NÚMERO 7/ 2020 / 7ª ÉPOCA

OTROSÍ

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

OTROSÍ

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

7

Dossier
Claves jurídicas para la reconstrucción

Colegio
VIII Cumbre de Mujeres Juristas

Debate
Estado de Derecho: anomalías y controversias

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. Este incentivo está sujeto a un periodo de permanencia mínimo de un año desde la contratación. En caso de no alcanzarse la permanencia exigida se descontará el incentivo en ambos planes de ahorro.
En el caso de que el familiar nuevo mutualista provenga de la contratación de un Plan Junior, el ingreso se ingresará 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.

SUMARIO

30
Dossier
Claves jurídicas para la reconstrucción

30
Las reformas normativas como palanca de la recuperación
José Amérigo Alonso

32
La condicionalidad vinculada al respeto del Estado de Derecho en los presupuestos de la UE
Martín Martínez Navarro

36
La seguridad jurídica como piedra angular de la reconstrucción post pandemia
Javier Gómez Gálligo

38
La jurisprudencia, fómite para la recuperación socioeconómica
Raúl C. Cancio Fernández

40
¿Qué hacer...y qué no hacer?
Francisco Cabrillo

42
Tras la pandemia, reconstruir. Capítulo I: la salud
Juan José Bestard Perelló

46
Paternalismo y vulnerabilidad, el caso de la pandemia de la COVID-19
Macario Alemany García

48
La recuperación del empresario insolvente es clave para la reconstrucción económica y social
Matilde Cuena Casas

50
Claves jurídicas para una reconstrucción posible de nuestro mercado laboral
María Jesús Herrera Duque

54
COVID y Derecho de la Competencia
Jerónimo Maillo González-Orús

58
Las moratorias legales y sectoriales
José Ramón Couso Pascual

5
Queridos compañeros
Abogacía y pandemia: de la necesidad, virtud

6
Colegio
VIII Cumbre de Mujeres Juristas

6
Conclusiones

10
"La Administración de Justicia no ha sabido responder adecuadamente a las necesidades de la ciudadanía durante la pandemia"
Entrevista a Ángela Cerrillos

14
La igualdad nos hace avanzar como sociedad
Pilar Llop

16
Archivo Histórico
Nuevas aportaciones a la historia de la abogacía institucional española
Martín Palomero Álvarez

20
Periscopio
Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal: reformas esenciales
Juan Luis Gómez Colomer

72
Noticias de interés profesional

66
Análisis

66
Origen de la desheredación y aplicación en la actual época pandémica
Borja García Rato

68
Las juntas de las comunidades de propietarios ante el COVID-19
Jesús Flores Rodríguez

26
Debate
Independencia Judicial: anomalías y controversias

26 Elisa de la Nuez
28 Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo

62
Entrevista
Juan Damián Moreno
Decano de la Facultad de Derecho de la UAM

"Esta crisis ha puesto de manifiesto las carencias de la Administración de Justicia a todos los niveles"

74
Reconocimientos

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

CONSEJO DE REDACCIÓN: *Emilio Ramírez, Manuel Martín, Montserrat Pereña y Cristina Gascó*
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

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*:

- **Débito Select Global**
  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.

ABOGACÍA Y PANDEMIA: DE LA NECESIDAD, VIRTUD

José María Alonso Puig
Decano

En esta época tan llena de incertidumbre, asociamos cada cambio a un motivo de superación del COVID 19, pero eso no es del todo cierto. La pandemia no va a marcar un antes y un después en el sector legal, solo una aceleración de los procesos que ya estaban en marcha y cuya implantación era innegable que iba a acontecer.

Evidente es que, por la COVID-19, se ha producido un desarrollo súbito de la tecnología y la innovación, pero esa necesidad ya existía con anterioridad. Lo que ha sucedido ahora es que ha despegado definitivamente su implantación en despachos y administraciones públicas, el tan popular Legaltech.

Esta revolución tecnológica va a ser el motor económico de los despachos, el valor diferencial que hará excelso a uno frente a otro mediante la implantación de nuevas herramientas basadas en inteligencia artificial y big data, el desarrollo de softwares aplicados a la abogacía y un largo etcétera. Es decir, la necesidad de impulsar procesos que permitan la automatización del servicio jurídico, enfocado al proceso material o de documentación, al propio procedimiento o a la relación entre abogado-cliente.

Es la evolución constante de esta relación entre el abogado y su cliente la que hemos de comprender y hacer frente. Ha finalizado la época de los profesionales como grandes sabedores de materia y el cliente fiel acatador de medidas. Los abogados hemos de tener una gran capacidad de resiliencia y adaptación a lo que el nuevo cliente solicita pues es el cliente quien nos marca los cambios y, como en cualquier sector de la sociedad actual, la abogacía deberá transformarse para ofrecer y satisfacer al cliente.

En un contexto de reformas y desarrollo normativo como el que se espera en los próximos años con la puesta en marcha de los planes de recuperación y resiliencia para reactivar nuestra economía, el asesoramiento jurídico será esencial a la hora de seguir los procedimientos legislativos y participar en ellos en defensa de los intereses de nuestros clientes. Algunas de las claves para construir el armazón jurídico que deberá sostener la reconstrucción económica y social de nuestro país se desgranan en este número de la revista OTROSÍ, con especial atención al respeto del Estado de Derecho y la seguridad jurídica como piedras angulares de una recuperación que debe encontrar en el sector legal uno de sus pilares.

En este incierto escenario de cambios, evoluciones y convulsiones que ha desatado la pandemia, se adiciona el inicio de una gran cantidad de procedimientos judiciales en todos los órdenes jurisdiccionales. Litigios derivados de los expedientes de regulación de empleo, procesos concursales y procesales, así como conflictos contractuales de todo tipo por alteración sobrevenida de las circunstancias que se tuvieran en cuenta a la hora de contratar, todo ello en un contexto de crisis sanitaria global cuya salida apenas empezamos a vislumbrar.

Tenemos un gran reto frente a nosotros, hemos de saber adaptarnos rápidamente a las nuevas necesidades en tiempos complejos. No se trata de salir de la crisis sino de hacerlo reforzados y empoderados. De hacer, siguiendo uno de los principios básicos del estoicismo, de la necesidad virtud. Solo así lograremos evolucionar y que el cambio se convierta en mejora.

VIII Cumbre de Mujeres Juristas

La abogacía madrileña reivindica la perspectiva de género en la salida de la crisis

Bajo el título "Violencia contra la mujer en situaciones de crisis", la Cumbre de Mujeres Juristas abordó en su octava edición las especiales dificultades que se encuentran las mujeres en escenarios de crisis, ya sea económica, sanitaria, migratoria, o en situaciones de conflictos armados, y las consecuencias concretas que se derivan de los mismos para quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Celebrado en la sala Europa del Senado y retransmitido por primera vez en streaming como consecuencia de la pandemia, más de 3.000 personas siguieron el encuentro cuyas conclusiones generales recoge íntegramente OTROSÍ en las siguientes páginas.

En el documento, conscientes de que la crisis sanitaria, social y económica provocada por la pandemia está golpeando especialmente a la mujer y agravando las históricas desigualdades con los hombres, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid y el resto de participantes solicitan a los poderes públicos que adopten un planteamiento con perspectiva de género en relación con todos los aspectos importantes de la respuesta a la crisis de la COVID-19.

María Eugenia Gay conversa con Begoña Castro Jover

La Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, junto con todas y todos los participantes en la VIII Cumbre de Mujeres Juristas, ante la crisis sanitaria, social y económica provocada por la COVID-19, que ha agravado la situación de desigualdad de la mujer en la sociedad, y desde el convencimiento de su ineludible responsabilidad de contribuir a impulsar los cambios necesarios para erradicar cualquier trato discriminatorio por razón de género, manifiesta:

PRIMERO. – Es imprescindible un planteamiento con perspectiva de género en relación con todos los aspectos importantes de la respuesta a la crisis de la COVID-19. Los poderes públicos deben evaluar de forma exhaustiva las necesidades derivadas de la crisis y sus repercusiones socioeconómicas, y asignar recursos presupuestarios adecuados para satisfacer estas necesidades. Las medidas preparatorias son la mejor manera de mejorar la capacidad de resistencia en todos los ámbitos de cara a futuras crisis.

Las mujeres deben formar parte del proceso de toma de decisiones en la promulgación y el levantamiento de medidas en las crisis, así como en el diseño, la adopción y la aplicación de planes de recuperación, de manera que se tengan completa y debidamente en cuenta sus necesidades y circunstancias específicas.

SEGUNDO. – A pesar de que en el marco del estado de alarma se ha incluido como actividad esencial la atención, protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, colectivo en el que se encuentran las víctimas de trata de seres humanos para explotación sexual, no encuentran amparo en el mismo las víctimas de otras formas de explotación. La atención a víctimas de explotación laboral, para la mendicidad, o para la comisión de delitos, no está cubierta por ninguna de las medidas excepcionales establecidas en el estado de alarma. Es necesario que se habiliten los medios para lograr una efectiva protección de las víctimas de trata, cuyas especiales circunstancias las convierten en objetivo idóneo para la enfermedad y para la exclusión de las medidas sanitarias, sociales y económicas imprescindibles para superar la crisis, transitando hacia un modelo que ponga en valor su dignidad y experiencia.

TERCERO. – La desigualdad de género es una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Las mujeres y las niñas se convierten en arma de guerra en situaciones de conflictos armados; las consecuencias de la vulneración de sus derechos humanos y de la violencia sexual a la que son sometidas tienen efectos duraderos más allá del conflicto y destruye una sociedad durante generaciones, por lo que debe introducirse de forma efectiva la perspectiva de género en la definición de las medidas concretas de reparación y recuperación de las víctimas de conflicto. La participación de las mujeres en los procesos de adopción de decisiones en relación con la prevención, gestión y solución de conflictos, mejora

Ángela Cerrillos lee las conclusiones de la Cumbre en presencia de Margarita Robles

la confianza de las sociedades y aumenta la probabilidad de que los procesos de paz acaben en éxito y de que la paz sea sostenible a largo plazo.

CUARTO. – La crisis sanitaria ha golpeado de forma especialmente dura a las mujeres. Están más expuestas a la enfermedad al tener trabajos en sectores altamente feminizados considerados esenciales durante la pandemia, asumiendo una sobrecarga de trabajo que ha desembocado muchas veces en la desatención a la familia con fuertes consecuencias psicológicas. En términos globales la mujer tiene una tasa de desempleo superior, empleos más precarios, pensiones inferiores, y mayor dificultad para reincorporarse al mercado laboral. El impacto en las mujeres de la crisis política y social generada por la pandemia no puede ser ignorado y las políticas públicas en materia de igualdad no pueden ser canceladas porque esta crisis tendrá el efecto de profundizar la desigualdad.

QUINTO. – La justicia en materia de violencia de género se ha visto especialmente sacudida y afectada con motivo de la pandemia durante el confinamiento impuesto por el estado de alarma. Muchas víctimas no han sido identificadas como tal por los centros de salud debido a la sobresaturación por los casos de COVID, lo que ha provocado que muchas situaciones de violencia no hayan sido denunciadas. Todos los Juzgados de violencia de género deberían contar con los mismos medios para la atención de las víctimas.

SEXTO. – Las mujeres están expuestas a la inseguridad financiera. En tiempos de crisis se incrementa la tasa de mujeres que pasan a trabajar a tiempo parcial y el de las mujeres que dejan su trabajo para cuidado de niños, mayores y enfermos. En el contexto de abordar la crisis económica, debe garantizarse que las medidas que se adopten presten atención a las mujeres y, en particular, a las que ocupan posiciones más vulnerables cuya situación se ha visto especialmente agravada.

SÉPTIMO. – Las mujeres y niñas migrantes están expuestas al tráfico de seres humanos, a la explotación sexual, a los matrimonios forzados, a la precariedad laboral y a sufrir racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y violencia basadas en el género. Se produce una triple discriminación por etnia, clase social y género que da como resultado la subordinación de las mujeres inmigrantes en términos ocupacionales y ético-culturales. La marginación social de la mujer inmigrante implica su invisibilidad, tanto en el ámbito laboral –por el tipo de trabajo que realizan y por las condiciones laborales que aceptan–, como en el ámbito socio-político –no se les toma en consideración como actores sociales o agentes de decisión o participación en la vida pública–. Reflexionar sobre estas realidades incómodas es indispensable para el restablecimiento de la igualdad y los derechos en todos los ámbitos.

OCTAVO. – El derecho es una herramienta de cambio democrático. La defensa de los derechos de las mujeres es la defensa de los derechos de la sociedad. La igualdad nos hace avanzar, por lo que es necesario un cambio en el paradigma del liderazgo para que se convierta no en un liderazgo femenino sino feminista, ejercido tanto por hombres como por mujeres. Las mujeres y hombres juristas no debemos perder la perspectiva de género para que la justicia refleje la verdadera sociedad en que vivimos.

Tú decides

altermutua
ABOGADOS

Alter Medic

¿Sabes **qué nos hace diferentes** del resto de seguros de salud?

- **Amplias coberturas** con un **cuadro médico** especialmente seleccionado.
- Nuestra **cobertura de prótesis** es la **más completa del mercado.**
- La **cobertura de asistencia integral del cáncer** cubre medicaciones y terapias que **otras compañías no cubren**.
- Somos los únicos que **cubrimos íntegramente la técnica LASIK** para la cirugía de los defectos de la refracción del ojo.
- Garantizamos la **hospitalización en cualquier centro del mundo**, hasta un máximo de 42.000 €, para tratamientos especiales que no presten ninguno de nuestros centros concertados.
- ¡Y mucho más!

Y ahora, una **TARJETA REGALO** de Amazon por valor de **50 €**

Para nuevas altas de un seguro de salud de Alter Mutua que se formalicen hasta el 1 de enero del 2021.

+ INFORMACIÓN:
T. 655 905 915 | www.altermutua.com

CONSÚLTANOS
| avillodre@altermutua.com

Síguenos en nuestras redes sociales:

Ángela Cerrillos

Presidenta de la Comisión Delegada de Igualdad, Diversidad e Inclusión y diputada de la Junta de Gobierno del ICAM

"LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA NO HA SABIDO RESPONDER ADECUADAMENTE A LAS NECESIDADES DE LA CIUDADANÍA DURANTE LA PANDEMIA"

A pesar de las restricciones sanitarias, la Cumbre de Mujeres Juristas se ha podido celebrar este año en formato telemático gracias a las nuevas tecnologías. ¿Qué balance hace de esta octava edición?

Muy positivo.

El formato de las anteriores Cumbres siempre ha sido presencial y ese fue el modelo que inicialmente adoptamos cuando en el mes de febrero pasado obtuvimos por parte del Senado su autorización para celebrar la VIII Cumbre de Mujeres Juristas en el Salón de Plenos de dicha institución.

La irrupción de la pandemia y sus efectos solamente admitía cancelar el acto o adaptarse a las circunstancias para llevarlo a cabo.

La utilización de medios telemáticos ha facilitado la participación de ponentes internacionales así como la difusión de las jornadas de trabajo a un número infinitamente superior de personas que las que hubieran podido cubrir el aforo del Salón de Plenos. Por tanto, en futuras ediciones, una vez recuperada la normalidad perdida, el formato será mixto: presencial porque el encuentro personal es importante y telématico para abrir la participación.

Ángela Cerrillos. Presidenta de la Comisión Delegada de Igualdad, Diversidad e Inclusión del ICAM

De las diferentes situaciones de crisis abordadas durante la Cumbre, destaca por su actualidad la crisis sanitaria generada por la COVID-19. ¿Qué impacto está teniendo la pandemia en materia de igualdad?

La pandemia y sus efectos están destruyendo el tejido productivo de forma alarmante y la igualdad se sustenta con independencia económica por parte de las mujeres, entre otros factores, por lo que una mujer desempleada es mas vulnerable en esta materia.

¿De qué manera está afectando a las mujeres que sufren o tienen mayor riesgo de ser víctimas de violencia?

Durante los confinamientos, están siendo las mujeres en mayor medida las encargadas de cuidar hijos y personas dependientes, descendiendo de forma significativa el número de denuncias por violencia, a pesar de la dureza de la convivencia con un maltratador

El Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica lleva varios años ratificado en nuestro país. ¿Cómo valora su implantación? ¿Cree que se han dado los pasos necesarios para su aplicación eficaz?

El Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, (denominado Convenio de Estambul) fue ratificado por España en 2014, pero no puede olvidarse que en esta fecha nuestro país era pionero en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres, pues desde 2004 cuenta con una Ley Orgánica (LO 1/2004) de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de carácter transversal, que ha supuesto la revisión de los textos legales de aplicación directa en todos los órdenes jurisdiccionales.

Esta Ley Orgánica ha sido precedida por diferentes leyes de rango inferior que desde la década de los 80 del pasado siglo han actuado sobre la violencia ejercida sobre las mujeres, debiendo destacarse la importancia del esfuerzo del movimiento feminista de España para dar visibilidad a una lacra oculta, destacar su magnitud y promover la actividad legislativa que propiciara su erradicación.

En el mismo sentido la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, también de carácter transversal, ha supuesto la revisión de los textos legales modificando preceptos discriminatorios por razón de sexo.

Por tanto, bienvenida la ratificación del Convenio de Estambul sin olvidar que sin duda ha sido mas beneficioso para países con mayor retraso en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

Sin embargo, la existencia de un marco legal adecuado no es suficiente. La aplicación correcta de la ley y el rechazo social de la violencia son imprescindibles y es en estos aspectos sobre lo que todavía existen vacíos importantes.

Uno de los datos que se aportaron en la última Cumbre refería que 8 de cada 10 hogares monoparentales son monomaternales. ¿Cómo se conjuga esta circunstancia con la conciliación familiar?

Resulta mas difícil cuando una sola persona ha de cumplir la doble función de allegar el sustento y el cuidado de la prole, por lo que es imprescindible que el Estado facilite los medios precisos para suplir la desigualdad inicial.

También se dijo que un 52% de los casos con custodia exclusiva son mujeres. ¿Cree que deberíamos avanzar en materia de custodia compartida?

La custodia compartida responde a una fase de la organización familiar posterior a la de la convivencia: la ruptura.

La corresponsabilidad parental debe ejercerse desde el momento del nacimiento de los hijos y de las hijas y creo que debe fomentarse entre la pareja, porque es más beneficioso para aquellos recibir los cuidados del padre y de la madre y facilita a éstos últimos su desarrollo profesional y personal en igualdad.

Cuando la corresponsabilidad parental es la norma habitual en la convivencia, la custodia compartida en la ruptura es la consecuencia lógica.

Los regímenes de custodia compartida también han tenido una problemática propia a consecuencia de la pandemia. ¿Considera que la respuesta de las autoridades judiciales fue la adecuada?

No. La Administración de Justicia no ha sabido responder adecuadamente a las necesidades de la

ciudadanía durante la pandemia, y su práctica paralización y la implantación de normas ineficaces, la habilidad del mes de agosto por ejemplo, ha generado múltiples problemas en todos los órdenes jurisdiccionales.

Por supuesto ha afectado a los Procesos de Familia en los que la paralización de la actividad judicial ha dado alas a las personas con menos escrúpulos para infringir medidas de obligado cumplimiento que han afectados a menores.

Las mujeres son las principales víctimas de los delitos sexuales, y una de las cuestiones abordadas en la Cumbre fue la doble victimización durante el proceso de denuncia. ¿Considera necesario mejorar los protocolos de atención y los procedimientos de este tipo de casos?

Sí. Los protocolos, con especial atención a la formación y sensibilización de los operadores jurídicos y la suficiente dotación de los medios necesarios para garantizar la protección de las víctimas.

Durante la Cumbre también se aludió al último informe presentado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género que analizaba las sentencias dictadas en 2018 en materia de violencia de género, con el dato de que sólo el 15% de las víctimas habían realizado denuncia previa. ¿Qué opinión le merece esta cuestión?

Los estudios de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género reflejan el dato muy preocupante de que las víctimas tardan una media de 8 años y 8 meses en verbalizar su situación en los Servicios de apoyo y asesoramiento o formulando denuncia. Por eso resulta imprescindible trabajar sobre la prevención de la violencia.

Seguramente las campañas de sensibilización no son suficientes y yo no conozco que al día de la fecha se haya realizado ningún estudio para detectar en qué falla y qué es mejorable en la Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género.

Ante la crisis sanitaria, social y económica provocada por la COVID-19, una de las conclusiones extraídas durante la Cumbre es que es imprescindible incorporar la perspectiva de género de manera transversal en todos los mecanismos de respuesta. ¿Qué medidas echa en falta en la respuesta institucional a la crisis actual?

Mayor esfuerzo en la sensibilización de los operadores jurídicos y mayor especialización de los mismos.

¿Qué otra conclusión destacaría?

Creo que las Conclusiones de la Cumbre, que hemos hecho públicas, recogen con precisión la problemática de la violencia que padecemos las mujeres en los diversos aspectos de nuestra vida.

Aunque las mujeres componen prácticamente la mitad de las plantillas de los grandes despachos, muy pocas ocupan los puestos de mayor responsabilidad. ¿A qué se debe esta situación y en qué medida el Colegio, a través de iniciativas como los Sellos de Igualdad, puede contribuir a revertirla?

Las mujeres accedemos con facilidad a formar parte de los grandes despachos porque acreditamos una excelente formación y capacidad para el trabajo, pero en el ascenso a niveles superiores de responsabilidad nos vemos obligadas a elegir entre retrasar la maternidad, renunciar a ella en aras al ascenso o estancarnos laboralmente, porque no podemos dedicar a la empresa la disponibilidad laboral necesaria.

La solución pasa por la normalización de la corresponsabilidad parental, pues al afectar por igual a padres y madres la necesaria dedicación a los hijos y las hijas, ello dejaría de ser un problema que afecta mayoritariamente a las mujeres a la hora de competir.

El Colegio puede y debe influir fijando paradigmas que refuercen la igualdad entre hombres y mujeres, así lo viene haciendo esta Junta de Gobierno y a ello responden los Sellos de Igualdad y los demás objetivos fijados en el Plan de Igualdad del ICAM.

En cuanto al reconocimiento directo de la igualdad entre hombres y mujeres a fin de facilitar la corresponsabilidad parental, los empleados y empleadas del Colegio gozan de los mismos derechos, superiores incluso a los fijados por la legislación laboral vigente.

Ángela Cerrillos entregando el sello de Igualdad del ICAM al departamento jurídico de Iberdrola

Según el último censo, el ICAM tiene prácticamente el mismo número de colegiadas que de colegiados, pero las mujeres son mayoría entre las personas colegiadas no ejercientes. ¿Las dificultades para conciliar la vida profesional y personal alejan más a las mujeres que a los hombres del ejercicio de la abogacía?

Efectivamente estamos a punto de igualar el número de mujeres y hombres en el censo del Colegio, pero debe destacarse que se mantiene la tendencia en los últimos tres años de un mayor número de mujeres en las colegiaciones como ejercientes.

La conciliación de la vida laboral y familiar dificulta a las mujeres el ejercicio profesional, pero las abogadas somos supervivientes natas que desde los años sesenta del pasado siglo hemos ido sorteando dificultades y ganando credibilidad y reconocimiento profesional, aumentando de forma imparable el número de colegiadas. Pero con mucho esfuerzo.

¿Las letradas se sienten desprotegidas frente a la Administración de Justicia?

Sería más fácil para padres y madres gozar de un marco legal que facilitara el ejercicio profesional con el cuidado de los hijos y, cuanto menos, que los Tribunales Superiores de Justicia recomendaran una mayor comprensión de la Judicatura en cuanto a suspensiones, aplazamientos y horario de las vistas por nacimiento o cuidado de menores.

De hecho, en algunos partidos judiciales ya se han alcanzado acuerdos al respecto.

Además de celebrar anualmente las Cumbres de Mujeres Juristas, el Colegio de Abogados de Madrid cuenta con un Plan de Igualdad y fomenta las buenas prácticas en instituciones, empresas y despachos a través del Premio y los Sellos de Igualdad. ¿Qué impacto están teniendo todas estas medidas en el sector de la abogacía?

Visibilizar con normalidad la presencia de las mujeres juristas en los distintos ámbitos y niveles en la abogacía, en las altas instituciones del Estado, en la Administración, a la vez que se debate sobre la problemática que nos afecta creemos que es una herramienta muy importante para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres.

Pilar Llop
Presidenta del Senado

LA IGUALDAD NOS HACE AVANZAR COMO SOCIEDAD

En el siglo IV a.C., mujeres e hijas de Atenas se presentaron en el juicio a Agnódice para defenderla de falsas acusaciones, según relata en sus *Fábulas* el autor latino Gayo Julio Higinio (64 a.C-17).

Agnódice salió absuelta y, a partir de entonces, según Higinio, las mujeres libres pudieron aprender y ejercitar el arte de la medicina que hasta entonces les estaba vetado.

Aún no está claro si esta médica y partera, que se formó en Alejandría y ejerció como médico simulando ser varón, fue un mito o una realidad, pero esta reacción masiva de las atenienses constituye una de las primeras revueltas feministas descritas en la historia.

Desde entonces o probablemente desde antes, las mujeres compartimos una lucha de siglos ante la persistente desigualdad y situaciones de subordinación y minusvaloración.

La igualdad es hoy un derecho fundamental, reconocido por los principales tratados internacionales que prohíben la discriminación por motivo de sexo, protegido por nuestras constituciones.

Desde la década de los años 70 organismos como Naciones Unidas o el Consejo de Europa han dedicado importantes esfuerzos políticos para hacer realidad los derechos humanos de las mujeres, al constatar que los mecanismos generales existentes no bastaban para protegerlas.

A día de hoy, siglo XXI, las mujeres siguen sufriendo vulneraciones de sus derechos por el sólo hecho de ser mujeres. La inacabable lista de casos de violencia machista, de trata con fines de explotación sexual, de feminicidios, de mutilaciones genitales, de matrimonios forzados de niñas así lo demuestran.

La desigualdad persiste en el acceso al poder y en la toma de decisiones en todos los ámbitos. Y es justamente en este punto, en medio de una pandemia que ha afectado dramáticamente a las mujeres, donde ahora debemos poner nuestra atención y hacer un mayor esfuerzo.

La crisis mundial derivada de la Covid-19, deja patente que se está desaprovechando una gran cantidad de talento femenino.

Sin embargo, creo que debemos aprovechar esta oportunidad para poner de manifiesto que estamos ante un cambio de paradigma en el liderazgo. Menos del 7% de dirigentes globales son mujeres y, sin embargo, ellas ejercen un liderazgo más empático y horizontal en esta crisis.

El liderazgo horizontal no es patrimonio de las mujeres. No hablamos de un liderazgo femenino, sino de un liderazgo feminista ejercido por hombres o mujeres: que tenga en cuenta la igualdad; más participativo, más cooperativo, corresponsable... Un liderazgo que ponga en valor lo más necesario durante esta crisis.

Es muy importante que las responsabilidades a las que estamos llamadas las mujeres cohesionen social y territorialmente a España, tanto desde el punto de vista nacional como internacional.

No podemos superar este reto mundial sin contar con la mitad de la población. Y en España somos un ejemplo de liderazgo solidario e igualitario, aunque queda mucho camino por recorrer porque las mujeres no solo estamos llamadas a liderar; es que queremos hacerlo. Y no vamos a pedir permiso para entrar en espacios de poder que por justicia nos corresponden.

El mes pasado se cumplieron 25 años desde la Declaración y Plataforma de Acción Beijing. Un total de 189 países se comprometieron a adoptar medidas estratégicas

para aplicar la perspectiva de género en todos los ámbitos de la vida social.

Veinticinco años después, ningún gobierno puede decir que en su sociedad se haya alcanzado la plena igualdad entre hombres y mujeres.

Tenemos claro que estamos ante una carrera de fondo. Tardaremos 99,5 años en cerrar la brecha económica de género, según la última proyección del Foro Económico Mundial.

La conciliación y la falta de presencia en las cúpulas directivas están en el origen de la discriminación laboral. La presencia de las mujeres ha crecido en los consejos de administración de las compañías cotizadas en Bolsa hasta alcanzar el 23,7% de consejeras. Pero la tasa de directivas sigue siendo muy baja: tan sólo del 16%.

La mayoría de los abogados ejercientes son hombres (56%). Y el 56% de los colegiados no ejercientes son mujeres.

El talento de las juezas no se refleja en la cúpula del poder judicial.

España es el país europeo con menos mujeres en el Tribunal Supremo, sólo superada por Malta, Albania, Turquía, Gran Bretaña y la República Checa.

Únicamente hay 14 magistradas en el Tribunal Supremo frente a 61 magistrados. Y sólo una mujer, María Luisa Segoviano, acaba de ser nombrada presidenta de una Sala, la de lo Social, tras más de 200 años de historia del alto tribunal.

Frente a estas cifras, más de la mitad de la carrera judicial está integrada por juezas. Las mujeres suponen el 54,3% de los 5.341 jueces en activo.

Cuando se presentan para cargos discrecionales, a igualdad de curriculum o incluso superior, es frecuente que salgan elegidos jueces hombres.

En el Tribunal Constitucional sólo hay dos mujeres entre sus doce miembros. Desde que se constituyó en 1981, únicamente sólo seis magistradas lo han integrado, frente a 64 hombres. En una sola ocasión una mujer alcanzó la presidencia, María Emilia Casas (2004-2011).

Más datos para la reflexión: el 97,3% de las excedencias para el cuidado de los hijos o familiares dependientes son solicitadas por las juezas españolas; las reducciones de jornada corresponden a mujeres en 9 de cada 10 casos, al igual que cerca de siete de cada diez licencias extraordinarias concedidas para atender necesidades urgentes de conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Vemos, pues, que en la mujer recae el peso de los cuidados de los menores y de otros familiares.

El techo de cristal es un problema común para las juristas, al igual que las dificultades de ascenso por cuestiones de maternidad, cuidado de la prole o cuidados familiares.

Por todas estas razones, creo necesario modificar los criterios de promoción profesional para que el esfuerzo en el cuidado familiar sea valorado adecuadamente.

Las labores de cuidado acentúan una mayor inteligencia emocional, afianzan la empatía y mejoran la capacidad de gestión de las emociones, tan necesarias en profesiones de contacto con la ciudadanía como las que desarrollamos los y las juristas. Por ello es necesario que este criterio sea tenido en cuenta en las promociones profesionales.

Aplicar la perspectiva de género añade una visión complementaria al análisis de la situación y ayuda a percibir lo que de otra manera no es visible.

En definitiva, la igualdad nos hace avanzar como sociedad. Y una sociedad no se puede permitir perder la creatividad y el talento de más de la mitad de su población.

Mientras siga existiendo desigualdad y no la deconstruyamos para ir a la raíz, seguirán existiendo feminicidios, trata de mujeres y niñas y violencias.

Por esta razón es hoy más necesario que nunca que las mujeres y hombres juristas no perdamos la perspectiva de género para que la justicia refleje la verdadera sociedad en la que vivimos.

NUEVAS APORTACIONES DEL ARCHIVO HISTÓRICO DEL ICAM A LA HISTORIA DE LA ABOGACÍA INSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Martín Palomero Álvarez
Archivo Histórico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

El ICAM «*se convirtió en el siglo XVIII en el centro de gravedad articulador del conjunto institucional de la estructura corporativa española del oficio, que, sin perjuicio de la pluralidad asociativa de la base colegial local, se configuraba como ministerio público de ámbito nacional*». Modesto Barcia Lago en *Abogacía y ciudadanía: biografía de la Abogacía ibérica (*Madrid: Dykinson, 2007, p. 442).

