OTROSÍ

REVISTA DEL COLEGIO
DE ABOGADOS DE MADRID / 2021
7ª ÉPOCA
8

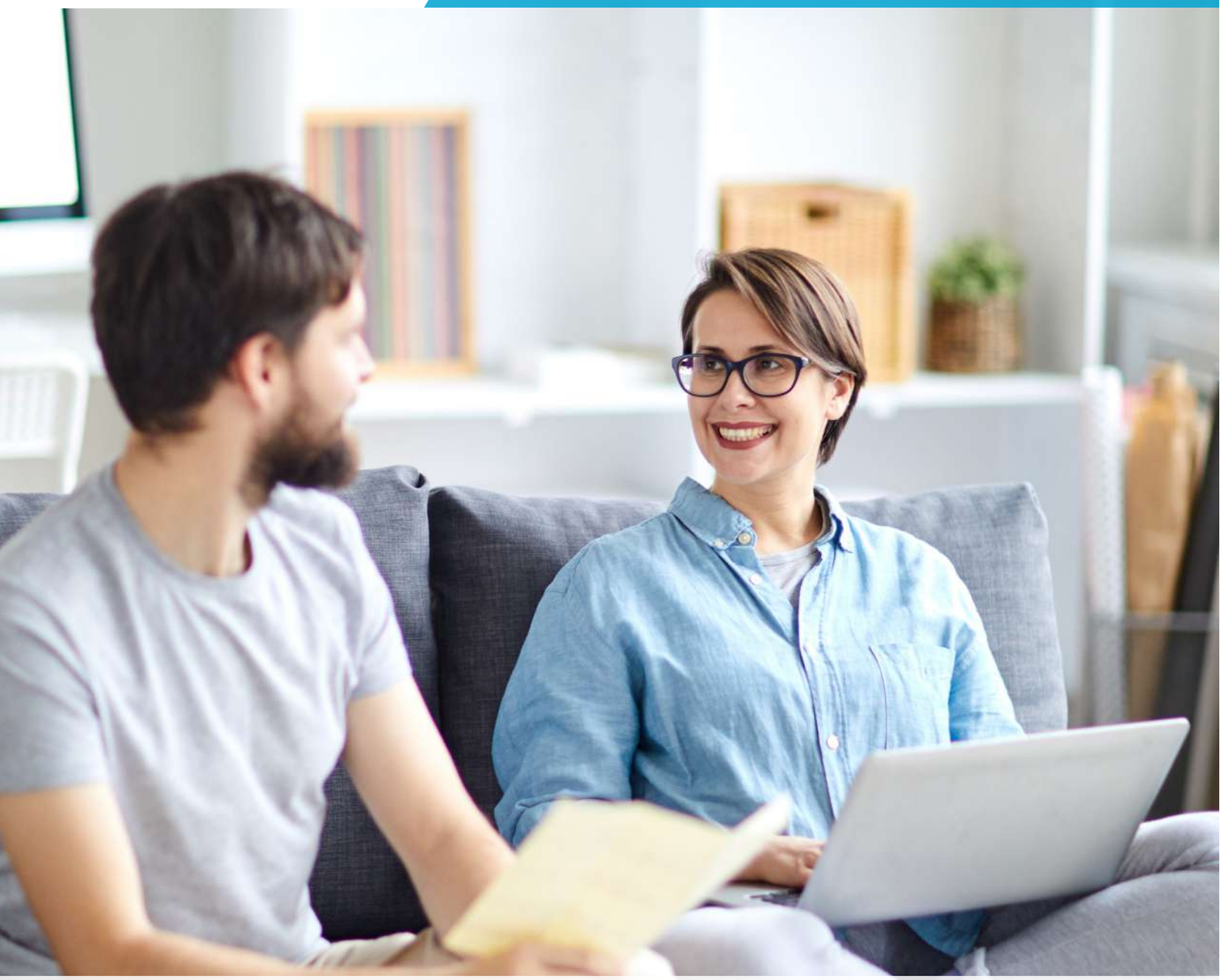
NUMERO 8/ 2021 / 7ª EPOCA
OTROSÍ
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Colegio
30 Aniversario
Corte de Arbitraje

Dossier
Vulnerabilidad y Derecho

MUTUALIDAD ABOGACÍA

Ahorrar con disponibilidad, sin renunciar a una buena rentabilidad, es posible



3% rentabilidad a cuenta[1]

Disponible desde primer momento[2]

La situación actual implica pensar muy bien dónde invertir tus ahorros. La Mutualidad dispone una modalidad que cumple todos los requisitos para ayudarte a constituir una red de seguridad: el **Sistema de Ahorro Flexible (SVA) del Plan Universal.**

Tu futuro, en buenas manos.
Contrata tu Sistema de Ahorro Flexible en:
mutualidadabogacia.com

1. Para el trimestre actual, tasa anual (rentabilidades pasadas no implican rentabilidades futuras).
2. El valor de rescate del Sistema de Ahorro Flexible (SVA) ascenderá a la totalidad de las aportaciones realizadas durante el primer año. Durante el segundo año, el valor de rescate será el fondo acumulado (conforme este es definido en el artículo 20 del Reglamento del Plan Universal) menos una penalización del 2,5 % del mismo. Durante el tercer año dicha penalización será del 1 %. A partir de la finalización del tercer año desde la contratación inicial del SVA, el valor de rescate será el fondo acumulado sin ninguna penalización.

SUMARIO

30 Dossier
Vulnerabilidad y Derecho

30
Vulnerabilidad y Derecho
Montserrat Pereña Vicente

34
Retos de una justicia adaptada a la fragilidad derivada de la pandemia
Sonia Calaza López

38
La reforma de las instituciones de protección
Antonio Pau Pedrón

42
Consumidores vulnerables
Ángel Carrasco Perera

44
Protección del arrendatario vulnerable: cláusula COVID y Real Decreto Ley 2/2021
Teresa Asunción Jiménez París

46
Propietario vulnerable versus arrendatario u ocupante vulnerable
Alberto Torres López

50
Vulnerabilidad laboral en la industria 4.0
Ángel Arias Domínguez

52
El consentimiento para la vacuna COVID de las personas vulnerables
María Teresa Echevarría de Rada

54
La vivienda habitual de las personas vulnerables en derecho francés
Sylvie Moisdon-Chataigner

56
El Tribunal de Justicia de la UE y la protección de los consumidores como colectivo vulnerable
Juan Ignacio Signes de Mesa

58
COVID, vulnerabilidad y derecho
Vicente Bellver Capella

5 Queridos compañeros
Una nueva Corte para un nuevo tiempo

6 Colegio
30 aniversario de la Corte de Arbitraje

6
La Corte de Arbitraje se reinventa en su 30 aniversario para coger impulso en la post pandemia

14
"La pandemia ha traído una ventana de oportunidad para el arbitraje doméstico"
Conversación entre José María Alonso, Urquiola de Palacio José Antonio Caínzos, Carlos de los Santos y Bernardo Cremades

22
La abogacía y los ADR-MASC: hacia un nuevo paradigma de la justicia
Departamento de ADRs-MASC del Colegio de Abogados de Madrid

60 Análisis

60
Ruidos y molestias vecinales en el ámbito de la propiedad horizontal
Alejandro Rosillo Fairén y Angélica María Castro Acosta

64
Tiempo de actuar: la 'futura' Ley del Clima
Ana Barreira López

66
La Justicia de hoy: ¿mieles o hieles?
Sandra Aza

24 Entrevista
María Luisa Segoviano
Presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

"La perspectiva que tenemos es que haya un gran incremento de demandas en la Jurisdicción social"

70 Noticias de interés profesional

76 Destacados

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

CONSEJO DE REDACCIÓN: *Emilio Ramírez, Manuel Martín, Montserrat Pereña, Juan Ignacio Signes 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.

UNA NUEVA CORTE PARA UN NUEVO TIEMPO

José María Alonso Puig
Decano

De todos los aniversarios celebrados desde nuestra llegada a la Junta de Gobierno del Colegio, el que celebramos en este número de la revista Otrosí es quizá uno de los que más ilusión me hacen desde el punto de vista personal y profesional. Cuando, hace 30 años, nuestros antecesores, liderados por el decano Antonio Pedrol, aprobaron los primeros estatutos de la Corte de Arbitraje, el Colegio de Abogados de Madrid iniciaba un largo camino para hacer de este mecanismo de resolución de controversias una verdadera alternativa a la jurisdicción.

Aunque diversos factores han dificultado en este tiempo el despegue definitivo del arbitraje doméstico en nuestro país, y por tanto el de nuestra Corte, una serie de circunstancias que se han venido alineando recientemente dibujan un panorama ciertamente optimista para la institución de arbitraje.

Por un lado, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, construida a partir de una serie de sentencias que refuerzan este modelo de resolución extrajudicial de conflictos, y por otro, el aumento de la litigiosidad que amenaza con colapsar definitivamente un sistema de justicia históricamente saturado, abren una ventana de oportunidad que la Corte del ICAM no va a desaprovechar.

Se da cuenta en este número especial de las últimas iniciativas para reinventar la Institución en su 30 cumpleaños, desde la creación de un procedimiento de urgencia para resolver en tiempo récord los conflictos surgidos tras el estallido de la pandemia, hasta la puesta en marcha de una novedosa Escuela de Formación de Árbitros/as para formar a los profesionales que deberán abanderar el salto adelante del arbitraje interno en los próximos años.

