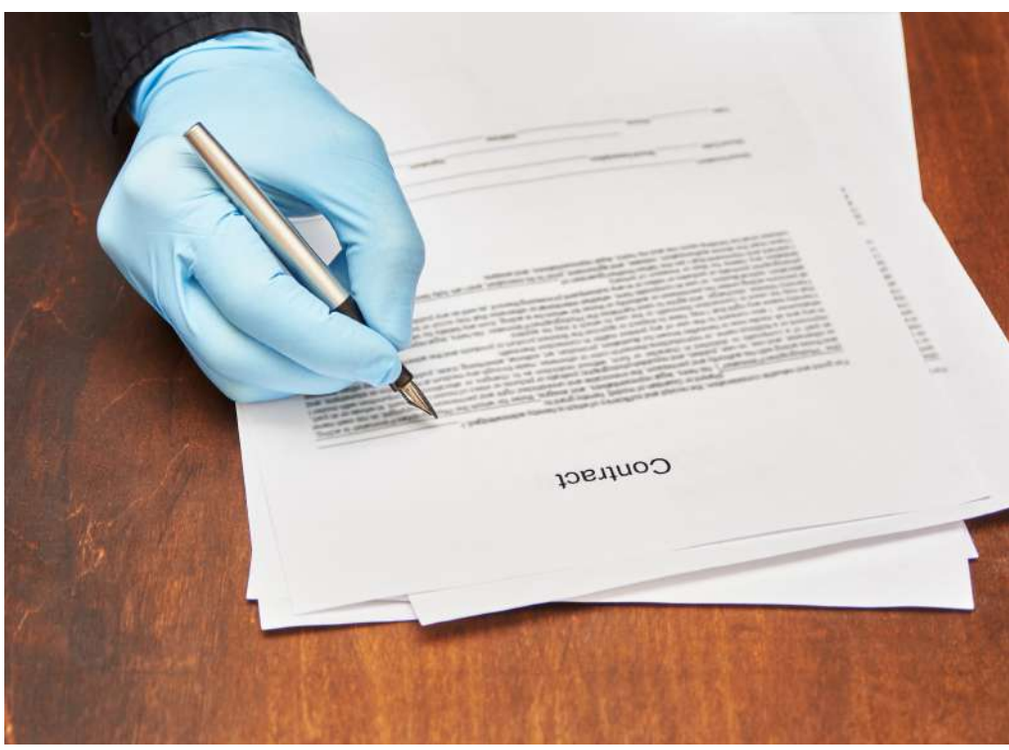
Por último, el punto tercero se refiere a los supuestos de ruptura de la relación contractual, que –en consonancia con lo anterior– debe entenderse que sucede cuando carezca de sentido para las partes la renegociación del contrato. Se ilustra el caso con la cancelación de viajes. Se introduce aquí el principio de solidaridad como pauta de actuación, a fin de evitar que, en la liquidación del contrato, una de las partes deba asumir la totalidad de los riesgos generados por el evento imprevisible (en particular, se menciona a consumidores y PYMES).

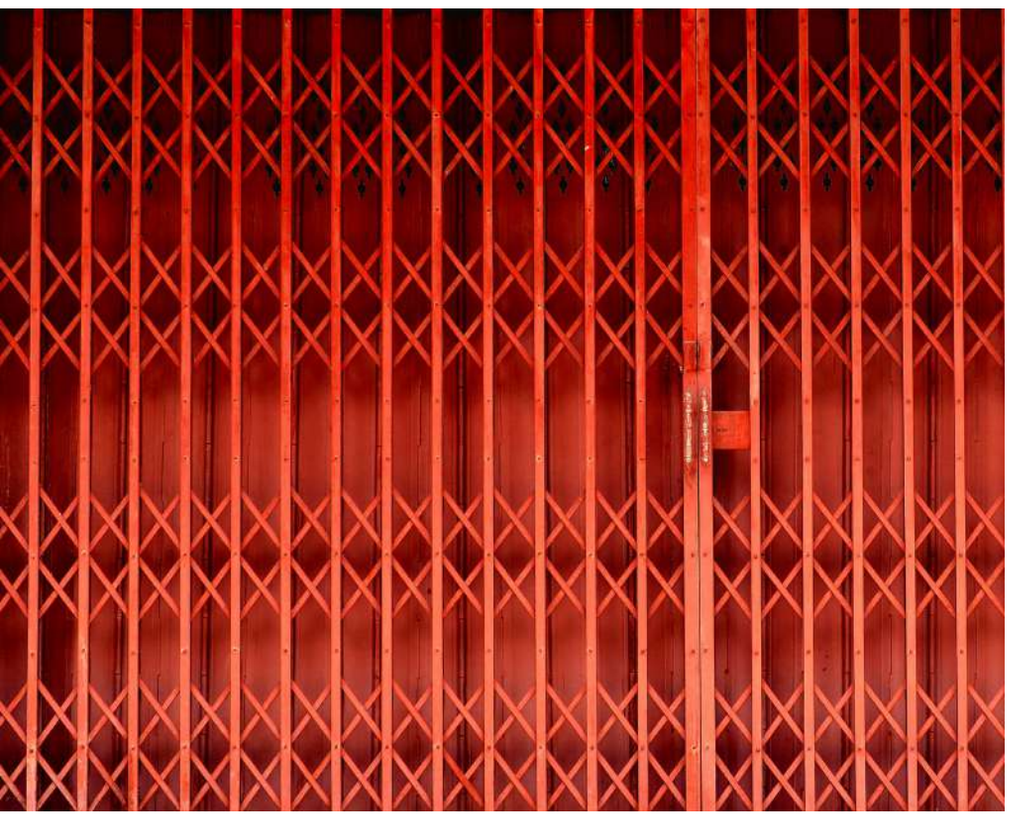
3. La buena fe contractual es la clave de las soluciones aportadas a los tres supuestos de hecho contemplados. En los dos primeros casos, la buena fe aparece expresamente mencionada, mientras que –en el último de ellos– se habla del principio de solidaridad, que sin duda alguna se deriva de la buena fe, por lo que implícitamente está contenida también en esta tercera regla.

La buena fe contractual opera así, en los casos en que un evento sobrevenido inevitable e insuperable acontezca en la fase de cumplimiento del contrato, obstaculizándolo, como límite al principio *pacta sunt servanda*. En estas circunstancias, puede decirse que la buena fe actúa como límite a la normal aplicación de los remedios previstos para el incumplimiento del contrato. Pero el papel de la buena fe no termina aquí: la buena fe actúa como criterio ordenador de las consecuencias que para las partes tiene el evento constitutivo de fuerza mayor o de la excesiva onerosidad sobrevenida. Y lo hace aportando soluciones adaptadas a las tres situaciones que, de modo escalonado, pueden provocarse:

En primer lugar, y como regla general para todos los casos, la buena fe supone la exoneración de responsabilidad del deudor incumplidor, en la medida en que no haya relación de causalidad entre su conducta (activa u omisiva) y el resultado dañoso (la lesión del crédito). La pretensión de cumplimiento se mantiene en ese caso, pero el acreedor deberá esperar a que cese el impedimento para ejercitarla.

En segundo lugar, y dando un paso más, la buena fe impide que, si el cumplimiento se hace excesivamente oneroso para uno de los contratantes, se mantenga intacta la pretensión de cumplimiento del acreedor.





En tales circunstancias, la buena fe impone a las partes la renegociación de los términos del contrato, ya que como consecuencia del evento imprevisible e insuperable se ha producido una alteración de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al tiempo de contratar y que constituyeron por tanto la base del contrato.

En última instancia, y para el caso de que el contrato quede vacío de contenido o no tenga sentido ya para uno o ambos contratantes, la buena fe impone un reparto de riesgos entre ellos (principio de solidaridad). Nuevamente, sería contrario a la buena fe hacer que uno de los contratantes asuma el riesgo de un evento que es tan ajeno a él como al otro contratante.

4. En conclusión, cabe afirmar el acierto del *ELI Principle n. 13,* que estamos considerando, porque aporta soluciones correctas a la crisis del COVID-19 en materia de contratos. La clave del éxito de esta norma es hacer del principio de la buena fe contractual el eje de las soluciones buscadas para las situaciones que, escalonadamente, pueden presentarse, y que se descubren como las siguientes:

1ª) Mantenimiento del contrato (con exoneración provisional de responsabilidad por el incumplimiento parcial o total);

2ª) Adaptación del contrato (en caso de excesiva onerosidad sobrevenida para uno de los contratantes); y,

3ª) Terminación del contrato (subsidiariamente, como último remedio).