Durante los siglos XVIII y XIX el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, como Colegio de la Corte, es el referente absoluto de la abogacía española. No solo porque actuaba como principal asesor jurídico y doctrinal para el Consejo de Castilla, órgano supremo en el sistema polisinodial español hasta 1838, sino porque la inmensa mayoría del resto de Colegios de Abogados estaban afiliados al de Madrid, reconociendo su preeminencia y acogiéndose a su protección ante cualquier reclamación o promoción. Este hecho se reconocía en toda la historiografía sobre los colegios profesionales, pero es ahora, con la continua organización del rico fondo histórico, cuando salen a la luz cientos de documentos que prueban esta filiación y muestran el papel preponderante del ICAM ante el Consejo de Castilla como voz de todos los colegios de abogados.

La conservación casi íntegra de todo el Archivo Histórico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid permite la recuperación de la historia del Colegio y también la del desarrollo de la abogacía y la legislación jurídica española en los últimos cinco siglos. Con sus más de 200 metros lineales de documentación histórica supone un fondo extraordinario y único dentro de los colegios profesionales de España. En 2010 se inició un proceso de digitalización, junto al fondo histórico de su Biblioteca, que ha permitido la puesta a disposición de la ciudadanía de más de un millón de imágenes a través de su repositorio del Patrimonio Documental (patrimonidocumental.icam.es), convirtiéndose así en uno de los repositorios digitales más ricos a escala estatal. Este proyecto ha merecido por segundo año consecutivo una subvención del Ministerio de Cultura para su desarrollo.

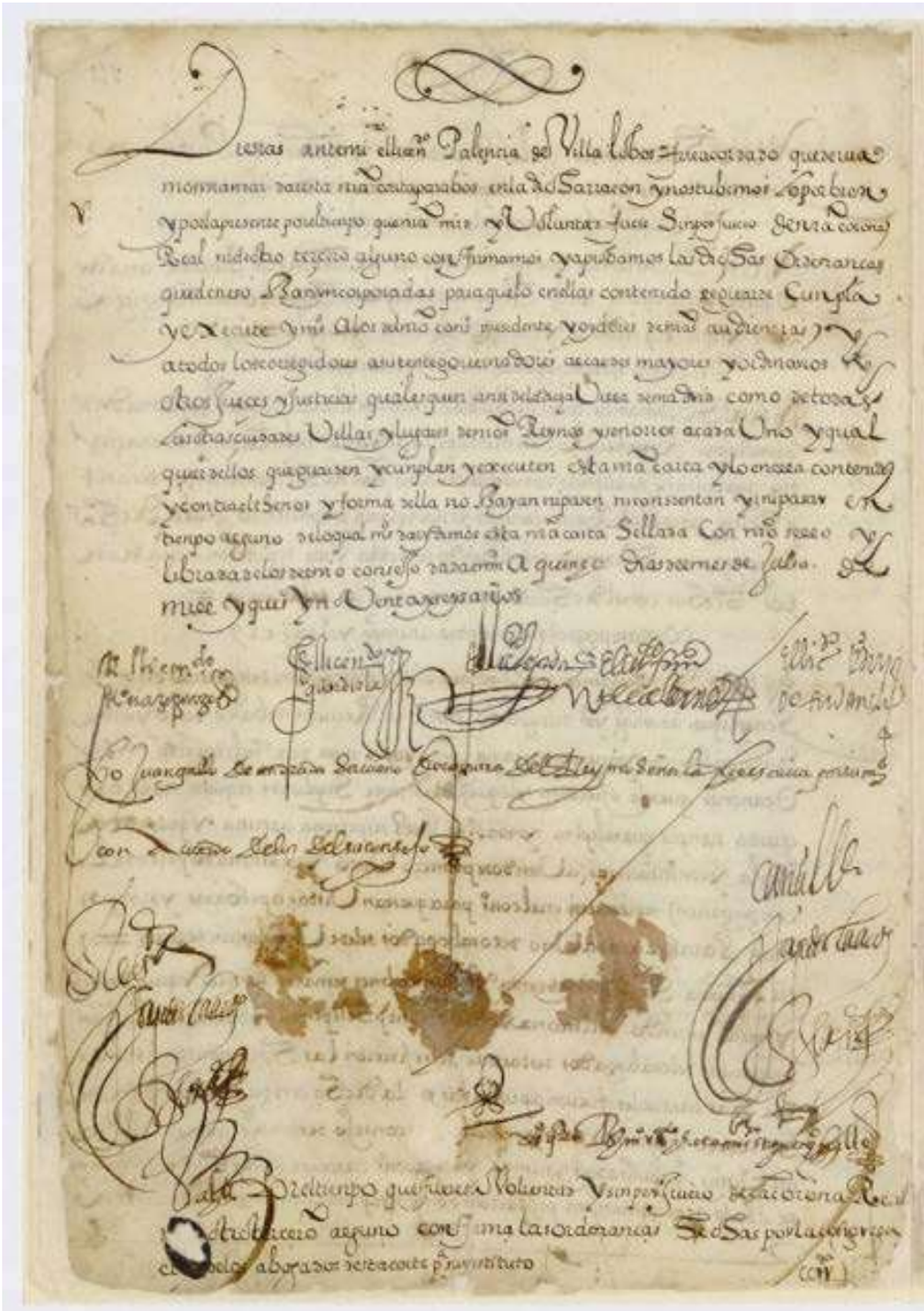
El Archivo Histórico alberga documentación desde la fundación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en julio de 1596. Se fundó como una Congregación de carácter religioso que reunía a los abogados de la Corte para la celebración de festividades de carácter piadoso. Fue el tercer colegio profesional, tras los de Zaragoza y Valladolid, todos centrados en su actividad devota como congregaciones. En sus primeras décadas su papel profesional es poco apreciable, su actividad es muy reducida y ni siquiera contaba con sede fija, reuniéndose en la casa del Decano y trasladándose incluso a Valladolid en los años que allí residió la Corte. Esta situación va cambiando progresivamente desde el último tercio del siglo XVII y en especial en el XVIII cuando, sin dejar de lado su carácter devoto, los asuntos profesionales comienzan a tener mayor protagonismo y la defensa de las prerrogativas corporativas pasa a ser el principal asunto tratado en las juntas de gobierno, tal como se aprecia en los libros de actas de la Junta de Gobierno.

Las reformas políticas de los Borbones en el siglo XVIII que impusieron el Consejo de Castilla como órgano superior de gobierno frente al resto de Consejos, realzaron también el papel del ICAM y facilitaron su transición de Congregación devota a Colegio profesional. Por la Junta de Gobierno del ICAM pasarán para su informe todas las decisiones de calado jurídico del Consejo de Castilla, así como todos los expedientes para la creación de cualquier institución del ámbito del Derecho, inclusive los Colegios de Abogados. Así se informó en 1706 sobre la creación del Colegio de Abogados de Sevilla, en 1726 la afiliación al ICAM del Colegio de Abogados de Granada, en 1732 la filiación del de Zaragoza, en 1760 los nuevos estatutos de la Academia Práctica, actual Real Academia de Jurisprudencia y Legislación o, por citar un último ejemplo, sobre la fundación del Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera en 1762.

La caída del Antiguo Régimen y la disolución del Consejo de Castilla, en 1834, suponen el fin del sistema polí-

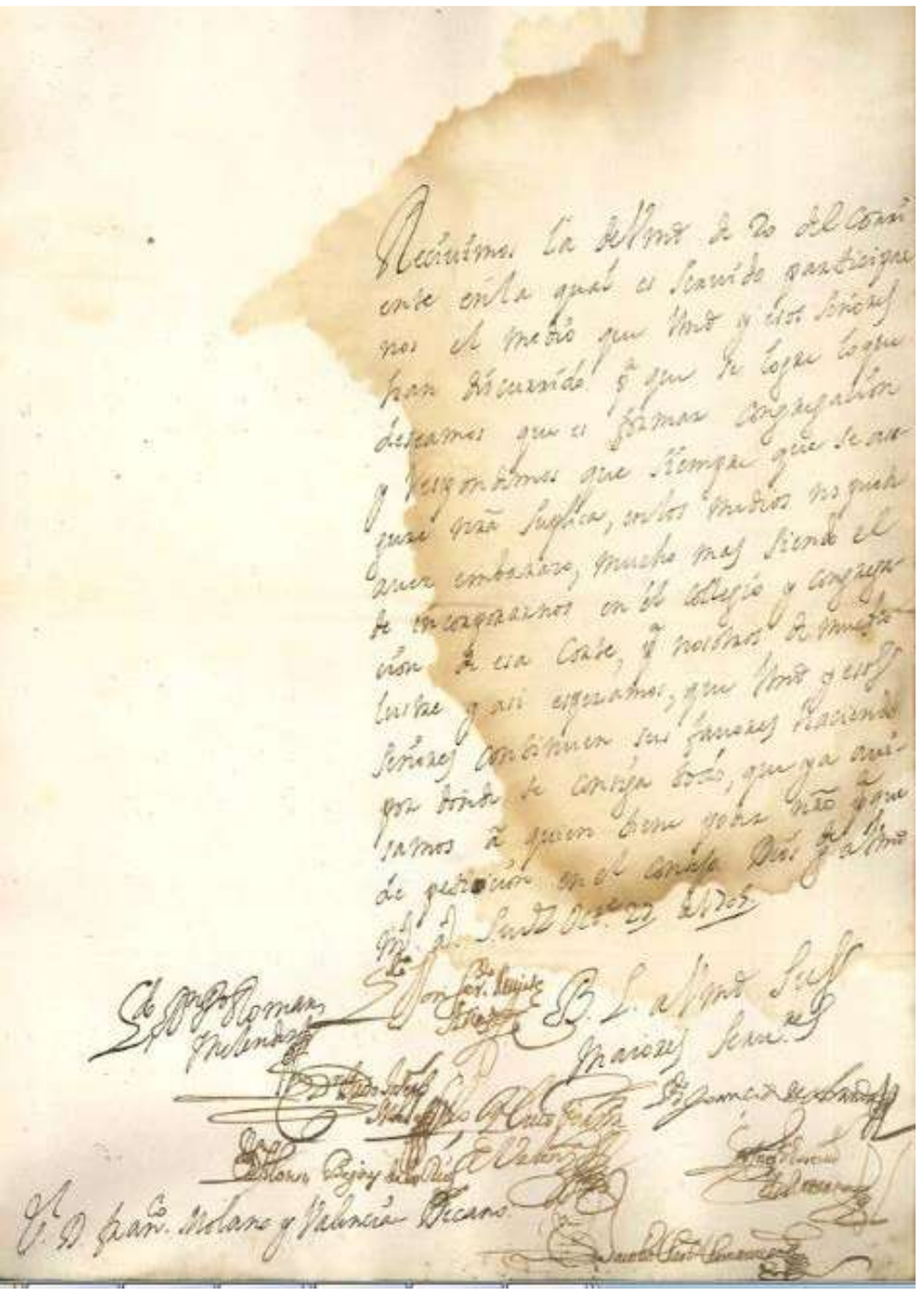
tico polisinodial, poniendo en peligro la existencia y el sentido de los propios colegios profesionales, o por lo menos su relevancia social más allá del ordenamiento profesional. Cuatro años después de la disolución del Consejo de Castilla, el gobierno liberal decretaba la primera regulación que afectaba a todos los Colegios por igual. La Real Orden del 28 de junio de 1838 inauguraba una era de intervención directa del Gobierno, en concreto del Ministerio de Justicia, en los Colegios de Abogados. La nueva legislación dejaba de hacer necesarias las consultas al Colegio de Abogados de Madrid, acababa con las relaciones de filiación, favoreciendo la creación de decenas de pequeños colegios comarcales con solo decenas de colegiados, con la idea de fondo de reducir la fuerza corporativa en aras de la liberalización. Pese a todo, el prestigio del ICAM seguiría vigente y sería clave en el desarrollo de la legislación liberal del XIX como un actor fundamental, en gran medida por la relevancia jurídica y política de su Decano la mayor parte de la centuria, Manuel Cortina de Arenzana. Desde entonces se siguió manteniendo una sostenida correspondencia institucional entre Colegios, si bien ya no con una relación de filiación, pero reconociendo la ascendencia del ICAM ante el Ministerio de Justicia a la hora de pedir amparo o consejo.

Los trabajos de organización realizados en el Archivo Histórico desde 2013 han permitido rescatar documentación disociada, que se había conservado sin ningún tratamiento al ser considerada de poco interés por incluirse en series genéricas sin un estudio individualizado. Entre esta documentación ha destacado la que se incluía con el nombre genérico de «papeles y listas de otros Colegios». Entre cientos de listas de colegiados de todo el país de los siglos XVIII y XIX han aparecido documentos de un valor incalculable sobre la fundación, filiación en algunos casos y desarrollo de la mayoría de los Colegios de Abogados



Constituciones fundacionales del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1596

con más antigüedad de España. Documentos que permiten recuperar la historia de esos colegios, que en algunas ocasiones no han podido conservar su archivo histórico, así como el papel del ICAM en el desarrollo profesional de esos siglos. En la documentación rescatada, situada cronológicamente entre 1706 y 1838, se encuentra correspondencia con el Consejo de Castilla sobre la posible fundación de los colegios de Las Palmas, Palma o Toledo, así como correspondencia directa con los colegios de Zaragoza, Valladolid, Granada, Sevilla, A Coruña, Valencia,



Fundación y filiación del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla en 1705, con firmas de los abogados fundadores. Archivo Histórico ICAM

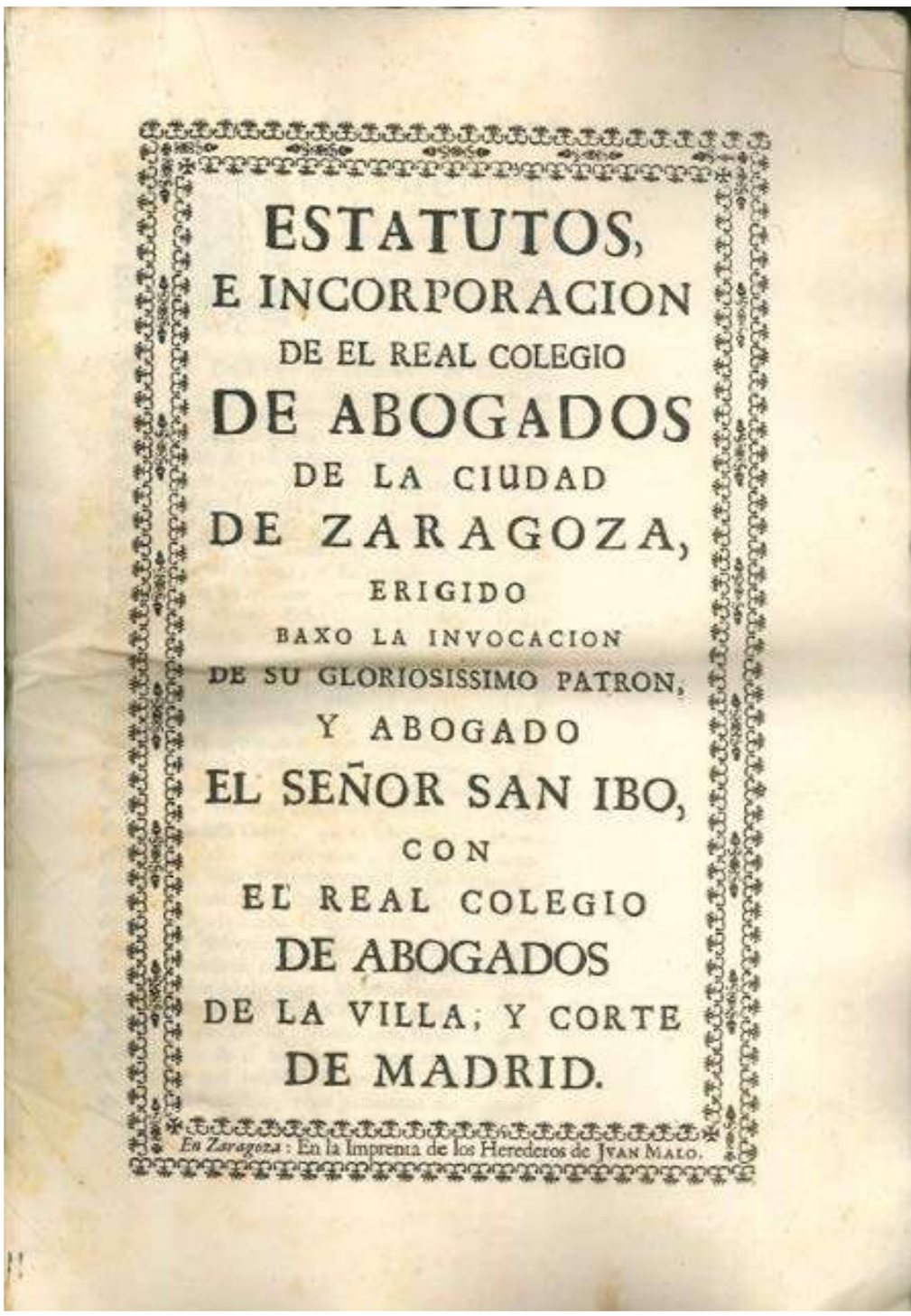
Córdoba, Oviedo, Málaga, Cádiz, Pamplona y Albacete.

Más allá de las listas de colegiados esta correspondencia incluye propuestas de filiación, peticiones de protección ante el Consejo de Castilla, consultas sobre los procedimientos de incorporación o del funcionamiento de cada Audiencia. Para 1838 trece de los diecinueve colegios de abogados que existían en España, sin contar al ICAM, estaban afiliados al de Madrid: Sevilla (desde 1706), Granada (1726), Zaragoza (1744), Valladolid (1757), A Coruña (1761), Valencia (1762), México (1766), Cartagena de Indias (1773), Málaga (1776), Córdoba (1778), Palma (1787) y Cádiz (1796). De esta forma, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid podía hablar en su nombre y en el de la mayoría de los Colegios de Abogados, en una suerte de antecedente histórico de las funciones que hoy cumple el Consejo General de la Abogacía Española. La filiación, que se cumplía con la aceptación de los Estatutos del ICAM y el visto bueno del Consejo de Castilla, conllevaba muchas ventajas. En primer lugar y como aspecto más importante para la época, otorgaba un gran prestigio incluirse en el Colegio de la Corte y, por tanto, en la órbita real. En segundo lugar, hacía más sencillo contar con el amparo del ICAM y su cercanía al Consejo de Castilla permitía un mayor éxito en las reclamaciones. Por último, facilitaba enormemente la movilidad profesional al simplificar los trámites de incorporación cuando un abogado de un colegio afiliado deseaba incorporarse al de Madrid y viceversa. Teniendo en cuenta que de media un proceso de incorporación normal tardaba entre seis meses y un año y medio, poder realizar el trámite en un par de meses suponía un inmenso avance.

Esta correspondencia muestra además la progresiva modernización del Derecho común medieval hacia la codificación liberal, una justicia centralizada y garantista, en el que la figura del abogado ganaría cada vez más peso como garante del derecho a la defensa y al respeto de las garantías procesales. Así, entre esta documentación se encuentran consultas o peticiones de amparo sobre el reconocimiento de la colegiación obligatoria, el establecimiento de exámenes para el acceso a la abogacía ya en el siglo XVIII, sobre la homogeneización de los señalamientos de las diferentes audiencias o sobre el acceso de los abogados a puestos judiciales de libre disposición.

La subvención concedida por el Ministerio de Cultura permitirá la digitalización completa de los documentos de esta serie hasta 1838 y su difusión y libre acceso a través del repositorio de Patrimonio Documental del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Además, esta subvención ha permitido incluir documentación que se almacenaba junto a esta, formando un grupo sin clasificar junto a documentos de la extinta Fundación Premio Cortina, antecedente histórico de la actual Fundación Cortina-Domingo Romero Grande, y cuyo archivo quedó legado al ICAM. De esta documentación destaca el acta fundacional de la Fundación, sus memorias económicas, así como los manuscritos originales de las obras premiadas. Esta nueva subvención permitirá añadir unas nuevas diez mil imágenes digitalizadas, al más del millón cien mil en libre acceso con un total de 23.600 registros diferentes, aproximadamente. El proyecto comenzado en 2010 desde la Biblioteca ha situado al Archivo Histórico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como un referente nacional, no solo por la riqueza de sus fondos sino también por su decidida apuesta por la difusión, situándose dentro del top 70 de mayores contribuidores de Hispana, el portal de acceso al patrimonio digital nacional que reúne las colecciones digitales de archivos, bibliotecas y museos españoles, por encima de prestigiosos archivos públicos como el municipal de Toledo o el de la Universidad Carlos III de Madrid.

En conclusión, la continua organización del Archivo Histórico pone cada día de manifiesto la extraordinaria relevancia del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid en la historia del Derecho y de la abogacía española. Esta relevancia, que supera con mucho el ámbito autonómico de su denominación, ha sido reconocida tanto por el Ministerio de Cultura con sus subvenciones como por las cada vez más numerosas investigaciones sobre sus fondos históricos, alentadas, sin duda, por la facilidad del acceso al contenido digitalizado. La serie de correspondencia con los colegios de abogados de los siglos XVIII y XIX permite recuperar también la historia de esos colegios, de sus conexiones con el ICAM, con el Consejo de Castilla y sus reclamaciones sobre el funcionamiento de la Justicia. Recuperar y, en fin, mantener vivo el legado de la abogacía española.


ESTATUTOS,
E INCORPORACION
DE EL REAL COLEGIO
DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD
DE ZARAGOZA,
ERIGIDO
BAXO LA INVOCACION
DE SU GLORIOSISSIMO PATRON,
Y ABOGADO
EL SEÑOR SAN IBO,
CON
EL REAL COLEGIO
DE ABOGADOS
DE LA VILLA, Y CORTE
DE MADRID.
En Zaragoza: En la Imprenta de los Herederos de Juan Malo.

Estatutos del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza de 1744, afiliándose al de Madrid. Archivo Histórico ICAM

Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón

HACIA UNA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: REFORMAS ESENCIALES

"Toda la Europa continental democrática ha abandonado hace muchísimos años el sistema anglosajón de Jurado para evolucionar hacia un modelo de tribunal de escabinos en el que los jueces legos participaran conjuntamente con el tribunal en las deliberaciones para decidir los hechos probados y las consecuencias jurídicas del delito si declaran la culpabilidad del acusado"

A finales de septiembre de este año se dio noticia oficialmente por el Ministerio de Justicia de que la comisión *ad hoc* había terminado la redacción de un borrador de anteproyecto de nueva LECRIM. En el momento de cerrar este trabajo no se ha puesto en circulación todavía dicho texto y, por tanto, lo que a continuación apretadamente resumo es exclusivamente una reflexión sobre lo que debería hacerse, sin tener conocimiento alguno concreto de lo que se ha propuesto. Lo único que es público es que se basa en un proyecto de 2011, y las líneas maestras del mismo.

Por ello, expongo a continuación las cuestiones más graves, tanto orgánicas como procesales, que en mi opinión debería afrontar una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal [1].

I. Las necesarias reformas orgánicas

A) Juez Comarcal

Aunque no afecta directamente al tema, para que funcionara realmente en un nuevo Código Procesal Penal la nueva estructura de investigación que vamos a considerar, la base del sistema en su primer contacto judicial debería recaer en un "Juez comarcal", creando dos niveles, uno de jueces comarcales de garantías y otro de jueces comarcales de conocimiento y fallo, sin que pudiesen coincidir personalmente ambas figuras.

Estos jueces, que habría que crear de nuevo, pues ya los tuvimos desde 1944 hasta 1985, colmarían mejor la ansiada proximidad y serían los jueces que conocerían sin Escabinato de todos los delitos leves y menos graves (hasta 5 años de prisión, pena de multa cualquiera que sea su cuantía y penas alternativas hasta 10 años). Todas sus decisiones podrían ser recurribles en apelación ante la AP.

B) Juez Provincial de Garantías

Deberían ser los jueces de instrucción actuales que decidiesen no reconvertirse en fiscales. Actuarían en todos los procesos penales instruidos por delitos

graves y más graves castigados con pena de prisión (superiores a 5 años), pena de multa cualquiera que fuese su cuantía o pena alternativa superior a 10 años. Sus decisiones serían apelables ante la Audiencia Provincial.

C) Del Jurado al Escabinato

Toda la Europa continental democrática ha abandonado hace muchísimos años el sistema anglosajón de Jurado para evolucionar hacia un modelo de tribunal de escabinos, en el que los jueces legos participan conjuntamente con el tribunal en las deliberaciones para decidir los hechos probados y las consecuencias jurídicas del delito si declaran la culpabilidad del acusado.

"La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal es constitucional, pues el art. 117.1 se refiere únicamente a "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" como función jurisdiccional, e instruir una causa penal no es enjuiciarla ni fallarla (juzgar), pero creo que con el actual modelo de Fiscalía no me parece una decisión acertada, porque no es absolutamente independiente del poder político, de hecho se incardina administrativamente en el Ministerio de Justicia, de quien depende económicamente, se organiza bajo los principios de unidad y dependencia, y el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno"

Propongo que evolucionemos hacia el mismo sistema que tienen Alemania (*Schöffengericht*), Italia (*Corte d'Assise*), Francia (*Cour d'Assises*) y Portugal (*Tribunal do Júri*). No es cierto que el Jurado puro (anglosajón) sea más democrático que el Escabinato; al revés, el juez escabino participa más y mejor en la función de juzgar y por tanto se cumple mejor el deseo constitucional de que los ciudadanos participen en la administración de justicia (art. 125 CE), porque tienen más competencias y actúan con mejor calidad, asistidos y ayudados, de ser necesario, por los jueces profesionales.

D) Fiscal Instructor

Sin duda alguna sería la decisión orgánica más importante, porque implicaría privar de competencias judiciales a los jueces y darles esas competencias a los fiscales. Por tanto, significaría la desaparición del Juez Instructor en nuestro país, después de siglos de vigencia de esta figura tan arraigada en nuestra sociedad.

No es una decisión tan simple como pueda parecer, sin embargo. La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal es constitucional, pues el art. 117.1 se refiere únicamente a "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" como función jurisdiccional, e instruir una causa penal no es enjuiciarla ni fallarla (juzgar), pero creo que con el actual modelo de Fiscalía no me parece una decisión acertada, porque no es absolutamente independiente del poder político, de hecho se incardina administrativamente en el Ministerio de Justicia, de quien depende económicamente, se organiza bajo los principios de unidad y dependencia, y el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno.

E) Policía de Investigación del Crimen

Creo que el sistema que se proyecta se merece una policía científica muy especializada, una policía de investigación del crimen realmente eficaz y eficiente, es decir, una auténtica policía judicial, dependiente exclusivamente del Ministerio Fiscal, sin tantos poderes discrecionales como los que dispone la policía anglosajona y muy comprometida con el principio de legalidad.

F) ¿Creación de una defensa pública?

El derecho de defensa es probablemente el derecho más importante y más desarrollado para el imputado o acusado de todos los derechos fundamentales procesales de que goza. Los colegios de abogados son los encargados de organizar la defensa de oficio o gratuita, tanto en la modalidad de asistencia letrada al detenido como para asistencia de oficio, recayendo sobre sus miembros la obligación de defensa gratuita de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos estatutarios.

El sistema anglosajón ha creado un cuerpo público de letrados para hacerse cargo de los investigados y acusados que carezcan de recursos económicos para poder proporcionarse un abogado de confianza, la Defensoría Pública.

Es probable que los colegios de abogados sean contrarios a su instauración, pero, ¿no valdría la pena estudiar su implementación en España? Podría funcionar y liberaría a los abogados de una pesada carga.

II. Las reformas procesales penales más importantes que deberían preverse

A) El principio acusatorio debe entenderse correctamente de una vez

Nuestro proceso penal sufre desde hace décadas de un mal entendimiento del principio acusatorio que la nueva LECRIM debe corregir. En el proceso penal sigue siendo un fin primordial averiguar la verdad, por ello el tribunal debe tener facultades de averiguación de los hechos de oficio, incluso en la fase acusatoria del juicio oral. Ello en absoluto es inquisitivo. Debe poder ordenar la práctica de pruebas de oficio y debe poder condenar por el delito que considere que se ha cometido, imponiendo la pena que considere apropiada, opine la acusación lo que opine. Su único límite son los hechos y, por tanto, sólo puede partir de los que resulten probados (lo contrario sí sería inquisitivo).

Ni en Estados Unidos, ni en Alemania, se ha interpretado el sistema adversarial o el principio acusatorio así, como ahora entendemos aquí.

Ello implica que, para dar al principio acusatorio el justo valor que merece, es decir, en la necesidad de que los hechos acusados no puedan ser modificados ni alterados por el tribunal, cuando se piense en un nuevo art. 729-2º hay que reinterpretarlo de nuevo abandonando la actual limitación a la necesidad de autorización del Fiscal, que en el fondo es atacar la independencia judicial, y que el sentido de un futuro precepto equivalente al actual art. 733 ha de considerarse como lo que es, una concesión al principio de contradicción basada en el fin de hallar la verdad material.

"En el proceso penal sigue siendo un fin primordial averiguar la verdad, por ello el tribunal debe tener facultades de averiguación de los hechos de oficio, incluso en la fase acusatoria del juicio oral"

B) La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal

El nuevo sistema sin duda alguna cambiará la dirección de la investigación en favor del Ministerio Fiscal. Ello tendrá muchas repercusiones procesales penales y de gran calado.

Se va a tener que regular muy bien aquellos aspectos en los que su parcialidad natural podría oscurecer su obligación de una instrucción objetiva y no arbitraria, puesto que al ser el mismo fiscal quien acusase más tarde, la tendencia psicológica a preocuparse sólo del ejercicio de su función perseguidora podría ser irrefrenable. Por ello, entre otros temas, debe regularse especialmente su participación en los actos garantizados, especialmente en las autorizaciones a solicitar al Juez de Garantías.

Pero la cuestión más peliaguda es regular la recurribilidad de los actos de investigación que ordene y otros que

afecten al investigado. Si se concede una recurribilidad general, al final instruirá un juez, el Juez de Garantías, y con ello la reforma no habrá servido para nada. Si no se permite recurrir ninguna resolución del Fiscal, derechos constitucionales tan importantes como el derecho de defensa, pueden correr serio peligro. Por ejemplo, cuando la defensa solicite la práctica de un acto de investigación a la Fiscalía y ésta se oponga.

C) La evolución hacia el Escabinato

Hemos propuesto entre las reformas orgánicas el cambio del Jurado al Escabinato, Las consecuencias procesales son trascendentales, porque implica articular un proceso penal, que sería el ordinario, pensando en este tribunal, lo que implicaría la derogación del proceso penal previsto por la ley del Jurado, sin perjuicio de poder aprovechar las instituciones que han funcionado mejor.

La nueva regulación debería prever con exactitud las consecuencias de la participación más amplia posible en un juicio oral de un ciudadano lego.

D) El control del intervencionismo público

Se está produciendo un notabilísimo aumento del intervencionismo público en el proceso penal, en concreto en la investigación del crimen, que está dotando a esta fase de una nueva configuración.