Unido a las reformas estatutarias impulsadas en 2018 para aupar a la Corte del Colegio a la altura de las principales instituciones arbitrales de nuestro entorno, y a la presencia como socio estratégico en el nuevo Centro Internacional que aspira a posicionar a nuestra ciudad como epicentro de los procedimientos arbitrales en lengua española y portuguesa, se dan todos los elementos necesarios para hacer realidad la visión de quienes, a lo largo de estas tres décadas, hemos apostado decididamente por el arbitraje como una manera tan válida como la jurisdicción para encontrar una salida justa y equilibrada a las desavenencias que no pueden, o no quieren, dilatar en el tiempo su resolución.

El esfuerzo, obviamente, no termina aquí, sino que se abre una nueva etapa, una nueva Corte para un nuevo tiempo en el que esperamos capitalizar un contexto más favorable en beneficio tanto de quienes necesitan resolver sus conflictos en unos plazos y con unos costes razonables, como de todos aquellos compañeros y compañeras que decidan sumarse al ejercicio del arbitraje.

A su disposición hemos puesto a los más cualificados profesionales con las mejores prácticas nacionales e internacionales. La puerta está abierta. Pasen y vean.

La Corte de Arbitraje del ICAM se reinventa en su 30 aniversario para coger impulso en la postpandemia

La implantación de un pionero procedimiento de urgencia y la puesta en marcha de una novedosa escuela de formación de árbitros sitúan a la Corte del Colegio en las mejores condiciones para aprovechar la expansión del arbitraje interno que los expertos prevén tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y el aumento de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia

Por Jaime Gómez

"De conformidad con lo dispuesto en el Estatuto General de la Abogacía y la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje, se constituye la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, para la resolución de las desavenencias que libre y voluntariamente se le sometan".

Con estas palabras arrancaba hace 30 años el primer Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM, cuyas normas generales fueron aprobadas por acuerdo de la Junta de Gobierno, el 27 de noviembre de 1990, en una reunión presidida por el entonces vicedecano, Jesús Castrillo Aladro, en ausencia del decano Antonio Pedrol.

Con una vocación de servicio público que la diferenciaba de otras instituciones arbitrales surgidas en aquellos años al calor de la Ley de 1988, la Corte del Colegio nacía dispuesta a administrar cualquier tipo de arbitraje, fuera o no comercial. También, en contraste con otras instituciones arbitrales impulsadas por otros Colegios de Abogados, la del ICAM se constituyó como un servicio colegial más, careciendo de personalidad jurídica propia.

Si bien los primeros procedimientos sometidos a arbitraje fueron conflictos procedentes de la Comisión de Honorarios, las materias que han sido objeto de arbitraje a lo largo de su historia han sido muy diversas. Contratos de patrocinio deportivo, de préstamo, de compraventa de inmuebles, de franquicia, de transporte, de seguro, de explotación forestal, en materia societaria o sobre derechos audiovisuales, entre otros asuntos en el campo comercial. Entre los procedimientos no comerciales, ha habido casos de arrendamientos urbanos de viviendas y locales, conflictos surgidos en comunidades de propietarios, honorarios profesionales, controversias en liquidación de sociedad de gananciales o en la división de herencias.

En este tiempo, la Corte del Colegio ha administrado un total de 808 arbitrajes, con una cuantía total superior a los 400 millones de euros. El asunto de menor cuantía fue un arbitraje sobre una minuta de honorarios de 31.000 pesetas, mientras que el de mayor importe, 108 millones de euros, fue una controversia sobre derechos audiovisuales del fútbol. "En esa banda hemos hecho de todo, nunca nos ha importado si el asunto era muy pequeño, y hemos procurado que el coste de esos asuntos pequeños no disuadiera a nadie de iniciar un procedimiento de arbitraje en la Corte", señala Ignacio Coloma, secretario general de la Corte.

Aunque la crisis sanitaria y sus derivadas económica y social han interrumpido temporalmente una trayectoria ascendente, la Corte del Colegio afronta con optimismo un futuro que los expertos vaticinan favorable para la resolución de conflictos a través de métodos alternativos como el arbitraje. Gracias a una serie de reformas impulsadas en 2018 por la actual Junta de Gobierno, a la creación de una escuela pionera para la formación de árbitros y a la implantación de un innovador procedimiento de urgencia que aplica los medios telemáticos para reducir los plazos procesales, la Corte del ICAM aspira a capitalizar estos esfuerzos en la postpandemia. Pero antes de encarar el futuro, echemos la vista atrás.

Historia de la Corte

En sus más de 28 años de desempeño en la administración de los arbitrajes sometidos a la Corte del Colegio, Ignacio Coloma identifica tres etapas en su desarrollo. "Hubo una fase inicial que fue realmente dificultosa, porque era tal el desconocimiento entre la profesión que había abogados que pensaban que en cada provincia había un tribunal arbitral, algo así como una jurisdicción paralela a la jurisdicción estatal. Las consultas que llegaban sobre arbitraje eran de lo más variopinto", recuerda.

"En un principio, se estableció un reglamento muy simple, pero que sirvió y fue útil". Después, casi todas las instituciones arbitrales han ido siguiendo la estela de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Arbitraje de París (CCI), que está cerca de cumplir 100 años, adaptando sus reglamentos a las novedades que iba introduciendo en el suyo la Corte parisina. "En nuestra Corte, esa adaptación a un reglamento, por así decirlo, homologable internacionalmente, se produce en el año 2010, durante el mandato de Antonio Hernández Gil, cuando es nombrado presidente de la Corte José María Alonso Puig", explica Coloma.

El actual decano del ICAM es una de las figuras clave en el desarrollo de la institución arbitral del Colegio, probablemente la más influyente. Es él quien promueve que la Corte adopte el reglamento modelo del Club Español del Arbitraje (CEA), que seguía las directrices de la Corte de la CCI, con ciertas matizaciones para mantener la vocación de servicio público que caracteriza a la corte colegial. Así, además del procedimiento ordinario que sigue fielmente el reglamento modelo del CEA, incluye uno abreviado para asuntos de cuantía inferior a 100.000 euros, y establece también un procedimiento especial, muy abreviado, en materia de arrendamientos urbanos y honorarios profesionales, que permite administrar arbitrajes no comerciales para la resolución de controversias entre particulares.

En esta segunda etapa se realizó también una importante renovación de la lista de árbitros, que ya se estableció por especialidades, a la que podían acceder las personas con más de diez años de ejercicio ininterrumpido –y sin sanción alguna en su expediente profesional– que pudieran justificar conocimientos en el área de especialidad en que se deseaba realizar arbitrajes.

De Antonio Albanés a Begoña Castro

Antes que José María Alonso, fueron Antonio Albanés Membrillo y Jaime Mairata Laviña los encargados de impulsar el arbitraje desde la Corte del Colegio de Abogados de Madrid. Con posterioridad, Alejandro Alonso Dregi y Begoña Castro Jover han continuado la senda iniciada en 1990.

Bajo la presidencia de la actual vicedecana, y ya con José María Alonso como decano de la Junta de Gobierno, la Corte del Colegio entra en una etapa de aceleración coincidiendo con su 28 aniversario. "La corriente actual de aumento de litigiosidad aconseja recurrir a otras vías de solución de conflictos distintas a la judicial", advertía Begoña Castro en un acto conmemorativo celebrado en junio de 2018.

José María Alonso y Alexis Mourre en el acto conmemorativo del 28 aniversario de la Corte del ICAM

Se trazaron entonces las líneas definitorias de la Corte en esta tercera etapa, "con un Colegio volcado y entregado al arbitraje" para imbuir este método extrajudicial de resolución de conflictos en un colectivo profesional no siempre proclive al mismo. A fin de potenciar su credibilidad y generar la máxima confianza, se activaron una serie de reformas orientadas a alcanzar la excelencia, garantizando la imparcialidad con un proceso de designación transparente al tiempo que se ajustaban aún más los costes del procedimiento.

La primera medida adoptada fue la renovación de la lista de árbitros. En un Colegio como el de Madrid, con más de 43.000 profesionales ejercientes, en los 10 años transcurridos desde la última actualización se habían incorporado a la lista cerca de 1.000 árbitros, de los cuales apenas una cuarta parte contaba con experiencia o formación específica en la materia, circunstancia que hacía muy problemática la designación con garantías de administrar correctamente el arbitraje.

Teniendo todo esto en cuenta, la Junta de Gobierno aprobó el 27 de febrero de 2018 las normas para la formación de la nueva lista, exigiendo —además de la antigüedad en la colegiación— experiencia y formación en materia de arbitraje, así como especialización en alguna de las materias jurídicas susceptibles de arbitraje. Como elemento novedoso, se nombró un Comité de Evaluación, integrado por árbitros de reconocido prestigio nacional e internacional, para examinar y evaluar los perfiles de los solicitantes, de tal manera que la inclusión en la lista de Árbitros se acordaría por la Corte a propuesta de dicho Comité de Evaluación.

A continuación, la Junta de Gobierno puso en marcha una ambiciosa reforma de los Estatutos y el Reglamento de la Corte, incorporando nuevas figuras como el árbitro de emergencia y el arbitraje estatutario.