Con razón, el texto parte de la base de que, mientras la fuerza mayor está regulada en la generalidad de los sistemas, no sucede lo mismo con la adaptación del contrato ni con tu terminación.

5. Para terminar, cabe hacer las siguientes reflexiones en relación con el Principio que comentamos:

En el primer caso *(Principle 13.1),* la exoneración de responsabilidad es la regla general, y no estaría de más haberlo apuntado expresamente. De la buena fe se deriva, además, que las partes deben cooperar para mitigar los daños en lo posible.

En el segundo caso (adaptación del contrato*, Principle 13.2),* la regla pudiera completarse con unos criterios que faciliten la renegociación. Conforme a la buena fe contractual, cabe entender que la adaptación del contrato debe ir presidida por la búsqueda de un nuevo equilibrio de las prestaciones, atendiendo a las circunstancias vigentes al tiempo de hacerla. Si las partes no alcanzasen un acuerdo, parece que se admitiría la intervención judicial.

Por último, en relación con la terminación del contrato *(Principle 13.3),* convendría indicar expresamente su carácter subsidiario, así como las principales pautas de reparto del riesgo. Por ejemplo, conforme a la buena fe parece que las partes deberían liquidar la relación contractual de modo tal que, si una de ellas hubiera percibido provecho como resultado del contrato, se garantizase el equilibrio de las prestaciones entre ambos contratantes, mediante el consiguiente reparto de los beneficios.

(1) https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

Especialistas en soluciones
para **Sociedades Profesionales**

AON
Empower Results®

Asegura **la máxima protección**

para tu Sociedad Profesional

¿Qué riegos profesionales tiene mi Sociedad?

- Como socio/a, ¿qué responsabilidad tengo?
- ¿Está expuesto mi patrimonio a algún riesgo?
- ¿Cómo protejo a la Sociedad frente a posibles errores de un trabajador/a?
- Si colaboramos con otros profesionales, ¿cómo afecta a la Sociedad?
- ¿Mi póliza individual da cobertura a la Sociedad?
- ¿Qué puedo hacer para minimizar los riesgos profesionales?
- ¿Cómo me puede ayudar mi Colegio Profesional?

Entra en **www.aon.es/site/sociedades/**
y solicita tu **auditoría de riesgos gratuita sin compromiso**

Auditoría de riesgos + especialización = **soluciones aseguradoras**

Responsabilidad Civil de Administradores y directivos

Responsabilidad Civil

Ciber Riesgo

sociedades@aon.es 91 266 70 52

Aon Gil y Carvajal, S.A.U. Correduría de Seguros ("Aon"). Inscrita en el R° Mercantil de Madrid, Hoja M-19857, Tomo 15321, Folio 133, N.I.F. A-28109247. Inscrita en el Registro Especial de Sociedades de Correduría de Seguros de la DGS con la clave J-107. Capacidad financiera y Seguro de Responsabilidad Civil concertado según lo previsto en la Ley 26/2006, de 17 de Julio.

COVID-19, APOYO A LAS EMPRESAS EN TIEMPOS DE CRISIS

Por Miguel Ángel Ladero
Abogado
Director de Inversiones de COFIDES

La actual crisis causada por el COVID-19 está teniendo consecuencias graves sobre el tejido productivo español afectando a empresas de todos los tamaños y sectores, aunque no siempre con el mismo alcance. Si bien, en un primer momento, las consecuencias de la crisis COVID-19 se ligaban, en un contexto de absoluta emergencia, a un deterioro rápido de la liquidez de las empresas, lo cierto es que ahora, debido a la profundidad de su impacto, podemos prever que en muchos casos sus consecuencias se puedan llegar a agravar hasta impactar de forma negativa, ahora sí, en su solvencia.

Esta situación sobrevenida y extraordinaria hace necesario, y justifica, la creación de programas e instrumentos públicos de emergencia destinados a paliar los efectos negativos que se están ya generando sobre la economía y el mercado laboral en España. Unos instrumentos que permitan estabilizar y mantener la viabilidad y continuidad de aquellas empresas que, convenientemente reforzadas en su solvencia, dispongan de un plan a largo plazo factible y un modelo de negocio idóneo. No se trata, por tanto, de rescatar empresas no viables antes del estallido de la crisis COVID-19, sino de concentrar los recursos disponibles apoyando a las empresas con capacidad de sobrevivir tras este duro proceso y seguir compitiendo en el futuro, realizando así una gestión eficiente de los recursos públicos. Esta actuación de política pública extraordinaria contribuiría a asegurar la competitividad de la economía española y los puestos de trabajo en nuestro país, así como a mantener e impulsar la presencia y nivel de competencia de nuestras empresas en los mercados internacionales.

El Gobierno de España ha puesto a disposición de las empresas españolas un amplio abanico de instrumentos de deuda y garantías, fundamentalmente a través de los programas ICO, que han contribuido a paliar las tensiones de caja y pérdida de ingresos en el corto plazo, es decir de liquidez, especialmente de PYMES y autónomos.

Sin embargo, a la vista de la profundidad que esta crisis está alcanzando, estos instrumentos probablemente serán insuficientes para solventar los problemas de solvencia a los que estas pequeñas y medianas empresas se van a enfrentar. La inactividad de muchas empresas durante un periodo prolongado, y/o la reducción de la actividad durante las fases de desescalada y vuelta a la normalidad, llevarán a las mismas a pérdidas significativas, que tendrán como consecuencia un impacto negativo en sus balances, pudiendo llegar a desembocar, como ya se ha señalado previamente, en situaciones de insolvencia o, en otros casos, en la incapacidad para impulsar los nuevos planes de negocio necesarios para liderar la vuelta a la normalidad y su desarrollo futuro.

> *"Esta situación sobrevenida y extraordinaria hace necesario, y justifica, la creación de programas e instrumentos públicos de emergencia destinados a paliar los efectos negativos que se están ya generando sobre la economía y el mercado laboral en España"*

Ante esta situación, los países de nuestro entorno están comprometidos con el salvamento de sus res-

pectivos tejidos productivos como una prioridad absoluta de la labor de gobierno. Por la alta definición de su contenido y la rapidez en su diseño –quedó aprobado en los últimos días del mes de marzo– destaca el plan puesto en marcha por el Gobierno alemán. Con un importe de 1,5 billones de euros, se sustenta sobre tres pilares, (i) ayudas directas para autónomos y micro PYMES, (ii) programa de financiación a largo plazo gestionado por el banco público *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (KfW), completado con un nuevo programa de apoyo a *start-ups*, y (iii) la creación de un gran fondo de estabilización para apoyar a las empresas con instrumentos diseñados para reforzar de forma directa los fondos propios de éstas.

Del estudio y análisis del modelo alemán, se observan una serie de características que pueden resultar de gran utilidad a la hora de diseñar un programa de apoyo para las empresas españolas en su proceso de recuperación tras la crisis COVID-19. Entre ellas, a parte de su volumen, debemos destacar:

• **Responde a un planteamiento integral,** que permite identificar con claridad absoluta cada uno de los instrumentos que la administración alemana ha puesto a disposición de sus empresas.

• **Incorpora una visión amplia y de medio plazo;** no sólo está pensado para enfrentarse al *shock* inicial de liquidez que se produce como consecuencia de la parada de actividad productiva y el confinamiento de la población, sino que además incorpora desde su inicio los instrumentos financieros para hacer posible la financiación de nuevas inversiones para cuando se empiece a vislumbrar una salida a la crisis.

• **Segmenta el tejido productivo atendiendo al tamaño de sus empresas,** lo que le permite diseñar instrumentos y productos adaptados a las necesidades concretas de cada grupo.

• **Prevé que,** para la financiación ordinaria de las empresas, **la gestión de los instrumentos de deuda senior descansa en las entidades comerciales,** dejando la gestión de los instrumentos más complejos de *equity* y de *cuasi-equity* en el ámbito público, pero exigiendo al mismo tiempo alta cualificación en su gestión.