Una ley de 2015 ha introducido varias medidas de estas características en el proceso penal español [nuevos arts. 588 bis a), a 588 octies LECRIM]. Es evidente que el Estado debe poder articular una respuesta contundente frente a los crímenes más graves. También es verdad que se han tomado ya hace tiempo medidas directas y contundentes, como por ejemplo, un mayor control financiero de operaciones económicas ilegales intentando cerrar el grifo de la financiación de los grupos criminales organizados, sabedores los estados que sin dinero difícilmente pueden subsistir, lo que afecta muy especialmente al decomiso. Pero, con toda su importancia, no ha sido suficiente para menguar o incluso detener la criminalidad organizada.

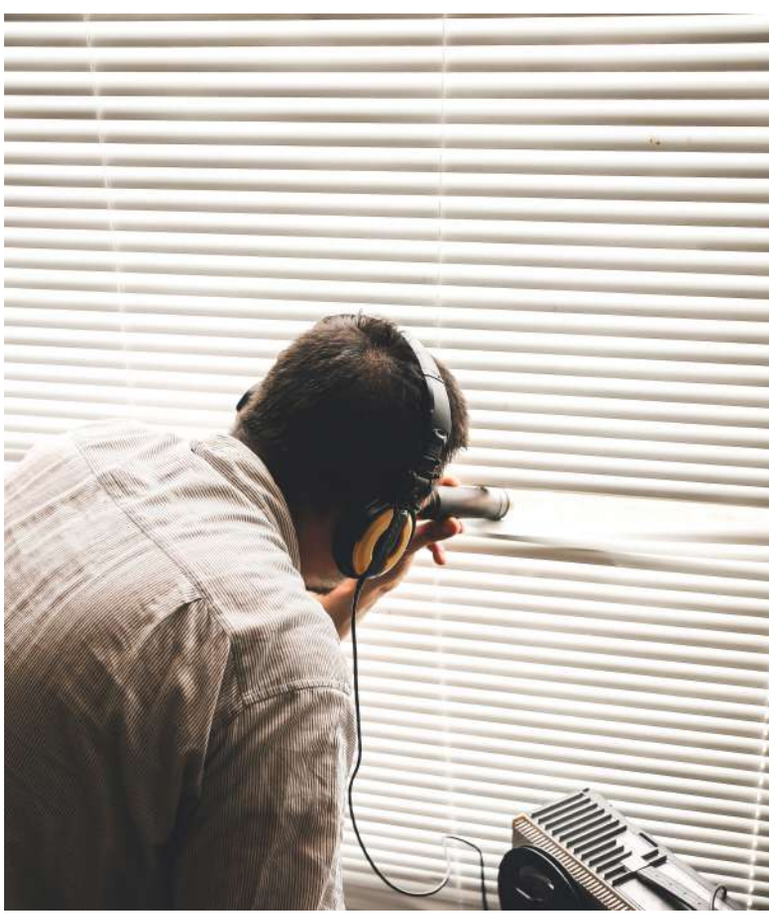
Por ello, se observa que la evolución en esta materia nos ha llevado a un proceso penal casi desconocido, en el que:

a) De ser sujeto pasivo de la investigación únicamente el sospechoso o el imputado (investigado, encausado), se pasa a poderse investigar hoy en la fase sumarial o de diligencias previas a terceros, es decir, a personas que no son sospechosas, o que no están ni siquiera relacionadas con los hechos [art. 588 ter c) LECRIM].

b) De estar excluída la opacidad y oscurantismo en la investigación del crimen porque daba lugar a pruebas no contrastadas (que de ser admitidas serían prueba prohibida sin duda alguna), se pasa ahora a permitir que las investigaciones de información e inteligencia realizadas, generalmente de oficio, por los servicios secretos estatales, de naturaleza pública (CNI, fundamentalmente), aprovechándose de la nueva regulación, se puedan admitir como prueba pericial (de inteligencia) sin comprobar con exactitud procesal su fiabilidad, simplemente por haber sido obtenidas por el servicio de inteligencia [por ejemplo, grabaciones de voz, imagen o ambas de sospechosos o terceros al amparo del art. 588 quinquies, a) LECRIM].

c) De considerarse la intimidad de las personas un bien sagrado e intangible, constitucionalmente protegido al máximo nivel, se permite hoy que la investigación policial puede valerse de medios técnicos electrónicos e informáticos para espiar nuestras comunicaciones y relaciones [art. 588 septies a) LECRIM], en realidad toda nuestra vida.

d) Finalmente, de considerarse que determinadas vigilancias policiales [las amparadas en los arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c) LECRIM], únicamente eran posibles en casos muy graves y justificados, y siempre previa autorización judicial, se ha pasado a entender hoy que algunos de los nuevos medios de vigilancia, que por su alta tecnología y fiabilidad técnica pueden acceder a



contenidos que van mucho más allá de una investigación concreta, no afectan al domicilio de las personas ni tampoco a su vida privada, con alguna excepción o matiz, si se instalan fuera de él y dan lugar a descubrimientos casuales, que hoy se admiten como prueba legítima sin discusión alguna por nuestra jurisprudencia, ya que no forman parte de los frutos del árbol envenenado por la falta de conexión antijurídica con la prueba que realmente se estaba buscando [art. 588 bis i) LECRIM].

¿Qué va a hacer la nueva LECRIM, mantendrá este nivel de intervencionismo público, lo aumentará o lo limitará?

E) Una mejor protección de la mujer

Aunque España ha incorporado en 2015 la Directiva 2012/29/UE, consagrando el llamado Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril), por lo que respecta a la mujer su situación como víctima todavía es manifiestamente mejorable.

Si bien estoy pensando en varios aspectos, el más preocupante afecta a las víctimas de la violencia de género que, legalmente, se acogen a la dispensa para declarar como testigo del art. 416 LECRIM, en previsión de más graves abusos físicos y psíquicos por sus parejas si lo hacen. Parece razonable en los tiempos que corren eliminar esa dispensa y, para el caso de que puedan ocurrir incidencias graves que impidan una declaración en el juicio oral, o una inesperada retractación, permitir que el tribunal pueda valorar la declaración ante la Policía o el Fiscal, para lo que deberá grabarse con todas las garantías y alcanzar el carácter de prueba preconstituida.

Otro tema no menos relevante es definir legalmente de una vez por todas los indicios que permitan deducir que su declaración es veraz, ante determinados delitos, a la vista de las últimas evoluciones jurisprudenciales, pero la definitiva confiabilidad en el testimonio debe dejarse siempre en manos del tribunal sentenciador, que lo valorará libremente.

F) Principio de oportunidad: Persecución, transacción y reparación

La nueva LECRIM deberá afrontar definitivamente una regulación aceptable del problemático principio de oportunidad. Deben regularse mejor los casos que conformen alternativas a la persecución penal, con sujeción al principio de legalidad y a autorización del Juez de Garantías; debe articularse un sistema sólido de Justicia Restaurativa, permitiendo sólo el acuerdo para obtener una rebaja de pena cuando la víctima haya sido real y totalmente reparada; y se debe entrar de una vez en una regulación moderna de nuestra conformidad, adaptándola a los criterios actuales de la llamada justicia negociada.

Esto no es fácil, porque parece que a través de ella se pretenda en cualquier caso que el juicio no tenga lugar (curiosamente, la finalidad principal del proceso penal actual), y esto no es admisible en una democracia cuyo Derecho Penal se rige por el principio de legalidad.

Por ello la nueva LECRIM debería fijar con claridad meridiana qué delitos son negociables y qué delitos no, bien por el sistema de designación concreta, bien por la cantidad de pena fijada en abstracto por el Código Penal.

"La nueva LECRIM deberá afrontar definitivamente una regulación aceptable del problemático principio de oportunidad. Deben regularse mejor los casos que conformen alternativas a la persecución penal, con sujeción al principio de legalidad y a autorización del Juez de Garantías"

Esta decisión implicaría dar la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro Derecho Penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal.

G) Oralidad y simplificación procedimental

El procedimiento debería cambiar también en la nueva LECRIM, y profundamente, desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se debe conseguir una auténtica vigencia del principio de oralidad. Así, el proceso penal debería comenzar con la acusación, sin perjuicio de la necesaria fase previa de investigación, acusación que se presentaría ante un Juez en una audiencia preliminar, en la que también se le impondrían las medidas cautelares que se considere procedentes.

b) En segundo lugar, la nueva LECRIM debe acabar con el caos procedimental actual y suprimir todos los procesos ordinarios y especiales, dejándolo en un único proceso penal, con dos especialidades, según se celebre ante tribunal de escabinos o no, lo que implicaría una regulación distinta del juicio oral, y de la deliberación y votación de la sentencia; y según exista conformidad (Jus-

ticia negociada) o no, lo que implicaría fijar el momento o momentos en que se puede producir y la regulación del trámite pasando a dictarse sentencia directamente por el juez competente.

Todos los procesos penales especiales actuales dejarían de serlo, y si se han de prever especialidades en casos de aforamiento, rebeldía del acusado, delitos contra el honor (privados) o delitos de imprenta, se incardinarían disposiciones específicas en su lugar oportuno, sin alterar la esencia del proceso penal ordinario. La intervención de la Fiscalía Europea se acomodaría a normas particulares en la instrucción y en el juicio oral.

"Todos los procesos penales especiales actuales dejarían de serlo, y si se han de prever especialidades en casos de aforamiento, rebeldía del acusado, delitos contra el honor (privados) o delitos de imprenta, se incardinarían disposiciones específicas en su lugar oportuno, sin alterar la esencia del proceso penal ordinario"

H) Relativas a aspectos procesales concretos

Quedarían algunas cuestiones importantes por decidir. Enumero las que considero más relevantes:

1ª) ¿Qué hacemos con la acción popular? Hay corrientes de pensamiento contrarias a ella, pero casi todas tienen un sesgo ideológico. La realidad es que está prevista en el art. 125 CE y, por tanto, hay que seguir contando con ella. Que se estudie una limitación de su legitimación o un acotamiento de su intervención es un tema, sin embargo, que inevitablemente se tendrá que abordar.

2ª) Debe valorarse si de una vez damos entrada a una regulación actual de los indicios, que están usándose subrepticiamente para desvirtuar la presunción de inocencia y así relajar el principio de libre valoración de la prueba.

3ª) Hay que estudiar seriamente si realmente reforzamos la fianza carcelaria para que la prisión provisional deje de ser la regla y se convierta en la excepción.

4ª) Finalmente, puesto que es obligado afrontar el tema de la inteligencia artificial en el proceso penal, deberemos fijar en qué actos puede utilizarse y en qué actos no, estableciendo los controles necesarios sobre los correspondientes algoritmos, impidiendo cualquier posible ataque a la independencia judicial.

III. Conclusión

Apuesto sistemáticamente por una evolución propia y no por un modelo extranjero, aunque se recojan instituciones clave del sistema adversarial anglonorteamericano. Ese proceso penal español totalmente renovado debería basarse más en nuestra Constitución y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo y regulando todos los avances jurisprudenciales, particularmente en materia de derechos fundamentales del investigado. El aporte ya existente de nuestro Tribunal Supremo compatible con el nuevo proceso debería ser tenido en cuenta siempre.

---

* Artículo cedido por la Editorial Jurídica SEPIN. Una versión más amplia del mismo está disponible en otrosi.net

(1) Para ampliaciones, v. mi último libro: GÓMEZ COLOMER, J.L. (2020), *La contracción del Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, passim.

Por **Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado**
Secretaria General de la Fundación Hay Derecho
Socia de GC Legal

MALOS TIEMPOS PARA EL ESTADO DE DERECHO

Para cualquier jurista, el democrático Estado de Derecho, entendido como el conjunto de reglas que rigen nuestra convivencia en una sociedad democrática es similar al aire que respiramos. Tendemos a darlo por sentado, y a pensar que siempre estará ahí, aunque no lo cuidemos demasiado.

Conviene que nos vayamos curando de esta ilusión. Lo cierto es que no corren buenos tiempos para el Estado de Derecho, ni en España ni en general en el mundo. El populismo y la demagogia, tanto de derechas como de izquierdas, están socavando los fundamentos mismos de las democracias liberales representativas, y entre ellos de forma muy notable el del Estado de Derecho. Desde los Estados Unidos de Trump, pasando por Hungría y Polonia y llegando hasta Cataluña, los ataques al Estado de Derecho se suceden. Tampoco es casualidad que se hagan precisamente desde las propias instancias políticas: para cualquier Gobierno populista los límites y contrapesos que son esenciales a un Estado de Derecho, en el que nadie puede estar por encima de la Ley, suponen incómodas cortapisas y limitaciones a la voluntad del pueblo, que ellos, por definición, encarnan. Pero incluso un Gobierno sin dicho carácter populista puede tener la tentación de esquivar las normas y los procedimientos formales para conseguir sus fines políticos, particularmente si se trata de un Gobierno en minoría.

Hay que recordar también que las normas y los procedimientos formales no son suficientes para mantener vigoroso un Estado de Derecho digno de tal nombre si se van erosionando los valores fundamentales que lo sustentan. Las reglas informales y la cultura democrática son tan importantes, al menos, como las reglas formales. Por ejemplo, nombrar a una ministra de Justicia como Fiscal General del Estado, aunque el Gobierno tenga la competencia para hacer este nombramiento, supone claramente una vulneración de esas reglas informales. O ahondar todavía más en la politización del órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial, con una propuesta de reforma –por ahora en suspenso– que permitiría la elección de los 20 vocales que componen el órgano por el Congreso y Senado con una mayoría absoluta (en segunda vuelta) en vez de por la actual mayoría de 3/5 partes. O que el real decreto-ley sustituya de forma absolutamente habitual a la legislación ordinaria. Los ejemplos podrían sucederse. El hecho de que la tendencia al deterioro de estas reglas no sea nueva en nuestro país no hace más que agravar la situación.

En ese sentido, la Unión Europea ha empezado a tomar cartas en el asunto, siguiendo la estela del Grupo de Estados Europeos contra la Corrupción (GRECO) que venía advirtiendo reiteradamente a España de los riesgos que para la separación de poderes (y por tanto para la lucha contra la corrupción) supone tanto la designación política del CGPJ como el modelo de Fiscalía. La Comisión Europea acaba de publicar el Informe a escala europea sobre el Estado de Derecho 2020, una de las iniciativas del programa de trabajo de la comisión para 2020 y que forma parte del mecanismo europeo global sobre el Estado de Derecho anunciado en las orientaciones políticas de la presidenta Von der Leyden. En particular, se aborda la

cuestión esencial de la separación de poderes, dado que como recuerda este informe general: "*Ninguna democracia puede prosperar sin tribunales independientes que garanticen la protección de los derechos fundamentales y de las libertades civiles, ni sin una sociedad civil activa y unos medios de comunicación libres y pluralistas*".

El informe recoge un capítulo sobre cada país que se centra en cuatro pilares fundamentales: el sistema judicial, el marco de lucha contra la corrupción, el pluralismo de los medios de comunicación y otras cuestiones institucionales en relación con los controles y equilibrios (los famosos *checks and balances* en la terminología anglosajona).

"Esta situación de deterioro del Estado de Derecho, sin ánimo de ser alarmistas, creo que exige una reflexión y una intervención más activa de los profesionales del Derecho. Las posibles medidas para despolitizar y profesionalizar nuestras instituciones, empezando por el Poder Judicial y la Fiscalía, son muchas. Pero todas pasan por reconocer el problema e involucrarse activamente en su solución. Como abogados no nos podemos desentender de un problema que afecta tan directamente a nuestra profesión"

En el caso de España, la vulnerabilidad se aprecia particularmente en lo que se refiere a la politización del CGPJ (el informe se hace eco de la situación de "bloqueo" por la falta de renovación) y por lo que se refiere a la relación entre Fiscalía y Gobierno. Por otra parte, conviene recordar que la metodología utilizada ha sido básicamente la realización de entrevistas a organismos e instituciones oficiales y también a algunas asociaciones profesionales pero no a entidades y organizaciones de la sociedad civil lo que, desde mi punto de vista, ha impedido tener una visión más realista y menos complaciente de la situación del Estado de Derecho en España. El hecho de que se analicen solo las instituciones formales y no esas reglas informales que en nuestro país muchas veces desdicen o contravienen lo que está escrito en nuestras normas tampoco ayuda en mi opinión a realizar una valoración adecuada.

Pero incluso con estas limitaciones, el informe no deja de ser un toque de atención al menos en una cuestión que debe preocuparnos como juristas y como abogados: la debilidad de la separación de poderes en España, bien reflejada en la politización del CGPJ y en el bloqueo actual que impide la renovación al no alcanzar los partidos políticos un acuerdo (ya sin ningún tipo de pudor en cuanto al reparto de cromos partidista en función de las mayorías parlamentarias, lo que proscribió el Tribunal Constitucional en su famosa sentencia sobre la constitucionalidad de la reforma de la LOPJ de 1985) y en la preocupación por las relaciones entre una Fiscalía General del Estado tremendamente susceptible de presiones e injerencias del Gobierno no solo por su propio diseño institucional sino por el hecho de que la persona que la dirija proceda del propio Gobierno. Esto en un momento en que se está barajando la posibilidad de que sean los Fiscales quienes instruyan los procedimientos penales, lo que supone un riesgo evidente.

Esta situación de deterioro del Estado de Derecho, sin ánimo de ser alarmistas, creo que exige una reflexión y una intervención más activa de los profesionales del Derecho. Las posibles medidas para despolitizar y profesionalizar nuestras instituciones, empezando por el Poder Judicial y la Fiscalía, son muchas. Pero todas pasan por reconocer el problema e involucrarse activamente en su solución. Como abogados no nos podemos desentender de un problema que afecta tan directamente a nuestra profesión.

En particular, urge abrir un debate sobre los mecanismos de despolitización del nombramiento de los vocales del CGPJ, que pueden pasar desde volver al sistema inicial (elección de los 12 vocales de procedencia judicial por Jueces y Magistrados) pero evitando el peaje de las asociaciones judiciales, la mayoría de las cuales forman parte del problema por su proximidad a los partidos políticos de turno hasta objetivizar totalmente el sistema de nombramientos en la cúpula judicial, lo que privaría al CGPJ de su principal atractivo para los políticos que no podrían influir en dichos nombramientos. Puede barajarse también una designación por sorteo de esos 12 vocales entre las personas que reúnan las cualificaciones adecuadas, lo que impediría que los nombrados dependiesen del favor político. En fin, existen muchas y variadas posibilidades que pueden mejorar la situación actual. En cuanto a la Fiscalía General del Estado es imprescindible una reforma a fondo de la institución, que garantice que los nombramientos de la cúpula fiscal no dependan únicamente del Fiscal General cuyo nombramiento, a su vez, tiene un fuerte componente político, de forma que la politización permea toda la organización en particular en temas tan sensibles para los partidos políticos como la lucha contra la corrupción.

La extensión de este artículo no me permite extenderme más, pero quedan apuntadas algunas de las ideas que creo que sería fundamental debatir en los Colegios de Abogados en los próximos meses. La abogacía institucional no se puede quedar al margen de la defensa del Estado de Derecho en este trance.

Por **Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo**
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III y ex Ministro de Justicia

REFLEXIONES SOBRE EL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA

El Informe sobre el Estado de Derecho en 2020 de la Comisión exige reflexionar sobre sus observaciones sobre España acerca del primer pilar del denominado "mecanismo europeo sobre el Estado de Derecho" [1]: el sistema judicial.

Debe destacarse la enorme utilidad que tiene la iniciativa europea al obligar a una reflexión crítica, aunque solo sea en el sentido kantiano, del sistema judicial de cada país. También a tomar en cuenta en esa crítica la obligada referencia a los ejemplos y mejoras que puedan obtenerse de los demás países de la UE.

No obstante el informe se limita en ocasiones a recoger lo que ha sido noticioso o ha sido objeto de debate interno, a veces inducido, por las propias confrontaciones políticas. No en todos los casos se tratan en el informe general los problemas más de fondo que no se hacen patentes, aunque en los informes nacionales se ven con más detalle, pero no siempre abordados con profundidad. Tal vez porque no hay un modelo de sistema judicial de referencia propio de la UE para los Estados miembros, siendo discutible que debiera de haberlo, salvo algunas exigencias indeclinables.

Gobierno del poder judicial

El Informe destaca el bloqueo de la renovación del CGPJ al terminar su mandato en 2018 y hasta la actualidad, dos años después. El Consejo de Europa ya subrayó la importancia de que el Consejo no sea percibido como una institución expuesta a influencia política. El bloqueo a la renovación del CGPJ, cuando se está en la oposición, es algo que infringe la Constitución y da una imagen partidista de la Institución al deslegitimar los nombramientos en situación de prórroga.

El problema actual tiene difícil solución ante un bloqueo que es un abuso de funciones públicas. Debe descartarse como solución la exclusiva elección directa por los jueces, pues haría del CGPJ un órgano de autogobierno de los jueces; un instrumento corporativo que en modo alguno sería conforme con la idea constitucional de que la justicia emana del pueblo. Ello no excluye la participación directa de los mismos en el proceso de propuesta de candidatos.

La fórmula actual de designación por Congreso y Senado de entre los candidatos propuestos por la judicatura es válida; pero la cuestión es qué hacer si se produce el bloqueo. La fórmula actual de prorrogar el mandato es legitimar el propósito de los autores del bloqueo. No hay soluciones fáciles y satisfactorias. Hay que descartar que los autores del bloqueo invoquen motivos patrióticos a imponer a los demás para dejar de obstruir. El sorteo de entre los propuestos se ha invocado, como solución de reserva, pero —al margen de su compleja instrumentación para asegurar la pluralidad y diversidad— no garantizaría la adaptación a la evolución del pluralismo social y de la propia judicatura que el Tribunal Constitucional estableció (STC 108/1986) como la razón de la obligada renovación cada 5 años del CGPJ. Otra solución, también extrema y no del todo satisfactoria, podría ser que, de entre los candidatos propuestos por la judicatura, Congreso y Senado designen los vocales con criterios de mérito y en función del peso de cada partido en cada Cámara, exigiendo un porcentaje de presencia mínimo de cada partido.

Todo ello es difícil de instrumentar pues todo se pervierte cuando, al margen del bloqueo, sólo parece preferirse la fidelidad, o casi obediencia, en lugar de a los mejores dentro de una cierta afinidad en garantía del pluralismo. Eso acaba politizando su actuación y transmitiéndola a todo el colectivo: para progresar en la carrera hay que alinearse con unos u otros. La afinidad no puede separarse del mérito: pues éste suele conllevar independencia en la conducta al margen de la ideología o concepción de la vida y la sociedad que cada uno tenga.

Ministerio fiscal (MF)

El informe se hace eco de la crítica en los medios al nombramiento como fiscal general de una persona que pasó directamente del Gobierno a la Fiscalía General del Estado. Aparte de la crítica que cada cual pueda pensar que ese paso inmediato merece, nada nos dice en realidad sobre la independencia real del MF, al margen de la eventual afectación a la imagen de la Institución.

Al Gobierno corresponde constitucionalmente la dirección de la política interior y exterior —art. 97 de la Constitución—. Dentro de tal dirección está la política judicial (no confundir con el poder judicial o con su gobierno). Eso explica el nombramiento por el Gobierno del Fiscal general. Lo importante es la independencia y objetividad del MF (art. 7 del Estatuto orgánico —EO—) como Institución; independencia y objetividad que se manifiesta en todos y cada uno de sus órganos (hasta las fiscalías de área y zona) y miembros (art. 27 del EO) y en los mecanismos de su garantía.

Independencia, para empezar, respecto del Gobierno mismo, como recoge el artículo 8 del EO, pues éste no puede dar ni órdenes ni instrucciones al MF; solo "interesar" actuaciones en defensa del interés público. Sin que el fiscal general esté obligado a seguirlas, ni resolver nada al respecto sin oír a la Junta de Fiscales de Sala de acuerdo con la legalidad y con independencia. La mayor parte de decisiones relevantes para la carrera exigen informes y audiencia de los numerosos órganos en que se estructura el MF y entre ellos el más importante, el Consejo Fiscal, de carácter electivo en muchos de sus miembros.

Ninguna relación con lo que ocurre en determinados países de nuestro entorno. Así, Alemania, cuyo MF no queda libre de la influencia del Gobierno al poder dar instrucciones en casos singulares, como reconoció el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19) [(2)]; instrucciones singulares que no caben en nuestro país.

La reserva de la instrucción de causas al MF en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal nos obliga a profundizar en su independencia. Sin entrar aquí en los aspectos constitucionales o de oportunidad que suscita una medida como la instrucción de las causas (difundida en muchos países europeos, entre ellos Alemania como acabamos de ver), será necesario profundizar en la autonomía o independencia del MF, siendo inexcusable aprobar un nuevo reglamento del MF, al margen de reformas en su estatuto orgánico. A mayor autonomía o independencia del MF, menor potestad de dirección constitucional por el Gobierno de la política interior y exterior, con difuminación de la emanación de la justicia del pueblo (al incluir la instrucción), ni a través del Gobierno, ni de sus representantes. La independencia total del MF —que podría ser una consecuencia tras reservarle la instrucción de las causas penales— conlleva el distanciamiento de la potestad constitucional de dirección del Gobierno y la imposibilidad de hacerle responsable a éste de una parte de la política judicial. De nuevo un ejemplo —como recordaba Isaiah Berlin ("El fuste torcido de la humanidad")— de que a veces dos cosas buenas —en principio y por separado— son incompatibles entre sí. Habría que encontrar el paso entre Scylla y Caribdis; entre la dirección constitucional por el Gobierno de la política interior y la independencia del MF.

(1) El informe contiene 4 pilares: el sistema judicial, el marco de lucha contra la corrupción, el pluralismo de los medios de comunicación y otras cuestiones institucionales en relación con los controles y equilibrios.

(2) En el fundamento 80 dice la Sentencia que *"no se puede descartar plenamente que la decisión de una fiscalía, como las controvertidas en los procesos principales, de emitir una orden de detención europea pueda estar sujeta en un caso individual a instrucción del Ministro de Justicia del Land en cuestión"*

LAS REFORMAS NORMATIVAS COMO PALANCA DE LA RECUPERACIÓN

Por José Amérigo Alonso
Socio de PwC Tax & Legal Services
Letrado del Consejo de Estado en excedencia

No es difícil entender por qué la deseada llegada de los fondos europeos denominados *Next Generation* ha acaparado la atención en el debate público. El paquete excepcional de medidas impulsado por la Unión Europea para respaldar la recuperación y la resiliencia de las economías de los Estados miembros, gravemente afectadas por la pandemia de COVID-19, constituye su respuesta más ambiciosa ante una crisis en toda la historia comunitaria. Esta respuesta se articula a través del próximo presupuesto a largo plazo, denominado Marco Financiero Plurianual (2021-2027), reforzado por los aludidos fondos *Next Generation*. Como expresó el Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 en sus conclusiones, "la recuperación europea precisará enormes inversiones públicas y privadas a escala europea para situar claramente a la Unión en la senda de una recuperación sostenible y resiliente, con la creación de empleo y la reparación de los daños inmediatos causados por la pandemia de COVID-19, al tiempo que se presta apoyo a las prioridades ecológicas y digitales de la Unión". Con la iniciativa *Next Generation* se movilizarán 750.000 millones de euros, de los cuales 390.000 millones en forma de subvenciones y 360.000 millones en préstamos, siendo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia su núcleo central. España se encuentra entre los principales beneficiarios, al ser destinataria de 140.000 millones de euros.

> *"Con la iniciativa* Next Generation *se movilizarán 750.000 millones de euros, de los cuales 390.000 millones en forma de subvenciones y 360.000 millones en préstamos, siendo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia su núcleo central"*

La arquitectura jurídica sobre la que se asientan tales medidas excepcionales, todavía pendiente de ser aprobada definitivamente por parte de las instituciones europeas al tiempo de escribir estas líneas, comprende diferentes instrumentos. Entre ellos, se está tramitando un proyecto de Decisión del Consejo sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, llamado a proporcionar la base jurídica para que la Comisión se endeude en los mercados de capitales a fin de financiar los gastos en el marco del paquete de recuperación *Next Generation*.

Junto al anterior proyecto, destaca la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, a través del cual se va a canalizar el grueso de dichos fondos. De acuerdo con su artículo 4, el objetivo general del mecanismo incluye la cohesión económica, social y territorial de la Unión, la mejora de la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados miembros, mitigando las repercusiones sociales y económicas de la crisis, así como el apoyo a las transiciones ecológica y digital. Se aspira, de este modo, a restaurar el potencial de crecimiento de las economías europeas, fomentar la creación de empleo tras la crisis de la COVID-19 y promover el crecimiento sostenible. A la hora de perseguir estos fines, desarrollarán un papel fundamental los planes nacionales de recuperación y resiliencia cuya elaboración y presentación

ante la Comisión es obligatoria para aquellos Estados que deseen recibir ayuda en el marco del mecanismo. Estos planes han de ser evaluados por las instituciones europeas de acuerdo con los criterios que fija el propio reglamento comunitario en tramitación, de modo que pueda verificarse que su contenido está orientado a la consecución de los objetivos del mecanismo. En ellos se establecerán el programa de reformas e inversiones del Estado miembro de que se trate para los años venideros, los objetivos intermedios y metas previstas, así como un calendario indicativo y una estimación de costes para la realización de las reformas e inversiones.

En el análisis de esta arquitectura el foco ha estado puesto en las inversiones que, por estar alineadas con objetivos como la transición ecológica y digital, puedan ser financiadas con los fondos europeos, lo que es fácilmente comprensible atendiendo al volumen de esta financiación. Pero es importante no perder de vista que las inversiones han de ir acompañadas de un adecuado programa de reformas.

Sobre ello inciden las orientaciones emitidas el 17 septiembre de 2020 por la Comisión Europea con el objetivo de guiar a los Estados miembros en la elaboración de los planes de recuperación y resiliencia. Como se pone de relieve en las orientaciones, procede generar sinergias entre las reformas y las inversiones cubiertas por el mecanismo, de forma que las primeras sirvan para crear los incentivos necesarios o eliminar los obstáculos existentes para que las segundas puedan acometerse en condiciones idóneas. La propia Comisión ha publicado varios ejemplos de objetivos que podrían ser incardinados bajo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, desgranando cómo habrían de ser descritas las reformas e inversiones que se incluyeran en el respectivo plan nacional. Acudir a uno de estos ejemplos permite ilustrar el peso del que gozan las reformas. Así, al ejemplificar una política orientada a mejorar la eficiencia energética de los edificios que podría financiarse con los fondos europeos *Next Generation*, se enumeran cambios legales que favorecerían esta política, como los siguientes: agilizar los procedimientos administrativos para la autorización de obras dirigidas a potenciar el aislamiento de los edificios y la instalación y uso de energías renovables; facilitar la adopción de acuerdos en las comunidades de vecinos para ejecutar tales obras; o la inclusión en el código de edificación de requisitos de protección frente a desastres climáticos. No se le oculta a nadie que cuanto más novedosa resulte una línea de actuación (como la introducción y desarrollo del llamado hidrógeno verde) más necesaria puede ser la acción normativa para colmar eventuales lagunas.

En este contexto, nos compete a los abogados asesorar a nuestros clientes acerca de las reformas que se avecinan. Dicho asesoramiento comprende, en primer término, el análisis de la referida arquitectura jurídica a través de la cual se pondrán en marcha los fondos europeos, como punto de partida para comprender las oportunidades que representan para las empresas capaces de abordar proyectos susceptibles de ser financiados con dichos fondos. Pero debe abarcar también, en segundo término, las modificaciones normativas que vayan a iniciarse como soporte necesario para la ejecución de las inversiones.