La reforma de los estatutos y del reglamento de la Corte

Las reformas impulsadas entonces eliminaron definitivamente las funciones de mediación que la Corte tenía atribuidas en los estatutos, tareas que desde hacía tiempo el Colegio venía desarrollando a través de MedialCAM. En relación a las condiciones para ser árbitro de la Corte, se introdujo la posibilidad de eximir de los requisitos de colegiación y antigüedad a juristas de reconocido prestigio en cualquier campo del Derecho, con independencia de su nacionalidad. También quedó previsto que una vez formada la lista se árbitros se pudieran producir nuevas incorporaciones, previa solicitud y a propuesta del Comité de Evaluación, que pasaba a constituirse como un órgano permanente de la Corte. Además, se limitó hasta un máximo de dos el número de veces que puede ser designado un mismo árbitro al año.

Ignacio Coloma

Respecto al reglamento de Arbitraje, Ignacio Coloma desglosa cuatro aspectos novedosos introducidos en la última reforma. "En primer lugar, se introduce la figura del árbitro de emergencia, al cual se encomiendan no solo la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, sino también las de anticipación y aseguramiento de prueba". Por otra parte, siguiendo el modelo recomendado por el Club Español del Arbitraje se incorpora la figura del arbitraje estatutario, introducido en la Ley de Arbitraje a través de la reforma operada en la misma por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

"También se introducen pequeñas modificaciones en diversos artículos del Reglamento para complementar o mejorar su redacción", añade Coloma, y se modifica el Anexo relativo a las Costas para incorporar las correspondientes al árbitro de emergencia, así como la contribución de los árbitros a los Derechos de Administración de la Corte de Arbitraje mediante la cesión de un porcentaje de sus honorarios.

En relación a las costas del arbitraje, el secretario general recalca que el Colegio siempre ha tratado de que los honorarios de árbitros y derechos de Corte no sean disuasorios ni un obstáculo para el arbitraje, pensando en el cumplimiento de su función como servicio público a los ciudadanos.

"Cuando se elaboraron las normas de costas, se estudiaron las de todas las instituciones arbitrales de cierta relevancia, y la Junta de Gobierno optó por un tramo medio bajo en relación a otras instituciones arbitrales", señala Coloma. Y para demostrarlo, propone una sencilla comprobación. "Si comparamos los criterios que utiliza el Colegio para la emisión de los informes en materia de honorarios, con las escalas de costes tanto de árbitros como de derechos de corte, estos últimos pueden estar en menos de la mitad de lo que resultaría de aplicar los primeros".

Factores diferenciales

Además de la vocación de servicio público, que permite llevar a arbitraje asuntos no comerciales a unos costes muy accesibles, la Corte del Colegio tiene una serie de características que la diferencian de otras instituciones arbitrales. Una de ellas es el compromiso con la igualdad que ha impregnado todos los ámbitos de actividad de la corporación madrileña, reflejado de manera singular en el campo del arbitraje a través de una práctica de discriminación positiva que ha logrado casi equiparar el acceso de hombres y mujeres a los arbitrajes sometidos a la Corte, a pesar del claro predominio masculino en la composición de la lista de árbitros.

Begoña Castro

Escuela de arbitraje

Fernando Bejerano, Begoña Castro, Mª Carmen García, Ignacio Coloma y José Carlos Fernández Rozas

Otro de los elementos novedosos en esta última etapa de la Corte es la creación de la Escuela de Arbitraje, una iniciativa pionera para formar a profesionales en este campo a partir de la experiencia directa de los operadores jurídicos que se dedican a esta materia. Al frente del proyecto, como director académico, destaca la presencia de José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional Privado durante más de 40 años y referencia imprescindible en el ámbito del arbitraje.

Abierta a todas las personas graduadas o licenciadas en Derecho, a los árbitros y a los profesionales de la abogacía que deseen adquirir una visión en profundidad del proceso arbitral, la Escuela arrancó sus actividades poco antes del inicio de la pandemia. Tras una primera promoción celebrada de forma presencial, se organizaron a lo largo del estado de alarma varias ediciones virtuales del Curso de Formación de Árbitras/os, con un seguimiento masivo por cerca de 300 personas colegiadas.

En el ámbito académico, Fernández Rozas identifica dos objetivos distintos: la formación de árbitros y la formación de juristas que puedan litigar en arbitrajes. Y en cuanto al perfil del alumnado, en los cursos celebrados hasta la fecha han coincidido dos generaciones distintas: por un lado, alumnos recién licenciados o que están cur-

Entrega de Diplomas a la primera promoción de la Escuela de Arbitraje

sando paralelamente los cursos de acceso a la profesión; y por otro, abogados y abogadas con un amplio bagaje profesional que buscan actualizarse y ampliar sus conocimientos en este campo. Por otra parte, la Escuela está abierta no solamente a los abogados litigantes, sino también a los que trabajan dentro de las empresas.

¿Cuánto tiempo de estudio necesita un abogado para acceder al mundo del arbitraje? "Normalmente, calculamos que con 50 horas se pueden adquirir los conocimientos necesarios para poder desenvolverse en un procedimiento arbitral", responde Fernández Rozas. "Esto requiere el conocimiento de unas técnicas que no son las procesales puras de la jurisdicción, hay una profesión de árbitro, hay una ética, hay unas formas de comportamiento. Todo esto no se adquiere por la ciencia infusa, tienes que saber cómo debe funcionar un árbitro, los elementos del ejercicio del arbitraje... hay códigos éticos, técnicas de cómo se delibera, como se construye un laudo arbitral, qué comportamiento hay que tener con las partes, cuál debe ser la observancia de la independencia y la imparcialidad."

José Carlos Ferández Rozas

Aunque el título de la Escuela no es habilitante para la administración de arbitrajes, con la última reforma estatutaria la formación específica es uno de los elementos necesarios para ser incluido en la lista de árbitros. Punto para la Escuela.

Si bien la situación sanitaria ha impedido a la Escuela desplegar aún todo su potencial, Fernández Rozas encara el futuro con optimismo. "Esto va a volver a funcionar en un momento de eclosión por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, que cubren distintos aspectos y han remodelado lo que es el arbitraje interno. A partir de esta doctrina vamos a revitalizar las enseñanzas del arbitraje, tenemos un gran bagaje y un profesorado que conoce bien la materia."

Para el director de la Escuela, la crisis sanitaria supone igualmente una oportunidad única para el despegue del arbitraje doméstico. "La situación de la pandemia va a dar lugar a muchísimos contenciosos, muchos de los cuales se llevarán ante los jueces, que quedarán desbordados, y otros se llevarán al arbitraje. Esto va a generar una mayor conflictividad y van aumentar los casos", advierte.

Otro de los aspectos positivos que ha traído esta crisis es la incorporación de la tecnología en el arbitraje, favoreciendo que se produzcan procedimientos abreviados. "Si las partes lo quieren, la telemática hará que se desarrollen los procedimientos más rápido y a un menor coste. Además, como estamos con nuevas generaciones que manejan estos instrumentos a la perfección, será un elemento importante en el futuro", concluye.

"Ahora mismo tenemos en la lista 255 árbitros, de los cuales el 75% son hombres y el 25% son mujeres", explica Begoña Castro. Partiendo de esa realidad, entre 2016 y 2020 los hombres han capitalizado el 55% de las designaciones, por un 45% de mujeres. "En las designaciones hemos intentado establecer la máxima paridad", afirma la presidenta de la Corte, hasta el punto de que la participación real de las mujeres en la administración de los arbitrajes casi duplica en porcentaje su presencia en la lista de árbitros.

Otro de los aspectos diferenciales de la Corte reside precisamente en la calidad de los profesionales que integran esa lista. "En el Colegio de Abogados de Madrid, que cuenta con más de 40.000 abogados ejercientes, seguramente estén colegiados los mejores abogados y abogadas de España. Y cualquiera de ellos puede ser designado como árbitro en la Corte", afirma Coloma.

Carlos de los Santos, actual presidente del Club Español del Arbitraje, recuerda su experiencia como árbitro de la Corte. "Hace relativamente poco, un par de años, tuve un arbitraje bastante importante en la Corte del Colegio, y puedo decir que saben hacerlo muy bien: administrarlo, manejarlo, y no era nada fácil. Eso da mucha confianza."

Arbitraje internacional

Uno de los hitos más recientes en la historia de la Corte ha sido la incorporación del Colegio, en calidad de socio estratégico, al nuevo Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), fruto de la integración de la actividad internacional de las tres principales cortes de arbitraje del panorama nacional: la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y la Corte Española de Arbitraje (CEA).

El CIAM, que inició su andadura hace apenas un año, nació con el firme propósito de erigirse en una institución arbitral de referencia internacional y, sobre todo, posicionarse como la capital de los procedimientos arbitrales en lengua española y portuguesa, enclave natural entre Latinoamérica y los países de la Unión Europea.

En palabras de José María Alonso, se trata de "un proyecto importantísimo que hemos abordado para que Madrid sea sede de arbitrajes internacionales y ocupemos en el mundo —en particular en el iberoamericano— el papel que nos corresponde". Se refiere al decano a que, a la luz de las estadísticas de las cortes internacionales, y en concreto de la CCI, el mundo iberoamericano es una auténtica potencia en el ámbito del arbitraje, muy superior en su conjunto a la relevancia económica que cada uno de sus países detenta de manera individual. "Es vital que España sea sede de arbitrajes que naturalmente deberían venir aquí en lugar de a otros países con un idioma distinto, régimen jurídico diferente, con abogados que en ocasiones no entienden la cultura nuestra y, desde luego, con un mayor coste del procedimiento", afirma.