• **Da preferencia a la utilización de instrumentos de deuda** en sus diversas modalidades sobre inversiones en *equity*. La deuda más estándar (*senior*) es la preferida para las financiaciones ordinarias, mientras que las más complejas y sofisticadas (*cuasi-equity* o *mezzanine*) se utilizan para apoyar inversiones estratégicas o que requieran importante refuerzo de solvencia. Los instrumentos de *equity*, que requieren un análisis profundo y detallado, se reservan para casos que califica como "estratégicos", así como en el marco del apoyo a las *start-ups,* fundamentalmente tecnológicas o de máximo valor añadido a futuro (biotecnología, farma, ...). El concepto "estratégico" está relacionado con la protección de las empresas frente adquisiciones hostiles exteriores, mantenimiento de las cadenas de valor y de la adecuada competencia dentro de las mismas, o sectores claves para la economía nacional o de alto impacto en el empleo.

• **Resulta especialmente reseñable el programa de apoyo a las start-ups tecnológicas** y otras de sectores de máximo valor añadido, que fue anunciado por las autoridades alemanas el 30 de abril. Con esta medida especialmente diseñada para este sector, se asegura llegar a un segmento de empresas que, aunque por tamaño hoy por hoy son poco relevantes, constituyen uno de los grupos de empresas más importantes para asegurar la modernización y competitividad del tejido alemán en el futuro.

A la vista del modelo alemán y las enseñanzas que de su planeamiento se pueden extraer, se considera que el apoyo desde el ámbito público a la reconstrucción del tejido empresarial español sería aconsejable que se dotara de un planteamiento integral y con una perspectiva de medio plazo. Es decir, una concepción unitaria que permita a las empresas, desde un principio, conocer las posibilidades de financiación con las que cuentan. De esta forma las empresas podrán analizar sus necesidades, no sólo para su supervivencia inmediata, sino también sus necesidades de financiación para el futuro de medio plazo, pudiendo implementar sus planes de negocio, tanto en España como fuera de nuestras fronteras. La internacionalización se revela, una vez más, como uno de los vectores fundamentales para conseguir una recuperación de sus principales variables de negocio y asegurar el crecimiento en los próximos años. Una adecuada diversificación geográfica y de mercados en los que operar, supone una protección natural ante episodios de crisis que, aunque puedan llegar a ser globales, no tienen por qué ser coincidentes exactamente en el tiempo ni impactar en todos los países con la misma gravedad, como ha quedado patente en el caso de la crisis COVID-19. Por otro lado, este proceso de internacionalización e implantación productiva en el exterior constituye además la mejor defensa ante futuras tentaciones proteccionistas de algunos Estados al producir directamente dentro de sus fronteras.

Esta visión unitaria y de medio plazo sería aconsejable que se plasmara en diversos instrumentos complementarios, coherentes con la estructura empresarial española. De forma que desde el sector público se ponga a disposición de las empresas, tanto PYMES como mediana y gran empresa, no sólo instrumentos de deuda convencional, sino también instrumentos de *equity* y *cuasie-quity* (deuda *mezzanine*, deuda subordinada, préstamos participativos, deudas convertibles,...) o financiación *senior* con valor añadido (amortizaciones esculpidas, *bullet*...), que refuercen los fondos propios y la solvencia de las compañías que tan deteriorados se están viendo como consecuencia de esta crisis y cuya estabilización es fundamental para asegurar la supervivencia futura de aquéllas.

FORMULACIÓN, VERIFICACIÓN, APROBACIÓN Y DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES COVID-19

Por **Enrique Fernández Otero**
Abogado del ICAM

El 14-3-2020 el Gobierno declaró el estado de alarma (RD 463/2020) para la gestión de la situación de crisis sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19.

El estado de alarma, inicialmente fijado en 15 días –esto es, hasta el 29-3-2020–, ha sido objeto de hasta seis prórrogas, la última de las cuales lo extiende hasta las 00:00 horas del día 21-6-2020, de forma que, desde el 22-6-2020, decae la situación de excepcionalidad y da paso a lo que se ha venido a denominar "nueva normalidad".

En el contexto de esta situación inédita, se han venido adoptando medidas urgentes de carácter extraordinario para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.

Más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, ha sido preciso adoptar medidas que proporcionaran la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas, con el fin de mitigar el impacto económico y social derivado de la extensión del contagio de la enfermedad.

En concreto, ya desde un primer momento el RDL 8/2020 incluyó un paquete de medidas extraordinarias dirigidas a las personas jurídicas, con especial atención a las sociedades mercantiles, cotizadas y no cotizadas, al objeto de garantizar la necesaria agilidad en funcionamiento de sus órganos de gobierno, y facilitar el cumplimiento por parte de estas entidades de las obligaciones de formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el pasado 31-12-2019.

Con posterioridad, el RDL 11/2020 –cuya entrada en vigor tuvo lugar el 2-4-2020–, amplío las medidas de flexibilización al funcionamiento de la junta general y reguló la posibilidad de reformular la propuesta de aplicación del resultado inicialmente formulada.

"Más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, ha sido preciso adoptar medidas que proporcionaran la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas, con el fin de mitigar el impacto económico y social derivado de la extensión del contagio de la enfermedad"

Más recientemente, con el fin de ir avanzando en la reactivación de la actividad económica y en aras de la

seguridad jurídica, el RDL 19/2020 fija un día concreto para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y reduce el plazo para la aprobación de las cuentas anuales formuladas; norma ésta que ha sido interpretada por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), de 5-6-2020, en contestación formulada por el Consejo General de Economistas sobre el día final o *dies ad quem* para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general de la sociedad y para su depósito en el Registro Mercantil.

"En el cómputo del plazo de estos dos meses de prórroga se ha de tener en cuenta que el día a partir del cual se ha de efectuar (dies a quo) es el siguiente al de finalización del estado de alarma"

1. Formulación de las cuentas anuales (LSC art.253; RDL 8/2002 art.40.3 –redacc RDL 19/2020– y 4) Conforme al régimen general, los administradores de las sociedades de capital y demás sujetos obligados a ello, deben formular las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión –que ha de incluir, cuando proceda, el estado de información no financiera–, así como la propuesta de aplicación del resultado, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social.

A este respecto, las medidas urgentes extraordinarias frente al impacto económico y social del COVID-19 afectan, fundamentalmente, al plazo para formular las cuentas.

1.1. Plazo de formulación (RDL 8/2020 art.40.3 –redacc RDL 19/2020– y 4 redacc RDL 11/2020 disp.final 1ª.13)

En relación con el plazo para formular las cuentas y demás documentos legalmente obligatorios, la norma distingue entre diferentes supuestos en función de si las cuentas anuales del ejercicio anterior [1]:

a) No se han formulado antes de la fecha de declaración del estado de alarma (14-3-2020).

b) A dicha fecha ya han sido formuladas.

c) Han sido formuladas durante la vigencia del estado de alarma [2].

a) Cuentas no formuladas a fecha de declaración del estado de alarma [3] (RDL 8/2020 art.40.3 redacc RDL 19/2020 8ª; DGSJFP Resol 5-6-2020) Si a la fecha de declaración del estado de alarma, las cuentas anuales del ejercicio anterior no han sido todavía formuladas por los administradores, las medidas urgentes extraordinarias frente al impacto económico y social del COVID-19 prevén:

a) La suspensión del plazo de formulación hasta el 1-6-2020 [4]

b) La reanudación del plazo por otros tres meses a contar desde esa fecha.

Por tanto, el 31-8-2020 es la fecha límite para que el órgano de administración social formule las cuentas del ejercicio cerrado el 31-12-2019.

b) Cuentas ya formuladas a fecha de declaración del estado de alarma (RDL 8/2020 art.40.4 redacc RDL 11/2020 disp.final 1ª.13) Si –lo que en condiciones normales habrá sido menos frecuente– a la fecha de declaración del estado de alarma, las cuentas anuales ya han sido formuladas por el órgano de administración, únicamente se prevé la prórroga del plazo para la verificación contable de esas cuentas, tanto si la auditoría es obligatoria como si es voluntaria [5], por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma.

En el cómputo del plazo de estos dos meses de prórroga se ha de tener en cuenta que el día a partir del cual se ha de efectuar (*dies a quo*) es el siguiente al de finalización del estado de alarma.