En efecto, el Gobierno trabaja en la elaboración del borrador del plan español de recuperación y resiliencia que haya de remitirse a Bruselas, previsiblemente en enero de 2021, del que ya se conocen sus líneas directrices y políticas palanca, presentadas a principios de octubre de 2020. Cuando tales líneas y políticas se concreten será el momento de analizar todas las reformas que se consideran imprescindibles para crear un marco regulatorio óptimo en el que alcanzar cada uno de los objetivos buscados y favorecer las inversiones que activen la recuperación económica. En un escenario de intensa actividad normativa como la que se prevé en 2021, el asesoramiento jurídico deviene indispensable para conocer los procedimientos de elaboración de leyes y reglamentos que se incoen y participar en ellos en defensa de los intereses de nuestros clientes.

LA CONDICIONALIDAD VINCULADA AL RESPETO DEL ESTADO DE DERECHO EN LOS PRESUPUESTOS DE LA UE

Por Martín Martínez Navarro *
Letrado del Tribunal General de la Unión Europea
y Profesor Visitante de la Universidad Libre de Bruselas

El pasado 5 de noviembre de 2020, representantes del Consejo de la UE y del Parlamento Europeo alcanzaron un principio de acuerdo para vincular el desembolso de fondos europeos al respeto de los principios del Estado de Derecho. Ello supone un significativo paso adelante para frenar las preocupantes derivas autoritarias observadas en algunos Estados miembros y es expresión de los esfuerzos desplegados en varios frentes por las instituciones de la Unión Europea. Este artículo expone el contexto y las razones de esta "condicionalidad vinculada al respeto del Estado de Derecho" en los presupuestos de la UE, sus elementos esenciales, así como las perspectivas de futuro.

Las raíces del problema y los instrumentos hasta la fecha

El respeto de los principios del Estado de Derecho forma parte de los criterios de adhesión a la UE y está consagrado en el Artículo 2 del TUE como uno de los valores esenciales de la UE. No obstante, desde los años 90, considerando las futuras ampliaciones hacia los países del este que poseían una menor tradición histórica democrática, se comenzó a considerar qué hacer si un Estado que ya era miembro de la UE entrara en una deriva autoritaria.

Para tales supuestos, el Tratado de Ámsterdam incorporó en 1998 el Artículo 7 del TUE, que contiene disuasoriamente un mecanismo de sanción, pudiendo llegar incluso a la suspensión del derecho de voto de un Estado en el seno del Consejo de la UE. Aunque en varias ocasiones se ha contemplado aplicar dicho artículo, hasta la fecha jamás ha ocurrido.

La primera ocasión apareció en Austria con la inclusión del FPÖ, un partido de extrema derecha liderado por Jörg Haider, en un gobierno de coalición en el 2000. Finalmente, el Artículo 7 TUE no fue activado dado que su redacción inicial sólo contenía un mecanismo sancionador y no un mecanismo preventivo de alerta, y la retórica amenazante del FPÖ no se había materializado aún en acciones susceptibles de constituir violaciones del Estado de Derecho. Para colmar este déficit, se incluyó con el Tratado de Niza de 2001 un mecanismo preventivo de alerta, que figura actualmente en el Artículo 7(1) TUE.

> *"El respeto de los principios del Estado de Derecho forma parte de los criterios de adhesión a la UE y está consagrado en el Artículo 2 del TUE como uno de los valores esenciales de la UE"*

Son dos casos más recientes y graves los que han expuesto acuciantemente las limitaciones del Artículo 7 TUE: Hungría y Polonia. Tras la llegada al poder de *Fidesz* en 2010 en Hungría, liderado por Orbán, y del *PiS* (Ley y Justicia) en 2015 en Polonia, liderado por Kaczyński, ambos países comenzaron a mostrar una preocupante deriva autocrática, con ataques desde el gobierno y reformas legislativas contrarias al pluralismo de los medios de comunicación, la independencia judicial, la inmigración, los derechos de las minorías y la libertad de enseñanza. Aunque en ambos casos el procedimiento preventivo de alerta del Artículo 7(1) TUE ha sido iniciado, éste se ha demostrado completamente estéril dado que ambos gobiernos asumen orgullosamente su carácter de "democracias iliberales". Así, el diálogo y las recomendaciones previstas por dicha disposición son completamente

inútiles. Además, el mecanismo de alerta tiene sentido en casos de "riesgo claro de violación grave" del Estado de Derecho, mientras que con Polonia y Hungría ya se está ante una violación efectiva y no un riesgo. Por otro lado, el mecanismo de sanción del Artículo 7(2) TUE para los casos de "violación grave y persistente" del Estado de Derecho se ha mostrado igualmente infructuoso debido a la exigencia de la unanimidad. Aunque el Estado "acusado" queda excluido de la votación, dicha regla impide la adopción de sanciones cuando hay más de un Estado en el punto de mira.

Una segunda vía para combatir el problema, que arroja un balance significativamente más positivo, es el contencioso ante el TJUE, ya sea a través de los procedimientos de infracción iniciados normalmente por la Comisión o mediante cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales. Aunque el análisis exhaustivo de este rico contencioso excede las posibilidades del presente artículo, la jurisprudencia del TJUE ha jugado un papel muy importante para contener algunos de los ataques al Estado de Derecho, en particular a la independencia judicial en Polonia. No obstante, independientemente de su papel fundamental como último garante del orden jurídico europeo, difícilmente puede el contencioso ante el TJUE bastarse por sí solo para reconducir la situación.

En tercer lugar, la Comisión ha decidido realizar un seguimiento anual de la evolución del Estado de Derecho en la UE, concebido complementariamente como un sistema de "*name & shame*" (señalar y avergonzar) sin consecuencias jurídicas vinculantes. El 30 de septiembre de 2020, publicó el primer Informe sobre el Estado de Derecho, con un capítulo dedicado a cada país.

Hacia una condicionalidad ligada a los presupuestos de la UE

Habida cuenta de las insuficiencias de los mecanismos descritos, la Comisión Juncker intentó dotar a la UE de un instrumento más persuasivo para conseguir que Estados recalcitrantes como Hungría y Polonia, casualmente receptores netos de fondos europeos, decidieran regresar a la senda del respeto de los valores fundamentales de la UE: la condicionalidad ligada al desembolso de fondos europeos. Aunque inicialmente el proyecto no consiguió ver la luz, parece estar a punto de materializarse en el contexto de las negociaciones sobre el Marco Financiero Plurianual.

Permítaseme recordar que la UE adopta cada 7 años un Marco Financiero Plurianual, que sirve de base para sus presupuestos anuales. La negociación comienza con una propuesta de la Comisión, que es discutida en el seno del Consejo Europeo, institución que reúne a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros. El Consejo Europeo, actuando por "consenso", aprueba

políticamente la propuesta, pudiendo modificarla como estime necesario. El proyecto de Marco Financiero Plurianual es enviado ulteriormente al Parlamento Europeo para su aprobación por mayoría simple. Aunque éste sólo puede aprobar o rechazar el presupuesto, sin poder introducir modificaciones, en la práctica durante esta fase se suceden una serie de negociaciones informales entre representantes del Parlamento, la Comisión y el Consejo de la UE. En última instancia, el Marco Financiero Plurianual es adoptado por unanimidad por el Consejo de la UE (órgano que reúne a los ministros responsables de la materia en los Estados miembros; en este caso, los ministros de economía y finanzas).

Del 17 al 21 de julio de 2020, el Consejo Europeo negoció y finalmente dio luz verde al Marco Financiero Plurianual de la UE para el período 2021-2027 de un montante de 1,0743 billones de euros, así como a la creación de un fondo de recuperación de la pandemia de un montante de 750.000 millones de euros, denominado *Next Generation EU*. El resultado de esta cumbre debe calificarse de verdaderamente histórico, tanto por el volumen de recursos movilizados en circunstancias tan críticas (alcanzando temporalmente casi un 2% del PIB de la Unión, frente al habitual y modesto 1,2%), como por los instrumentos aprobados (la Comisión financiará el aumento del gasto mediante la emisión de bonos en los mercados en nombre de la UE –una suerte de "eurobonos"– y se crearán una serie de importantes nuevos "recursos propios" de la UE), y por el importante componente de solidaridad y la apuesta por una mayor integración europea (el *Next Generation EU* prevé 390.000 millones de euros en ayudas a fondo perdido a los Estados

cuyas economías han sido más golpeadas por la pandemia –incluida España– y 360.000 millones de euros en préstamos reembolsables en condiciones favorables).

Como no podía ser de otro modo, el carácter crítico de la situación, la ambición de la propuesta y la regla del consenso fueron los ingredientes de la receta perfecta para un cocktail potencialmente explosivo, infusionado lentamente durante la que resultó ser la segunda cumbre europea más larga de la historia. En efecto, la regla del consenso, aunque no haya votación formal, confiere en la práctica un derecho de veto a cada Jefe de Estado o de Gobierno. Así, por un lado, los llamados "frugales" (Holanda, Austria, Suecia y Dinamarca), gracias a la amenaza del "veto", consiguieron rebajar la ambición de la propuesta de la Comisión, en particular en la relación entre subvenciones y préstamos reembolsables del *Next Generation EU*. Por otro lado, blandiendo la misma amenaza, las "democracias iliberales" (Hungría y Polonia) consiguieron eliminar el mecanismo de condicionalidad ligado al respeto del Estado de Derecho de las conclusiones del Consejo Europeo, que se limitan a "subrayar la importancia del respeto del Estado de Derecho".

"Como no podía ser de otro modo, el carácter crítico de la situación, la ambición de la propuesta y la regla del consenso fueron los ingredientes de la receta perfecta para un cocktail potencialmente explosivo, infusionado lentamente durante la que resultó ser la segunda cumbre europea más larga de la historia"

Aunque el resultado final sea motivo de satisfacción para todos los europeístas, es importante recalcar que los Estados que casi llegaron a hacer descarrilar la cumbre y que rebajaron su nivel de ambiciones constituían una exigua minoría sin fuerza de bloqueo si se hubiera aplicado la regla de la mayoría cualificada en vez del consenso. En opinión de este autor, ello ilustra la necesidad imperiosa de modificar definitivamente la toma de decisiones en el seno del Consejo Europeo y del Consejo de la UE, eliminando el consenso y la unanimidad en aquellos casos en que aún perduran (cada vez menos, pero aún importantes) en beneficio de la mayoría cualificada. Ésta es una de las cuestiones que este autor espera aborde la inminente Conferencia sobre el Futuro de Europa.

Tras la cumbre europea de julio de 2020, se envió al Parlamento Europeo un proyecto relativo a la condicionalidad "descafeinado" que difería de la propuesta de la Comisión en dos elementos. Primero, las violaciones del Estado de Derecho susceptibles de conducir a la congelación de fondos se limitaban a aquellas que implicasen el mal uso de fondos (fraude, corrupción, etc.). Segundo, mientras que en el proyecto inicial correspondía a la Comisión proponer las sanciones y éstas eran adoptadas por el Consejo de la UE a menos que la bloquease una mayoría cualificada ("mayoría cualificada invertida", sistema que facilitaba la adopción de medidas y dificultaba el bloqueo), el texto modificado por el Consejo de la UE contemplaba una propuesta por la Comisión, aprobada con el voto de una mayoría cualificada en el Consejo de la UE.

El actual proyecto de condicionalidad

A la luz del reciente principio de acuerdo entre el Consejo de la UE y el Parlamento, parece que, a instancias de este último, se han introducido algunas modificaciones que refuerzan el sistema, de manera que aunque no se trata del mecanismo omnicomprensivo y semiautomatizado concebido por la Comisión y deseado por el Parlamento, tampoco es un gigante de cartón.

El proyecto consolidado de Reglamento sobre un Régimen de Condicionalidad para la Protección del Presupuesto de la Unión (el "proyecto de Reglamento") establece que el respeto del Estado de Derecho no es sólo una condición de adhesión a la UE sino un deber de los Estados miembros. Asimismo, reconoce que no existe democracia ni derechos fundamentales sin Estado de Derecho.

En primer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación, el mecanismo se aplicará cuando existan violaciones del Estado de Derecho que afecten o puedan afectar gravemente la buena gestión del presupuesto de la UE o la protección de los intereses financieros de la UE de manera suficientemente directa. Contrariamente a lo deseado por la Comisión y el Parlamento, las violaciones del Estado de Derecho sin impacto sobre los fondos de la UE en principio no podrán disparar este mecanismo. Ello parece confirmado por la exigencia de que las violaciones se refieran a la implementación adecuada del presupuesto de la UE por las autoridades nacionales, en particular en relación con la contratación pública y la concesión de ayudas; el funcionamiento correcto de control y auditoría financiera; o la investigación y sanción adecuadas del fraude, la evasión fiscal y la corrupción relativa a la implementación del presupuesto de la UE. No obstante, el compromiso acordado introduce dos aperturas importantes. Primero, una nueva disposición es susceptible de extender indirectamente el ámbito de aplicación del mecanismo, al indicar que constituyen ejemplos de violaciones relevantes el poner en peligro la independen-

cia del poder judicial, no sancionar y corregir decisiones ilegales o arbitrarias, no dotar de recursos humanos y financieros a las autoridades públicas de fiscalización, no prevenir los conflictos de interés, limitar las vías de recurso o no respetar las decisiones judiciales. Aunque en principio lo anterior debe estar relacionado con el uso de fondos europeos, cualquier atentado sistémico contra la independencia judicial y la eficacia de las autoridades de fiscalización podría tener un impacto sobre los intereses financieros de la UE, lo que podría activar el mecanismo. Segundo, el proyecto de Reglamento precisa que el concepto del Estado de Derecho se interpretará a la luz de los valores y principios del Artículo 2 TUE, los cuales incluyen la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad o los derechos de las minorías. Así, violaciones de estos valores y principios podrían disparar el presente mecanismo cuando exista alguna conexión con los fondos de la UE (ej.: un atentado contra la libertad de enseñanza universitaria se podría conectar con el programa Erasmus financiado por la UE).

En segundo lugar, en cuanto al procedimiento de adopción, la iniciativa corresponde a la Comisión, quien tras haber recibido las alegaciones del Estado propondrá las medidas basándose en todos los elementos objetivos, imparciales y justos que sean pertinentes, incluyendo la jurisprudencia del TJUE, los informes del Tribunal de Cuentas e incluso los Informes anuales de la Comisión sobre el Estado de Derecho en la UE. Aunque el compromiso obtenido por el Parlamento introduce plazos procedimentales estrictos, las eventuales medidas deben ser adoptadas por mayoría cualificada del Consejo de la UE (en vez de la "mayoría cualificada inversa" deseada por Comisión y Parlamento), con la posibilidad de que el Estado implicado solicite elevar la cuestión al Consejo Europeo.

En tercer lugar, en lo que se refiere a las sanciones, que deberán ser proporcionales a la infracción, pueden incluir la suspensión de la aprobación de programas, la suspensión de adelantos, la interrupción de los plazos de pago, la reducción o suspensión de pagos comprometidos al Estado. Significativamente, para evitar que los Estados incumplidores usen a los beneficiarios como "rehenes", se precisa que las sanciones no eximen en ningún caso al Estado de su obligación de efectuar los pagos comprometidos a los beneficiarios finales (ej.: agricultores, estudiantes, ONG), quienes asimismo podrán dirigirse directamente a la Comisión en caso de que el Estado viole esta obligación.

Conclusión

Probablemente el proyecto de Reglamento sobre un Régimen de Condicionalidad para la Protección del Presupuesto de la Unión no es el paso de gigante que algunos deseaban para reconducir las derivas autoritarias en algunos países de la UE, pero indiscutiblemente constituye un progreso. En efecto, su ámbito de aplicación queda lo suficientemente abierto como para permitir a la Comisión hacer un uso "agresivo" del instrumento. El procedimiento de toma de decisiones parece ser suficientemente operativo. Por último, las importantes consecuencias financieras pueden razonablemente ejercer un cierto efecto disuasorio sobre los Estados iliberales. Por todo ello, el balance es netamente positivo.

Naturalmente, no es más que un proyecto, debiendo aún ser aprobado por el Parlamento y por el Consejo de la UE. Y aunque la adopción de este específico proyecto de Reglamento debe hacerse por mayoría cualificada en el Consejo de la UE (sin que ningún Estado miembro disponga de poder de veto), tanto Hungría como Polonia han amenazado con hundir la aprobación del Marco Financiero Plurianual, para el cual sí disponen de derecho de veto, si este Reglamento es adoptado. En opinión de este autor, no obstante, es dudoso que esta amenaza se materialice dadas las consecuencias gravísimas que tendría y lo más probable es que dichos Estados se den por satisfechos con las concesiones obtenidas.

---

* Todas las opiniones son estrictamente personales.

Fotografía: © European Union

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO PIEDRA ANGULAR DE LA RECONSTRUCCIÓN POST PANDEMIA

Por Javier Gómez Gálligo
Letrado de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública
Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Director General de los Registros y del Notariado (2014-2018)

La pandemia por el virus COVID-19 va a tener muchas más consecuencias de las que pensábamos inicialmente. Más allá del terrible daño a las personas que está significando, lo que ya de por sí es una pérdida irreparable, va a tener consecuencias sociales y económicas inusitadas. Se ha producido destrucción de empleo, restricción del turismo, incumplimiento de contratos por alteración de las circunstancias y de las bases que sirvieron para concluir los negocios ... La ocupación ilegal de viviendas (la llamada okupación que nunca es modo de adquirir el dominio en nuestro Derecho) se ha incrementado notablemente, igual que la morosidad en el pago de las obligaciones.

Es el momento de recordar con serenidad cuáles son las bases por la cuales nació el Estado moderno, en particular la defensa de la persona y de la propiedad. El Estado, sobre todo ahora en época de crisis, debe defender los valores esenciales de la sociedad, entre los que se encuentra la seguridad jurídica y la defensa de los derechos individuales de la persona. No podemos retroceder en la necesaria división de poderes, en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en el respeto a la independencia judicial y en los principios esenciales de la organización jurídica. Entre ellos el del cumplimiento de las obligaciones y el respeto al derecho de propiedad. No puede aprovecharse la pandemia para alterar el equilibrio de poderes y funciones, como ocurriría si se alteraran en beneficio del Ejecutivo las reglas de elección del Poder Judicial. Si se abandonan los aparejos de la nave esta queda sin rumbo para siempre.

En este contexto la prevención de litigios, el orden y la seguridad en las transacciones, la protección de los *property rigths* se erigen en postulado esencial del Estado social y de Derecho. La seguridad jurídica consagrada en el artículo 9 de la Constitución es también piedra angular que debemos respetar para la futura reconstrucción de la sociedad cuando pase la pandemia. Por seguridad jurídica se entiende la certeza del individuo en sus derechos y obligaciones, predictibilidad de las decisiones adoptadas por el Poder público, y la garantía que el Estado debe ofrecer al ciudadano de que no se verá privado arbitrariamente de sus derechos y libertades. Deben adoptarse por tanto urgentemente medidas para la defensa eficaz del derecho de propiedad frente a la ocupación ilegal y para la ejecución de las garantías, la seguridad jurídica, en definitiva. Deben ahora afianzarse las estructuras del edificio, para cuando pase la pandemia poder reconstruirlo.

Dentro de ese concepto se sitúa también la seguridad jurídica preventiva, integrada por las Notarías y los Registros de la Propiedad y Mercantiles, instituciones que permiten reducir la conflictividad judicial en el ámbito civil y mercantil y asegurar la rapidez y seguridad en las transacciones. En España no existen seguros de títulos (que aseguran una indemnización en caso de evicción) a diferencia de otros países. Lo que demuestra que tiene un buen sistema preventivo.

Notarios y registradores han sido servicio esencial durante la pandemia del COVID-19 y han colaborado en mantener esos aparejos indispensables de la nave para que no se desarbole. Siguieron al frente de sus oficinas, adoptando las medidas sanitarias exigidas, y teletrabajando en la medida de lo posible. Lo facilitó la existencia de una intranet colegial en la que los Colegios Profesionales son autoridades de certificación en relación con la firma electrónica de sus colegiados.

Se han utilizado nuevas tecnologías que han evitado en lo posible las actuaciones presenciales. En este sentido los Reales Decreto-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 11/2020, de 31 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, admitieron el uso durante la pandemia de las videoconferencias para la adopción de acuerdos en órganos colegiados de gobierno y administración de asociaciones, sociedades civiles y mercantiles, y de patronatos de fundaciones, y se generalizó la posibilidad de solicitud y emisión de notas simples y certificaciones por vías telemática. El Colegio de Registradores adoptó el acuerdo de emitir gratuitamente la información registral cuando la finalidad fuera la moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios, como medida para facilitar la situación de las personas en situación de vulnerabilidad. Todo ello se unió a la posibilidad de utilización de la firma electrónica en la rúbrica de los asientos registrales y a la presentación telemática de escrituras en los Registros, que ya existía con anterioridad.

La utilización de herramientas digitales está generalizada en el ámbito registral, pero aún tiene que desarrollarse más, sin merma de la seguridad jurídica y del principio de legalidad. Está así pendiente de regulación legal definitiva el tema de las videoconferencias en el ámbito notarial (recientemente se ha aprobado una proposición de ley instando al Gobierno a presentar un proyecto de ley al respecto) y sobre todo la regulación del Registro mercantil electrónico, ya que la Directiva UE 2019/1151 de 20 de julio, sobre herramientas y procesos digitales, pendiente aún de trasposición en España, obliga a utilizar modelos electrónicos en la constitución de sociedades y a regular todo el proceso de constitución de la sociedad (desde la aportación dineraria hasta la inscripción) sin presencia física de los otorgantes. Ya existen modelos electrónicos para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, ahora se pretende su generalización en todo ámbito de constitución de sociedades con aportaciones dinerarias. Y se pretende también impulsar la interconexión de los registros a nivel europeo, facilitando el intercambio de información transnacional, siguiendo la estela de la Instrucción de la DGRN de 9 de mayo de 2017 que introdujo en España el *Business Register Interconexion System* (BRIS) que permite la localización de los principales datos de cualquier sociedad mercantil europea.

Hay que seguir por este camino. La Pandemia –no hay mal que por bien no venga– nos ha enseñado a teletrabajar más. Debe seguirse en la línea de fomentar las nuevas tecnologías sin merma del cumplimiento de la legalidad. Pero el equilibrio entre rapidez y seguridad jurídica que tradicionalmente ha caracterizado el sistema registral español, no debe perderse. En este sentido es fundamental que los derechos individuales no se vean perjudicados por el uso de estas nuevas tecnologías. Y que no exista extralimitación en el uso del poder público ni asunción de competencias ajenas.

El uso de nuevas tecnologías debe tener como contrapeso la defensa de la legislación de protección de datos y el cumplimiento de la legalidad. La información jurídica suministrada por el Estado debe ser rápida, pero también ajustada a Derecho. Y debe estar depurada jurídicamente por el control de legalidad y la calificación registral. La finalidad del sistema de seguridad jurídica preventiva es dar seguridad y rapidez a las transacciones como base del desarrollo económico, tan necesitado tras la pandemia. Pero la piedra angular sigue siendo la persona, los derechos fundamentales del individuo.

Recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de otubre de 2020 ha considerado nulos los acuerdos del Consejo General del Notariado de 16 de diciembre de 2017 por los que se obligaba a los notarios a la digitalización de los documentos de identidad (DNI) de los otorgantes en el instrumento público y a su remisión al Consejo para el tratamiento de esos datos a través de una sociedad mercantil. Se recuerda que la competencia del Consejo se reduce a la elaboración de índices, pero carece de competencia para recabar directamente de forma generalizada e indefinida información del notario e imponerle la carga de remitirla. Máxime cuando se trata de cuestiones que afectan al secreto del protocolo y a la intimidad de las personas.

El uso de las nuevas tecnologías no puede amparar que los datos aportados a las notarías se utilicen para finalidades distintas (informes de solvencia cruzando los DNI aportados, por ejemplo) de lo que es el fin propio de la institución notarial. Ni siquiera la lucha contra el blanqueo de capitales o el uso de las nuevas tecnologías como la videoconferencia pueden justificar la ruptura de los principios tradicionales de respeto a los datos personales y del secreto del protocolo notarial. Son los notarios –igual que los registradores– los que bajo su responsabilidad deben ejercer la función de dar seguridad jurídica preventiva, no corporaciones o sociedades limitadas interpuestas.

En definitiva, debemos afianzar ahora la seguridad jurídica, también la preventiva, para poder llevar a cabo la futura reconstrucción. Pero el fin no justifica los medios. Ni siquiera en época de pandemia.

LA JURISPRUDENCIA, FÓMITE PARA LA RECUPERACIÓN SOCIOECONÓMICA

Por Raúl C. Cancio Fernández
Letrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho.
Académico Co. de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Es incuestionable que todos los órdenes jurisdiccionales están enfrentándose a una situación inédita en esta *nueva* y oximorónica *normalidad* que se nos anuncia. En sede casacional, las jurisdicciones penal, social o contenciosa-administrativa –y debe hacerlo necesaria y urgentemente también el orden civil– han introducido en los últimos tiempos en sus andamiajes procedimentales, mecanismos tendentes a reforzar el recurso de casación como instrumento idóneo para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho, en aras de que la casación no se convierta en una tercera instancia procesal, de manera que pueda cumplir cabalmente su función nomofiláctica prevista en la Constitución.

Y ese reforzamiento se ha sustanciado en una reformulación del tradicional equilibrio entre *ius constituionis* e *ius litigatoris*, exigiéndose ahora del juzgador una aproximación al recurso en la que ya no se analiza únicamente la concurrencia de infracciones normativas, sino la existencia de relevancia, interés o trascendencia casacional. Y en este nuevo diseño, el trámite de admisión adquiere una importancia medular. Por todo ello, en una coyuntura como la que estamos sufriendo, en donde resulta prioritario evitar el colapso de la Administración de Justicia, se impone agilizar al máximo la resolución de aquellos asuntos cuya demora incida más negativamente en la recuperación económica y en la atención a los colectivos más vulnerables, proporcionando a los jueces y magistrados un escenario fiable para la vuelta a una normalidad desadjetivizada, con instrumentos que les permitan afrontar con solvencia el incremento de las cargas de trabajo a las que ya deben hacer frente. Para este fin, la manera en que las Salas de Justicia del Tribunal Supremo enfoquen el régimen de admisión de recursos, se torna en un factor lenitivo acentuadamente valioso tanto para aliviar la abrumadora presión litigiosa, como para coadyuvar a la reactivación del tejido productivo del país.

Y es que una Justicia ágil y previsible, con criterios claros y comprensibles, adecuadamente cohonestada con todas las Administraciones implicadas y en la que se fomente el empleo de medios alternativos de resolución de conflictos, debe ser un objetivo ineludible para una sociedad que necesita perentoriamente recuperar su tensión económica.

Los tribunales, cuando resuelven una pretensión, asignan los recursos productivos en un determinado sentido e influyen en el comportamiento futuro de los agentes económicos, siendo axiomático que el funcionamiento del sistema judicial incide de manera directa en el desarrollo económico como factor dinamizador e impulsor del intercambio de bienes y servicios. Es palmario que el funcionamiento del sistema judicial influye en el desarrollo de los mercados financieros, lo que facilita el aumento de la inversión y del volumen de actividad. Asimismo, la estructura jurídica resulta fundamental para estimular el emprendimiento y la creación de empresas, así como para competir en una economía globalizada. Consecuentemente, un Estado que ofrece niveles óptimos de seguridad jurídica tiene mayores oportunidades de atraer capitales y los recursos productivos que se requieren para generar riqueza y empleo.

La previsibilidad del sistema judicial incide pues sobre la inversión, las tasas de descuento, la prima de riesgo, los tipos de interés, el encarecimiento o abaratamiento de las compras del sector público o, sin ánimo de exhaustividad, en la dimensión y funcionamiento de los mercados de crédito. Puede decirse, sin riesgo de incurrir en hipérbole, que el sistema jurídico-procesal no es únicamente un marco, sino una verdadera infraestructura para la inversión y el crecimiento económico.

La Gran Recesión de 2008 forzó a casi todos los gobiernos a introducir reformas que de un modo u otro afectaron muy significativamente en el bienestar, la liquidez y la estabilidad laboral de familias y empresas. Mu-

chas de aquellas disposiciones plantearon problemas hermenéuticos que, al ser resueltos por los tribunales, dieron pie a que algunos les atribuyeran un impropio rol en la política económica nacional. Ahora, con esta nueva crisis de dimensiones bíblicas en ciernes –y más de trescientas disposiciones legales *ad hoc* después–, se va a reproducir el debate de forma exponencial y, en este sentido, la respuesta del Tribunal Supremo, merced a la producción jurisprudencial de cada uno de sus órdenes jurisdiccionales, adquiere nuevamente un papel de extraordinaria relevancia: desde la delimitación de la responsabilidad penal de las autoridades por la gestión de la crisis derivada de la pandemia a la que deberá dar respuesta la Sala de lo Penal, a la sustanciación, en su caso, de responsabilidades de naturaleza patrimonial o el control de las medidas limitativas de derechos adoptadas por las administraciones central y autonómicas, competencia de la Sala Tercera, pasando por la trascendental incidencia que, sobre el tejido productivo, el empleo y la estabilidad socio laboral que, lamentablemente, va a tener la doctrina que emana de la Sala Cuarta o, finalmente, la certeza de que la jurisdicción civil será una de las más afectadas por las consecuencia económicas derivadas de esta crisis sanitaria, al ser los órganos judiciales de este orden los que soportarán un sustancial número de concursos, de procesos en donde se diriman cuestiones que afecten a la vida de los contratos tras la situación de confinamiento o de pretensiones propias del ámbito del Derecho de Familia, con grave riesgo de colapso para una jurisdicción ya de por sí muy sobrecargada. El impacto en el ámbito mercantil se presume asimismo muy severo, con un incremento exponencial de la solicitud de procedimientos de insolvencia, que demandará del sistema judicial una tramitación ágil y sin dilaciones de los mecanismos que faciliten la continuidad de muchas empresas y de la actividad de los profesionales afectados por la crisis, obteniendo el máximo rendimiento económico de los activos, salvando el tejido industrial y la conservación del mayor número posible de puestos de trabajo.

"Es palmario que el funcionamiento del sistema judicial influye en el desarrollo de los mercados financieros, lo que facilita el aumento de la inversión y del volumen de actividad"

De todo ello se colige que una Justicia eficiente es inequívocamente rentable desde el prisma económico, pues el coste de mantener la eficacia y la excelencia del Tribunal Supremo como unificador de la doctrina jurisprudencial, cuyos frutos son objetiva y económicamente apreciables, resulta absolutamente insignificante si se pondera con los beneficios que la fluidez de la institución genera para la sociedad que, de otra manera, se malbaratarían absurdamente en un bucle de pendencia jurisdiccional del que afortunadamente se estaba saliendo y que, consecuentemente, sería trágico retornar a él.

En síntesis, entramado institucional, sistema judicial y desarrollo económico son diferentes caras de un mismo poliedro. Aquí, en España, un joven magistrado de la Real Audiencia de Sevilla lo vio claro hace casi tres siglos. Gaspar Melchor de Jovellanos, ese juez recién llegado a su destino hispalense en el año 1767, escribió por aquel entonces con asombrosa clarividencia: «*(...) Esta convicción dio a mis estudios una dirección más determinada, porque recorriendo los grandes y diversos conocimientos que requiere la ciencia de la legislación, hube de reconocer muy luego que el más importante y más esencial de todos era el de la Economía civil o política*».