El propio José María Alonso y Begoña Castro representan al Colegio en el Pleno del CIAM, que integran profesionales de reconocido prestigio como José Antonio Caínzos (presidente), Adolfo Díaz-Ambrona, Josef Fröhlingsdorf, Elena Otero-Novas (vicepresidenta), Urquiola de Palacio (vicepresidenta), Giulio Palermo, Pilar Perales, Dámaso Riaño, Julio César Rivera, Francisco Ruiz Risueño y Juan Serrada (vicepresidente).

Nuevo procedimiento de urgencia

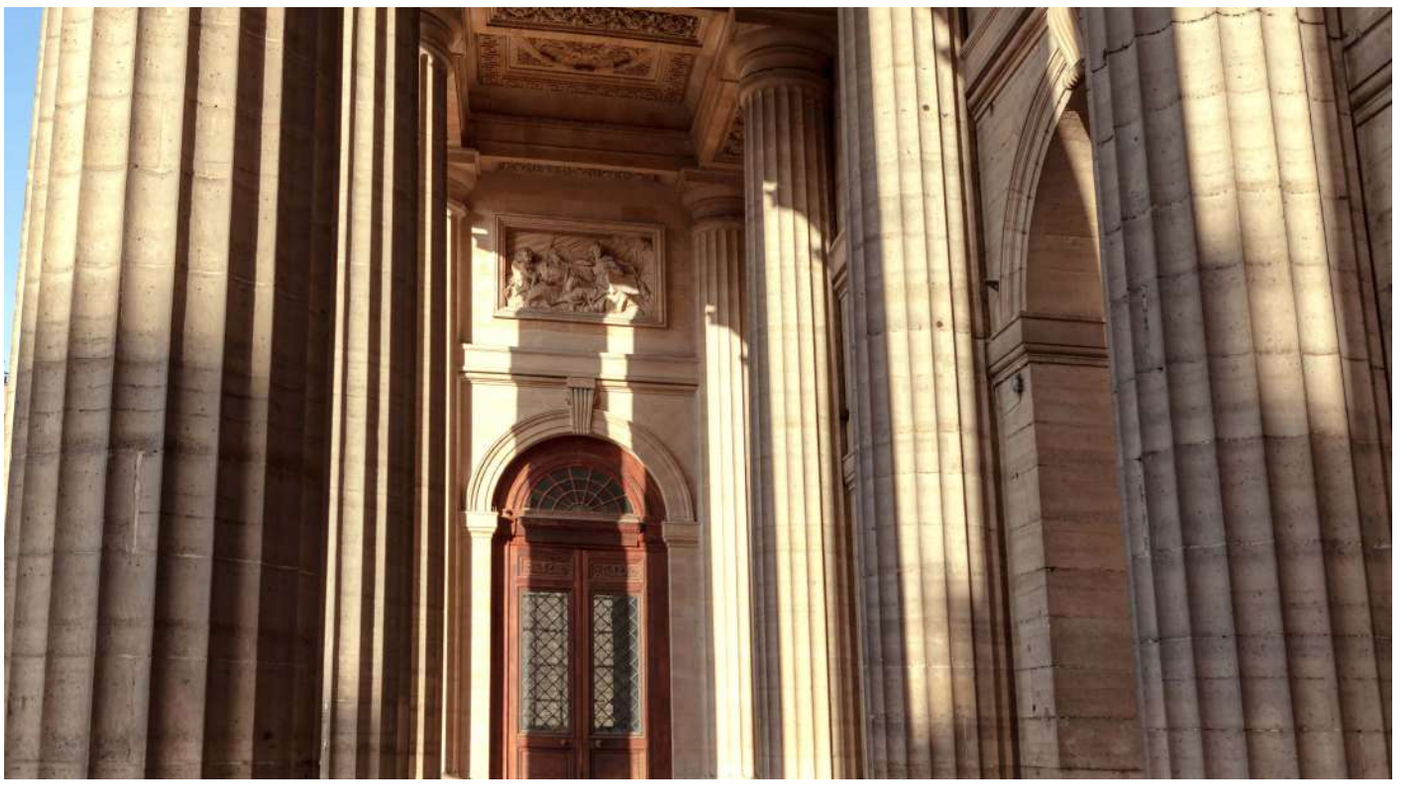
A partir del último impulso estatutario, la Corte de Arbitraje alcanza velocidad de crucero, prácticamente duplicando en los ejercicios 2018 y 2019 el número promedio de arbitrajes administrados anualmente hasta entonces. El horizonte aparece por fin despejado para que la Corte del ICAM se sitúe al mismo nivel que las principales instituciones arbitrales de nuestro país. Y llega marzo de 2020. La pandemia, el estado de alarma y la nueva normalidad frenan de golpe la trayectoria ascendente de la Corte.

Es entonces cuando la institución, haciendo de la necesidad virtud, decide poner en marcha un novedoso instrumento para resolver las controversias que pudieran surgir a raíz de la crisis sanitaria. Nace así el procedimiento de urgencia, un mecanismo para coadyuvar en la solución de los conflictos en las relaciones negociales surgidos en este nuevo tiempo. "A través de este procedimiento de arbitraje de carácter urgente y sumario, las partes pueden ver resueltas sus controversias en un breve plazo y a un coste razonable, siendo necesario para ello el acuerdo de las partes para someter su controversia a este arbitraje aun cuando en la relación negocial de que se trate no existiera un previo convenio arbitral", destaca Coloma.

Entre otros elementos pensados para acortar los plazos, el procedimiento de urgencia contempla la celebración de la audiencia de forma telemática cuando no sea posible hacerlo de forma presencial. "La situación generada por la pandemia nos ha metido casi a empujones en el futuro, porque nadie se planteaba antes poder hacer audiencias virtuales y ahora es algo habitual. El empleo de nuevas tecnologías se ha impuesto, y ello ha permitido que durante el tiempo que todos los juzgados han estado cerrados a cal y canto, los arbitrajes, cuando las partes así lo han decidido, hayan seguido adelante", apunta el secretario general.

La implantación de este nuevo procedimiento ha coincidido en el tiempo con una serie de sentencias del Tribunal Constitucional que refuerzan la seguridad jurídica y despejan el camino para el despegue de un arbitraje doméstico que, en los últimos años, venía sufriendo los efectos de las anulaciones de laudos practicadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La confluencia, por tanto, de esta nueva doctrina del TC y el inminente colapso de la jurisdicción dibuja un horizonte prometedor para la institución arbitral en el territorio nacional. Y a ese escenario la Corte del ICAM llega con los deberes hechos. La actualización del reglamento y los estatutos, la mejora de la lista de árbitros, la creación de un procedimiento de urgencia y la apuesta por la formación la sitúan en una posición inmejorable para aprovechar al máximo la revitalización del arbitraje en el mundo postpandemia.



Especial 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del ICAM

"La pandemia ha traído una ventana de oportunidad para el arbitraje doméstico"

En el marco del 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, el decano José María Alonso charla con algunos de los grandes referentes de la institución arbitral en España. Bernardo Cremades, pionero y socio fundador de B. Cremades y Asociados; Urquiola de Palacio, presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid; Carlos de los Santos, presidente del Club Español del Arbitraje; y José Antonio Caínzos, presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, abordan en esta conversación el presente y el futuro del arbitraje doméstico e internacional

José María Alonso (JMA): Como estamos celebrando el 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el primer tema que me gustaría abordar es la situación del arbitraje interno, que es el ámbito principal de actuación de nuestra Corte.

Yo siempre he pensado que el arbitraje internacional, más que una opción, es una necesidad. Cuando una compañía española contrata con una empresa extranjera, o se somete al fuero de la compañía extranjera o consigue que esta se someta a la jurisdicción española,

pero no hay un tribunal judicial internacional que tenga los elementos de neutralidad necesarios, y por eso se recurre al arbitraje. Sin embargo, en el ámbito doméstico no pasa lo mismo, porque entre la opción de ir a la jurisdicción o a arbitraje, se tiende a ir a los juzgados.

Desde el Colegio hacemos todo lo posible por convencer a los abogados para que introduzcan cláusulas arbitrales en sus contratos, hemos creado una escuela de árbitros y damos toda la difusión necesaria a la institución arbitral. Pero el tema avanza de forma lánguida. ¿A qué se debe esta falta de crecimiento del arbitraje doméstico?

Bernardo Cremades (BC): El problema que ha tenido el arbitraje doméstico en España ha sido, en primer lugar, la falta de confianza de los abogados. Yo creo que en esto hemos avanzado muchísimo, porque nos encontramos hoy con una gran profesionalización que no había hace 15 años en España, de árbitros y de centros de arbitraje.

Y en segundo lugar, el problema de la seguridad jurídica. En este tema, la sentencia del Tribunal Constitucional, del 15 de febrero, es muy importante porque allí vamos a encontrar el camino que tienen que seguir los Tribunales Superiores de Justicia —especialmente, en lo que a nosotros nos afecta, el de Madrid—, con unos criterios muy claros de cómo se deben controlar las sentencias arbitrales. Estábamos cansados de ver que una cosa era lo que el árbitro doméstico decía y otra el resultado final, que era producto de lo que un juez entendía que debería valorarse la prueba o cómo realizarse determinadas actuaciones.