En este caso, entendemos que, dado que el informe de auditoría ha de estar a disposición de los socios en el momento de la convocatoria de la junta, pudiendo cualquiera de ellos solicitar su entrega o envío gratuito desde ese momento, la prórroga del plazo para verificar las cuentas puede –dependiendo de la mayor o menor tardanza del auditor en emitir su informe, para lo cual dispone de un plazo mínimo, pero no máximo [6]–, dificultar que la junta general ordinaria que ha de aprobar las cuentas se celebre dentro del plazo de los 2 meses a contar desde la fecha de formulación de las cuentas previsto (RDL 8/2020 art.40.5 redacc RDL 19/2020 disp,final 8ª).

c) Formulación de cuentas durante la vigencia del estado de alarma (H) (RDL 8/2020 art.40.3 y 4 redacc RDL 11/2020 disp.final 1ª.13) Se admite de forma expresa que, pese a la suspensión del plazo para la formulación de las cuentas decretada, una sociedad –más concretamente su órgano de administración social– decida formular sus cuentas anuales durante el periodo de vigencia del estado de alarma.

En este caso, que bien pudiera considerarse como una especie de renuncia al beneficio de la suspensión del plazo para formular las cuentas, únicamente se prevé que para la verificación contable de esas cuentas, tanto si la auditoría es obligatoria como voluntaria, la sociedad puede optar entre:

a) Realizar la verificación contable dentro del plazo legalmente previsto con carácter general. En este caso, entendemos que no son de aplicación las reglas de aplazamiento del plazo para la celebración de la junta general ordinaria, manteniéndose, por tanto, el régimen general de celebración dentro de los seis primeros meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio (LSC art.164.1) y, por ende, el plazo previsto con carácter general para depositar las cuentas en el RM (LSC art.279.1).

"Habida cuenta de que se ha producido un desplazamiento a partir del 1-6-2020 de todo el ciclo contable (formulación, legalización, verificación, auditoría, depósito y cierre registral) y, muy en particular, del propio plazo para formular/reformular cuentas, se entiende que el plazo de tres meses para solicitar la designación registral de auditor debe contarse desde el 1-6-2020, de suerte que acabe cuando acaba el plazo para formular cuentas (31-8-2020), sin que sea relevante el plazo que hubiera trascurrido desde el cierre del ejercicio hasta la declaración del estado de alarma"

b) Acogerse a la prórroga del plazo para verificar las cuentas previsto para el caso en que, a la fecha de declaración del estado de alarma, las cuentas anuales ya estuvieran formuladas, en cuyo caso, son de aplicación las consideraciones hechas a este respecto en el aparatado anterior.

En cualquier caso, justo es reconocer que estamos ante un supuesto de muy escasa producción en la práctica.

1.2. Nombramiento de auditores por la minoría (LSC art.265.2; DGSJFP Instr 28-5-2020) De ordinario, el socio minoritario puede solicitar el nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas, dentro de los tres meses «a contar desde la fecha de cierre del ejercicio» (para las sociedades cuyo ejercicio cierra el 31 diciembre –supuesto común–, este plazo vence el 31 de marzo siguiente). [7]

"Con fecha 26-3-2020 la CNMV y el Colegio de Registradores de España emitieron un comunicado conjunto sobre las alternativas que, en el contexto de la situación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria del COVID-19, las sociedades de capital pueden adoptar en relación con la formulación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado"

Habida cuenta de que se ha producido un desplazamiento a partir del 1-6-2020 de todo el ciclo contable (formulación, legalización, verificación, auditoría, depósito y cierre registral) y, muy en particular, del propio plazo para formular/reformular cuentas, se entiende que el plazo de tres meses para solicitar la designación registral de auditor debe contarse desde el 1-6-2020, de suerte que acabe cuando acaba el plazo para formular cuentas (31-8-2020), sin que sea relevante el plazo que hubiera trascurrido desde el cierre del ejercicio hasta la declaración del estado de alarma, pues no tiene sentido que los administradores cuenten con un plazo mayor para formular o incluso revisar o reformular cuentas, mientras que el minoritario disponga de pocos días desde el 1 de junio para instar el nombramiento de auditor para verificarlas (dado que el estado de alarma entró en vigor el 14 de marzo).

2. Reformulación de las cuentas anuales (CCom art.38.c; ICAC Resol 5-3-2019 art.25)

Con fecha 26-3-2020 la CNMV y el Colegio de Registradores de España emitieron un comunicado conjunto sobre las alternativas que, en el contexto de la situación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria del COVID-19, las sociedades de capital pueden adoptar en relación con la formulación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado. [8]

En particular, las alternativas que se ofrecen al órgano de administración social en dicho comunicado se concretan en las siguientes:

- reformular las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado;

- limitar la reformulación únicamente a la propuesta de aplicación del resultado;

- diferir la decisión sobre la propuesta de aplicación del resultado.

Aunque el RD 11/2020 únicamente regula la reformulación o sustitución –no el diferimiento– de la propuesta de aplicación del resultado, entendemos que, por lo que aquí interesa, se mantiene vigente la posibilidad de reformular las cuentas anuales, dado que, en el fondo, con ello no se hace sino dar cumplimiento a lo previsto en la norma mercantil general (CCom art.38.c).

Conforme al comunicado citado, atendidas la incidencia económica que el riesgo del COVID– 19 puede producir en la empresa, el órgano de administración social puede reformular las cuentas anuales.

De hecho, al actuar así los administradores no hacen sino cumplir con la obligación legal derivada del principio de prudencia valorativa, de reformular las cuentas si después de formuladas y antes de su aprobación se conocen riesgos que afectan de forma significativa a la imagen fiel de la situación financiera de la sociedad (CCom art.38.c; ICAC Resol 5-3-2019 art.25).

Si se opta por esta alternativa, son posibles dos escenarios:

a) Si la junta general ordinaria está ya convocada –lo que indirectamente implica que el informe de auditoría ha sido emitido–, además de proceder a su desconvocatoria por fuerza mayor, según lo indicado anteriormente a este respecto, se hace preciso la emisión por el auditor de un nuevo informe de auditoría sobre las cuentas reformuladas.

b) Si la junta general ordinaria no se ha convocado todavía –aunque el Comunicado no alude a esta posibilidad–, entendemos que, al estar pendiente de emisión el informe de auditoría, lo que realmente procede es que adaptar éste a las nuevas cuentas formuladas.

(...)

Siga leyendo el artículo en OTROSÍ.net

LA IMPORTANCIA DE LA RSC Y SU IMPACTO EN EL POSICIONAMIENTO Y REPUTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES

Por **Javier Garilleti**
Vicepresidente de la Asociación de Directivos de Responsabilidad Social (Dirse)

Vivimos en un entorno social e institucional caracterizado por una creciente complejidad, que se está traduciendo en nuevas, y, hasta hace muy poco, inesperadas expectativas y exigencias sobre las organizaciones y sus profesionales.

Si hasta hace apenas unos años, tanto las empresas como las asociaciones que representan y gestionan intereses, eran consideradas como meros agentes que, en muchos casos, no despertaban especial simpatía ni resultaban especialmente atractivos, hoy, por el contrario, se espera de las mismas que no solo creen valor (económico, social, institucional), sino que también asuman un papel de liderazgo activo en la gestión de retos y problemas que, en muchas ocasiones, sobrepasan sus límites tradicionales o sus tradicionales objetivos, pero para los que se piensa que su visión, capacidades y recursos pueden ser elementos críticos que marcan la diferencia. Hasta tal punto, que hoy se piensa que pueden y deben colaborar con sus competencias y capacidades a la solución de retos sociales de gran alcance. En definitiva, hoy se espera de las empresas e instituciones que ejerzan y ejemplifiquen un liderazgo responsable frente a sus clientes y/o representados, a sus trabajadores y a su entorno. Un reto que puede parecer abrumador, porque de la adecuada respuesta al mismo dependerá, en muy buena medida, el éxito y la sostenibilidad a largo plazo de ese mismo entorno y de las mismas empresas e instituciones. Hoy más que nunca es imposible pensar exclusivamente en el corto plazo en nuestros exclusivos intereses.