¿QUÉ HACER...Y QUÉ NO HACER?

Por Francisco Cabrillo
Catedrático de Economía de la Universidad Complutense
Fundación Civismo

Son frecuentes los desacuerdos cuando se debate sobre los principios directores de un programa de reconstrucción tras una crisis económica. Pero lo que la historia nos enseña, de una forma bastante consistente, es que las presiones para que el Estado incremente su peso en la actividad económica y refuerce su regulación crecen de forma significativa tras una recesión profunda. Muchos ejemplos podrían citarse. Pero fijémonos en uno de especial relevancia: las normas que regulan el sistema financiero. Tras la crisis financiera de 2007 se escucharon muchas voces que consideraban que una de las causas principales de ésta había sido el proceso de desregulación financiera aplicado en las últimas décadas, que en Estados Unidos se identificaría con la derogación definitiva de la Ley Glass-Steagall. La mayor parte de los especialistas consideran que la crisis tuvo muy poco que ver con tal reforma legal. Pero una de las primeras reformas que se plantearon en aquellos momentos fue la aprobación de la Ley Dodd-Frank, que ha elevado de forma significativa el nivel de regulación en el sector. Y algo similar podríamos decir, con carácter más general, de las medidas acordadas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, conocidas como Basilea III.

Cuando la economía de un país se derrumba, como está sucediendo en los momentos actuales en nuestro país, se pide al Estado que arbitre medidas para solucionar problemas que, a menudo, quedan claramente fuera de sus competencias; y se sugieren incluso reformas que, si fueran aplicadas, dejarían las cosas aún peor de lo que estaban. La polémica que se ha planteado en España sobre la regulación de los arrendamientos urbanos en los últimos meses, en especial tras la aprobación de la ley catalana sobre la materia, es un buen ejemplo de ello. Y no es una cuestión baladí, ya que que los efectos de las medidas que se proponen pueden ser demoledores para un sector tan importante como el inmobiliario; sin olvidar, además, que tal reforma perjudicaría a buena parte de aquellos a los que se pretende ayudar, dado que, con este tipo de normas, la oferta de vivienda se reduce y resulta más difícil para mucha gente encontrar una casa en alquiler.

¿Significa esto que el Estado no debería hacer nada para tratar de paliar los efectos de una recesión tan grave como la que hoy sufrimos? No, en absoluto. La cuestión clave es aceptar que lo que no debe hacer nunca el sector público es crear problemas a la recuperación poniendo obstáculos al buen funcionamiento de los mercados. Pietro Verri, el gran economista de

"Cuando la economía de un país se derrumba, como está sucediendo en los momentos actuales en nuestro país, se pide al Estado que arbitre medidas para solucionar problemas que, a menudo, quedan claramente fuera de sus competencias; y se sugieren incluso reformas que, si fueran aplicadas, dejarían las cosas aún peor de lo que estaban"

la Ilustración italiana, terminaba su ensayo más conocido —*Meditaciones sobre la economía política*— con un capítulo curioso titulado "El carácter de un ministro de economía". En él daba una recomendación muy clara a cuantos algún día pudieran ocupar este puesto: "El ministro de economía debe ante todo ser activo para destruir y muy cauto para construir". Y tal consejo se plasma en una serie de cuestiones muy básicas, y muy relevantes al mismo tiempo. Debe el ministro —escribía Verri— remover obstáculos, romper cadenas, facilitar el desarrollo de la competencia que estimula la producción, aumentar el ámbito de la libertad civil, dejar un campo espacioso a la industria. Y añadía algo especialmente importante para un jurista: debe asegurar una vía fácil, pronta y desinteresada a los contratos, estimular la buena fe en el comercio y no permitir nunca que el fraude pueda quedar impune.

Me temo, sin embargo, que nuestro Gobierno tiene auténtica vocación de construir, aunque no tenga muy claro lo que quiere construir ni cuáles pueden ser en el medio y largo plazo los efectos de sus reformas. Si hay algo en lo que la mayor parte de los economistas están de acuerdo es en que, en estos momentos, una subida de impuestos puede tener efectos muy perjudiciales para la recuperación. Pues bien, ya tenemos propuestas de subidas de impuestos en un presupuesto que aún no ha empezado a andar y ya genera todo tipo de desconfianzas tanto en España como en la Unión Europea.

"También hay acuerdo general en que la situación del mercado de trabajo en España es muy preocupante, con estimaciones de la Unión Europea que apuntan a que podemos incluso superar a Grecia y convertirnos en el país con la mayor tasa de desempleo del continente"

También hay acuerdo general en que la situación del mercado de trabajo en España es muy preocupante, con estimaciones de la Unión Europea que apuntan a que podemos incluso superar a Grecia y convertirnos en el país con la mayor tasa de desempleo del continente. Pues bien, ya se escucha en estos días que hay que subir de nuevo el salario mínimo, ya que 950 euros se considera una cifra insuficiente para garantizar un nivel de vida adecuado. Lo malo es que el resultado esperable de esta medida —bienintencionada, sin duda— sería más paro, en especial en el sector de los jóvenes, en el que la tasa de desempleo alcanza en España un nivel de auténtico escándalo (40% para los menores de 25 años en el pasado mes de septiembre). El actual salario mínimo

no supone, para las empresas, un coste de 950 euros mensuales por empleado con esta remuneración. Si se suman las cargas sociales y pagas extras, tal coste asciende a unos 17.000 euros al año, o 1.400 euros al mes. Ya hay muchas empresas que no pueden soportar tal coste. Si lo aumentamos, el número de contratos para los jóvenes y los trabajadores menos cualificados será, sin duda, aún menor. Y se insiste también en echar abajo las dos reformas laborales —aprobadas en su día por el PSOE y por el PP— que, aunque tímidas, consiguieron flexibilizar algo nuestro mercado de trabajo. Si así se hiciera, la recuperación del empleo sería aún más difícil.

Otro tema en el que el Gobierno insiste es en la necesidad de reformar el sistema productivo. Tal cosa sería muy conveniente, sin duda. Pero no es la administración pública la que puede lograr tal objetivo. La creación de un nuevo sistema productivo tiene que salir de las empresas, los trabajadores y los profesionales. Sin embargo, los datos de los índices internacionales sobre facilidades para la creación y gestión de empresas —*Doing Business* es un ejemplo, pero no el único— sitúan a España de forma sistemática en muy mala posición, ya que consideran que en nuestro país la regulación y la burocracia crean muchos problemas a las iniciativas empresariales. Cambiar esto sí sería una buena aportación a la recuperación económica del país. ¿Lo hará el Gobierno? Me temo que lo que encontramos hoy son indicios de que se pretende hacer exactamente lo contrario.

No soy optimista, por tanto, con respecto a la recuperación económica de España en el corto y medio plazo. Los datos están sobre la mesa y las posibles soluciones también. Seguir la vía equivocada tendría costes demasiado altos.

TRAS LA PANDEMIA, RECONSTRUIR. CAPÍTULO I: LA SALUD

Por Juan José Bestard Perelló
Copresidente de la Sección de Derecho Sanitario del ICAM

La pandemia del COVID-19 ha creado en muchos países una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes. Sin duda habrá que reconstruir lo dañado, reformar lo que ha fallado e incluir nuevas formas de hacer las cosas, no solo en previsión de otra pandemia sino como oportunidad para la mejora.

En línea con la teoría de la innovación disruptiva de 1997 [1], las restricciones de movilidad y de contactos han revolucionado las relaciones sociales, los patrones de consumo (incremento del ahorro familiar), la educación (formación online masiva), la vida laboral (teletrabajo), la tecnología (toma de temperatura), la prevención de contactos (el modelo de las APP) y la atención médica a distancia (la telemedicina).

Las pandemias causaron en el siglo XX más muertes que las guerras y, sin embargo, parece que no se ha tenido en cuenta. La respuesta al COVID-19 está representando una prueba de esfuerzo para los sistemas sanitarios, es decir, asistencia sanitaria y salud pública. ¿Qué ha fallado? En España harán falta estudios científicos serios que expliquen el porqué de unas de las tasas de incidencia y, sobre todo, de mortalidad más altas del mundo.

Los parámetros básicos de los sistemas sanitarios

Los indicadores más utilizados para medir los sistemas sanitarios son el gasto sanitario global en relación con el producto interior bruto (PIB) del país y la relación de este indicador con el gasto sanitario público.

Según el Banco Mundial el gasto sanitario total en relación al PIB en 2017 en España fue del 8,9%, en EE.UU. fue del 17,1%, en Alemania del 11,2%, y en Grecia de un 8,0%. El porcentaje de gasto público sobre el gasto sanitario total en España fue del 70,6%, en EE.UU. el 84,4%, en Alemania el 84,16% y en Grecia el 60,46%.

Otros indicadores útiles para comparar sistemas sanitarios son los derivados de su comportamiento económico, es decir, análisis de sus sistemas de financiación, de sus modelos de asignación y control presupuestario, de los mecanismos de incentivación de eficacia y eficiencia de centros públicos, de la transparencia de los datos económicos y sanitarios —agregados—, así como de la utilización de la gestión sanitaria de base poblacional. Además de ponderar indicadores de resultados, calidad, uso eficaz y eficiente de recursos y la *ratio* de respeto efectivo de los derechos de las personas, usuarios y pacientes.

El sistema sanitario español

El sistema sanitario español está compuesto, básicamente, por dos sistemas solapados, es decir, por una parte el sistema de seguridad social (artículo 41 de la Constitución) y por otra un sistema de servicio público, el Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS), artículo 43 de la Constitución que básicamente reconoce a la salud como bien jurídicamente protegido. Una salud pública, además, de competencias descentralizadas.

Este casi triple sistema se entrelaza con otros componentes, las mutualidades, entidades colaboradoras de la seguridad social y mutuas prestadoras de servicios sanitarios.

El SNS alberga una red asistencial de más de 520 hospitales y 13.131 centros de atención primaria, mezclando centros con y sin personalidad jurídica propia, con distintos modelos de gestión y de dependencia patrimonial. Este engranaje da soporte a un escenario laboral que con distintos niveles de derechos alberga a 515.312 empleados, de los cuales 138.797 son personal médico, 245.533 son personal de enfermería y otros miles de profesionales de la salud y personal no sanitario.

El SNS apareció apresuradamente con la Ley 14/86, con la intención de crear un Servicio Nacional de Salud británico sin abandonar el Sistema de Seguridad Social bismarkiano ya existente, creando Servicios de Salud en todas las Comunidades Autónomas[2]. Al final, llevar al límite la interpretación del Artículo 149.1.17ª de la Constitución[3] para subsanar lo poco que conformaba el Artículo 148.1.21ª a las expectativas más autonomistas, legitimando el proceso de traspasos a Cataluña (1981) y Andalucía (1984)[4]. Se apeló al 149.1.17ª por hacer referencia a la Seguridad Social, modelo del cual se pretendía huir, lo cual finalmente se ha constatado por la vía de universalización utilizada tanto por la Ley 16/2003 como por el Real Decreto Ley 7/2018.

"Así pues, si el problema de España no es el volumen del gasto público, ¿cuál es el problema? Posiblemente sea la permanente desviación presupuestaria, con las cifras más altas en la UE, el alto nivel de desempleo y la baja calidad del gasto público"

Este conglomerado ha producido, entre otras, disfuncionalidad por falta de definición de las competencias del Gobierno central (Ministerio de Sanidad), por ausencia de herramientas jurídicas para la coordinación y gobernanza llevando a la desconexión entre aseguramiento de la salud, financiación, prestaciones de la seguridad social, provisión de servicios, salud pública, prevención, promoción y educación para la salud, con insuficiencia presupuestaria, desde 1986, y con disociación entre las obligaciones financieras del aseguramiento, en manos del Estado, y los presupuestos de gasto sanitario de las Comunidades Autónomas.

La fuerza de los datos

Los políticos en España se vanaglorian del sistema sanitario, para algunos, el mejor, esgrimiendo el conocido, y no por esto menos debatido, modelo de trasplantes[5]. Sin embargo, los datos muestran que España aportó a la sanidad pública en 2018 y 2019 el 5,9% de su PIB, mientras en 2012 fue el 6,6%, cuando la media de los países de la UE ingresados antes del 2004 fue superior al 7,5% en 2019, EEUU aportó el 14,38%, Alemania el 9,91%, Francia el 9,37% y Suecia el 9,27%.

Las críticas de insuficiencia presupuestaria en España son contestadas por voces que justifican la baja cifra del 5,9%. Unas, por eficiencia y, otras, por la creencia de que a más renta *per cápita*, más recursos sanitarios necesita la protección de la salud. Poco o nada sustenta a esas voces, ya rebatidas, siendo inverosímil que con un 37% menos de gasto/PIB, un 58,5% menos en presupuesto/per cápita, se pueda defender un sistema sanitario homogéneo al de Francia, Alemania o Suecia y mucho menos, mejor.

El peso del gasto público en relación al Producto Interior Bruto (PIB) en España es uno de los más bajos de la Unión Europea (UE). En el año 2018 Francia tenía un gasto público correspondiente al 55,6% del PIB, Finlandia un 53,3%, Dinamarca un 49,6%, Alemania un 45,4% y España un 41,9%. La *ratio* de número de empleados públicos por mil habitantes de España se encuentra entre las cuatro más bajas de la UE, junto a Alemania[6].

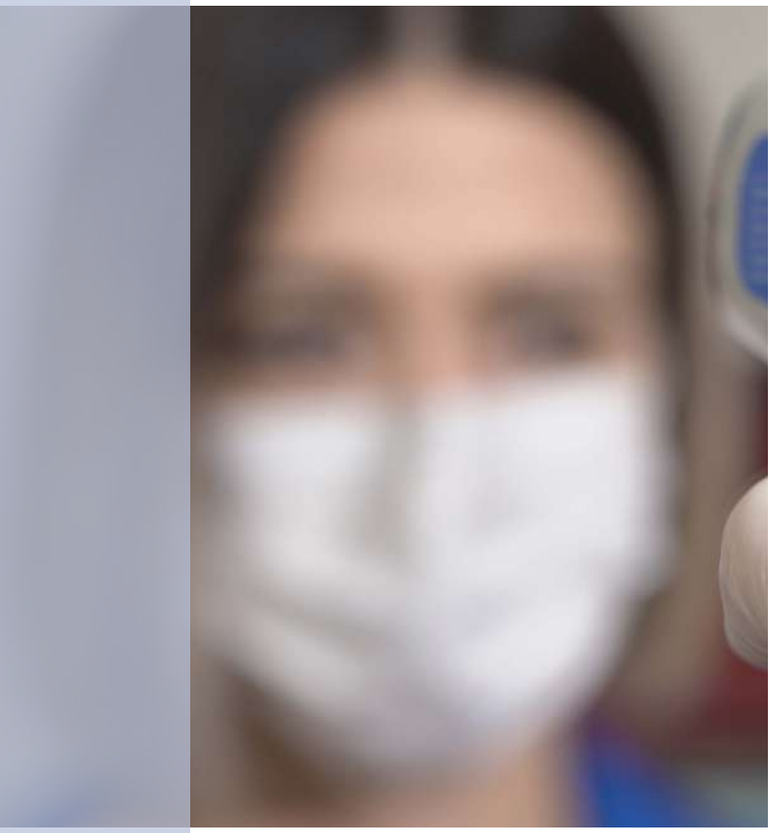
Así pues, si el problema de España no es el volumen del gasto público, ¿cuál es el problema? Posiblemente sea la permanente desviación presupuestaria, con las cifras más altas en la UE[7],[8], el alto nivel de desempleo y la baja calidad del gasto público. Es decir, no es lo mismo generar gasto público para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos —prestaciones sociales, educación, formación, condiciones para la inversión—, en infraestructuras públicas o en la Administración de la justicia, que dedicar el gasto público a recursos estructurales, márquetin político, medios de comunicación, empresas públicas insolventes, instituciones obsoletas, subvenciones, pago de deuda o a gastos de representación, privilegios, coches oficiales, dietas, cenas, viajes o asesores.

Telaraña normativa

España en el contexto de la UE necesita reordenar el sistema sanitario en sus vertientes de aseguramiento, sanidad pública y salud pública. Se deberá atender al derecho público básicamente a la Ley 39/2015[9], Ley 40/2015[10] y Ley 9/2017[11]. En asistencia sanitaria, contemplar las normativas autonómicas así como las de competencia estatal, tales como la Ley 14/1986[12], Ley 16/2003[13] y Ley de 41/2002[14]. En salud pública, la Ley Orgánica 3/1986[15] y Ley 33/2011[16]. Finalmente, la normativa en servicios sanitarios y salud pública del ámbito municipal[17].

Además, la Ley Orgánica 3/2018[18], y en prestación farmacéutica el Real Decreto Legislativo 1/2015[19]. En el ámbito del profesional sanitario la Ley 44/2003[20] y la Ley 55/2003[21].

En aseguramiento, el Real Decreto Legislativo 8/2015[22] y el Real Decreto 81/2014[23], junto a la normativa de las mutualidades, entidades colaboradoras de la Seguridad Social y mutualismo administrativo.



La reconstrucción: cuatro recomendaciones

En busca de un sistema sanitario con suficiencia presupuestaria y predictibilidad, y con herramientas para responder en cualquier supuesto al mandato constitucional del derecho a la protección de la salud, planteamos cuatro recomendaciones.

La primera, una **ley básica de aseguramiento de la salud**, público —en concordancia con el artículo 41 de la Constitución— y privado. Regular el aseguramiento, garantizar la aportación estatal y su fuente de financiación, así como definir y compensar el doble aseguramiento.

Esta ley debería definir tipos de seguros de salud —el público y los privados—, los titulares y sus derechos, adquisición y pérdida de la titularidad, así como soporte documental, cartera de servicios y prestaciones, líneas rojas en la gestión del aseguramiento y en el conflicto cuando la provisión sanitaria está bajo el mismo gobierno, impedir compartir datos, selecciones adversas y cualquier tipo de discriminación. Un modelo para la reclamación y conciliación, ágil y efectivo para el ciudadano. En especial, garantizar la cuantía estatal mínima per cápita, abrir una puerta a la cofinanciación autonómica, con limitación absoluta al déficit presupuestario y **permitiendo** bonificaciones por el uso racional del servicio público —modelo alemán—.

Esta ley debería transparentar y reordenar al modelo mutualista y al subsistema de las entidades colaboradoras de la seguridad social y a las mutuas prestadoras de servicios.

La segunda recomendación sería una **Ley básica del Sistema Nacional de Salud**. Esta definiría la naturaleza del SNS, sus funciones, composición y gobernanza, la financiación de sus centros —competencia autonómica— e información presupuestaria agregada. Deberían crearse registros propios del SNS, sistemas de información sanitaria, así como estándares en calidad, de planificación y gestión, o soluciones a medida para disfuncionalidades en las organizaciones públicas.

También debería definir un modelo de participación de los profesionales sanitarios en la toma de decisiones en todos los niveles del sistema sanitario, a través de sus colegios profesionales, así como un modelo de acceso y carrera profesional para los puestos de gestión, organización, dirección y planificación sanitaria pública —modelo francés—.

"Esta ley debería definir tipos de seguros de salud —el público y los privados—, los titulares y sus derechos, adquisición y pérdida de la titularidad, así como soporte documental, cartera de servicios y prestaciones, líneas rojas en la gestión del aseguramiento y en el conflicto cuando la provisión sanitaria está bajo el mismo gobierno, impedir compartir datos, selecciones adversas y cualquier tipo de discriminación. Un modelo para la reclamación y conciliación, ágil y efectivo para el ciudadano"

Por último, en base a la experiencia reciente, se requiere configurar y regular la Red de Asistencia Sanitaria de Utilización Pública (RASUP) como la red de centros privados que, previa acreditación, optan por ser utilizados y financiados, en casos de alarma sanitaria, por las Administraciones públicas sanitarias autonómicas.

Tercera recomendación: **revisar y actualizar el modelo de salud pública** refundiendo en Ley Orgánica la Ley 33/2011 y la Ley Orgánica 3/1986. Crear la red de vigilancia, pendiente, del artículo 12 y ss, reformar el Centro Nacional de Epidemiología con nuevas competencias y crear y dotar el Plan Nacional de Pandemia —modelo alemán—. Legislar políticas avanzadas en promoción de

la salud y prevención, con amplia participación de la sociedad civil, dirigidas tanto al día a día como a las nuevas alarmas sanitarias que puedan ocurrir. En el orden de la promoción de la salud, crear la red de salud escolar, vinculada funcionalmente a la atención primaria, dotando de enfermería escolar a todos los centros de educación infanto-juvenil con una *ratio* suficiente y eficaz —modelo japonés—.

Cuarta recomendación: **reordenar y regular todo lo relativo a las residencias de la tercera edad**, reformando la Ley 39/2006[24], haciéndola útil e impidiendo lo ocurrido en España durante el estado de alarma iniciado el 14 de mayo de 2020.

Recomendación final

Si el primer paso para la mejora es reconocer los fallos, tan desaconsejable es congratularse de un sistema de salud idílico inexistente, como disociar el gasto sanitario público de las leyes que garantizan el derecho a la protección de la salud. El gasto es una consecuencia, no un objetivo.

La desestructuración, ingobernanza e infrafinanciación del sistema sanitario es incompatible con una sanidad pública eficaz, perjudicando al ciudadano (inequidad y desatención), a los profesionales sanitarios (precariedad y desmotivación), a los proveedores (insolvencias) y a la macroeconomía de la nación (déficit público y deuda).

Hoy el sistema sanitario ya no es una opción política, sino que además de ser una asignatura de ética, para los sistemas económicos es, en especial, una cuestión esencial y pragmática.

(1) Clayton M C. The innovator's dilema. Harvard University Press. Año 2016. ISBN: 9781633691780.

(2) Artículo 49 y ss. de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(3) Constitución de 1978. Artículo 149.1.17ª: Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

(4) Fernández-Miranda y Lozana, E. et al "Transferencias Sanitaria: descentralizar y vertebrar". PricewaterhouseCoopers. Madrid. 2000. Pgs 43-108.

(5) Costas Lombardía, E. El mito del modelo español de trasplantes. El País de 22/06/2018. https://elpais.com/elpais/2018/06/22/opinion/1529691789_652478.html.

(6) Jordana J, Navarro V, Pallarés F, Requejo F. Democracia, Política i Societat. Gobernança i Politíques Públiques. Universitat Pompue Fabra. 2012.

(7) "Eurostat revela que España es el país con el déficit más alto de toda la UE". La Vanguardia de 22/10/2018. https://www.lavanguardia.com/economia/20181022/452493526977/eurostat-espana-deficit-ue.html.

(8) "España tendrá el déficit más alto de Europa pese a su reducido paquete de estímulos". El Confidencial de 15/04/2020 https://www.elconfidencial.com/economia/2020-04-15/espana-deficit-mas-alto-europa-estimulos-fmi_2549739/

(9) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(10) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(11) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

(12) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

(13) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(14) Ley de 41/2002, de 14 de noviembre, básica de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de Información y documentación clínica.

(15) Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

(16) Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

(17) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

(18) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

(19) Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

(20) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

(21) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

(22) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

(23) Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza.

(24) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

PATERNALISMO Y VULNERABILIDAD: EL CASO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Por Macario Alemany García
Director de la Cátedra "Emilio Balaguer" de Bioética, Historia de la Medicina y Medicina Social Universidad de Alicante

El "paternalismo" consiste en el ejercicio del poder sobre un sujeto (individual o colectivo) con el fin de evitar que ese sujeto dañe sus propios intereses en la salud, la economía y, en general, en su bienestar. El paternalismo presupone (1) que los sujetos pueden dañarse a sí mismos y (2) que el poder puede ejercerse de modo benevolente en interés de los propios "sometidos".

Hay muchos factores diferentes que explican el porqué nos perjudicamos a nosotros mismos; todos serían supuestos de "comportamiento irracional". Puede tratarse de una enfermedad mental, de la ignorancia de aspectos relevantes para tomar una decisión correcta, de comportamientos compulsivos generados por una adicción a una sustancia, al juego, etc.; o, simplemente, se tratará de factores de irracionalidad que son propios de la especie humana. Esto último es particularmente importante. En las últimas décadas se ha desarrollado enormemente la ciencia del comportamiento en torno a la idea de que los procesos por los que los seres humanos llegan a creer en algo o a tomar una decisión de hacer o no hacer algo son, con mucha frecuencia, irracionales. Quiere decirse que la racionalidad y la lógica son *modelos* y que si bien somos capaces, en ocasiones, de pensar despacio (por utilizar la expresión de Kahneman) y deliberar racionalmente, acercándonos en nuestra conducta a estos modelos, también, con mayor frecuencia, operaremos con un pensar rápido, que se nutre de heurísticos (sencillos esquemas de interpretación de la realidad) que pueden ser funcionales o no en relación con nuestros intereses. Me quiero centrar en este último tipo de comportamiento irracional. En particular, estoy pensando en el comportamiento social, irracional y "natural" (en este sentido de propio de la especie humana), y que, por tanto, no se puede eliminar sin poner en marcha alguna estrategia "artificial", por así decirlo. Dado que se trata de dificultar o hacer imposibles comportamientos o decisiones colectivas que dañen los intereses en el bienestar del propio colectivo, según la definición con la que he comenzado, estas estrategias serían formas de paternalismo.

> *"El paternalismo presupone que los sujetos pueden dañarse a sí mismos y que el poder puede ejercerse de modo benevolente en interés de los propios 'sometidos'"*

En este ámbito, sobre la irracionalidad de las decisiones colectivas o del comportamiento social y en relación con la pandemia, quisiera destacar tan solo tres factores de irracionalidad. Hay consenso científico en que para los seres humanos es particularmente difícil evaluar correctamente los riesgos en una determinada situación. No es lo mismo la percepción de riesgos que el cálculo de los mismos. Nos influye muchísimo lo que vemos, o la cercanía con un suceso, y muy poco las informaciones de tipo estadístico o de cálculo de probabilidades, sobre las cuales, además, es difícil de entender cómo se aplican a la toma de decisiones particulares. Igualmente, somos todos tendencialmente "miopes" en nuestras decisiones, esto es, que sobrevaloramos nuestros intereses a corto plazo (en ocasiones, la mera satisfacción inmediata de un deseo) y perdemos de vista nuestros intereses a largo plazo, aunque los consideremos "en frío" sin duda de mayor importancia. Finalmente, en el contexto social, esta miopía puede conducir a que los diferentes grupos sociales, más o menos organizados, traten de sacar ventaja de la situación a costa del perjuicio del bien común, lo cual a la larga termina por perjudicar a todos.

En resumen, tenemos que asumir que, en esta pandemia y en las otras epidemias que padeceremos en el futuro, siempre nos enfrentaremos, entre otras, a las siguientes dificultades: una evaluación equivocada (a la baja) de los riesgos de contagio, sobre la probabilidad y gravedad de los mismos; la tendencia a atribuir mayor importancia a la satisfacción de los deseos más inmediatos (como, por ejemplo, comer con los amigos) frente al interés en no sufrir una enfermedad o, incluso, la muerte, y la tendencia al comportamiento parasitario o ventajista en situaciones de crisis. ¿Qué podemos hacer para enfrentar racionalmente estas dificultades?

Algunos arreglos hacen (casi) imposible caer en estos errores y otros lo dificultan en diversos grados. Una acción decidida de "hundir los barcos" puede, efectivamente, reducir las alternativas, eliminando posibilidades negativas. Las sociedades contemporáneas están fuertemente juridificadas y muchas de ellas, como la nuestra, responden, en diferentes grados, a un modelo de democracia constitucional. Estos modelos manifiestan la tensión entre el valor del procedimiento de toma de decisiones democráticas, por mayoría, y el valor de una decisión atendiendo a su contenido (de respeto a los derechos fundamentales). Las constituciones, por ello, pueden ser vistas, en la medida en que restringen el ámbito de lo que cabe decidir por mayoría, como mecanismos de auto-paternalismo. Lo más parecido a "hundir los barcos" sería, por tanto, sustraer la gestión de las pandemias (al menos, las decisiones clave) a las decisiones mayoritarias. El déficit de racionalidad de la mayoría puede mostrarse directamente en las preferencias de la población y/o, indirectamente, en la actividad de sus representantes. El mandato representativo (no imperativo) de nuestro parlamentarismo es en sí mismo un mecanismo de superación de la irracionalidad del pueblo, pero siempre que honestamente se oriente a defender los intereses objetivos de la población y no los intereses particulares y espurios de los grupos políticos en liza. En definitiva, si se quiere evitar que la devaluación incorrecta de los riesgos, la miopía sobre nuestros intereses a largo plazo y el ventajismo tanto por parte de los ciudadanos como por parte de sus representantes conduzcan, en situaciones de crisis sanitarias, a la toma de decisiones erróneas, la única manera de impedirlo sería dejando en manos de un Consejo no representativo la toma de las decisiones más importantes. La legitimidad del consejo vendría por su origen, al ser constituido por la voluntad política de la mayoría, y por su carácter profesional, constituido por expertos en materia de salud pública en sentido amplio.

La idea es que las agencias gubernamentales e intergubernamentales de expertos en relación con crisis sanitarias que ya existen pasen de ser órganos consultivos a órganos con competencias ejecutivas. El ámbito de aplicación de dichas competencias podría definirse estrechamente, para situaciones muy graves, y la finalidad de las mismas circunscribirse a evitar serios daños a la salud pública; igualmente, deberían estar sujetas a procesos de transparencia y rendición de cuentas. Habrá quienes piensen que esta propuesta entraña un paternalismo inaceptable, un ataque a la libertad injustificable; si lo es, no lo sería más que el que supone la autoridad de la *Agencia Europea del Medicamento* o la *Food and Drug Administration* de Estados Unidos. El interés público en tener una vacuna puede ser enorme, pero decidir *por mayoría* que un medicamento es seguro en contra de la opinión de los expertos sería irracional.

Se me dirá que la propuesta es ingenua porque simplemente se manipularía la elección de los expertos para que estos respondieran de nuevo a intereses particulares y no al interés público. En España, tenemos la experiencia de cómo se puede manipular un procedimiento, el de elección del Consejo General del Poder Judicial, orientado a garantizar la neutralidad política, para conseguir exactamente lo contrario. Efectivamente, no hay diseño institucional que pueda sobrevivir a una falta radical de ética en la vida pública. No obstante, si se piensa detenidamente en el caso que nos ocupa y se proyecta hacia el futuro (no se decide ahora en el fragor de la batalla), creo que podríamos, paternalistamente, conseguir ser algo menos vulnerables a nuestra propia irracionalidad.

LA RECUPERACIÓN DEL EMPRESARIO INSOLVENTE ES CLAVE PARA LA RECONSTRUCCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

Por Matilde Cuena Casas
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense
Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho
Directora del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

Los sectores de actividad afectados por las restricciones derivadas de la pandemia por COVID-19 se han llevado por delante a muchos empresarios que se encuentran ya hoy en situación de insolvencia, a pesar de que se trata en muchos casos de empresas viables.