Una cosa que se ha resaltado poco en esta sentencia es el impacto que tiene en el arbitraje de equidad y lo que dice de él el Tribunal Constitucional. Yo creo que muchos de los problemas que estamos viendo en las pequeñas y medianas empresas se van a solucionar si consolidamos el arbitraje de equidad en nuestro sistema de solución de litigios.

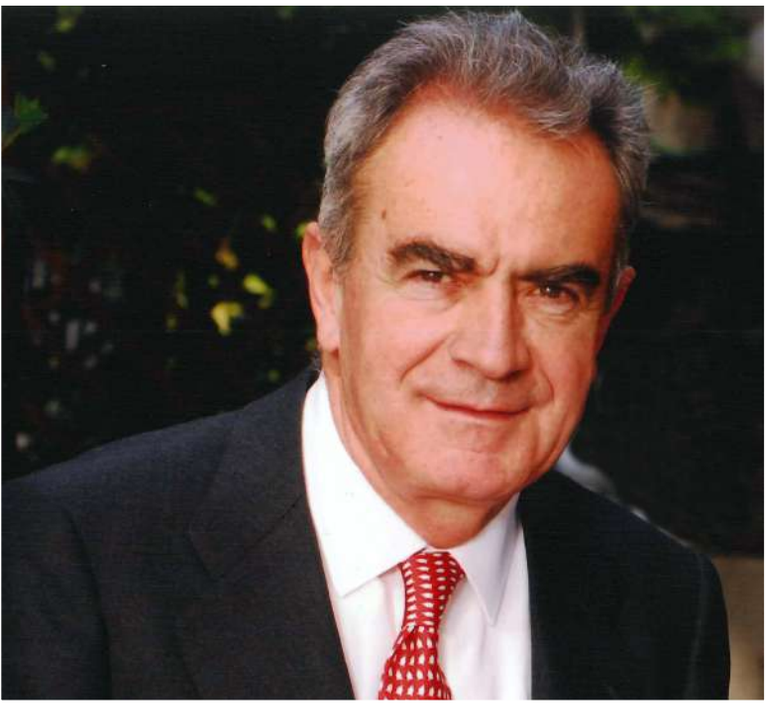
JMA: ¿Qué contornos establece el TC en relación con el arbitraje de equidad en esta sentencia del 15 de febrero?

BC: Estamos en un punto crucial. La Ley de 1988 surgía de las Cámaras de Comercio y de los Colegios de Abogados, y daba preferencia al arbitraje de equidad sobre el de derecho. La ley del 2003, por el contrario, se une al criterio de dar prioridad al arbitraje de derecho sobre el de equidad. Y lo que viene a decir esta sentencia es que quien se ha sometido a un arbitraje de equidad se somete al leal saber y entender del árbitro, y que, en consecuencia, no priman los criterios jurídicos sino los equitativos. Y ahí entramos en un tema realmente importante: yo creo que la sentencia del TC es un gran soporte del derecho continental frente al anglosajón. El derecho anglosajón mira con gran recelo la equidad, todo lo que no sea lo escrito. Pero este arbitraje del que habla la sentencia del TC es muy curioso, porque consolida la teoría muy española —art. 7 del Código Civil, párrafo segundo— del abuso de los derechos. Se consolida la doctrina de los abusos de derecho porque lo que está en el fondo detrás de la decisión del TC es un abuso de un señor que tiene unos derechos consolidados, incluso por sentencia del TC, pero que abusa. Y el tribunal en equidad dice "ha abusado, y por lo tanto es motivo tan grave como para la disolución y liquidación de la sociedad".

JMA: Mi opinión, tras leer la sentencia, es que efectivamente el árbitro de equidad no tiene que sujetarse estrictamente al derecho, sino a su mejor leal saber y entender, pero hay principios fundamentales que ni siquiera en el arbitraje de equidad se pueden eludir, como puede ser el ***pacta sunt servanda*** o la interdicción del abuso de derecho, o el que se debe actuar de buena fe. Esas cosas que, a los abogados, por mucho que estemos en un arbitraje de equidad, nos parecen principios inamovibles. ¿Estás de acuerdo conmigo en que esos principios deben ser respetados?

BC: Por supuesto, y yo creo que este país es muy dado al movimiento pendular, y así como hemos estado mucho

José María Alonso,
Decano del Colegio de Abogados de Madrid

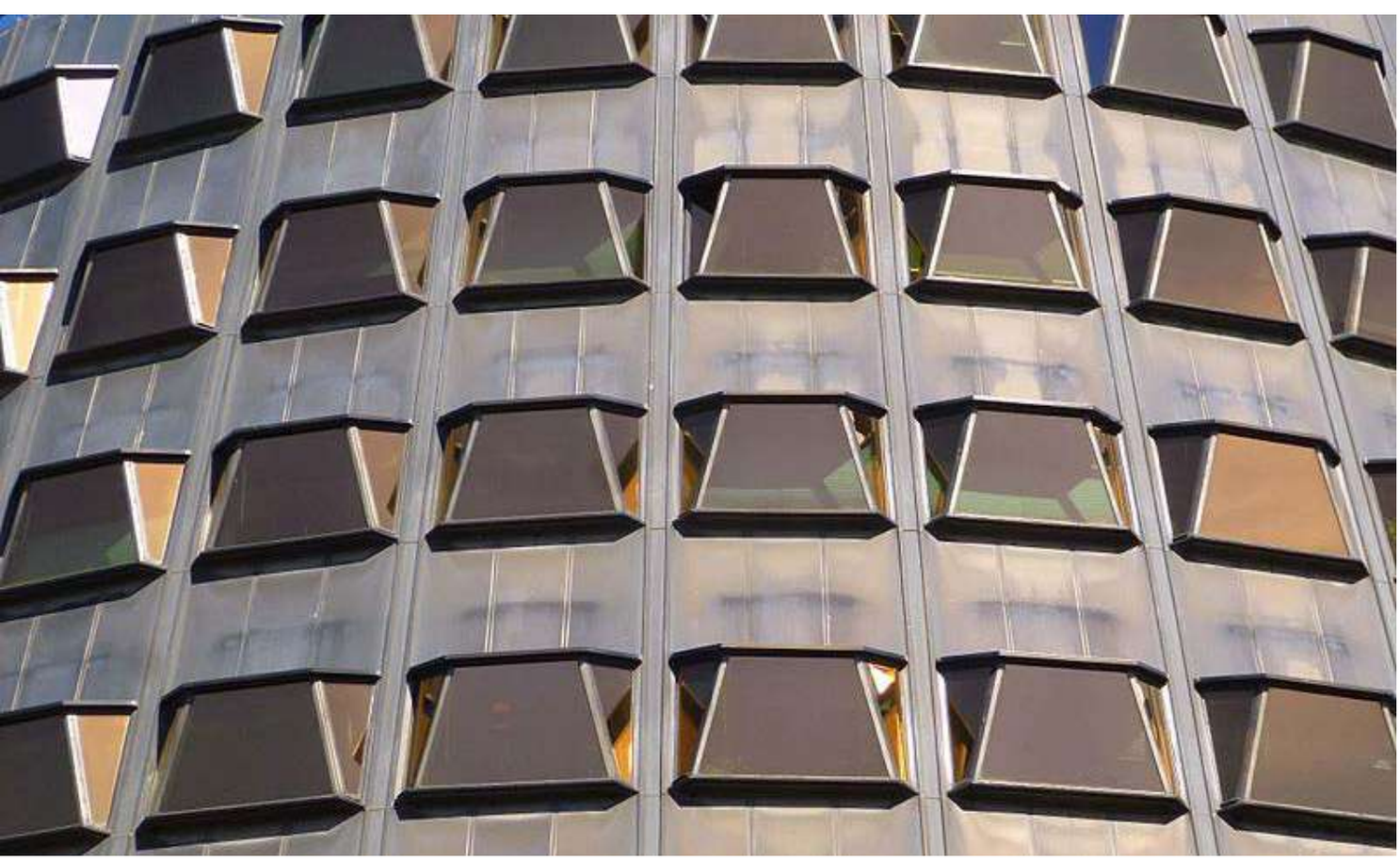


Bernardo Cremades.
Socio fundador de B. Cremades y Asociados

tiempo criticando la labor de control de determinados jueces sobre los laudos arbitrales, puede que ahora estemos en el péndulo contrario. Y no se puede olvidar, la ley de arbitraje lo pide, y es lógico, que haya un control de los laudos para que se garanticen esos principios.

Vamos a entrar, por ejemplo, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (TSJM). Yo soy muy partidario de esas anulaciones que hizo el TSJM, en concreto cuando se estaba violando lo que llamaban el orden público económico. Es decir, recordamos que hubo unos abusos, en época de crisis, de las entidades financieras, y lo que primero el TJUE, y después el TS reconocieron es que esos abusos dan lugar a nulidades. Hubo laudos arbitrales que no iban en esa línea y el TSJM los anuló. A mí me parece muy correcto que mantenga y siga manteniendo el artículo 41 de la ley de arbitraje. Tiene que haber una garantía de legalidad establecida por la ley de control de esos laudos arbitrales.