¿Y por qué esta nueva percepción sobre el papel de las empresas e instituciones y esta exigencia de un nuevo liderazgo responsable? Aunque es difícil dar una respuesta sencilla a esta compleja cuestión, podemos asumir que es el resultado de la reflexión y análisis del propio mundo empresarial e institucional acerca de cómo entender, gestionar y dar respuestas a un mundo globalizado, interconectado, crecientemente complejo, en cambio permanente, frágil y amenazado, y en el que han adquirido una importancia preponderante los valores, como requisito y exigencia de una nueva sociedad caracterizada por la aparición de los stakeholders o grupos de interés. En el fondo, es la reflexión de un mundo empresarial e institucional que ha dejado de verse a sí mismo como un mero agente económico, para conside-

"El momento presente, agravado por una pandemia que demuestra la fragilidad de muchas instituciones y realidades que dábamos por sentadas, supone una apasionante encrucijada para el liderazgo, y representa un hito clave en la redefinición del rol de las empresas e instituciones, porque este ejercicio de restauración de la confianza exige valorar la importancia y complejidad del entorno global y abrirse a un mundo complejo caracterizado por la preeminencia de los stakeholders o Grupos de Interés"

rarse como un actor social que puede y deber impactar positivamente en su entorno social. Y no debemos creer que lo que mueve a las empresas e instituciones en esta dirección es una visión idealista o ingenua, sino una búsqueda del liderazgo y la reputación.

Si echamos una mirada a los últimos 5 o 10 años, nos encontramos con realidades que hoy forman parte esencial de la agenda global y que, o no eran tenidas en cuenta o parecían lejanas a comienzos de la década. Pensemos en temas como el debate sobre la desglobalización, el cambio climático, el fenómeno migratorio, Internet y la revolución digital, la brecha en la distribución de la riqueza, el creciente activismo cívico, la nueva y pujante filantropía corporativa. En fin, un escenario que requiere a las empresas e instituciones una reflexión sobre cómo deben actuar en un mundo tan complejo.

Pero los últimos 10 años han sido también los de la lucha de los gobiernos, empresas e instituciones por superar una quiebra de la confianza social provocada por la crisis financiera y la creciente sensibilidad social hacia los temas vinculados a la sostenibilidad. **En apenas unos meses, el mundo se enfrentó a una crisis sin precedentes** que afectó directamente no solo a la vida económica y laboral de todo el planeta, sino también a un activo crítico para todos los agentes económicos e institucionales. Y ese activo es la confianza. Confianza en los lideres y en los procesos de liderazgo, dirección y control; confianza en los mercados y su transparencia; confianza en los reguladores y su capacidad. En fin, una crisis que exigió y exige del mundo empresarial e institucional una reflexión y una actuación decidida para restaurar la confianza perdida.

El momento presente, agravado por una pandemia que demuestra la fragilidad de muchas instituciones y realidades que dábamos por sentadas, supone una apasionante encrucijada para el liderazgo, y representa un hito clave en la redefinición del rol de las empresas e instituciones, porque este ejercicio de restauración de la confianza exige valorar la importancia y complejidad del entorno global y abrirse a un mundo complejo caracterizado por la preeminencia de los stakeholders o Grupos de Interés. Las empresas e instituciones –y especialmente sus líderes– son conscientes de que su reputación y credibilidad son un activo crítico, pero sumamente delicado. Y son conscientes de que, en un mundo crecientemente abierto y global, la reputación y la credibilidad se construyen a partir de la percepción y valoración de todos aquellos stakeholders que se sienten implicados por la actividad y resultados de la empresa o institución, y que, en definitiva, demandan de éstas una relación basada en la confianza. Asumir la complejidad de esta visión implica la necesidad de desarrollar un mejor conocimiento de un entorno social e institucional cada vez más complejo y, por consiguiente, permite obtener un mejor posicionamiento y reputación. Y cuando hablamos de posicionamiento estamos hablando de estrategia. Estamos hablando de gestión y promoción de intereses.

En este momento, además, **se está produciendo un salto cualitativo muy importante hacia el "liderazgo responsable",** en la medida que las empresas, las instituciones y sus líderes asumen que la relación con este entorno de stakeholders tiene que basarse en un modelo de creación de valor compartido, capaz de crearlo tanto para la empresa o institución como para sus grupos de interés. Y esto exige asumir que hay tantas definiciones de valor como grupos de interés, lo que implica la necesidad de una adecuada comprensión y gestión de sus expectativas. Es a partir de este momento cuando la empresa e institución comienza a estar preparada para asumir un rol de liderazgo en ámbitos que superan su tradicional perímetro de intereses.

Estas dos nuevas exigencias de la agenda corporativa e institucional, la recuperación de la confianza y la gestión de un entorno de stakeholders, confluyen en dos grandes corrientes paralelas, la exigencia de transparencia y la responsabilidad social corporativa, que hoy definen en muy buena medida la agenda pública.

Respecto a **la transparencia, permite a todos los públicos la evaluación adecuada antes de tomar una decisión.** Crea un sentimiento de seguridad, y promueve la confianza mutua. Es clave para permitir el desarrollo de relaciones abiertas y fructíferas que permiten comprender cómo responder a las expectativas de la nueva realidad.

Respecto a **la Responsabilidad Social Corporativa, se ha convertido en una de las principales cuestiones de la agenda pública.** Independientemente del enfoque desde el que abordemos el tema y del peso real que cada uno de nosotros le atribuyamos en términos de importancia o influencia, el hecho es que se ha convertido en un elemento relevante del escenario institucional y empresarial.

En este nuevo entorno tan complejo y demandante, pueden resaltarse alguno de los atributos clave que debe tener un líder institucional:

- Poseer visión, equilibrando el corto plazo con la anticipación de los retos y oportunidades del largo plazo
- Demostrar agilidad, iniciativa, creatividad, capacidad y entusiasmo para la movilización / transformación
- Convertirse en un actor institucional comprometido, entendiendo y adaptándose a las diferencias sociales, teniendo impacto en el entorno y la comunidad de stakeholders, y siendo agente activo de la sociedad civil
- Tener coraje, energía, determinación; inspirar y dar siempre ejemplo
- Y huir de la inercia, auténtica sepulturera de líderes.

Los tiempos difíciles son el momento de los auténticos líderes. Y hoy, más que nunca, se necesitan líderes que impulsen a nuestra sociedad.

TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

Por Carlos Pérez Ramos
Notario de Madrid y autor del Memento de Sucesiones Francis-Lefebvre.

Ante una situación tan excepcional como la que por desgracia hemos vivido en los últimos meses, el testador que por razón de la epidemia no pudiera trasladarse a una Notaria –que durante toda la pandemia han estado abiertas porque el Gobierno con tino las ha considerado un servicio esencial–, ha dispuesto de tres instrumentos para poder otorgar su testamento sin necesitad de intervención de Notario: el testamento ológrafo, el testamento otorgado en peligro inminente de muerte y finalmente el otorgado en tiempo de epidemia. Voy a detenerme en este último.

El punto de partida es el art. 701 Cc a cuyo tenor «*en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años*». Tanto este precepto como los tres siguientes que el Código Civil dedica a esta modalidad excepcional de testar, plantean –como sucede con la mayoría de las instituciones que integran el derecho de sucesiones– una serie de interrogantes en los que nos vamos a detener.

> *"Ante una situación tan excepcional como la que por desgracia hemos vivido en los últimos meses el testador que por razón de la epidemia no pudiera trasladarse a una Notaria –que durante toda la pandemia han estado abiertas porque el Gobierno con tino las ha considerado un servicio esencial–, ha dispuesto de tres instrumentos para poder otorgar su testamento sin necesitad de intervención de Notario: el testamento ológrafo, el testamento otorgado en peligro inminente de muerte y finalmente el otorgado en tiempo de epidemia."*

1º ¿Es necesario que concurra una declaración oficial de epidemia? Algunos consideran que no es necesario puesto que el art. 701 Cc no lo exige, aunque es evidente que una declaración oficial facilita la prueba de la existencia de la epidemia, que es un requisito imprescindible para la validez del testamento; pero en cambio otros consideran que es necesario puesto que estamos ante una forma excepcional de testar y en caso contrario se generaría una gran inseguridad porque el art. 703 Cc declara que el testamento *quedará ineficaz transcurridos dos meses desde que cesó la epidemia* y resultaría muy difícil determinar esta fecha si no concurriera una declaración oficial de cese de la epidemia.