La particularidad que presenta la situación generada por la pandemia es que se trata de una situación transitoria. Por ello el Real Decreto 3/2020 [1] y posteriormente la Ley 3/2020 [2] que lo sustituye, previeron medidas específicas para evitar la declaración masiva de concursos suspendiendo la obligación del deudor de hacerlo hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 6.1 Ley 3/2020). Así mismo, también se aplazó el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando el deudor se veía imposibilitado de cumplir las obligaciones derivadas de un convenio, acuerdo extrajudicial de pagos o acuerdo de refinanciación (art. 4 Ley 3/2020). Debía evitarse a toda costa la liquidación de empresas viables pero insolventes por la situación transitoria generada por el COVID-19. Estas medidas parecían razonables en un contexto que partía de un escenario de recuperación en "uve", aunque fuera asimétrica.

No obstante, llama poderosamente la atención que en el mes de septiembre, que es cuando se aprueba la Ley 3/2020, cuando se está iniciando la segunda ola de la pandemia y con las cifras de contagios en aumento progresivo, no se haya previsto una prórroga de la suspensión del deber del deudor de declararse en concurso de acreedores. En septiembre era claro que los efectos de la pandemia no se iban a superar el 31 de diciembre. Buena prueba de ello es la previsión del art. 6.3 Ley 3/2020 en relación con los deudores que habían comunicado la apertura de negociaciones. Para ellos el plazo para negociar se incrementa en 6 meses, más allá de los dos o tres meses que prevé la normativa concursal.

> *"Los sectores de actividad afectados por las restricciones derivadas de la pandemia por COVID-19 se han llevado por delante a muchos empresarios que se encuentran ya hoy en situación de insolvencia a pesar de que se trata en muchos casos de empresas viables"*

Sin embargo, se mantiene el plazo del 31 de diciembre de 2020 para eximir de la obligación de declararse en concurso. Ello es censurable y puede provocar la "muerte" de un tejido empresarial viable y no es esto precisamente lo que se necesita para la reconstrucción del país. Resulta básico arbitrar mecanismos que permitan mantener la viabilidad de la empresa temporalmente insolvente. Urge por ello prorrogar este plazo, al igual que se ha hecho con el deber de solicitar la liquidación de la masa activa por incumplimiento de convenio, acuerdo extrajudicial de pagos o acuerdo de refinanciación, el cual se ha suspendido hasta el 14 de marzo de 2021. Yo iría más lejos y llegaría al menos a septiembre de 2021.

Por otro lado, muchas de las medidas que se han aprobado durante este periodo para proteger a los deudores

se han centrado en la concesión de moratorias y en medidas que favorezcan la liquidez mediante concesión de financiación con microcréditos a través del ICO. Buen ejemplo de ello es la, a mi juicio, lamentable regulación relativa al problema del pago de la renta por el arrendatario de local de negocio [3], en donde se proponen moratorias pero no quitas. Yo he defendido que sería razonable reequilibrar *ex lege* el contrato, sin necesidad de acudir a los tribunales, haciendo una aplicación analógica del art. 1575 Cc. Sería razonable reducir la renta a pagar por el arrendatario en la misma proporción que su disminución de ingresos, con un "suelo" del 50% [4].

A mi juicio, para proteger a los empresarios hay que pensar en quitas, más que en moratorias. Si algo puso de relieve la crisis de 2008 es el nivel brutal de deuda privada de empresas y particulares y que luego se ha trasladado al Estado como evidencia la evolución de deuda pública. El problema antes de la pandemia es la deuda y después de la pandemia sigue siendo la deuda. Que nadie piense que a un empresario se le ayuda solo con moratorias. Difícilmente remontará si cuando debe reiniciar su actividad tiene acumulada una deuda inasumible. Aquí es donde es precisa la ayuda del Estado. Ayudas fiscales y subvenciones que permitan al empresario "aguantar" este periodo transitorio de inactividad impuesta por el propio Estado para proteger la salud pública. De ahí que en otros países como Alemania la liquidez de las empresas se ha mantenido con subvenciones. Y no hay que olvidar que **es el Estado quien debe dar subvenciones y no la banca. De lo contrario esta crisis económica desembocará en una crisis financiera.**

Pretender que se solucione el problema con moratorias o con préstamos "blandos" es ridículo. Es una "patada adelante". Sobreendeudar al empresario es lo mismo que dar un antipirético a quien necesita un antibiótico. Tapará los síntomas, pero la enfermedad se agravará y acabará empujando al deudor al concurso de acreedores. Medidas que han ido en esta dirección (ERTE) deben mantenerse algo más de tiempo. De lo contrario, no habrán valido para nada

Muchos de los afectados son empresarios personas físicas. No hay que olvidar que el 54,9% de las PYMES en España son personas físicas. Incluso cuando la actividad se lleva a cabo a través de las personas jurídicas, no es infrecuente que haya una persona física avalando las deudas de la sociedad.

Afortunadamente nuestra legislación concursal prevé el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho o régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente de buena fe. Ello permite exonerar al deudor del pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio. Sin duda que esta pandemia está dejando por el camino a muchos deudores de buena fe, honestos pero desafortunados, que es para los que está pensado este remedio. Sin embargo, a mi juicio, hay que evitar que el deudor tenga que recurrir a la exoneración del pasivo insatisfecho. Ello exige la liquidación del patrimonio del deudor, lo que implica, cuando se trata de un empresario, perder puestos de trabajo. Supone además que los acreedores pierdan definitivamente sus derechos de crédito. Si las medidas adoptadas solo incrementan la deuda de los empresarios, ello les abocará al concurso de acreedores y a la exoneración que, a su vez, puede llevar a otros deudores a la insolvencia sumiéndonos en un círculo vicioso de nefastas consecuencias económicas. En definitiva, lo que tengo claro es que la recuperación de la economía pasa por la recuperación de los empresarios y estos necesitan quitas, no más deuda. La regulación concursal es un potente instrumento de política económica y es precisa la pronta transposición de la Directiva europea de reestructuración e insolvencia que favorezca los mecanismos de reestructuración y que nos permita reformar el régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho haciéndolo más generoso (plena exoneración crédito público) y diseñando un itinerario en el que el empresario pueda obtener la exoneración sin liquidación, tal y como ya he defendido. La reforma concursal es obligada por el Derecho europeo, pero además es imprescindible para la reconstrucción de nuestra economía tras esta terrible pandemia.

---

(1) 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

(2) Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia

(3) El tema lo he tratado en este post: "Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto", https://hayderecho.expansion.com/2020/04/27/moratoria-en-los-arrendamientos-de-locales-de-negocio-y-suspension-de-actividad-economica-a-causa-de-la-pandemia-por-covid-19-legislando-para-la-foto/

(4) Así lo he defendido aquí: "Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución", https://hayderecho.expansion.com/2020/03/26/pandemia-por-coronavirus-y-contratos-de-arrendamiento-propuestas-de-solucion/

CLAVES JURÍDICAS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN POSIBLE DE NUESTRO MERCADO LABORAL

Por María Jesús Herrera Duque
Doctora en Derecho
Socia Sagardoy Abogados

Seguimos en situación de crisis sanitaria, con una vuelta a la normalidad que no ha sido posible, ni siquiera desde la definición de "nueva normalidad" en la que nos ha introducido esta excepcional situación de pandemia mundial, que viene a ser como "el rayo que no cesa", azotando de manera permanente la sociedad y nuestras vidas en todas las esferas, personal, laboral, económica, sanitaria, etc. Así, los continuos rebrotes y las terribles consecuencias de este virus letal nos están haciendo individuos diferentes, temerosos y aislados y, en definitiva, el COVID ha dado un vuelco total a nuestro Estado de bienestar, al mundo de las relaciones laborales y a la economía de nuestro país que en el momento actual vive una nueva declaración de estado de alarma efectuada por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y prorrogada mediante Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados hasta el 9 de marzo de 2021, fecha de evaluación de la continuidad del estado de alarma a la vista de la situación epidemiológica en ese momento.

Mientras dura la lucha contra el virus, y en espera de que llegue la anunciada y anhelada vacuna, nuestra sociedad está cambiando y el mercado laboral también, tratando de hacer frente a la tremenda caída en picado de todos los sectores de actividad y servicios y buscando compaginar la subsistencia del tejido empresarial con la necesaria adopción de medidas que protejan la salud de todas los ciudadanos y la salud de todas las personas trabajadoras en el desarrollo de su trabajo.

"Mientras dura la lucha contra el virus, y en espera de que llegue la anunciada y anhelada vacuna, nuestra sociedad está cambiando y el mercado laboral también"

Este panorama hace necesario reflexionar sobre el momento actual y hablar de las posibles herramientas y medidas que nos permitan salvaguardar y recuperar nuestra economía y nuestro modelo productivo, en un intento de afrontar adecuadamente este presente oscuro y este futuro incierto buscando el impulso al crecimiento, la creación de empleo y la generación de recursos.

Y antes de abordar fórmulas y posibles respuestas, y detenernos más concretamente en el trabajo a distancia como una de ellas, creo necesario indicar que uno de los principales puntos de inflexión de esta situación tan crítica, en mi opinión, es la tasa de desempleo. El alto nivel de paro que padecemos y la falta de actividad, consecuencia del COVID, está incrementando más aún una tasa de desempleo que ya era elevada, primero de forma temporal por los ERTE y, previsiblemente después, como situación definitiva cuando empiecen a producirse los expedientes extintivos, los ERE, ya que el panorama a corto/medio plazo no parece halagüeño y la maquinaria de las extinciones colectivas ante situación de extrema necesidad para la supervivencia de las empresas está empezado a desempolvarse. Este va a ser el previsible escenario, unido a la imposibilidad de prestación de servicios por los rebrotes y a la nueva situación

de estado alarma, aplicado esta vez a través de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, que de momento están impidiendo que la actividad productiva se desarrolle, en una situación sostenida y decreciente en el tiempo, en un corto/medio plazo, mientras no haya vacuna efectiva y mientras no logremos recuperar una normalidad distinta de la que ahora venimos denominando nueva, que no deja de ser anómala y disfuncional en todas las esferas de nuestra sociedad.

"Creo necesario indicar que uno de los principales puntos de inflexión de esta situación tan crítica, en mi opinión, es la tasa de desempleo. El alto nivel de paro que padecemos y la falta de actividad, consecuencia del COVID, está incrementando más aún una tasa de desempleo que ya era elevada, primero de forma temporal por los ERTE y, previsiblemente después, como situación definitiva cuando empiecen a producirse los expedientes extintivos, los ERE"

Y en este sentido, los ejes principales del debate sobre la reconstrucción que se ha venido produciendo en los diferentes ámbitos en los que se ha abordado, y concretamente en el seno de la propia Comisión de reconstrucción económica y social, como consecuencia de la crisis del COVID-19, constituida por el Congreso, se han centrado en cuatro cuestiones: 1) El refuerzo de la sanidad pública; 2) La reactivación de la economía y la modernización del modelo productivo; 3) El fortalecimiento de los sistemas de protección social, de los cuidados y la mejora del sistema fiscal y 4) La posición de España ante la Unión Europea.

Y es en el segundo de esos ejes, el de reactivación de la economía y modernización de nuestro modelo productivo donde habitan las cuestiones que tienen que ver con el impulso del mercado laboral y la potenciación y el manejo de las herramientas que lo hagan posible. Sobre el mismo y según las diferentes opiniones que comparto (**Comparecencia de D. Iñigo Sagardoy, Presidente de Sagardoy Abogados, en la referida Comisión del Congreso*) se han propuesto, para su recuperación, entre otras, las siguientes medidas: (i) establecer medidas para la creación de nuevos puestos de trabajo que fomenten la contratación y reafirmen el empleo estable, buscando fórmulas que aligeren y simplifiquen el panorama de contratación y su tipología; (ii) facilitar el empleo y su

mantenimiento a través de medidas de flexibilidad en los acuerdos colectivos y la normativa laboral estatal, la protección social para desempleados y el establecimiento de políticas de formación y reinserción laboral eficientes; (iii) utilizar herramientas de flexibilidad interna laboral (ERTE frente a la extinción de contratos) y protección social de los trabajadores (relajamiento de las condiciones para acceder al desempleo, prevención de riesgos laborales), que sirvieron en la crisis de 2008 y parece que están al menos dando cobertura en esta tremenda crisis sanitaria que estamos padeciendo, tratando de evitar que las suspensiones de empleo o las medidas adoptadas conduzcan a extinciones masivas de contratos o a quiebras empresariales; (iv) dar mayor protagonismo a la negociación colectiva en el establecimiento de medidas excepcionales de mantenimiento y creación de empleo; (v) seguir acudiendo a los ERTE especiales y prorrogar los mismos mientras dure la pandemia; (vi) intentar simplificar los trámites de los ERTE ordinarios por causas objetivas (ERTE por causas económicas, productivas, técnicas u organizativas) y liberar la exigencia de acuerdo colectivo e empresas de menor tamaño; (vii) permitir de una manera más fácil los sistemas de distribución irregular de la jornada y de reducción del tiempo de trabajo como alternativa al despido o a la extinción de contratos, vía negociación colectiva; (viii) adoptar medidas en el ámbito de la salud y seguridad de los trabajadores y una regulación flexible del teletrabajo, con mayores facilidades y con apoyo decidido por parte de las autoridades gubernativas. Estas son algunas de las medidas planteadas en la comisión de reconstrucción.

De entre las posibilidades jurídicas planteadas para dar solución al escenario postcovid, es la recogida en el punto octavo (viii), regulación del trabajo a distancia con flexibilidad y como herramienta de contención de los riesgos

sanitarios, sobre la que va a girar esta reflexión, desde la perspectiva de si su regulación normativa, recientemente aprobada por el Gobierno, sirve o puede servir a esas finalidades; si puede, en definitiva, ser una herramienta que sirva al impulso del mercado laboral y cumpla también con la finalidad de prevenir la salud en tiempos de epidemia.

Trabajo a distancia

Debo indicar, en primer lugar, que el repentino impulso y la actual promoción legal del trabajo a distancia ciertamente ha tenido su origen en la grave situación de crisis sanitaria y pandemia padecidas a nivel mundial, especialmente virulenta en nuestro país, desde la inicial declaración del estado de alarma establecido al comienzo durante más de tres meses (del 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020) y en la urgente necesidad de prevenir los contagios por el virus de la COVID-19 (aunque finalmente esta situación de trabajo a distancia haya quedado exceptuada del ámbito de aplicación de esta nueva normativa) con la imposición de una batería de medidas de contención para frenar la epidemia, que determinaron que esta modalidad de prestación de servicios cobrase un protagonismo absolutamente relevante y se consolidase como una forma de prestación de servicios "normalizada", útil y productiva. Así, tras estos meses de experiencia y uso prioritario, se clamó una regulación específica más desarrollada y concreta que la que se contenía en nuestro Estatuto de los Trabajadores y su artículo 13 anterior, por lo que se promovió el Real Decreto-ley 28/20, de 22 de septiembre, regulador del trabajo a distancia que entró en vigor el pasado 13 de octubre de 2020.

"Debo indicar, en primer lugar, que el repentino impulso y la actual promoción legal del trabajo a distancia ciertamente ha tenido su origen en la grave situación de crisis sanitaria y pandemia padecidas a nivel mundial, especialmente virulenta en nuestro país, desde la inicial declaración del estado de alarma establecido al comienzo durante más de tres meses"

Por tanto, no cabe duda de que la crisis sanitaria mostró el trabajo a distancia como mecanismo eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio durante la misma, que no solo reforzó la tendencia a la normalización de esta modalidad, sino su utilización que a lo largo de este tiempo se ha llegado a establecer como preferente. Con ello, el objetivo, anunciado en el Preámbulo de la nueva norma, descrito al detalle en el mismo, es más bien el de "proporcionar una regulación suficiente que dé respuesta a diversas necesidades y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, 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, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento". Es decir, dotar a la modalidad de trabajo de una serie de contenidos, en derechos y desarrollo que estructuren su uso generalizado y no como herramienta de contención de la epidemia y prevención de la salud y seguridad de los trabajadores, aunque es claro, a estas alturas, que ha servido y sigue sirviendo a esta finalidad.

Desde esta perspectiva, en segundo término, el trabajo a distancia puede mantenerse en la actualidad, incluso impuesto por decisión de la empresa excepcionalmente al menos mientras sigan vigentes las medidas de conten-

ción o limitación vinculadas a la pandemia que, como hemos dicho al comienzo de este artículo, llegan hasta el 9 de marzo de 2021. Pero con independencia de ello, el trabajo a distancia se ha revelado como una herramienta productiva y útil a futuro, que tiene ya una regulación general muy concreta y detallada, desvinculada de la situación de crisis sanitaria, que ha dejado fuera de su ámbito de aplicación el propio trabajo a distancia prestado por consecuencia del COVID y la crisis sanitaria. Por tanto, sí podemos afirmar que sirve como herramienta para la recuperación económica en este contexto de crisis en el que nos encontramos, en la medida en que permite en muchos sectores de actividad, no a todos, la continuidad de la producción y la minimización del riesgo de contagio desde la perspectiva de la prestación de los servicios en un régimen en el que no hay contacto social y, por tanto, hay un menor riesgo para los trabajadores a distancia.

"Pero el trabajo a distancia no puede ser una modalidad única y exclusiva, sino complementaria del trabajo presencial, porque corremos el riesgo de convertir nuestro modelo productivo en un modelo autista de falta de involucración de los trabajadores, menor identificación de los mismos con la empresa y, en definitiva, quiebra y desequilibrio de la organización empresarial y su conjunto"

Sin embargo, el trabajo a distancia combina ventajas e inconvenientes respecto al trabajo presencial que debemos poner de manifiesto, tales como: (i) que erosiona la solidaridad entre los trabajadores respecto de sus intereses comunes, por el aislamiento en la realización de la labor ("autismo social"); (ii) que distorsiona el marco habitual de realización del trabajo por cuenta ajena, con la secuela de pérdida de los niveles de protección laboral y social; (iii) que posibilita una organización más flexible de la producción de ciertos bienes y servicios; (iv) que reduce sensiblemente los gastos de los empleadores y de los trabajadores, en buena medida; (v) que contribuye a la fijación de poblaciones en los territorios; (vi) que disminuye el efecto invernadero porque reduce los desplazamientos movidos por energías contaminantes; (vii) que normaliza la conectividad informática y puede generar inversión tecnológica, aunque puede dar lugar al incremento de los riesgos psicosociales; (vii) que influye en los alquileres de locales comerciales; (viii) que deteriora seriamente los negocios cercanos a los lugares de trabajo masivo y de oficinas, sobre todo los de restauración; y (ix) que, por un lado, favorece la conciliación de la vida personal, familiar y profesional al realizar el trabajador su actividad en su propio domicilio o en lugar próximo a éste, con amplia libertad de movimiento y de elección del horario, pero no pocas veces supone y es neutralizado este efecto por los inconvenientes de compartir el espacio dedicado al hogar con el espacio convertido en "centro de producción".

Concluyo esta breve reflexión indicando que la nueva normativa del trabajo a distancia aporta un exceso regulatorio y una exhaustividad sin precedentes que, con un exceso de formalidad y costes, más que un impulso puede provocar la huida por parte de las empresas a la aplicación de esta modalidad de prestación de servicios. Porque no es discutible que el trabajo a distancia es una herramienta válida y útil como modo de organización del trabajo que sirve para el desarrollo de la actividad y la productividad de las organizaciones empresariales, a la vez que, en estos tiempos de crisis sanitaria, permite la contención de la epidemia y la preservación de la salud de los trabajadores. Pero el trabajo a distancia no puede ser una modalidad única y exclusiva, sino complementaria del trabajo presencial, porque corremos el riesgo de convertir nuestro modelo productivo en un modelo autista de falta de involucración de los trabajadores, menor identificación de los mismos con la empresa y, en definitiva, quiebra y desequilibrio de la organización empresarial y su conjunto, lo que unido el encorsetamiento de la figura en un modelo de legislación en el que prima el exceso regulatorio, el incremento de los trámites formales y el encarecimiento de los costes puede hacer que el modelo resulte poco atractivo o poco útil a las finalidades para la que está previsto y que, a la postre, acabe haciéndolo inservible y aparcado en el olvido y el desuso.

COVID Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Por Jerónimo Maillo González-Orús
Catedrático de Derecho Internacional Público
y Catedrático Jean Monnet de Derecho UE
Coordinador del Centro de Política de la Competencia
Universidad CEU San Pablo

El Derecho de la Competencia tiene por misión principal defender el funcionamiento competitivo de los mercados, una sana competencia efectiva, en beneficio último de los consumidores. Lo hace a través del control de las llamadas restricciones privadas y las restricciones públicas. Entre las primeras se encuentran las restricciones de la competencia que derivan de comportamientos de los operadores en el mercado o de reestructuraciones empresariales, en particular el control de cárteles y acuerdos restrictivos de la competencia (artículos 101 TFUE y artículo 1 de la LDC), de los abusos de posición de dominio (artículo 102 TFUE y artículo 2 LDC) y de las operaciones de concentración empresarial (Reglamento UE 139/2004 y artículo 7 y ss LDC). Las segundas son las medidas adoptadas por autoridades públicas que distorsionan la competencia, entre las que nos interesa destacar las ayudas de Estado, sometidas a control por parte de la Comisión Europea bajo los artículos artículos 107 y ss TFUE.

La pandemia de la COVID que estamos viviendo ha tenido también un relevante impacto en esta rama del Derecho y en su práctica legal. No es de extrañar puesto que la crisis sanitaria ha generado muy importantes perturbaciones en la economía. El Derecho de la Competencia, que ya había tenido que lidiar en el pasado reciente con crisis económicas (véase la crisis financiera iniciada en 2007 con la quiebra de Lehman Brothers), ha tenido que buscar respuestas para el novedoso e incierto escenario COVID que sumaba dos principales nuevos frentes: por un lado, particulares necesidades de aumento urgente en la producción de ciertos productos sanitarios (geles hidroalcohólicos, mascarillas...) que eran muy escasos en relación a la demanda sobrevenida, así como de promoción de una acelerada investigación y desarrollo (y la posterior producción en masa y comercialización) de vacunas y tratamientos contra el coronavirus; y por otro lado, una brusca caída de la actividad económica (de incierta duración) que ha terminado afectando a la casi totalidad de los sectores económicos y zonas mundiales, si bien es cierto que con carácter asimétrico, y que ha hecho necesaria una utilización ingente de fondos públicos para paliar sus efectos.

> *"El Derecho de la Competencia tiene por misión principal defender el funcionamiento competitivo de los mercados, una sana competencia efectiva, en beneficio último de los consumidores. Lo hace a través del control de las llamadas restricciones privadas y las restricciones públicas"*

Ante este escenario de crisis, las autoridades de competencia han tratado de responder y adaptarse a los nuevos tiempos. Tanto la Comisión Europea como la autoridad central española, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), como las autoridades de otras jurisdicciones y las redes internacionales de autoridades de competencia (International Competition Network -ICN- y la Red Europea de Autoridades de Competencia -REC-) reaccionaron pronto y emitieron orientaciones, directrices y adaptaciones de sus procedimientos y prácticas, aplicables a las nuevas circunstancias. Del análisis de esos documentos, así como de la práctica posterior de las autoridades de competencia, podemos extraer las siguientes ideas principales:

Primero.- Con relación al control de restricciones privadas, la posición de partida es, como en la anterior crisis

financiera, que no se debe producir una renuncia, suspensión o flexibilización en la aplicación del Derecho de la Competencia. No obstante, sí es posible que haya que adaptar determinados procedimientos y ofrecer a los operadores una guía, y en toda la medida de lo posible seguridad jurídica, respecto a la aplicación de las normas a los nuevos escenarios, especialmente en sectores nucleares de la crisis como los sanitarios.

"La pandemia de la COVID que estamos viviendo ha tenido también un relevante impacto en esta rama del Derecho y en su práctica legal. No es de extrañar puesto que la crisis sanitaria ha generado muy importantes perturbaciones en la economía"

En efecto, haríamos un flaco favor al interés general si las autoridades cesasen en sus labores de supervisión y sanción de las prácticas restrictivas. En tiempo de crisis, la defensa frente a prácticas abusivas puede ser más necesaria que nunca. Por ello, todas las autoridades han insistido en que continuarán supervisando estrecha y activamente la evolución de los mercados para detectar casos de empresas que aprovechen la situación para infringir el Derecho de Competencia, ya sea participando en acuerdos colusorios o abusando de su posición dominante. Y esta supervisión será especialmente estrecha en los mercados nucleares de esta crisis (por ejemplo, para evitar precios anticompetitivos en productos sanitarios o limitaciones de producción de bienes escasos). Por ello, además de las investigaciones de oficio, se abren buzones y canales adicionales de denuncias y quejas para agilizar la detección de prácticas anticompetitivas. De hecho, fruto de todo ello, se han abierto múltiples investigaciones en el sector sanitario, funerario o financiero, entre otros.

Sin embargo, la pandemia requiere aumentar la producción de determinados bienes o acelerar la I & D, producción y comercialización masiva de vacunas y tratamientos contra el coronavirus y estas nuevas circunstancias hacen más necesaria que nunca la cooperación entre empresas. Una cooperación que puede aportar grandes beneficios y ser indispensable para conseguir afrontar adecuadamente los desafíos generados por la pandemia. El Derecho de la Competencia debe tener siempre en cuenta el contexto de los mercados y valorar los beneficios que la cooperación empresarial puede aportar, también en esta crisis económica. Ello puede incluso hacer que prácticas que en otros tiempos no se verían como positivas, en las actuales circunstancias sí lo sean. Ello no significa que se esté renunciado a perseguir prácticas anticompetitivas, ni que se esté suavizando su sanción, sino simplemente que se están aplicando los mismos parámetros de siempre, pero a nuevas circunstancias, lo que hace cambiar la valoración y admitir, temporalmente al menos, ciertas

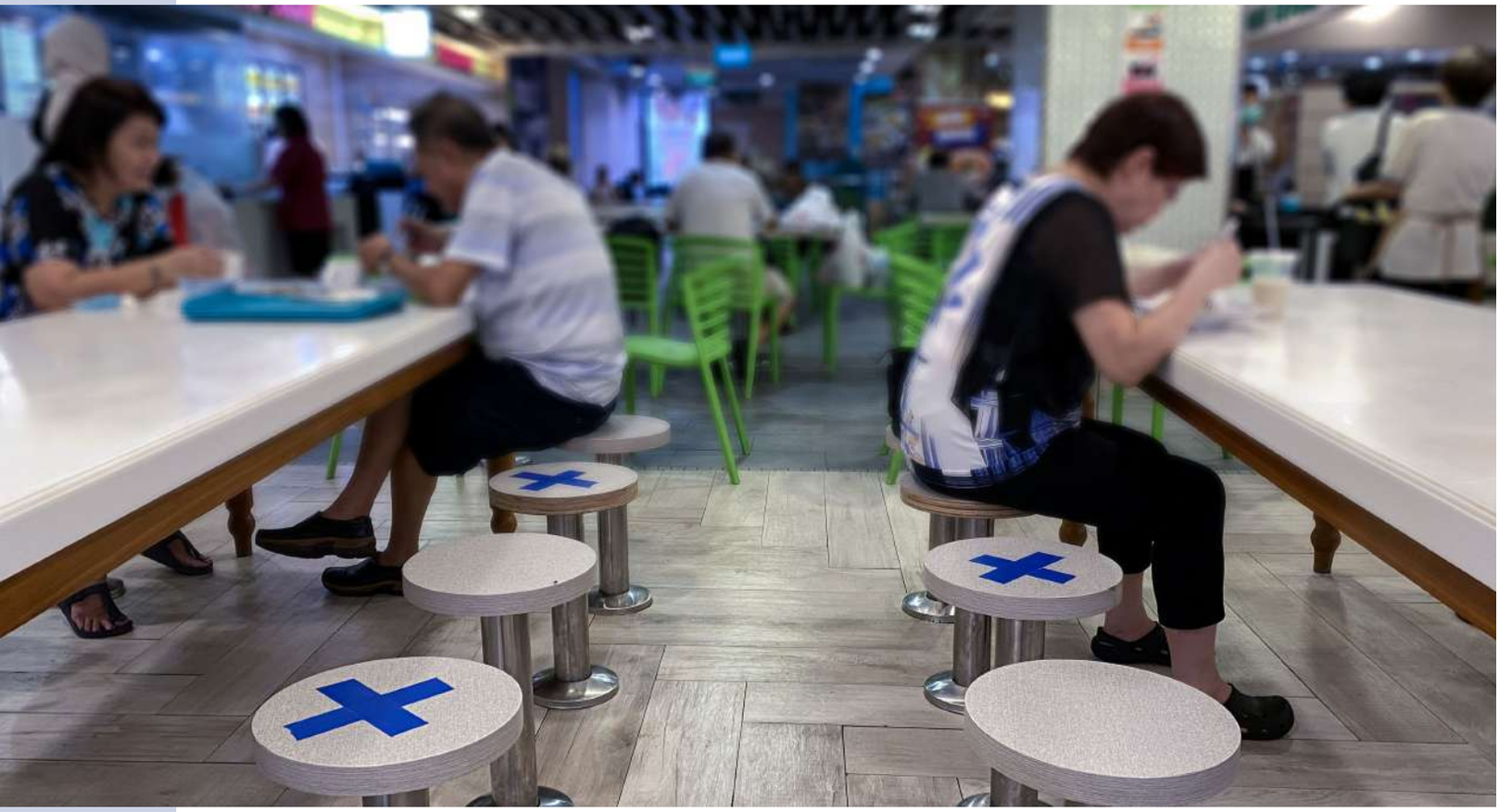
cooperaciones por los beneficios que generan para el interés general.

"Para evitar la incertidumbre que ese cambio de escenario podría producir, incrementar la seguridad jurídica y, por tanto, fomentar esas cooperaciones, las autoridades no sólo han dado directrices generales, sino que también han abierto vías aceleradas para que las empresas les consulten y darles su opinión sobre dichas cooperaciones"

Para evitar la incertidumbre que ese cambio de escenario podría producir, incrementar la seguridad jurídica y, por tanto, fomentar esas cooperaciones, las autoridades no sólo han dado directrices generales, sino que también han abierto vías aceleradas para que las empresas les consulten y darles su opinión sobre dichas cooperaciones. Buen ejemplo de ello son el Marco temporal adoptado por la Comisión Europea para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19 (DO UE C 116 I/7) o su procedimiento excepcional para facilitar directrices *ad hoc* sobre proyectos de cooperación empresarial mencionado en el citado marco temporal.

Finalmente, se han tenido que ajustar determinados procedimientos y plazos para poder seguir desarrollando las investigaciones, como, por ejemplo, la posibilidad de notificar electrónicamente las operaciones de concentración empresarial. En este último ámbito, aumentan las posibilidades de que se notifiquen adquisiciones de empresas en dificultades y la posibilidad por tanto de invocar la llamada excepción de empresa en crisis. No obstante, la crisis del coronavirus no parece aportar características novedosas que requieran una evolución de la interpretación de esta excepción, hasta ahora bastante restringida.