Carlos de los Santos (CDS): Esta sentencia del Tribunal Constitucional creo que es única en el mundo. Constitucionalmente, no existe una sentencia que encuadre tan perfectamente bien lo que es arbitraje y lo que es poder judicial y los separe tan bien. No creo que haya ningún



alto tribunal de otro país que haya hablado tan claro sobre el arbitraje

BC: Hemos vivido una época de orfandad institucional del arbitraje. A diferencia de lo que ocurría en las Cortes de Cádiz, donde efectivamente se reconocía el arbitraje como elemento constitucional de resolución de conflictos, en la Constitución del 78 se nos olvidó, y es precisamente esta sentencia la que nos ha incardinado en el artículo 10 y no en el 24 donde los procesalistas nos querían incluir.

JMA: Además de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, otro de los factores que pueden influir a corto y medio plazo en el arbitraje doméstico es el aumento de la litigiosidad derivado de la pandemia, en particular en materia concursal. ¿Cómo creéis que va a afectar?

CDS: Yo creo que ahora estamos ante una ventana de oportunidad tremenda para el arbitraje. La pandemia ha traído una ventana de oportunidad donde se ha visto que el arbitraje funciona y que la jurisdicción no. Durante el estado de alarma, la jurisdicción estuvo cuatro meses cerrada y el arbitraje estuvo funcionando desde el minuto uno. ¿Por qué? Porque es mucho más flexible, porque se puede adaptar, porque los medios tecnológicos siempre los hemos utilizado y los procedimientos siguieron adelante. De hecho, en la Corte de Arbitraje del ICAM hicisteis un procedimiento de urgencia que estaba muy bien pensado. ¿Por qué? Pues porque los juzgados estaban cerrados y hay que resolver las cosas.

En estos momentos se está produciendo, y se va a producir aún más cuando acabe la moratoria concursal, un colapso judicial. La jurisdicción no va a poder absorber todo esto. Tampoco quiero decir que el arbitraje pueda hacerlo, pero sí puede ser una gran vía de resolución alternativa a la jurisdicción. Y además, como decía Bernardo, en estos años 2020 y 2021, además de producirse este colapso, que va a aumentar, tenemos la sentencia del TC que clarifica perfectamente lo que es el control jurisdiccional de un laudo.

Y la vía legislativa va a incluir, en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, como requisito de procedibilidad a las acciones judiciales el pasar antes por lo que ha llamado los mecanismos adecuados de solución de controversias, que son la mediación, la conciliación, el experto neutral..... Por tanto, va a ser más difícil, o va a llevar más tiempo acceder a la jurisdicción, y el arbitraje ahí es una vía fabulosa para la pequeña y mediana empresa.

JMA: A mí me parece que el arbitraje, salvo vuestro mejor criterio, es como una especie de sándwich. Tiene la parte de arriba, que sería el arbitraje internacional, o los

Carlos de los Santos.
Presidente del Club Español del Arbitraje

grandes arbitrajes; y abajo tenemos el arbitraje de consumo. Pero en medio están todos esos pleitos de cuantías medianas que inundan los juzgados, y es ahí donde yo creo que deberíamos hacer un esfuerzo para que se metieran cláusulas arbitrales.

BC: Habría que analizar cuáles son el tipo de asuntos que colapsan nuestros juzgados. Estoy pensando, por ejemplo, en contratos de seguro, en temas de transporte, de responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico. No lo sé si convendría que el Colegio hiciera un estudio, y después una gestión correspondiente dentro de la Administración Pública, para que determinados conflictos de esos sectores tengan una prioridad para, en lugar de ir a los juzgados, acudir a arbitraje. Probablemente, más del 50% de los asuntos que colapsan los juzgados españoles podrían muy bien, por una determinada intervención administrativa, ir a algún sistema de arbitraje o de soluciones alternativas de conflictos.

Jurídicamente habría que estudiar la forma de que, por ejemplo, en la regulación del seguro se incluya de una cierta forma algo que, sin ser obligatorio, sí sea preferencial, antes de que incluso se plantee el conflicto.

Urquiola de Palacio (UDP): En las estadísticas de la Corte de Arbitraje de Madrid vemos que, efectivamente, los

Urquiola de Palacio,
Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid

sectores que señalaba Bernardo son los que dan más del 55% de los asuntos que se tratan. Evidentemente, sobre un número de asuntos relativamente reducido, por lo que estábamos diciendo de que todavía sigue sin cuajar, pero sí que hay una cierta tendencia de esos sectores de seguros, telecomunicación o propiedad intelectual, de ser en los que más va calando, los que van provocando el mayor semillero de asuntos.

JMA: Ahora estamos trabajando en el Colegio para ver de qué manera podemos hacer frente a toda la avalancha de concursos de autónomos, de pequeñas y medianas empresas que se nos vienen y que se calculan en torno a 50.000 al año. En colaboración con los juzgados de lo mercantil, hemos elaborado una Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas que se puedan salvar, lo que los ingleses llaman el *turn around,* actuaciones previas para poder salvar esa unidad productiva y cuando se presente al concurso el juez se limite a aprobar la venta si se ha seguido el código de buenas prácticas. Esto lo traigo a colación porque cerca del 40% de los asuntos que llegan a los juzgados de lo mercantil tienen que ver con el transporte aéreo, y eso hay que sacarlo de los juzgados. Primero, porque los colapsa, y segundo, porque los jueces pueden basar su productividad en sacar asuntos de este nivel y no sacar los otros. Y estamos trabajando para intentar que se lleven a arbitraje.

Estamos en un momento donde la judicatura está especialmente permeable, y estamos intentando decirles: "han estado los sanitarios en primera línea, sí, pero ahora tiene que estar el mundo jurídico para intentar solucionar el problema económico y social que se nos avecina y tiene que haber una gran colaboración entre Administración de Justicia y Abogacía". Y sí que puedo decir, con satisfacción, que en los juzgados de lo mercantil están volcados en ese sentido.

Generar confianza

JMA: Una de las cuestiones que observamos en el arbitraje es la falta de confianza en los árbitros. Como bien ha dicho Bernardo, y yo lo comparto al 100%, el arbitraje es confianza, y si no hay confianza, la institución muere. Eso es absolutamente ineludible. Todo gira en torno al árbitro; podemos tener unas instituciones fantásticas, unos reglamentos estupendos, pero si falla el árbitro, tenemos un problema muy serio.

Aquí tenemos el gran debate de las listas cerradas o abiertas, donde hay argumentos para un sistema y para otro. ¿Cómo podemos trasladar, a la abogacía en general, esa confianza?

UDP: Respecto al tema de las listas abiertas o cerradas, la Corte de Arbitraje de Madrid no tiene lista como tal, y creo que la garantía de que los árbitros que se designan para cada caso son los más adecuados reside en la intervención de las partes en ese nombramiento, y en la existencia de un comité de designaciones en el que la mayoría de los miembros son ajenos a la Corte, e incluso, desde hace escasos meses, de un comité específico para recusaciones.

Digo que es importantísima la intervención de las partes en tanto en cuanto, aparte de para los casos de tribunales de tres árbitros —en que cada parte puede designar a uno de los árbitros, y los coárbitros, en la gran mayoría de los casos, se ponen de acuerdo para proponer a quien sea el presidente—, tenemos también intervención en los casos en que la propuesta parte de la propia Corte, puesto que muchos de ellos funcionan a través de la proposición de listas de candidatos a las partes, y estas pueden tachar candidatos y los que no son tachados los ranquean, dando su orden de preferencia.

Y al final, digamos que la Corte, con una actuación totalmente transparente, a través de un comité que está formado mayoritariamente por gente ajena a la institución, y con publicidad de quienes resultan designados para cada caso, lo que hace es acatar en la mayoría de los casos lo que son las propuestas de las propias partes.

JMA: Efectivamente, el tema de la transparencia es muy importante, y me consta que desde el Club se está trabajando muchísimo en esa línea.

CDS: La confianza es fundamental, pero en todo, en el sistema de justicia y en el sistema arbitral. Desde el Club Español del Arbitraje, en relación con la lista de árbitros, el código de buenas prácticas fue muy claro: no era partidario de tener una lista de árbitros. Lo que de verdad proponía, y yo creo que al final es lo que da confianza, es que las partes nombren los árbitros.

Transparencia es la participación de la parte en el proceso. Yo creo que eso ayuda mucho más que tener una lista de árbitros. Lo que da confianza es que las empresas participen en el arbitraje, lo entiendan, y que sepan que una determinada institución arbitral es absolutamente transparente, que tú te metes en su página web y ves cómo funciona sin ningún tipo de problema.

JMA: Yo creo que la abogacía en general debería entrar más en las páginas web de las instituciones para ver exactamente, primero, el tema de la predictibilidad de los costes, porque uno de los grandes estigmas que se lanzan sobre el arbitraje es que es carísimo, y si uno ve los baremos que establecen las cortes, son más que razonables. Y segundo, todos los criterios de transparencia en la elección de los árbitros.

Y por tanto, tendríamos que ver de qué manera, desde el Colegio, podemos propiciar el que se conozcan los reglamentos, los sistemas de designación de árbitros, los baremos, etc. Porque igual que el éxito del Club Español del Arbitraje es el resultado de un esfuerzo de todos, de absoluta generosidad y solidaridad, el arbitraje doméstico debería ser también un esfuerzo de todos, teniendo en cuenta que, además, si una parte, digamos el 10%, de los centenares de miles de asuntos que van a los juzgados, se sometieran a arbitraje, habría arbitrajes para todos.