2º ¿Para poder acudir a esta forma de testar es preciso que el testador esté afectado por la enfermedad que ha originado la epidemia? Parece que no es necesario, bastando que se encuentre en el *lugar* afectado por la epidemia, ya que se dice que si se exigiera que el testador sufriere la enfermedad epidémica no sería fácil distinguir el supuesto de hecho del testamento

en caso de epidemia del otorgado en peligro inminente de muerte. Y además, si siguiendo el art. 3.1 Cc para interpretar una norma debemos acudir a los *antecedentes históricos y legislativos*, nos hallamos con que el art. 572 del Proyecto de CC de García Goyena de 1851 permitía otorgar este testamento «*al que se encontrara en una población incomunicada por razón de peste u otra enfermedad contagiosa»,* lo que nos demuestra que el fundamento de esta forma especial de testar sin Notario no es tanto el que el testador esté afectado por la enfermedad como el riesgo para su salud y la propagación de su enfermedad que conlleva el que deba desplazarse a una Notaría o ser visitado por un Notario para otorgar su testamento.

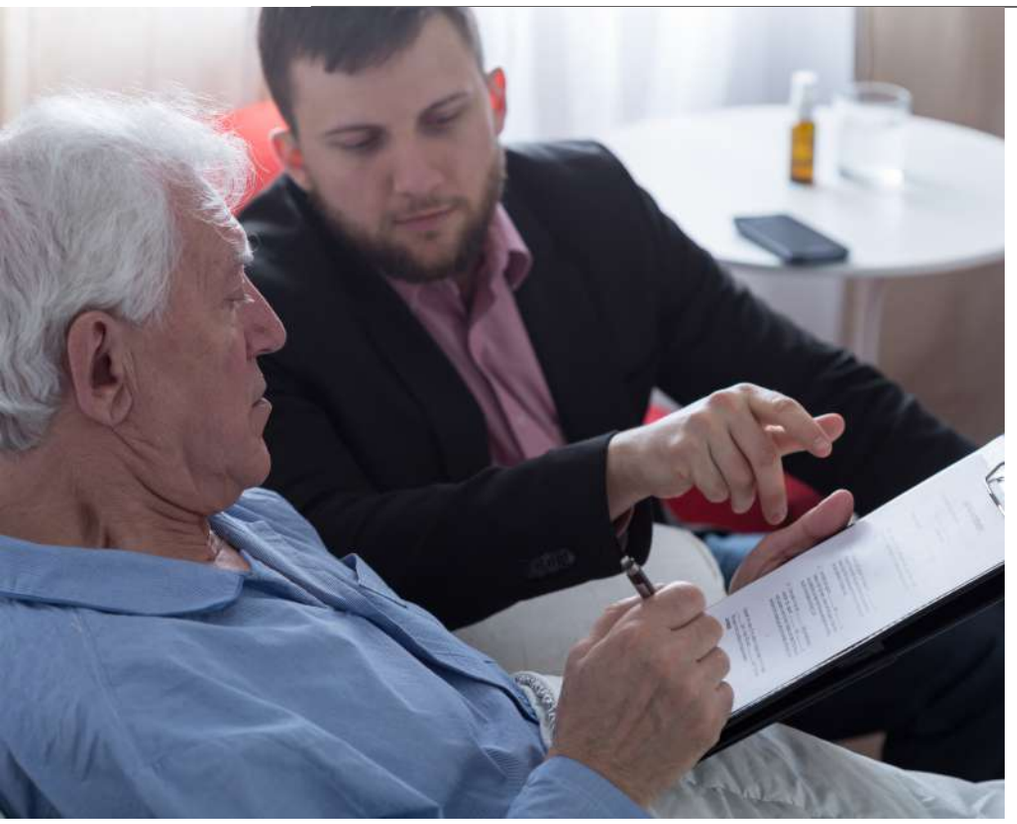
"El punto de partida es el art. 701 Cc a cuyo tenor «en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años». Tanto este precepto como los tres siguientes que el Código Civil dedica a esta modalidad excepcional de testar, plantean –como sucede con la mayoría de las instituciones que integran el derecho de sucesiones– una serie de interrogantes"

3º ¿Es necesario que se alegue que no se pudo conseguir la presencia de Notario? En su momento fue una cuestión discutida porque el art. 701 Cc utiliza el adverbio "*igualmente*", por lo que hay que interpretar este precepto junto con el artículo precedente y éste se refiere al otorgamiento "*sin intervención de notario*", por lo que Blanquer nos dice que el Notario sólo *deja de ser necesario cuando no es posible su concurso*. Sin embargo, creo que no es así; entiendo que el legislador presupone esta circunstancia precisamente porque la epidemia hace muy difícil el otorgamiento del testamento abierto ante Notario, pero no exige este requisito. Además, pensemos en la situación de epidemia que hemos sufrido en la que las Notarías estuvieron abiertas, por lo que en pura teoría se podría alegar que era posible la intervención de notario, aunque lo cierto es que la misma estaba muy dificultada por el propio confinamiento y la prudencia que imponía evitar contagios.

4º ¿Qué requisitos deben tener los testigos? Deben concurrir tres testigos mayores de 16 años, deben entender el idioma del testador y tener capacidad suficiente para comprender el significado del acto del que son testigos, y además que el testador no les nombre a ellos, o a sus parientes dentro del cuatro grado de consanguinidad o segundo de afinidad, herederos o legatarios, salvo cuando les legue objetos de escaso valor (art. 682 Cc).

La doctrina defiende que los tres testigos tienen que estar *presentes,* por lo que no parece que sea posible ser testigos virtuales a distancia, es decir por videoconferencia, y además su presencia debe ser *simultánea*, puesto que, aunque no lo exige el Código Civil parece exigirlo indirectamente art. 65.3.3 LN.

5º ¿Cómo debe interpretarse el requisito de que el testamento sea escrito? El art. 702 Cc nos dice que «*se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*». Si el testador y los testigos saben y pueden escribir necesariamente el testamento debe constar por escrito, aunque a diferencia del ológrafo no es necesario que se escriba de su propia mano por el testador, por lo que puede haberse escrito por cualquiera de los testigos u otra persona (en cuyo caso el testamento será oral), o bien escribirse a máquina. No dice el soporte en el que debe constar escrito por lo que podría admitirse que constara por ejemplo en un correo electrónico o en un whatsApp siempre que en el momento de elevarlo a público los testigos lo confirmaran, pero no creo que valga



1º Que el testador no hubiera escrito su testamento, bien porque lo manifestara sin más oralmente, grabándose o no su manifestación, o bien porque lo manifestara oralmente y sus palabras se transcribieran por un testigo u otra persona, puesto que, en esta circunstancia, estrictamente, el testamento no es lo escrito sino lo manifestado verbalmente por el testador. En todos estos casos el testamento en caso de epidemia será oral y por tanto podrá elevarse a público acudiéndose al expediente de jurisdicción voluntaria notarial previsto en los arts. 64 y 65 LN.

"Cómo se observa, el testamento en caso de epidemia plantea muchos problemas, hasta el punto que sé de algún Notario –yo entre ellos– que cuando durante esta terrible epidemia nos ha planteado algún testador que estaba muy grave ingresado en un hospital que le ayudáramos a testar, hemos preferido dictarle telefónicamente un testamento ológrafo"

un mensaje de whastapp enviado a varias personas, sino que es necesario que las testigos estuvieran presentes cuando lo escribiera o bien el testador ante ellos reconociera que era su testamento. De todas formas, como son cuestiones dudosas, siendo posible lo aconsejable es que el testador de su puño y letra escriba el testamento y lo firmé él y los testigos porque además de esta forma valdrá como testamento ológrafo, que tiene la ventaja de que no está sujeto a un plazo de caducidad que condicione su validez.

5º La caducidad y de la elevación a público del testamento otorgado en tiempo de epidemia: Es muy importante tener en cuenta que tanto el testamento otorgado en tiempo de epidemia como en peligro inminente de muerte «*quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente*».

Respecto a la elevación a público el problema se presenta porque nuestro legislador no contiene unas reglas específicas para la elevación a público del testamento en tiempo de epidemia, sino que simplemente regula la protocolización del testamento ológrafo y del otorgado en forma oral. A la vista de esta situación propongo distinguir dos escenarios:

2º Que el testador hubiera escrito su testamento. En este caso, si reúne los requisitos del testamento ológrafo podrá protocolizarse por expediente notarial recogido en los arts. 61 a 63 LN. Más difícil es el supuesto que el testamento no reúna los requisitos para considerarse un testamento ológrafo, por ejemplo, porque el testador no se haya escrito de su puño o no constara la fecha. En este caso carecemos de expediente específico por lo que la doctrina propone aplicar por analogía las normas previstas para la elevación a público de los testamentos orales; en mi opinión estamos ante una laguna legal que deberá completarse acudiendo a la analogía, por lo que deberíamos reconstruir su régimen jurídico aplicando las normas de la elevación a público del testamento en tiempo de epidemia y si estuviera escrito por el testador de la protocolización del testamento ológrafo.