Segundo.- Respecto a las restricciones públicas, el mayor impacto se está apreciando en el control de las ayudas de Estado. Como hemos comentado, la crisis económica ha provocado una ingente utilización de fondos públicos nacionales, buena parte de los cuales pueden caer bajo el concepto de ayuda de Estado contemplado en el artículo 107 del TFUE. Salvo que sean *de*



minimis, queden cubiertas por el reglamento general de exención por categoría para ayudas de Estado, o estén dentro de otro régimen general de ayudas previamente autorizado, tales ayudas habrán de notificarse previamente a su implementación a la Comisión Europea, quien tendrá que decidir si las autoriza o no y en qué condiciones. En un escenario como el actual, es de todo evidente que, en primer lugar, hay que buscar un marco que permita la autorización rápida de las ayudas necesarias para afrontar la crisis, y segundo, hay que flexibilizar temporalmente su autorización. Ya en la crisis financiera anterior se hizo patente esta doble necesidad y se acometió por parte de la Comisión Europea con resultados relativamente satisfactorios. La Comisión consiguió que el control se mantuviera en sus manos si bien muy flexibilizado durante la crisis. Mejor un control europeo flexibilizado que su suspensión total. Esto mismo es precisamente lo que ya ha hecho la CE en la presente crisis del coronavirus con la adopción de un marco temporal el 19 de marzo de 2020 y sus sucesivas reformas (cuatro hasta la actualidad, la última el 13 de octubre de 2020). La gran diferencia con la crisis anterior es que la actual tiene una mayor dimensión y un impacto más generalizado en todos los sectores económicos de todos los países europeos, lo que hace que el montante total de las ayudas se dispare. Por ello, las distorsiones de competencia que se pueden generar son enormes (mucho mayores que en la crisis anterior). Dado que hay una gran asimetría en la capacidad de otorgar ayudas entre los diversos Estados, el gran riesgo de esta flexibilización es que termine favoreciendo de forma perdurable a las empresas de algunos Estados (los ricos) frente a sus competidoras de otros Estados más pobres. Por eso, parece necesario que, primero, se autoricen sólo por el tiempo y cuantías indispensables; segundo, se impongan las condiciones y compensaciones necesarias para reducir dichas distorsiones. Desafortunadamente, la urgencia, los procedimientos acelerados y la situación excepcional que se está viviendo, hacen muy difícil el análisis pausado y a fondo que requeriría imponer tales compensaciones. Se trabaja sobre la marcha, con una enorme presión, e intentando que los daños colaterales sean los menos posibles. Un control no suficiente cuyos efectos están todavía por verse. Bien es cierto, que al menos, como compensación, la Unión Europea (y especialmente sus países ricos) han sido muy solidarios con la aprobación del plan europeo de recuperación que volcará fondos europeos muy sustanciosos en los países más impactados por la pandemia. Aprovecharlos bien en España es esencial para que nuestro tejido empresarial y nuestro desarrollo económico no se vean lastrados por las asimetrías antes descritas. Es una gran oportunidad si somos capaces de aprovecharla como se debe.

LAS MORATORIAS LEGALES Y SECTORIALES

Por José Ramón Couso Pascual
Abogado
Socio – Director General Corporativo CECA MAGÁN ABOGADOS
Presidente Sección Derecho Bancario ICAM

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró al COVID-19 "pandemia internacional" y el 14 de marzo, el Gobierno español declaró el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020.

A partir de ese momento se sucedieron una serie de Reales Decretos-Ley con medidas para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 entre las que destacaron dos iniciales: una moratoria para el pago de las cuotas hipotecarias en favor de deudores en situación de especial vulnerabilidad y una línea de avales públicos para respaldar la concesión de financiación a empresas y autónomos (RDL 8/2020).

Esa primera moratoria fue posteriormente aclarada y ampliada a través de sucesivos Reales Decretos-Ley (como el RDL 11/2020) extendiendo el mecanismo de la suspensión del cumplimiento de estos contratos de financiación a los créditos sin garantía hipotecaria e, incluso, a la deuda arrendaticia en favor de los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad a causa del COVID-19.

La excepcional situación determinó que la moratoria hipotecaria legal no quedara sujeta a la reciente Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (RDL 15/2020) y que el otorgamiento de la escritura pública del reconocimiento de la suspensión fuera unilateral por parte del acreedor (tanto en la moratoria hipotecaria como en la no hipotecaria).

El Real Decreto-Ley 19/2020 incorporó un régimen especial para los acuerdos de moratoria alcanzados entre las entidades y clientes, permitiendo su implementación de forma similar a la moratoria legal, en lo que se ha venido a denominar las moratorias sectoriales que también veremos más adelante.

> *"El Real Decreto-Ley 19/2020 incorporó un régimen especial para los acuerdos de moratoria alcanzados entre las entidades y clientes, permitiendo su implementación de forma similar a la moratoria legal, en lo que se ha venido a denominar las moratorias sectoriales"*

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MORATORIAS LEGALES

Las moratorias legales tienen su origen, como hemos visto, en los citados Reales Decretos-Ley. Tienen carácter imperativo, es decir, su aplicación es obligada en todos sus términos, a diferencia de la moratoria sectorial derivada de la adhesión voluntaria de una entidad bancaria, no por imposición legal.

Los requisitos subjetivos del art. 16 del RDL 16/2020 definen la situación de vulnerabilidad económica a los efectos de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria (en este último caso, también en el art. 18). Sólo pueden beneficiarse de estas moratorias legales las personas físicas que reúnan y acrediten estos requisitos, tanto si son prestatarios o acreditados, como si son fiadores o avalistas, y les resultará de aplicación la suspensión de las obligaciones derivadas de los con-

tratos de crédito sin garantía hipotecaria (art. 22 RDL 11/2020) como con garantía hipotecaria respecto de su vivienda habitual (art. 8 RDL 8/2020).

"Sólo pueden beneficiarse de estas moratorias legales las personas físicas que reúnan y acrediten estos requisitos, tanto si son prestatarios o acreditados, como si son fiadores o avalistas, y les resultará de aplicación la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria"

Los contratos de arrendamiento financiero se entenderán incluidos dentro del ámbito de aplicación objetivo de la suspensión temporal de las moratorias legales no hipotecarias, según el art. 21 del RDL 11/2020 (redacción introducida por el RDL 19/2020, en su Disposición final novena).

Para acreditar estas condiciones subjetivas, además de los documentos exigidos en los Reales Decretos-Ley, se acompañará una declaración responsable del deudor relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según este RDL (art. 11.1.e RDL 8/2020 y art. 17.1.f RDL 11/2020).

Si el solicitante de la moratoria no pudiese aportar alguno de los documentos requeridos, podrá sustituirlo mediante una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación. Tras la finalización del primer estado de alarma y sus prórrogas dispondrá del plazo de un mes para la aportación de los documentos que no hubiese facilitado.

En los contratos de crédito sin garantía hipotecaria el deudor podrá solicitar del acreedor, hasta un mes después del fin de la vigencia del estado de alarma, la suspensión de sus obligaciones (art. 23 RDL 11/2020) o hasta quince días después del fin de la vigencia del RDL 8/2020 en el caso de las moratorias hipotecarias (art. 12 del mismo).

El deudor hipotecario favorecido por la moratoria legal goza de la suspensión temporal durante el plazo de tres meses (ampliable por acuerdo del Consejo de Ministros) de la obligación de pago, tanto por capital como por intereses, y los importes que hubieran sido exigibles al deudor de no aplicarse la moratoria no se considerarán vencidos (art. 13.2 y 14.1 RDL 8/2020). En la moratoria no hipotecaria el art. 24.4 del RDL 11/2020 dispone que la suspensión tendrá una duración de tres meses, también susceptibles de ampliación por Acuerdo de Consejo de Ministros.

No se requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna para aplicarse la suspensión en el pago del préstamo hipotecario, 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.

El Banco acreedor, durante el periodo de vigencia de la moratoria, no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengarán intereses (ni ordinarios ni de demora).

La disposición adicional decimoquinta del RDL 15/2020 excluye diversos artículos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de esta normativa excepcional por la necesidad de establecer un régimen viable y compatible con las circunstancias en un contexto físico con movilidad limitada. Será obligación unilateral del Banco la elevación a escritura pública del reconocimiento de la suspensión del artículo 13.3 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, para que pueda procederse a la inscripción de la ampliación del plazo inicial en el Registro de la Propiedad.

Transcurrido el plazo legal de la moratoria hipotecaria, esto es, transcurridos los 3 meses, se reanuda el calendario de pagos y la obligación del deudor respecto del pago de las cuotas, sin perjuicio de lo que diremos más delante de las moratorias sectoriales

En la formalización en escritura pública de la moratoria hipotecaria legal, los derechos arancelarios notariales y registrales serán satisfechos en todo caso por el acreedor y se bonificarán en un 50% (art. 16.3 RDL 8/2020). La Disposición final primera del RDL 8/2020 establece la exención de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad A.J.D. si están comprendidos en los supuestos del artículos 7 a 16 del RDL (moratoria hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual).

La Disposición adicional decimoquinta del RDL 15/2020 regula el otorgamiento unilateral por el acreedor de los instrumentos notariales de ampliación de plazo por moratoria legal de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca o mediante otro derecho inscribible distinto. Será obligación unilateral de la entidad acreedora la elevación a escritura pública del reconocimiento de la suspensión prevista en el artículo 13.3 del RDL 8/2020, para que pueda inscribirse la ampliación del plazo en el Registro de la Propiedad.

También será obligación unilateral del Banco promover la formalización de la póliza o escritura pública de reconocimiento de la suspensión de las obligaciones contractuales en los créditos o préstamos sin garantía hipotecaria.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MORATORIAS SECTORIALES

Las moratorias sectoriales nacen por una adhesión voluntaria de la entidad bancaria a la misma, no por imposición legal, en razón a los acuerdos marco promovidos por las asociaciones representativas de entidades financieras; están regulados por el RDL 19/2020 aunque antes de su promulgación ya se estaban aplicando y formalizando.

El RDL 19/2020 (arts. 6 a 8 y la disposición transitoria primera) les concede unos efectos singulares por la necesidad de agilizar los trámites para su concesión y favorecer a los prestatarios.

Serán beneficiarios del acuerdo sectorial los clientes de las entidades adheridas al acuerdo marco que sean personas físicas (se incluye a los autónomos) que a raíz de la crisis generada por el COVID-19 se hayan visto afectados económicamente por pasar a situación de desempleo, afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, enfrentarse a un cese o reducción de su actividad económica o circunstancias equivalentes.

Es necesario que la situación de deterioro económico en que se encuentre esa persona física sea consecuencia de la crisis sanitaria y no traiga causa en hechos anteriores.

Los clientes que reúnan los requisitos de vulnerabilidad previstos en las moratorias legales también pueden solicitar la moratoria sectorial; en tal caso, una vez venza el plazo de la moratoria legal se les aplicaría la sectorial, hasta un plazo máximo que, sumado a la moratoria legal, no supere los plazos previstos para la moratoria sectorial.

Así pues, los efectos de la moratoria convencional se producirán una vez finalice la legal, garantizando de este modo la prevalencia y los efectos de ésta en todo momento.

En consecuencia, el deudor beneficiario de una moratoria sectorial, si lo fuere también de la legal por encontrarse en la situación de vulnerabilidad económica (art. 16 RDL 11/2020), se beneficiará de las condiciones de una y otra moratoria de forma sucesiva.

Respecto del ámbito objetivo de las moratorias sectoriales, esto es, los productos financieros del acuerdo sectorial, se fija un marco que engloba tanto a las operaciones hipotecarias como personales.

"Desde la fijación del sistema de moratorias que hemos referido, se han acogido muchos particulares y autónomos a los beneficios de la suspensión de las obligaciones de los contratos de financiación hipotecaria y sin garantía, siendo asalariados un 70% de los beneficiarios, tanto prestatarios como fiadores"

Las moratorias sectoriales producen el aplazamiento de la amortización del principal del préstamo durante el plazo de la moratoria (12 meses en las hipotecarias y 6 meses en las personales). Durante dicho periodo el cliente beneficiario asumirá el pago de los intereses sobre el principal pendiente durante el período de la moratoria.

El Banco acreedor podrá convenir con el deudor la forma y el plazo de devolución de las cantidades aplazadas en dos opciones:

- Que el importe aplazado se abone, sin alargar la fecha de vencimiento, distribuyéndolo proporcionalmente entre todas o parte de las cuotas restantes del préstamo, o
- Que el importe aplazado se satisfaga tras la fecha de vencimiento de la operación afectada en un número de meses equivalente a la duración de la moratoria.

La instrumentación de la moratoria sectorial podía realizarse:

- Bien mediante una modificación del préstamo hipotecario o personal existente y que, en todo caso, permita mantener a criterio de la entidad todas, o una parte sustancial, de las garantías existentes en la operación afectada, o
- Bien mediante la concesión de un préstamo personal.

Es factible contemplar un tercer tipo de moratorias, como admite el Preámbulo del RDL 19/2020: serían aquellas que, amparadas en el principio de libertad de pactos del art. 1.255 del Código Civil, son acordadas por las partes, no siéndoles de aplicación lo dispuesto en los arts. 6 a 8 y la disposición transitoria primera del citado RDL.

"En conclusión, las moratorias se han mostrado como un mecanismo de enorme utilidad y de gran extensión en vista de las cifras que hemos referido, siendo esta legislación excepcional que posibilita la suspensión temporal de las obligaciones derivadas de los contratos de financiación a personas vulnerables una fórmula que podría ampliarse en función de la duración de la pandemia y adaptarse a las circunstancias futuras"

No obstante, todas las moratorias que se formalicen con los deudores que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica definida en el art. 16 del RDL 11/2020 aplicarán las condiciones de duración, efecto inmediato y no devengo de intereses previstas legalmente y se beneficiarán de la correspondiente bonificación de honorarios registrales y notariales y de la exención de la cuota gradual de actos jurídicos documentados.

EXTENSIÓN Y EFICACIA DE LAS MORATORIAS

Desde la fijación del sistema de moratorias que hemos referido, se han acogido muchos particulares y autónomos a los beneficios de la suspensión de las obligaciones de los contratos de financiación hipotecaria y sin garantía, siendo asalariados un 70% de los beneficiarios, tanto prestatarios como fiadores.

Pueden cuestionarse las vacilaciones iniciales en cuanto al ámbito de aplicación de estas medidas, los requisitos para acogerse a las mismas, la suspensión de la Ley 5/2019 o el otorgamiento unilateral por las entidades financieras de las modificaciones contractuales, pero no cabe duda alguna de la gran extensión de este sistema y de su acogida por sus potenciales destinatarios.

Según recientes datos del Banco de España (nota informativa de 6 de noviembre de 2020), el número de solicitudes de moratoria legal hipotecaria superaba las 271.000, de las cuales se había dado curso a 228.742, mientras que el saldo vivo pendiente de amortización de los préstamos hipotecarios suspendidos superaba los 20.500 millones de euros.

En cuanto a las solicitudes de moratoria legal de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria, según el Supervisor, alcanzaban las 421.000, habiéndose dado curso a casi 374.000; en este caso el saldo pendiente de amortización de los préstamos suspendidos ascendía a 2.761 millones de euros.

Las cifras son también muy relevantes en lo que se refiere a las moratorias sectoriales: las solicitudes de este tipo de moratorias alcanzaban las 817.716, habiéndose tramitado más de 768.000; el saldo vivo de los préstamos suspendidos por las moratorias sectoriales ronda los 30.000 millones de euros, también según la misma fuente oficial del Banco de España.

En cuanto a los trabajadores autónomos, el desglose por ramas de actividad muestra que, para los tres tipos de moratoria, los principales sectores beneficiarios de la moratoria son comercio, hostelería y otros servicios, seguidos a cierta distancia de actividades profesionales, científicas y técnicas, transporte y construcción.

En conclusión, las moratorias se han mostrado como un mecanismo de enorme utilidad y de gran extensión en vista de las cifras que hemos referido, siendo esta legislación excepcional que posibilita la suspensión temporal de las obligaciones derivadas de los contratos de financiación a personas vulnerables una fórmula que podría ampliarse en función de la duración de la pandemia y adaptarse a las circunstancias futuras.

Juan Damián Moreno

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

"ESTA CRISIS HA PUESTO DE MANIFIESTO LAS CARENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A TODOS LOS NIVELES"

Coincidiendo con el 50 aniversario de la creación de la Facultad de Derecho de la UAM, conversamos con el decano y catedrático de Derecho Procesal, Juan Damián, sobre la respuesta universitaria a la mayor crisis vivida por esta institución madrileña en su medio siglo de historia

La crisis del coronavirus ha tenido un impacto enorme en el ámbito educativo. ¿De qué manera ha afectado a la formación universitaria y, en particular, a los estudios en Derecho?

Los estudios de Derecho, tanto en las titulaciones de Grado como de Posgrado, no se han visto demasiado afectados, al menos en lo que se refiere a la docencia teórica. Es verdad que durante el estado de alarma nos vimos obligados rápidamente a adaptar la enseñanza, a rediseñar los sistemas de evaluación de las asignaturas y a retrasar las fechas de los exámenes finales.

Donde más se han resentido es en las prácticas que llevan a cabo nuestros estudiantes. Afortunadamente, durante la vigencia del primer estado de alarma, los despachos de abogados han respondido con mucha generosidad, poniéndose a nuestra disposición para permitir que nuestros estudiantes las lleven a cabo telemáticamente en los momentos en que ha sido necesario.

Desde el estallido de la pandemia, los centros educativos se han visto obligados a realizar un gran esfuerzo de adaptación. ¿Qué medidas se han puesto en marcha en la Facultad de Derecho de la UAM para mantener la calidad de los programas formativos?

La Facultad de Derecho ha sido pionera en este proceso de adaptación; desde el primer momento tuvimos claro que había que reaccionar rápidamente y acometimos un proceso de adaptación a nivel tecnológico adquiriendo lo antes posible el equipamiento audiovisual necesario para hacer frente a este desafío.

¿Qué otras medidas se han implantado?

Todas las que nos exigían las autoridades sanitarias; hemos tenido que adaptar el sistema de climatización, instalar geles hidroalcohólicos en pasillos y aulas, señalizar los lugares que los estudiantes debían ocupar para mantener la distancia de seguridad y reforzar el servicio de limpieza de las aulas para que estuvieran listas para el siguiente turno. Además, a través de nuestro Responsable Covid llevamos un exhaustivo seguimiento de los estudiantes y profesores que presentan síntomas de contagio.

¿Cómo han podido hacer frente a estos gastos imprevistos?

Para la adquisición del equipamiento audiovisual hemos contado con los fondos que el Rectorado en su momento puso a nuestra disposición; también hemos contado con la inestimable ayuda de los despachos de abogados que forman parte del Consejo Asesor de nuestro Máster de Acceso a la Abogacía, que se ofrecieron a colaborar con nosotros y, si me lo permite, me gustaría aprovechar esta ocasión para agradecérselo públicamente.

¿Qué medidas han tomado para la enseñanza semipresencial?

Hemos distribuido los grupos por mitades, que se van alternando semanalmente para evitar que ello suponga un aumento de la carga de trabajo

"La Facultad de Derecho ha sido pionera en este proceso de adaptación; desde el primer momento tuvimos claro que había que reaccionar rápidamente y acometimos un proceso de adaptación a nivel tecnológico adquiriendo lo antes posible el equipamiento audiovisual necesario para hacer frente a este desafío"

"Probablemente, no haya habido en la historia de la Facultad una crisis tan grave como la vivida durante el periodo del confinamiento, pero la respuesta de profesores y estudiantes ha sido ejemplar"

para los profesores y que se vean obligados a repetir la misma clase varias veces. A través de las cámaras que hemos instalado en todas las aulas, los estudiantes que ese día no tienen que venir o se encuentren enfermos pueden seguir la clase desde casa.

¿Cómo ha afectado a nivel organizativo interno la implantación de un sistema híbrido o semipresencial?

La implantación de este sistema fue una apuesta del equipo decanal, pero sabíamos que era una decisión que nos iba a suponer un gran reto organizativo. Ha merecido la pena porque está funcionado muy bien. Estoy muy orgulloso del trabajo de todo el personal de la Facultad; han hecho una labor formidable.

¿Qué ventajas y qué inconvenientes tiene el modelo educativo adoptado para afrontar la nueva normalidad?

Lo importante es que recobremos cuanto antes la misma normalidad. Es verdad que esta situación ha modificado nuestra metodología educativa y nos ha puesto en la necesidad de tener que recurrir a las ventajas que las nuevas tecnologías nos proporcionan. La transmisión del conocimiento resulta más sencilla a través de las plataformas digitales. Sin embargo, el contacto del estudiante con el profesor sigue siendo esencial.

¿Cuál ha sido la respuesta de profesores y estudiantes en todo este proceso?

Probablemente, no haya habido en la historia de la Facultad una crisis tan grave como la vivida durante el periodo del confinamiento, pero la respuesta de profesores y estudiantes ha sido ejemplar. Han dado una grandísima prueba de madurez y de responsabilidad. Me siento orgulloso de la Facultad. El trabajo que han tenido que hacer tanto los profesores como los estudiantes ha sido enorme, especialmente durante el confinamiento. En muchas casas se han vivido situaciones difíciles y hemos tenido que ir solucionando sobre la marcha las dificultades que a cada uno se les iban presentando.

¿Estamos ante un cambio de paradigma en la educación universitaria y, específicamente, en la formación jurídica?

Sinceramente no creo que debamos dejarnos llevar por esta suerte de transformismo metodológico a la que nos quieren llevar los partidarios de los sistemas de docencia a distancia. Somos una universidad presencial, pero creo que hay que aprovechar esta oportunidad. En este sentido, nuestra Facultad tiene el firme propósito de seguir recurriendo al sistema que hemos implantado para facilitar la accesibilidad a algunos estudiantes o para incrementar nuestra oferta educativa poniendo en marcha cursos avanzados de especialización online. La importante inversión que hemos realizado supone un paso muy importante en el proceso de adaptación de la Facultad a la sociedad del siglo XXI.

¿Se puede sacar alguna lectura positiva de esta crisis?

Por supuesto que sí; aunque hemos vivido una experiencia muy dura y en algunos momentos de mucha tristeza. Al igual que en otros lugares, hemos sufrido pérdidas irreparables. Pero hemos demostrado que los universitarios somos capaces de sobreponernos al dolor y hemos logrado adaptarnos con rapidez para afrontar los retos que se nos han ido presentando.

Más allá del conocimiento de la ley y de la práctica profesional, cada vez más las firmas del sector legal requieren un manejo solvente de la tecnología a quienes se incorporan al ejercicio de la profesión. ¿Cree que esta crisis va a servir para reforzar el conocimiento tecnológico de los futuros abogados?

Sin duda las tecnologías son un instrumento muy útil para el ejercicio de la profesión. Me consta que la mayoría de los despachos de abogados han podido continuar su actividad de manera telemática, bien para relacionarse con sus clientes o compañeros o bien para celebrar comparecencias en los tribunales.

Nos encontramos inmersos en una nueva ola de la pandemia que algunos expertos creen que podría superar en virulencia a la primera. ¿Cómo afronta la Universidad esta segunda oleada de contagios?

La Facultad de Derecho se encuentra en condiciones de afrontar una nueva interrupción de la enseñanza presencial en el caso de que llegase. Hemos aprendido mucho de la experiencia vivida durante el confinamiento y tenemos los medios técnicos y los recursos humanos necesarios para llevarlo a cabo. Además de las bases de datos de jurisprudencia y legislación, hemos logrado que la mayoría de los textos y manuales más importantes de cada asignatura sean accesibles online.

¿Está preparada para afrontar una nueva interrupción de la enseñanza presencial?

Cuando preparamos el plan de adaptación de la docencia del primer semestre ya pedimos a nuestros profesores que estuvieran preparados por si, en cualquier momento del semestre, pasásemos de un sistema de docencia semipresencial a un sistema no presencial. Además, la universidad ha hecho un gran esfuerzo a nivel técnico para ampliar la capacidad de nuestras plataformas digitales, lo que ha permitido durante el estado de alarma realizar los exámenes online sin ningún problema.

La Facultad de Derecho UAM celebra este año su 50 Aniversario, ¿no es así?

Efectivamente; la Facultad entró en funcionamiento a primeros de octubre de 1970. Sigue siendo una institución de referencia que nos permite sentirnos orgullosos de nuestro pasado y esperanzados con nuestro futuro. Seguimos trabajando por preservar nuestra identidad y nuestros valores, que siguen siendo enormemente apreciados en el mundo de la abogacía. No obstante, a pesar de la alta estima que la Facultad ha tenido siempre de sí misma gracias a la autoridad académica de sus fundadores, sería un error pensar que fuimos bautizados con un agua diferente a la de las demás. Como todas, nos encontramos inmersos en un entorno mucho más competitivo, lo que nos obliga a mantener altos niveles de autoexigencia a fin de estar a la altura del resto de las universidades.

Como procesalista ¿cómo valora las medidas adoptadas durante la pandemia en el ámbito de la Administración de Justicia?

Esta crisis ha puesto de manifiesto las carencias de la Administración de justicia a todos los niveles. Me consta que algunas de las medidas han sido muy cuestionadas por parte de abogados y procuradores, pero desde luego no debemos desperdiciar esta oportunidad para dotar a nuestros juzgados y tribunales de medios suficientes para ofrecer una justicia de calidad y, sobre todo, hay que abordar una reforma integral de la estructura de la planta y demarcación judicial.

ORIGEN DE LA DESHEREDACIÓN Y APLICACIÓN EN LA ACTUAL ÉPOCA PANDÉMICA

Por Borja García Rato
Summons abogados

Difícilmente podría imaginar Isabel la Católica, allá por el año 1.504 cuando dejó como herencia la recopilación de las Leyes de Toro, que el derecho de sucesiones de aquella época seguiría siendo de aplicación –aún con matices– más de 500 años después y con una pandemia acechando al mundo.

Las mismas Leyes de Toro fueron más tarde incluidas en la Novísima Recopilación mandada formar por Carlos IV en el año 1805 (que ha sido recuperada por el Boletín Oficial del Estado –https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2-); y, posteriormente, trasladadas y desarrolladas en nuestro actual Código Civil de 24 de julio de 1.889 (esta sí, norma vigente con más de 130 años de antigüedad).

Y de aquellos barros, estos lodos. Gracias a la antigua legislación, el derecho de sucesiones español articula como uno de sus principios la indisponibilidad parcial por parte del testador sobre sus bienes en el momento de la transmisión *mortis causa*.

Es decir, el legislador ha pretendido que el causante no tenga capacidad de distribuir los bienes conforme su libre y total voluntad, imponiéndole el reparto de determinadas cuotas a concretas personas conocidas como "herederos forzosos".

Probablemente, la imperatividad normativa traiga causa del propio esquema social de la época en que la agricultura suponía uno de los soportes principales de la economía y el sistema feudal era el que principalmente imperaba.

El desarrollo agrícola nacional estaba configurado en grandes latifundios y algunos manifestaron su temor a que la división de estas tierras mermara la producción y *riqueza* del país. Por ello, el poder legislativo de aquel momento tuvo a bien restringir la posibilidad de dividir las tierras en multitud de parcelas más pequeñas tras el fallecimiento del gran terrateniente.

Años más tarde, la Sección de lo civil de la Comisión general de codificación y los cuerpos legisladores bajo la tutela del Rey Alfonso XIII –autoridad soberana, por cierto, que en ese momento tenía apenas tres años de edad– hizo publicar nuestro Código Civil que mantenía, y de hecho aún lo hace, los principios sucesorios de las Leyes de Toro.

Son numerosos los pronunciamientos en los que nuestro Alto Tribunal se sigue remitiendo a esta antigua normativa (véase, por ejemplo, Sentencia 695/2005 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de septiembre); lo que hace pensar en el arraigo y necesidad de aplicación de esta normativa efectivamente imperativa.

En definitiva, nuestro sistema hereditario respeta la voluntad del testador, caso de haberla, sin perjuicio de que limita su capacidad de decisión para repartir el caudal habiente a través de las legítimas.

El artículo 806 del Código Civil define la legítima como *la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*. La cuantía de la legítima equivale a dos tercios de la herencia y se distingue entre legítima estricta y mejora, siendo esta última la parte que el causante puede destinar para mejorar, valga la redundancia, el reparto a sus hijos o descendientes.

¿Qué le queda entonces al causante para salirse de esta configuración obligatoria? El tercio de libre disposición, que resulta el restante que el testador puede adjudicar bajo su absoluta discreción. Un análisis del sistema regulado hace ver que pese a predicar el acatamiento de la voluntad del testador, lo cierto es que éste únicamente puede disponer libremente de un tercio de sus bienes y atribuir otro tanto a un elenco de personas impuestas por la norma.

Tal escenario restrictivo puede limitarse únicamente por la institución de la desheredación como instrumento jurídico que permite al testador *sacar* de este grupo de

herederos forzosos a quienes hayan tenido comportamientos indecorosos hacia su persona.

Pero nuevamente la regulación imperativa sucesoria impone, a través del artículo 848 del Código Civil, que *la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.* Siguiendo este articulado, cabe la desheredación siempre y cuando se base en una de las causas tipificadas y que el propio Código Civil desarrolla para (i) cónyuge, (ii) ascendientes y (iii) descendientes. En cualquier caso, la desheredación debe manifestarse en vía testamentaria. El razonamiento de las causas de desheredación se apoya en la actitud o comportamiento que haya podido tener el desheredado con el causante durante su vida, siendo la indignidad un aspecto común a todas estas razones.

"Son numerosos los pronunciamientos en los que nuestro Alto Tribunal se sigue remitiendo a esta antigua normativa; lo que hace pensar en el arraigo y necesidad de aplicación de esta normativa efectivamente imperativa"

Trasladando la imperatividad normativa a la situación pandémica actual, parece que la Covid 19 ha recordado la existencia del fenómeno jurídico de la desheredación para limitar los derechos hereditarios de aquellos hijos o descendientes que pueden no haberse comportado como debieran en esta época convulsa.

Ejemplo de este hecho es la campaña publicitaria retomada por la Asociación Cultural de Mayores de Fuenlabrada (ACUMAFU) en la que explícitamente dispone: "Si la familia no te cuida, que no hereden".

Pero, ¿Se considera justa causa la desheredación a los hijos por trato "ingrato" durante el estado de alarma? El Código Civil, además de los supuestos de indignidad, establece como causas de desheredación a los descendientes los siguientes: (i) la negación de alimentos y (ii) el maltrato de obra o injuria grave de palabra. Destacar que la jurisprudencia únicamente requiere la mención testamentaria a la causa y no exige aportar mayor justificación de la razón de la desheredación. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala primera de lo civil de 15 de junio de 1990 indica que *en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista*.

Es decir, el testador no está obligado a justificar la existencia de un comportamiento indigno de su hijo o nieto, simplemente debe dejar constancia de su voluntad para que éste quede fuera del caudal hereditario citando una de las causas regladas.

La respuesta es, por tanto: sí, cualquier persona puede desheredar a sus descendientes citando, simplemente, la apreciación de una causa legal.

El siguiente paso se centra, consecuentemente, en los derechos del desheredado que pretenda seguir viendo satisfecha su parte de la herencia. Tras el óbito del testador, el desheredado que considere que la causa de desheredación es injusta simplemente debe manifestar su oposición descargando, en este caso, la carga de la prueba en los herederos que sí mantienen tal condición. A título ejemplificativo, si el causante "A" tiene únicamente tres herederos forzosos llamados "B", "C" y "D" y manifiesta la desheredación de "D", "D" puede negarse a la existencia de causa de desheredación y "B" y "C" serán los encargados de acreditar su existencia o alinearse con el desheredado si consideran que la justa causa no debiera aplicar.