CDS: Hoy en día, el coste de un arbitraje es infinitamente inferior a un procedimiento judicial, en todas sus instancias. Pero sobre todo, a la hora de la flexibilidad y la rapidez, y con el colapso judicial que estamos teniendo, es un momento en el que el arbitraje doméstico debería ver la ventana de oportunidad, no ya para absorber ese 10%, bastaría con un 5% incluso, porque tampoco el sistema arbitral puede absorber de la noche a la mañana un trasvase de la jurisdicción, sería imposible.

JMA: Mira lo que ha pasado en Perú cuando decidieron que toda la contratación pública fuera a arbitraje. No había árbitros, estaban colapsados.

CDS: Yo creo que el arbitraje doméstico tiene que ser una alternativa real y verdadera, porque todos estos mecanismos de resolución de controversias, como la mediación, que son tremendamente válidos, el hecho de que los hagan como requisito de procedibilidad creo que no es un acierto, y por tanto el arbitraje sí que va a tener una oportunidad.

Pero ahí, lo que tenemos que mirar mucho es lo que en el Club llamamos los chiringuitos arbitrales. Al final el arbitraje es confianza, y si empiezan a surgir este tipo de iniciativas y no es liderado por aquellas instituciones que de verdad tienen una solvencia más que acreditada, podemos meternos, como pasó en Perú, en un jardín muy complicado.

José Antonio Caínzos (JAC): Todas las instituciones serias estamos absolutamente hermanadas en esto, tenemos métodos que permiten garantizar la transparencia de los procedimientos y estamos muy unidos en lo importante, que es promover el arbitraje de calidad. Y efectivamente, no hay que consentir que surjan instituciones que minen injustamente el prestigio de la institución del arbitraje.

UDP: Por esa misma inquietud que mostrabas, decano, de cómo se puede trasladar a los compañeros la oportunidad o conveniencia de sus clientes de introducir cláu-

José Antonio Caínzos,
Presidente del Centro Internacional
de Arbitraje de Madrid

sulas de arbitraje en los contratos, tanto desde la Comisión Mujeres del Club Español del Arbitraje (CEA Mujeres) como desde la Corte de Arbitraje de Madrid se realiza una actividad de difusión en empresas y en despachos de tamaño medio. Y siempre las palabras que surgen por parte de los que reciben esa charla es que lo que quieren es transparencia, eficacia y accesibilidad. Por supuesto, seguridad jurídica, como decía antes Bernardo, porque eso es absolutamente necesario. Pero transparencia, eficacia y accesibilidad.

Una segunda cuestión. Es verdad que es absolutamente necesario que convenzamos a nuestros compañeros de meter la cláusula de sometimiento a arbitraje, pero quizás sería también necesario el que en los estudios universitarios se incluyera más en profundidad el estudio del arbitraje y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, y quizá no sólo en los grados de Derecho sino también en los de Empresariales. Porque si la gente estuviera ya familiarizada de partida con lo que es el arbitraje, tendríamos mucho del camino andado, porque hay veces que te encuentras con compañeros que son primeras espadas y su conocimiento de lo que es el arbitraje es muy somero.

Arbitraje internacional

JMA: El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid es un proyecto fantástico, en el que tenemos el honor de participar, que pretende convertirse en una referencia, especialmente para el arbitraje iberoamericano. El arbitraje no deja de ser una fuente de generación de ingresos y de riqueza, y eso lo saben muy bien los países que lo llevan acogiendo desde mucho antes que nosotros, como pueden ser Suiza o Francia. A mí me gustaría conocer tu visión, José Antonio, sobre cómo podemos desde el Colegio apoyar este proyecto para que los abogados sepan que no sólo es un beneficio para su cliente, sino también para ellos, que es un poco nuestra obligación como casa de todos los abogados.

JAC: En la práctica, aunque CIAM sea un Centro Internacional y su actividad se dedique al arbitraje internacional, desde luego los problemas que tenemos son los mismos. Aquí estáis dos de las cuatro cortes que impulsan el proyecto, junto con la Corte Española de Arbitraje y la CIMA, habéis tenido una magnífica iniciativa y la generosidad de crear este centro uniendo vuestros esfuerzos. Y yo creo que una de las cosas que hay que tener en

cuenta es que al final, el arbitraje internacional y el arbitraje doméstico no son tan distintos. Una de las grandes ventajas y de las decisiones correctas que tomó el legislador en la ley del 2003 es hacer una ley monista, una ley que tiene la misma regulación para el arbitraje internacional y el doméstico.

Eso permite dos cosas muy positivas: la primera es que el arbitraje doméstico se tramita con arreglo a las mejores prácticas del arbitraje internacional, puesto que la legislación es común, y por tanto lo que realmente estamos introduciendo en nuestro derecho, a través de la ley modelo, es la forma de funcionar a nivel internacional en el arbitraje. Eso significa que, además de que tenemos un arbitraje de nivel internacional en España, desde el punto de vista normativo, los abogados españoles que trabajan en el arbitraje doméstico están preparados para dar el salto al arbitraje internacional. En definitiva, aunque pueda haber algunas diferencias, la base ya la tienen.

El papel que el Colegio de Abogados puede jugar ahí es importantísimo, no tengo la menor duda. Lo que nosotros estamos haciendo, al tratarse de una institución nueva, es una labor de difusión enorme para, en primer lugar, dar a conocer lo que es CIAM dentro y fuera de España. Y en segundo lugar, convencer a los usuarios de las bondades de utilizar esta Corte.

Ahí hay que tener en cuenta dos cosas: la primera, que toda la información que se dé sobre el arbitraje en su conjunto, es poca. Creo que, como Colegio, además de esa enorme capacidad de llegada que tenéis a los 75.000 colegiados y del peso de la institución en sí mismo, creo que no debería haber un número de la revista institucional que no tuviera una parte dedicada a arbitraje y a otros medios de resolución de disputas. Porque creo que tenemos que generar una cultura de no ir al juzgado por defecto o por definición. Sino que, hoy, el abogado ya no puede ser el que se estudie la ley de enjuiciamiento civil o la jurisdicción laboral o contenciosa, tiene que ser un profesional con una capacidad de elección entre muy diversas fórmulas de resolución de disputas. Y eso significa que hay que dar esa información y formar a esas personas. Yo creo que vuestros medios de comunicación son enormes y podéis dar una gran ayuda a los colegiados por esa vía.

Y creo que los abogados de empresa necesitan una atención preferente. A mí me parece que son la clave de este tema. A los despachos es relativamente fácil llegar, donde yo creo que está la dificultad es en las empresas. Primero, porque efectivamente hay que informarles de las posibilidades que tienen. Segundo, porque es más difícil para un abogado de empresa convencer a sus ejecutivos de ir a un arbitraje, y por tanto tenemos que darles los instrumentos para que les puedan convencer, una suerte de vademécum de por qué el arbitraje es bueno.

La segunda medida que me parece muy importante es ser conscientes de que la especialización es crítica. El arbitraje es algo muy amplio, los sectores económicos son muy distintos y tienen necesidades muy diferentes. En CIAM hemos creado un buen número de grupos de trabajo por sectores económicos, en los que estamos reuniendo a las empresas con abogados y árbitros especializados en ese sector. Y la verdad es que mi impresión es enormemente positiva por varias razones: porque las empresas han agradecido muchísimo esa iniciativa y se están incorporando con gran interés; porque creo que hemos creado unos foros que nos van a ayudar mucho a que las empresas hablen con la parte jurídica externa para entender cuáles son los problemas del arbitraje en su sector; y en tercer lugar, porque las situaciones cambian enormemente en función del sector.

Por tanto, la especialización es un elemento imprescindible no sólo para los árbitros, sino también para que las instituciones nos adaptemos a las necesidades de determinados sectores económicos.

JMA: Muchísimas gracias José Antonio, Bernardo, Urquiola y Carlos por participar en esta iniciativa en el marco de los actos conmemorativos del 30 aniversario de la Corte de Arbitraje del ICAM. Estoy seguro de que, si aprovechamos el momento, sacaremos muchos réditos en beneficio de los clientes y de los abogados.

LA ABOGACÍA Y LOS ADR-MASC: HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA JUSTICIA

Todo parece indicar que los métodos alternativos de resolución de controversias (ADR-MASC) van a formar, definitivamente, parte de nuestro ejercicio profesional como abogados/as. Desde la ya consolidada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles –cuya exposición de motivos ya avanzaba como objetivo de la mediación *"concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia"*– se han venido sucediendo diversas propuestas para implementar el uso de los distintos MASC. Como el fallido anteproyecto de ley de impulso de la mediación, o el plan de actuación tras el estado de alarma para agilizar la actividad judicial en los juzgados y tribunales del orden social, contencioso-administrativo y en los juzgados de lo mercantil, con medidas propuestas, entre otros, por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) y el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), además de otros organismos y asociaciones.

El último y más reciente es el **Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia**, que contempla como uno de los ejes fundamentales para la **consolidación de un servicio público de justicia sostenible**, la implantación de los MASC**, potenciando la negociación entre las partes con la intervención de un tercero neutral** y con el posible efecto positivo de la reducción de la sobrecarga de los tribunales.

Los MASC, **complementarios a la jurisdicción y otra forma válida y adecuada de acceder a la Justicia** por parte de la ciudadanía, garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y permiten a los ciudadanos optar por cualquiera de ellos, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, a la par que potencian el papel negociador de la abogacía.