Como se observa, el testamento en caso de epidemia plantea muchos problemas, hasta el punto que sé de al-

gún Notario –yo entre ellos– que cuando durante esta terrible epidemia nos ha planteado algún testador que estaba muy grave ingresado en un hospital que le ayudáramos a testar, hemos preferido dictarle telefónicamente un testamento ológrafo.

"En fin, el testamento en caso de epidemia es una modalidad testamentaria que plantea muchos problemas como en general todas aquellas que prescinden de la intervención del Notario. La dificultad no solo es formal, puesto que la omisión de alguna formalidad a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los negocios inter vivos, provoca la nulidad del testamento, sino sobre todo es de contenido, el derecho de sucesiones es muy complejo, y el traducir la voluntad del testador a una verdadera y eficaz ordenación de su sucesión exige una gran especialización técnica"

En fin, el testamento en caso de epidemia es una modalidad testamentaria que plantea muchos problemas como en general todas aquellas que prescinden de la intervención del Notario. La dificultad no solo es formal, puesto que la omisión de alguna formalidad –a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los negocios inter vivos–, provoca la nulidad del testamento, sino sobre todo es de contenido: el derecho de sucesiones es muy complejo, y el traducir la voluntad del testador a una verdadera y eficaz ordenación de su sucesión exige una gran especialización técnica, de nada sirve que se recoja la última voluntad del testador cuando ésta, como bien conocen los abogados que leen esta revista, no se hace acudiendo a las instituciones jurídicas adecuadas, por lo que al final lo que se va a originar es una inevitable fuente de conflicto abocada a resolverse en interminables pleitos. Por todo ello me parece especialmente interesante la propuesta que el Consejo General del Notariado presentó al Ministerio de Justicia en el sentido de que se reformara el art. 701 Cc y se le diera la siguiente redacción: *"también podrá otorgarse testamento* ***ante el notario*** *del domicilio, habitual o accidental del testador,* ***mediante videoconferencia a través de la sede electrónica notarial****. Este testamento quedará sujeto en su expresión documental a las normas del testamento abierto notarial sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 703* (caducidad si no fallece el testador dentro del período de epidemia o en los dos meses siguientes)*, de cuyo contenido deberá dejarse constancia explícita en el instrumento."* Si observamos el texto sugerido presenta la ventaja frente al régimen actual que el notario identifica al testador, juzga su capacidad, redacta el testamento adaptando sus cláusulas a la voluntad del testador y le asesore acerca de las disposiciones testamentarias que pretenda incluir.

LA REGULACIÓN DEL USO DE LAS PISCINAS EN LA NUEVA NORMALIDAD

Por Vicente Magro Servet
Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
Doctor en derecho

Uno de los temas que más está preocupando a los ciudadanos en la actualidad es que, dado que nos encontramos en temporada de verano, las comunidades de propietarios en donde existen piscinas se plantean múltiples incógnitas acerca de la apertura y funcionamiento de las mismas tras la abundante legislación que se está aprobando al respecto, y la interpretación que, al efecto, se debe dar a la normativa, algo que en el presente artículo doctrinal desarrollamos. Y ello, en torno a la tremenda dificultad de poder compaginar la prevención ante el riesgo de contagio del coronavirus y el deseo de muchos comuneros de normalizar su vida diaria "como si nada hubiera ocurrido", u olvidando con relativa facilidad la gravedad de las cifras de muertes que hemos tenido. Pero también de los 5.000 contagiados por cada millón de habitantes, cifra idéntica a la de EE.UU, que se mueve, también, en estos parámetros, frente a otros países con cifra menores por cada millón de habitantes, que es como debemos mirar las estadísticas: 2.300 Alemania, 3.800 Italia, etc. Pero a nivel de muertos Bélgica encabeza el ranking con cerca de 80 muertos por cada 100.000 habitantes, mientras que España se acerca a los 60 y va en segundo lugar, Reino Unido con 55, Italia con 54, Francia con 43, etc.

En cualquier caso, a la ciudadanía parece que se le olvidan estas cifras con facilidad, y, por ello, gran parte de la población entiende que la normalización de las costumbres pasadas al 15 de marzo debe volver de una forma rápida y urgente, cuando se olvida, y además con cierta peligrosidad y riesgo, que el virus sigue estando a nuestro alrededor, y que las medidas coercitivas que se están adoptando van encaminadas, precisamente, a evitar un serio repunte que hundiría de forma definitiva al país desde el punto de vista económico, y llevaría el riesgo sanitario de volver a revivir y recrear las dramáticas escenas que presenciamos desde el 22 de marzo en adelante, con cifras elevadísimas de muertos en los hospitales españoles, (a razón de entre 600 y 800 diarios), a consecuencia de la crudeza con la que se desenvuelve este virus, y que ha sido olvidado por muchas personas que incumplen el uso de la mascarilla que resulta obligatoria en la actualidad (Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), así como la obligación de mantener el distanciamiento social de 2 metros.

"Solamente hace falta pasear por cualquier ciudad de España para darnos cuenta de que hay un porcentaje muy elevado de ciudadanos que están desoyendo de forma constante estas órdenes dispuestas al efecto por la administración pública y ponen en serio riesgo el éxito de la planificación sanitaria para evitar el repunte del virus"

Solamente hace falta pasear por cualquier ciudad de España para darnos cuenta de que hay un porcentaje muy elevado de ciudadanos que están desoyendo de forma constante estas órdenes dispuestas al efecto por la administración pública y ponen en serio riesgo el éxito de la planificación sanitaria para evitar el repunte del virus.

Por ello, aunque, ciertamente, sea complicado poder comprobar la existencia de piscinas y muchas comunidades en época donde el calor está apretando, y las dificultades que va a suponer el cumplimiento de la normativa administrativa con el deseo de muchos ciudadanos de utilizar sus piscinas como elemento común que pagan en sus gastos de comunidad, la realidad es que lo primero que hay que tener en cuenta es que la batalla al virus no se ha ganado y que es preciso adoptar estas medidas de precaución, aunque sean duras y difíciles de cumplir antes de que un repunte nos vuelva a obligar a todos a permanecer en otro confinamiento de otros dos meses.

"En cualquier caso, a la ciudadanía parece que se le olvidan estas cifras con facilidad, y, por ello, gran parte de la población entiende que la normalización de las costumbres pasadas al 15 de marzo debe volver de una forma rápida y urgente, cuando se olvida, y además con cierta peligrosidad y riesgo, que el virus sigue estando a nuestro alrededor, y que las medidas coercitivas que se están adoptando van encaminadas, precisamente, a evitar un serio repunte que hundiría de forma definitiva al país desde el punto de vista económico, y llevaría el riesgo sanitario de volver a revivir y recrear las dramáticas escenas que presenciamos desde el 22 de marzo en adelante, con cifras elevadísimas de muertos en los hospitales españoles."

En cualquier caso, hay que recordar en defensa del poco riesgo de contagio del virus que hay en las piscinas que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) hizo público a principios del mes de mayo un estudio sobre la transmisión del COVID-19 en playas y piscinas en el que sostiene que es "muy poco probable" infectarse por estar en contacto con el agua durante las actividades recreativas. Así, el informe señala que el uso de desinfectantes en las piscinas para evitar la contaminación microbiana de las aguas debería ser suficiente para la inactivación del virus. Por ello, sería posible que el "poder agresivo del agua" clorada sea suficiente para "matar al virus".

La normativa sobre piscinas fue recogida en la Orden SND/414/2020 (arts. 44 y 45), que establecía las condiciones para la reapertura al público de las piscinas recreativas en aquellos territorios que se encontraran en la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

Los presupuestos básicos para el uso de la piscina para comunidades ubicadas en municipios que se encontraban en fase 2 eran los siguientes:

1.- El aforo máximo en la piscina de comuneros permitido era del 30% de la capacidad de la instalación, siempre que fuera posible respetar la distancia de seguridad entre usuarios de dos metros. En caso contrario se reducía dicho aforo a efectos de cumplir con la distancia de seguridad.