En términos generales, la anulación de la cláusula de desheredación requiere autorización judicial sin perjuicio de que la Dirección General de Registros y Notariados ("DGRN") en numerosas resoluciones (entre otras, de 5 de octubre de 2018 y de 6 de marzo de 2019) no lo exige siempre y cuando exista conformidad de todos los afectados.

De hecho, la propia DGRN posibilita que los afectados puedan llevar a cabo acuerdos transaccionales sobre la adjudicación de cuotas de la herencia (Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019), lo que podría llegar a poner en entredicho la voluntad del testador si así lo convienen los afectados.

Quizá sorprende que los requisitos impuestos por el derecho de sucesiones puedan ser franqueados por los supervivientes ante la mera existencia de pactos en común. Por ello, si el testador tiene una ferviente convicción de que sus herederos forzosos no merecen serlo, en el tráfico económico común se recomienda no sólo justificar la causa de desheredación, sino acreditarla documentalmente para que su anulación sea lo más compleja posible.

Y el momento procesal oportuno para tal actuación es el de la redacción del testamento, documento donde se plasma la última voluntad de la decisión sucesoria *mortis causa*.

A nivel probatorio hay tantas posibilidades como sean admitidas en derecho. Cabría incorporar a la escritura, por ejemplo, documentos justificativos de la falta de visitas durante el confinamiento, dejadez en las llamadas, WhatsApps no contestados o incluso material videográfico que pruebe la desatención por parte de sus vástagos.

Sin perjuicio de la escasez de requisitos exigidos por la jurisprudencia aplicable para instar la desheredación, es recomendable que el testador se asegure de acreditar lo máximo posible la verdadera existencia de justa causa y que, según lo pretendido, pueda hacer valer la voluntad sobre el destino de sus bienes una vez haya fallecido.

Al fin y al cabo, la voluntad pretendida del finado es lo único que podría seguir desplegando efectos jurídicos.

LAS JUNTAS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS ANTE EL COVID-19

Por Jesús Flores Rodríguez
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

Videoconferencia, correo electrónico y otros recursos telemáticos prohibidos

En la actualidad no resulta posible la celebración de Juntas generales en inmuebles en régimen de propiedad horizontal si se vulneran los requisitos de distancia de seguridad y salud e higiene, así como los de aforo, previstos en la abundante normativa que excepcionalmente ha generado la pandemia, y de llevarse a cabo podría dar lugar a la imposición de las sanciones que prevén, entre otros, el Real Decreto 463/2020, en relación con 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. Además, el riesgo de rebrote hace que sea conveniente no celebrar reuniones o juntas presenciales. Incluso en algunas zonas de la capital y otros municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, se ha reducido la presencia en reuniones públicas o privadas de diez a seis personas. Eso hace casi imposible celebrar una junta general de propietarios, obstaculizando la marcha de la comunidad e impidiendo la adopción de decisiones fundamentales en su gestión.

"En la actualidad no resulta posible la celebración de Juntas generales en inmuebles en régimen de propiedad horizontal si se vulneran los requisitos de distancia de seguridad y salud e higiene, así como los de aforo, previstos en la abundante normativa que excepcionalmente ha generado la pandemia, y de llevarse a cabo podría dar lugar a la imposición de las sanciones

Ante la imposibilidad de celebrar reuniones presenciales el uso de recursos telemáticos sincrónicos o asincrónicos brindaría una potencial y eficaz solución, como ya ocurre en el Derecho de propiedad horizontal catalán. Pero si bien lo cierto es que la forma de la convocatoria mediante correo electrónico plantea hoy pocos problemas de admisibilidad legal y es de uso corriente [SAP Madrid de 4 de febrero de 2020 (EDJ 2020/521026)], la declaración de situación de emergencia en España y la ausencia de soluciones al efecto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH), impiden que la Junta general de propietarios pueda reunirse y adoptar decisiones en la forma establecida en los artículos 15 y 16 LPH, esto es, personalmente. En efecto, el recurso a la videoconferencia no se encuentra previsto en la LPH para salvar dicho escollo, pues la asistencia debe ser personal (presencial) o mediante representación legal o voluntaria. Así, indica el artículo 15.1 LPH que "La asistencia a la Junta de propietarios será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario". En realidad, dado el carácter imperativo que la jurisprudencia suele otorgar a las normas que regulan las juntas, en el caso de que se celebraran mediante videoconferencia nos hallaríamos ante acuerdos nulos de pleno derecho y, por tanto, susceptibles de impugnación judicial llegado el caso (art. 18 LPH). Resultando imposible el uso de la videoconferencia o el

correo electrónico, ¿cómo se resuelve el problema de la renovación de los cargos, la aprobación del presupuesto ordinario o de los extraordinarios para ejecutar obras que no admiten demora?.

La no renovación de los cargos en junta: ¿cese automático o prórroga tácita?

En junta general ordinaria deben renovarse los cargos y aprobarse las cuentas y el presupuesto [(arts. 14. b) y 16.1 LPH)]. Además, conforme a los artículos 13.7 y 14.a) LPH "salvo que los estatutos de la comunidad dispongan lo contrario, el nombramiento de los órganos de gobierno se hará en junta general por el plazo de un año. Los designados podrán ser removidos de su cargo antes de la expiración del mandato por acuerdo de la Junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria". De ahí que como regla de principio haya que interpretar que, eliminada la prórroga tácita de los cargos por iguales periodos anuales en la reforma de la LPH en 1999, al cumplirse la anualidad de su nombramiento deba celebrarse necesariamente una junta en la que se decida sobre la renovación de los mismos. Pero, ¿qué ocurre si dicha junta no se celebra por imperativo legal sanitario? La jurisprudencia menor es contradictoria al respecto y arroja diferentes respuestas. Así, para un sector, no celebrada la junta, los cargos decaerían automáticamente en sus funciones y la comunidad se quedaría sin órganos de gobierno. En cambio, para otro, los cargos continuarían en funciones, día a día, hasta que se celebrase una nueva junta o se cumpla una nueva anualidad; es decir, se habría producido una prórroga tácita del cargo, pese a que la LPH ya no la contempla, sin perjuicio de que en cualquier momento los vecinos puedan reunirse para remover o renovar los cargos siempre que ello resulte posible.

"En junta general ordinaria deben renovarse los cargos y aprobarse las cuentas y el presupuesto"

Como hemos señalado, un primer grupo considera que los cargos cesan automáticamente si no se celebra la junta de renovación. Se ha dicho a este respecto que "comparando la vieja redacción con la actual, lo que se concluiría es que con la antigua la renovación o prórroga se produciría por Ley si la Junta, pasado el período anual del cargo, no se pronuncia, mientras que en la nueva habría de indagarse sobre la voluntad de la comunidad para saber si éste era su propósito" [(SAP Pontevedra de 10 de mayo de 2017 (EDJ 2017/108040)]. De esta forma cabría concluir que es exigible un pronunciamiento "expreso" para que la prórroga se produzca, y si ha transcurrido el plazo sin celebrarse la junta de renovación el cargo decaería en todas sus funciones, lo que podría llegar a plantear problemas de representación (y de legitimación activa y pasiva) para la comunidad. Así lo ha entendido la RDGRN de 5 junio de 2015 (EDD 2015/111744), que señala que el art. 12, párrafo cuarto, LPH, en su redacción originaria, disponía que el plazo de un año de los nombramientos de presidente, administrador o secretario-administrador era prorrogable tácitamente por períodos iguales, pero esta previsión quedó suprimida por la reforma verificada mediante la Ley 8/1999, de 6 de abril. Por ello, y a falta de disposición estatutaria en contra, la resolución citada advierte que quien propugne la prórroga expresa del nombramiento debe acreditarlo, sin que sea suficiente la mera manifestación vertida por la persona que alega la vigencia de su cargo. Sin junta, pues, de admitirse esta última tesis, la comunidad podría verse privada de representación ante la imposibilidad de celebración debido a la situación sanitaria originada por el COVID-19". Ahora bien, ¿cabe inferir de la LPH la voluntad de que la comunidad se quede sin representación si la junta de renovación no se produce? En nuestra opinión, la doctrina registral antes citada se encuentra en contradicción con la sentada por algunas Audiencias en el sentido de que "aun cuando no exista renovación en el cargo, al no hacer cesado el propietario

como presidente, se ha de entender que el mismo continúa, y por ende ostenta esa calidad para representar en juicio y fuera de él a la comunidad, tal y como establece el art. 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin que a ello obste el hecho de que en la junta de renovación de cargos, no se adoptara acuerdo alguno, suponiendo una aceptación tácita a la continuación en el mismo" (SAP Alicante de 5 de octubre de 2002, EDJ 2002/63968). Esta última interpretación estaría de acuerdo con el carácter orgánico de la representación que ostenta el presidente de la comunidad (STS, civil, de 6 de marzo de 2000, EDJ 2000/1975), y sería conforme a los criterios establecidos en el artículo 3.1 CC, fundamentalmente la interpretación con arreglo al contexto y al espíritu y finalidad de la norma. Esta segunda corriente jurisprudencial entiende, pues, que los cargos de la comunidad no cesan automáticamente aunque la junta no se haya pronunciado expresamente sobre la prórroga del cargo. A este respecto, la SAP Madrid de 3 de abril de 1995 (EDJ 1995/10883) ya advertía que "el presidente y demás representantes de la comunidad no cesan automáticamente por el trascurso del tiempo, debiendo hacerlo cuando son nombrados los que han de sucederles, pero mientras tanto ostentan la capacidad de representación y gestión propia de su cargo sin producir vacíos de poder ni en la marcha general de la Comunidad ni en las Juntas que se celebren". Eso supondría tanto como admite la prórroga tácita del cargo hasta la siguiente junta. A nuestro juicio, la intención de la reforma de 1999 no habría sido la de eliminar la prórroga tácita del cargo en todos los casos, sino, sencillamente, evitar que dicha prórroga tuviera que realizarse necesariamente por periodos de un año, sino hasta la siguiente Junta que se celebrase al respecto.

"Como hemos señalado, un primer grupo considera que los cargos cesan automáticamente si no se celebra la junta de renovación. Se ha dicho a este respecto que 'comparando la vieja redacción con la actual, lo que se concluiría es que con la antigua la renovación o prórroga se produciría por Ley si la Junta, pasado el período anual del cargo, no se pronuncia, mientras que en la nueva habría de indagarse sobre la voluntad de la comunidad para saber si éste era su propósito'"

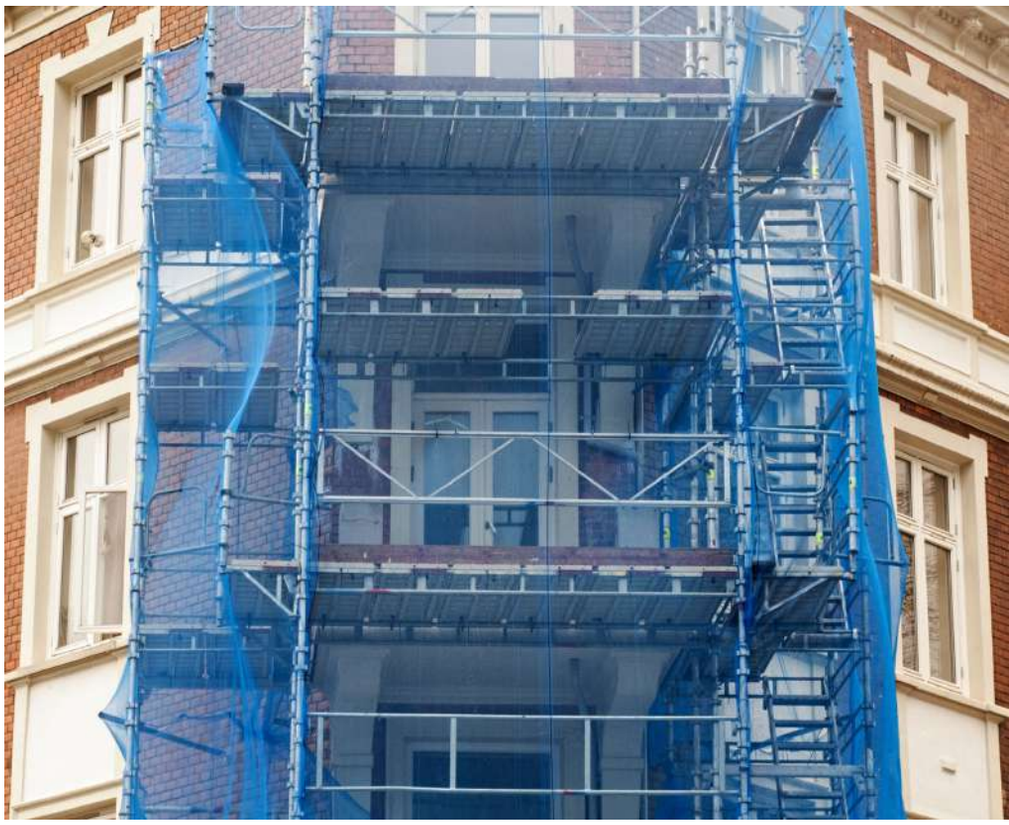
En realidad, como afirma la SAP Murcia de 7 de julio de 2003 (EDJ 2003/100623), "ello no tiene excesiva trascendencia, ya que nada impide que tenga lugar esa prórroga, pues a la postre ésta se revela como un acto de tácito consentimiento, que, no olvidemos, tiene lugar cuando se realizan ciertos actos llamados concluyentes, que puede serlo incluso el silencio cuando la parte que adopta tal conducta pasiva debió de manifestar su voluntad contraria, no importando la forma (expresa o tácita), siempre que sean claros e inequívocos". En esa misma dirección pueden citarse las SSAP Asturias de 18 de enero de 2008 (EDJ 2008/16162), de Granada de 25 de febrero de 2004 (EDJ 2004/11271) y Almería de 22 de marzo de 2004 (EDJ 2004/15834). Incluso alguna sentencia ha considerado que el efecto debe ser la prórroga

tácita "anual", pues la renovación "día a día" (*en funciones*) carece de justificación razonable en la medida en que el desempeño del cargo necesita de una cierta estabilidad y permanencia, sin que encuentre apoyo ni doctrinal ni jurisprudencial [SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/298781)]. Lo cierto es que la circunstancia de que no pueda celebrarse la junta por un hecho de "fuerza mayor", y no por la desidia o la voluntad expresa o presunta de los comuneros o del órgano encargado de convocar las juntas, añade un factor que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar contextualmente el art. 13.7 LPH. Dicho extremo, además, plantea una especial problemática cuando existe un contrato suscrito con el administrador, si el cargo recae en un profesional, y los efectos que puede producir sobre la renovación del contrato. Recuérdese que la regla general de nuestro Derecho civil es que nadie debería responder de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables (art. 1105 CC). Y, ciertamente, si no en las pecuniarias, dicha fuerza mayor sí podría ser invocada en las obligaciones de hacer.

"Nada impide que el presupuesto ordinario pueda ser prorrogado si la junta general ordinaria anual no se celebra. Pero, ¿qué ocurre con las obras extraordinarias no presupuestadas? Dice el artículo 20.1.c) LPH que es función del administrador atender la conservación de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta a los propietarios"

Reparaciones y medidas urgentes sin necesidad de Junta

Nada impide que el presupuesto ordinario pueda ser prorrogado si la junta general ordinaria anual no se celebra. Pero, ¿qué ocurre con las obras extraordinarias no presupuestadas? Dice el artículo 20.1.c) LPH que es función del administrador atender la conservación de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta a los propietarios. La ejecución de obras y adopción de decisiones sobre suministros y servicios no contemplados en el presupuesto exige, en condiciones normales, que deba ser sometida al conocimiento y aprobación de la junta [art. 14.b) y c) LPH]. Pero cuando dicha junta no puede celebrarse, como ocurre en estos casos, el administrador –o también el presidente asumiendo o avocando sus funciones conforme al artículo 13.5 LPH- están facultados para adoptar, por su sola autoridad, las reparaciones y medidas que resulten impostergables y necesarias para la conservación del edificio, incluso la contratación directa con terceros. Ahora bien, estas medidas deberán ser sometidas a una posterior ratificación o control por la junta cuando la situación sanitaria extraordinaria finalice, pues la ley obliga a dar cuenta posteriormente a los propietarios. Como advierte la SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007 (EDJ 2007/14625), la premura, la proporcionalidad y la ausencia de instrucciones de la junta constituyen los presupuestos necesarios de cualquier disposición urgente de esta naturaleza. Así, el administrador o el presidente pueden asumir las funciones descritas en el citado precepto, pero una vez finalizada la situación de excepcionalidad originada por la pandemia, cuando resulte ya posible, se convocará una junta de propietarios en la que se informará a los propietarios de las decisiones adoptadas hasta ese momento.



DE INTERÉS PROFESIONAL

Nuevo locutorio en la Fiscalía de Menores de Guardia para entrevistas reservadas de abogados/as de guardia con menores detenidos/as

En las dependencias de la Fiscalía de Menores de Guardia (planta baja de la sede de menores, Avda. Institución Libre de Enseñanza, 37 B) se ha habilitado un locutorio cerrado para llevar a cabo las entrevistas reservadas de abogados/as de guardia con menores detenidos/as.

La sala está equipada con una mesa, dos sillas para entrevistados, y una para el abogado.

Nuevo servicio gratuito de videoconferencia para la asistencia telemática a los internos en Madrid II y Madrid V

El ICAM, a través de sus departamentos de **Defensa de la Abogacía** y **Espacio Abogacía**, en coordinación con los Centros Penitenciarios de Madrid II y Madrid V y la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ha puesto en marcha desde el pasado día 30 de septiembre una iniciativa que permite facilitar la comunicación entre las personas internas en dichos centros penitenciarios y sus abogados/as a través de espacios seguros de videoconferencia ubicados en la sede de Espacio Abogacía (C/Bravo Murillo 377 – 2ª planta).

Este proyecto, que el Colegio ofrece de forma gratuita a sus colegiados/as, y que tras su implantación y análisis de resultados podrá extenderse a otros centros penitenciarios, tiene como objeto que desde la propia sede colegial de Espacio Abogacía puedan desarrollarse las comunicaciones evitando los desplazamientos innecesarios para los letrados/as que entiendan que el correcto ejercicio del derecho de defensa no requiera en su caso el desplazamiento físico a prisión.

La comunicación se realiza de forma ágil, rápida y segura a través de los equipos instalados al efecto en dicha sede, mediante un sistema de cita previa que puede solicitarse a través de la dirección de correo electrónico: eavideoconferencia@icam.es con una antelación mínima de 7 días naturales a la fecha en la que se celebrará la comunicación.

Entrada en funcionamiento de siete nuevos juzgados en la Comunidad de Madrid

La Orden JUS/589/2020, de 30 de junio, dispone la entrada en funcionamiento de siete Juzgados en la Comunidad de Madrid, correspondientes a la programación de 2019.

Desde el 30 de septiembre de 2020 han entrado en funcionamiento los juzgados que a continuación se relacionan:

a) Tres Juzgados de Primera Instancia: números 104 y 105 de Madrid; y número 6 de Torrejón de Ardoz

b) Dos Juzgados de lo Mercantil: números 15 y 16 de Madrid

c) Dos Juzgados de lo Social: números 43 y 44 de Madrid

Consejo General del Poder Judicial. Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó en el mes de mayo una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas que ofrece pautas y recomendaciones para conciliar la aplicación preferente de estos medios tecnológicos al proceso con el pleno respeto a los principios y garantías que establecen las leyes (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas).

El documento señala que aunque el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya prevé la posibilidad de realización telemática de determinadas actuaciones procesales y el Real Decreto 16/2020 ha establecido que la forma telemática sea el modo preferente de celebración de las actuaciones judiciales durante la vigencia del estado de alarma y los tres meses posteriores a su levantamiento, estas normas no precisan los criterios para la aplicación de estos medios tecnológicos ni los requerimientos técnicos que la hagan conciliable con el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, la confidencialidad exigida por las normas procesales y de protección de datos, la mayor amplitud de los derechos de defensa; la validez, integridad y calidad epistémica de la prueba o la garantía que aporta la inmediación.

La Guía aborda, en cuatro apartados, los aspectos relacionados con la preferencia para empleo de medios telemáticos, la forma de celebración, el lugar y los requisitos técnicos mínimos que deben tenerse en cuenta para realizar telemáticamente los distintos actos procesales.

En el primero se distingue entre actuaciones internas (deliberaciones, reuniones de los órganos de gobierno, juntas de jueces, etc.) y externas y, dentro de estas, aquellas en las que solo intervienen operadores jurídicos (Ministerio Fiscal, abogados, procuradores y graduados sociales) y otras en las que participan los ciudadanos. Dentro de esta última categoría se incluiría la celebración de juicios en los que deban practicarse pruebas con intervención personal, como interrogatorios de parte, testificales o periciales.

El segundo apartado aborda la forma de celebración de cada tipo de actuación en función de si son internas o externas, y de las prevenciones que deben adoptarse para garantizar su confidencialidad y reserva cuando así lo exijan las normas, el ejercicio del derecho de defensa, la publicidad y la intangibilidad de los medios de prueba.

En el tercero se indica qué lugares pueden ser los más adecuados para la conexión de cada uno de los intervinientes en actos telemáticos, subrayando que en el caso de actuaciones externas el juez o los miembros del tribunal se constituirán siempre en la sede del Juzgado o Tribunal.

Por último, el apartado dedicado a los requisitos técnicos mínimos –que figuran en un anexo– señala que los servicios técnicos del CGPJ verificarán su cumplimiento y subraya la conveniencia de que las Salas de Gobierno de los distintos órganos jurisdiccionales establezcan los protocolos correspondientes con las Administraciones prestacionales, Fiscalías y corporaciones profesionales afectadas para adaptar la aplicación de las pautas ofrecidas en la Guía a las peculiaridades que puedan concurrir en su territorio.

LOGROS

Defensa de la Abogacía recibe el IX Premio a la Calidad de la Justicia del CGPJ

El Departamento de Defensa de la Abogacía del Colegio de Abogados de Madrid ha sido reconocido con el Premio a la Calidad de la Justicia, impulsado por el Consejo General del Poder Judicial, dentro de la categoría "Justicia más transparente".

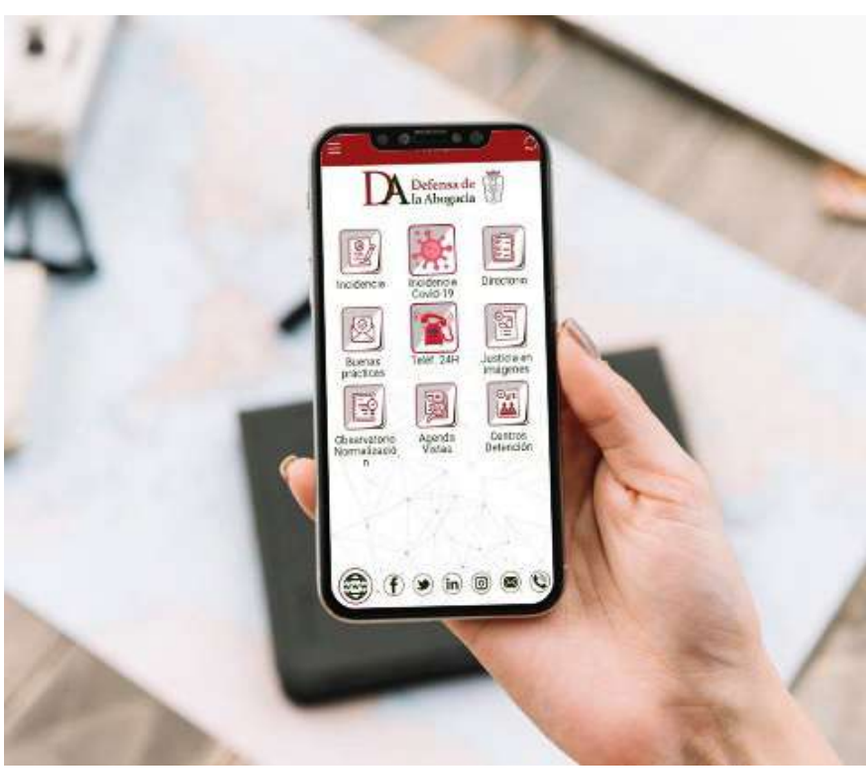
Con el proyecto premiado, basado en dar impulso a medidas que contribuyan a lograr una Administración de Justicia de calidad, eficaz y transparente, el Departamento de Defensa de la Abogacía ha pretendido "visibilizar el potencial transformador que tiene la Abogacía así como su papel catalizador de las necesarias e inaplazables mejoras de nuestra Administración de Justicia", según ha explicado el director del Área de Defensa al Colegiado/a, Fernando Bejerano.

Gracias al desarrollo de una App Móvil en el año 2017, el Departamento de Defensa de la Abogacía establece un cauce de colaboración y comunicación transversal con los órganos judiciales y con los profesionales de la abogacía. Esta aplicación digital cuenta con más de 2.000 usuarios/as entre los colegiados/as ejercientes de Madrid.

En esta línea, Victoria Espejel, responsable del Departamento de Defensa de la Abogacía, explica que esta aplicación "es una herramienta de comunicación bidireccional a través de la que estamos en permanente contacto con los letrados/as. Tiene muy buena acogida por su inmediatez y la sensación de acompañamiento constante del Colegio al colegiado/a".

Esta novedosa iniciativa ha permitido al Colegio recabar información sobre las incidencias acaecidas en juzgados, tribunales y centros de detención; difundir encuestas que facilitan la participación directa de los/as colegiados/as madrileños en las inspecciones programadas por el CGPJ; conocer el estado de las instalaciones e infraestructuras judiciales; y difundir las buenas prácticas desarrolladas en los órganos judiciales.

Este proceso ha permitido no solo la mejora de las condiciones del ejercicio profesional de los abogados/as sino también corregir anomalías en el funcionamiento de la práctica procesal lo que, a medio plazo, logrará que la ciudadanía –como última destinataria del sistema judicial– perciba una Justicia cada vez más eficiente, más atenta y más transparente.



Premios Calidad de la Justicia

Los Premios Calidad de la Justicia reconocen y distinguen la labor de órganos jurisdiccionales y oficinas judiciales de todo tipo, así como a entidades y organismos relacionados con la Administración de Justicia que hayan destacado por sus actividades de mejora de la calidad del servicio público y por la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos mediante buenas prácticas de gestión.

SALUDABOGACÍA

AHORA Y MÁS QUE NUNCA TU SALUD SIGUE SIENDO NUESTRA PRIORIDAD

ESPECIAL FAMILIAS

Familia sin hijos/as	84€
Familia con 1 hijo/a	117€
Familia con 2 hijos/as	150€
Familia con 3 hijos/as	176€

Tarifa plana mensual sin copago

COLEGIADOS/COLEGIADAS

Hasta 35 años **30 €/mes**
sin copago

Evita las listas de espera

Desde el primer día

SIN PREEXISTENCIAS

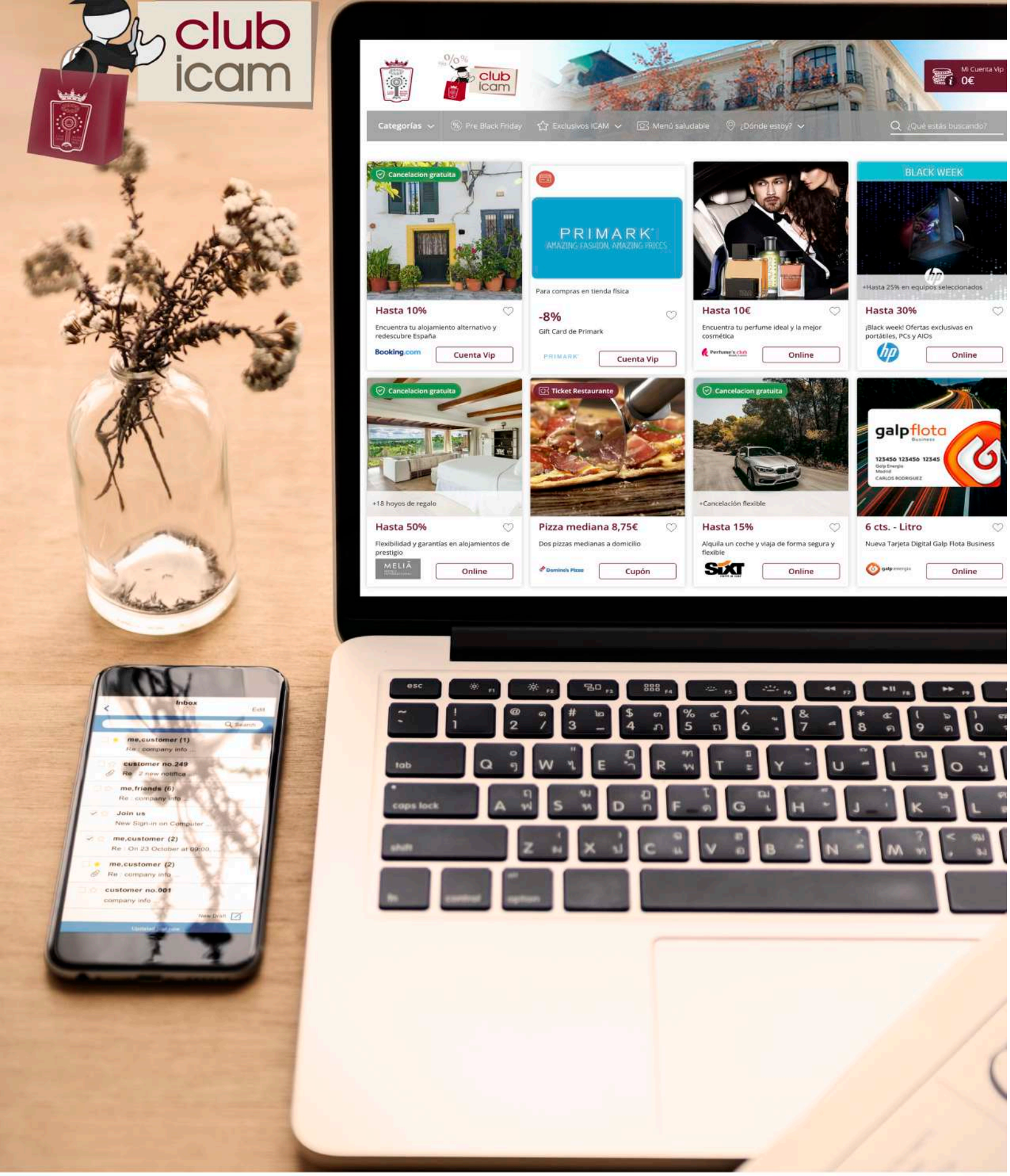
PROMOCIÓN*

CONTRATANDO ANTES DEL
1 de enero de 2021

NUEVAMUTUASANITARIA

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

*** Promoción** "Fin de año" dirigida a nuevos clientes que contraten una nueva póliza o incluyan asegurados/as en una póliza existente de cualquier modalidad de asistencia sanitaria. Promoción válida para contrataciones a partir del 2 de noviembre de 2020 y hasta el 1 de enero de 2021. No se tendrán en cuenta preexistencias, **salvo enfermedades graves**, declaradas en el cuestionario previo de salud. **Consulta los detalles de la promoción: tarifas especiales familia y colegiados/as, así como las exclusiones o limitaciones, en el siguiente enlace: www.nuevamutuasanitaria.es/condicionespromocion**



AHORRA CON TUS COMPRAS

¡Accede al nuevo ClubICAM!