2.- Para poder acceder a la piscina se requería la concertación de cita previa con la entidad gestora de la instalación. Para ello, preveía la organización de horarios por turnos, fuera de los cuales no se podía permanecer en la instalación..

3.- Obligación de la comunidad de, con carácter previo a la apertura de la piscina llevar a cabo la limpieza y desinfección de las instalaciones con especial atención a los espacios cerrados como vestuarios o baños.

4.-Operaciones de limpieza diarias por el personal de limpieza antes de proceder a la apertura a los comuneros.

5.- Observancia de las operaciones de depuración física y química del agua necesarias para obtener una calidad del agua de los vasos adecuada conforme a los anexos I y II del Real Decreto 742/2013, de 27 de

septiembre, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de las piscinas.

6.- Publicidad en los portales de las normas de higiene y prevención a observar, señalando la necesidad de abandonar la instalación ante cualquier síntoma compatible con el COVID-19. Ello se inserta en el protocolo que en el punto 3 desarrollamos.

7.-Prohibición de uso de las duchas de los vestuarios y de las fuentes de agua.

8.- Sería preciso designar un responsable del control, actividad que podría ser desempeñada por el propio socorrista.

La Orden SND/414/2020 tenía una vigencia limitada a toda la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas. Una vez finalizada el 22 de junio la última de las prórrogas del estado de alarma establecida por el RD 555/2020, es de aplicación en todo el territorio nacional el RDLey 21/2020, cuya disposición derogatoria conlleva que se deroga todo el régimen legal antes existente, y, por ello, la normativa sobre piscinas recogida en la Orden SND/414/2020 (arts,. 44 y 45). En consecuencia, las normas que se deben observar para el uso de las piscinas de comunidades desde el 22 de Junio, están contempladas en:

Artículo 4. Deber de cautela y protección. Todos los ciudadanos deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19, así como la propia exposición a dichos riesgos, con arreglo a lo que se establece en este real decreto-ley. Dicho deber de cautela y protección será igualmente exigible a los titulares de cualquier actividad regulada en este real decreto-ley.

Artículo 6. Uso obligatorio de mascarillas. Las personas de seis años en adelante quedan obligadas al uso de mascarillas en los siguientes supuestos:

a) En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros.

Con ello, las reglas a respetar serán:

a.- No es preciso controlador.

b.- No es preciso fijación de turnos ni reservas.

c.- No se marca aforo de límite en el vaso de la piscina, aunque dentro de ella habrá que guardar la distancia de seguridad de metro y medio, por lo que se tratará de evitar actos en la piscina con juegos que impliquen contactos entre personas.

d.-En la zona de recinto de piscina (zona de descanso, tomar el sol, etc.) hay que guarda la distancia de seguridad de un metro y medio entre ajenos.

"En cualquier caso, hay que recordar en defensa del poco riesgo de contagio del virus que hay en las piscinas que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) hizo público a principios del mes de mayo un estudio sobre la transmisión del COVID-19 en playas y piscinas en el que sostiene que es "muy poco probable" infectarse por estar en contacto con el agua durante las actividades recreativas."

e.- Si lo es en zona donde están personas que viven en el mismo inmueble y se está a distancia inferior a un metro y medio habrá que usar mascarilla, salvo para las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que,

por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

f.- Si no existe posibilidad de guardar la distancia se deberá llevar la mascarilla, por lo que es preciso intentar marcar el margen de distancia.

La responsabilidad es de cada comunero. El presidente o administrador no pueden ser responsables si se incumple la normativa por los comuneros. Pero si es la comunidad la que la incumple la normativa se podrán imponer sanciones a la propia comunidad en su conjunto, de lo que responderían todos los comuneros en base a su propia cuota de participación para pagar la sanción que se imponga. Y ello, con independencia de las sanciones individuales por actos aislados de comuneros de incumplimientos de las normas de uso de la piscina que sean denunciados a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.

Medidas a tener en cuenta son:.

1.- Evaluar el riesgo de cada puesto de trabajo

2.- Proporcionar información y formación sobre cómo prevenir el contagio

3.- Distanciamiento físico de 1,5 metros que deberá ser señalizado en el suelo para poder conocer la zona de delimitación entre comuneros que vayan a usar la piscina (tal cual se hace en las cajas de pago de los supermercados).

4.- Reducirse el aforo de manera suficiente, asegurando como mínimo una lámina de 4 m2 por usuario.

5.- Instalación de dosificadores de gel desinfectante a la entrada del pediluvio.

6.- Es necesario mantener el andén perimetral libre como zona de paso.

7.- Las tumbonas o hamacas separadas un mínimo de dos metros. No es posible el uso compartido y es obligación del usuario desinfectarlas antes y después del uso.

8.- Prohibición de colocar toallas en las vallas perimetrales para evitar contagios.

9.- Reforzar la higiene personal de lavado de manos e higiene respiratoria

10.- Limpieza y desinfección de los espacios y superficies

11.- Identificar los diferentes equipos, materiales o instalaciones susceptibles de limpieza o de desinfección, como por ejemplo: vaso, corcheras, escaleras de acero inoxidable, duchas, material auxiliar de clases, vestuarios, rejilla perimetral, botiquín, filtros de aire, paredes, taquillas, y cualquier otro en contacto con los usuarios, que forman parte de la instalación.

12.- Enumerar los utensilios empleados (cepillo, fregona, escoba, mangueras a presión, maquina barredera, etc.), así como los productos utilizados en cada caso. Estos deberán ser sometidos a un proceso de desinfección después del uso.

13.-. Se recomienda la apertura secuencial de los grifos de duchas, fuentes, lavapiés, bar y servicios, dejando correr el agua para que se renueve toda la que había quedado retenida en las tuberías.

14.- Barrer y limpiar las zonas húmedas de baños, duchas, vestuarios, lavapiés y zonas de tránsito de los bañistas.

15.- Preparar y aplicar detergente para realizar lavado del mobiliario, duchas, barandillas, y zonas de tránsito de los bañistas.

16.- Limpiar y enjuagar con abundante agua los productos aplicados en el lavado.

17.- Limpiar y enjuagar la solución desinfectante aplicadas en la desinfección de las superficies.

18.- Advertencia al socorrista, las que cuenten con ellos, de que cumpla las medidas de higiene y que vigile las distancias. Constancia en el protocolo que se redacte y ejecute de atribución al socorrista, cuando exista, de realizar advertencias a comuneros.

19.- Las personas vulnerables también podrán hacer uso de estas instalaciones, siempre que su condición clínica esté controlada y lo permita, y manteniendo rigurosas medidas de protección.

20.- Todas las operaciones correspondientes que se lleven a cabo, debido al COVID-19 deberán quedar anotadas y descritas en los registros correspondientes, como operaciones ante situación excepcional de cierre por alerta sanitaria, dentro del documento de autocontrol de la instalación.

MUTUALIDAD
ABOGACÍA

¿Todo bien, familia?

Cualquier cosa, llamad

¡Y comed en condiciones!

Quieres lo mejor para los tuyos

Haz mutualista a un familiar
mutualidadabogacia.com

¡50 € para ti y otros 50 € para tu familiar!*

*Válido hasta el 31 de diciembre de 2020.
El ingreso se hará en el Sistema de Ahorro Flexible (SVA) de cada uno de los premiados, en el caso de que no lo tenga contratado se le abrirá uno con el fin de poder realizar el ingreso. En el caso de que el familiar nuevo mutualista provenga de la contratación de un Plan Junior, el ingreso se realizará directamente en el Plan Junior, el mutualista presentador en este caso (mutualista senior) se aplicará el incentivo en el SVA tal y como está dispuesto para el resto de los productos. Solo se aplicará el incentivo una vez que el departamento de operaciones de la Mutualidad de la Abogacía confirme la operación realizada. Esta promoción no es acumulable con otras en vigor.

1/6
Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.

Santander

En el Santander
os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: la **Cuenta Justicia** Santander, **sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta[1], sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE[2] solo por pertenecer a este Colectivo,** y con las tarjetas*:

- **Santander Débito 4B Mastercard**
  Comisión de emisión y mantenimiento: 0€
- **Tarjeta de Crédito Zero**
  Comisión de emisión y mantenimiento: 0€

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.

Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. TIN 0%. TAE 0% cumpliendo condiciones para un supuesto en el que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Exentas las transferencias en euros, nacionales y UE. No aplica a urgentes e inmediatas. *Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana.

Digilosofía. **La filosofía digital del Santander.**