Tener conocimiento de diferentes formas de resolver un conflicto por parte de la ciudadanía, implica la posibilidad de elegir la más adecuada al caso concreto, así como una mayor rapidez en la solución de controversias, todo ello con la **imprescindible intervención de los profesionales de la abogacía como expertos en la gestión de conflictos ya sea como abogados/as, terceros/as neutrales, o como árbitros/as.**

> *"Los MASC, complementarios a la jurisdicción y otra forma válida y adecuada de acceder a la Justicia por parte de la ciudadanía, garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y permiten a los ciudadanos optar por cualquiera de ellos, en virtud del principio de autonomía de la voluntad a la par que potencian el papel negociador de la abogacía"*

La abogacía y su rol negociador, y los Colegios de la Abogacía como colegios profesionales, juegan un papel preponderante al ser considerados estos últimos por ley como instituciones de mediación (en el

supuesto de este concreto MASC), y promover en su seno el acceso de la ciudadanía a métodos adecuados de resolución de controversias. Es importante el reconocimiento legal de Instituciones de Resolución de Conflictos, que se encuentren inscritas en un Registro específico del Ministerio de Justicia, que tengan suscrito un convenio con el Consejo General del Poder Judicial y que se sometan de manera periódica a procesos de validación de calidad. El Colegio de Abogados de Madrid es una de estas instituciones y, a través de su Departamento de ADRs-MASC –que comprende la Corte de Arbitraje y el Centro de Resolución de Conflictos, medialCAM–, lleva a cabo la actividad relativa a los MASC que le son encomendados y administra.

"La referencia a los métodos de resolución de controversias se encuentra presente en la normativa profesional de la abogacía, tanto en el recientemente aprobado Estatuto General de la Abogacía Española como en el Código Deontológico de la Abogacía"

Por otra parte, la referencia a los métodos de resolución de controversias se encuentra presente en la **normativa profesional de la abogacía,** tanto en el recientemente aprobado Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) como en el Código Deontológico de la Abogacía.

El nuevo EGAE, dentro del ámbito del ejercicio profesional de los abogados y abogadas, establece que: "*...También podrá ejercer, conforme a las normas en cada caso aplicables, como árbitro,* ***mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios***".

Además, en el Título IV, que regula las relaciones entre profesionales de la Abogacía y sus clientes y dentro del artículo 48.3 relativo a los deberes de información e identificación, se recoge que *"El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y* ***le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses***", por lo que contempla dentro de los deberes de los profesionales de la Abogacía la obligación de informar y aconsejar a sus clientes acerca de otras vías para resolver las controversias.

Finalmente, el Código Deontológico de la Abogacía Española (Art. 11º-6), establece como **regla de conducta entre profesionales de la abogacía** la **solución extrajudicial de las reclamaciones de honorarios y, de ser posible, de todos los conflictos que surjan entre quienes ejercen la Abogacía** mediante la transacción, **la mediación** o el arbitraje del Colegio, y su artículo 11º-2, establece como **regla de conducta entre profesionales de la abogacía** –para quienes pretendan iniciar una acción, en nombre propio o de un cliente, por posibles responsabilidades derivadas del ejercicio de la abogacía–, la **comunicación previa al Colegio por si se considera oportuno realizar** una labor de **mediación**.

El MOMENTO de la ABOGACÍA es AHORA.

Departamento de ADRs-MASC del Colegio de Abogados de Madrid

María Luisa Segoviano

Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

"LA PERSPECTIVA QUE TENEMOS ES QUE HAYA UN GRAN INCREMENTO DE DEMANDAS EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL"

Por Jaime Gómez
Fotografías de Pilar Hernández

El 11 de noviembre de 2020, María Luisa Segoviano se convertía en la primera mujer en presidir una Sala del Tribunal Supremo en sus más de 200 años de historia. En medio de una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes que está afectando muy directamente a las mujeres, la magistrada augura un aumento de la litigiosidad que será especialmente acusado en la jurisdicción social. Los conflictos derivados de la utilización masiva de los ERTE o de la regulación del teletrabajo son algunos de los asuntos que, previsiblemente, llegarán masivamente a los juzgados y sobre los que, llegado el caso, deberá pronunciarse la Sala Cuarta del Alto Tribunal. Con la sala ventilada y distancia de seguridad, su presidenta aborda en su despacho de la Villa de París éstas y otras cuestiones jurídicas de actualidad. Solo se quita la mascarilla para las fotos.

Con su nombramiento como presidenta de la Sala Social del Tribunal Supremo, se rompió uno de los últimos techos de cristal en el ámbito de la Justicia. ¿Qué ha sido lo mejor y lo peor de ser la primera magistrada en acceder a este cargo?

Yo creo que lo importante es que una mujer haya accedido al cargo de presidenta de una Sala de Justicia del Tribunal Supremo. En este caso, presidenta de la Sala de lo Social. Después de 208 años de vida del tribunal, creo que es un hito muy importante y así hay que mirarlo. No porque sea yo la nombrada, sino porque ha sido una magistrada la que ha accedido a este cargo.

Con esto se ha logrado que haya presencia de las magistradas en la cúpula del poder judicial, presencia que hasta ahora era escasa: solo hay 16 mujeres entre los 66 magistrados que en total conforman en este momento el Tribunal Supremo. Y eso era y es poco, teniendo en cuenta que en la carrera judicial somos mayoría de magistradas. Hay un 55,7% de magistradas en la carrera judicial, y con tendencia a aumentar, porque en las últimas oposiciones el número de mujeres que acceden a la carrera judicial es bastante superior al de hombres.

Quizá lo peor es algo que tiene que ver con la sociedad y con nosotras mismas, con las mujeres. Con la sociedad, en el sentido de que cuando una mujer accede a un cargo que siempre ha estado ocupado por hombres, se la mira con una cierta desconfianza y quizá se exige que toda su actuación sea perfecta. También nosotras mismas tenemos siempre una especie de exigencia de que tenemos que hacerlo todo perfecto, que no podemos permitirnos un error o una debilidad.

¿Qué otros techos de cristal faltan por romper?

Yo creo que en toda la sociedad hay una clara asimetría en los puestos de responsabilidad, que no son ocupados por mujeres que tienen competencia, conocimientos y experiencia para poder desarrollar el cargo con dignidad y acierto. En los consejos de administración de las grandes compañías hay una infrarrepresentación de las mujeres. A pesar de que la ley orgánica 3/2007 estableció que, en un periodo de 8 años, en todos los consejos de administración de las empresas cotizadas tenía que haber una representación del 60-40 por ciento de hombres y mujeres, la última cifra disponible estima en un 23,7% el porcentaje de mujeres. En las empresas del IBEX es algo más elevado el número de mujeres en los consejos de administración, de un 27,5%, lejos del número que se tenía que haber logrado hace más de cinco años.

Según el último informe sobre brecha de género que cada año elabora el Foro Económico Mundial, "se pronostica que faltan unos 99,5 años para lograr la igualdad de género a nivel global". ¿Se atreve a hacer un pronóstico para la consecución de la igualdad real y efectiva en España?

En España hay algo muy bueno y es que tenemos la igualdad formal, tenemos leyes que reconocen la igualdad y prohíben la discriminación

"Yo creo que lo importante es que una mujer haya accedido al cargo de presidenta de una Sala de Justicia del Tribunal Supremo. En este caso, presidenta de la Sala de lo Social. Después de 208 años de vida del tribunal, creo que es un hito muy importante, y así hay que mirarlo. No porque sea yo la nombrada, sino porque ha sido una magistrada la que ha accedido a este cargo"

por razón de sexo. Y algunas más avanzadas, como la ley orgánica 3/2007, que no se limita a proclamar la igualdad, sino que dice que tiene que haber también igualdad de oportunidades. Igualdad de oportunidades que se manifiesta en la obligación de las acciones positivas en materia de formación para las mujeres, en el establecimiento, por ejemplo, de una composición equilibrada en las listas electorales que ha dado muy buenos resultados, como vemos por el gran número de mujeres que están en puestos importantes de responsabilidad política.

¿Cuál es el problema? El problema es que todas las crisis inciden muy directamente en el eslabón más débil de la sociedad, que en este momento son las mujeres. Y la crisis que ha provocado la COVID-19 está incidiendo muy directamente, según los estudiosos del tema. La brecha salarial existente —un 20% según cifras proporcionadas por los sindicatos y un 15% según Eurostat— se ha agudizado, se dice que hasta un 30% .

Hay una explicación facilísima. La COVID ha afectado a sectores de actividad muy feminizados, como son hostelería o servicios, en los que es muy importante la mano de obra femenina. Entonces, esto se ha notado directamente en los salarios que ya no perciben y en su empleabilidad. Así como en 2008 la crisis afectó a sectores fuertemente masculinizados, como la construcción, ahora ha afectado muy directamente a las mujeres.

¿Tiene la jurisdicción social las respuestas, o al menos las herramientas, para vencer la brecha salarial y demás discriminaciones que sufren las mujeres en el ámbito laboral?

Los tribunales sólo se pronuncian cuando se les plantean pleitos. Es decir, cuando hay una reclamación, hay una respuesta. Ha habido muchas reclamaciones en materia salarial de mujeres que tenían menor retribución que sus compañeros por la realización de un trabajo de igual valor, y se les ha dado la razón. Pero la jurisdicción va resolviendo los casos concretos que se le plantean. Lo que nosotros resolvamos no se aplica en general a toda la actividad laboral de todas las empresas, sino en aquellos supuestos en que se nos ha planteado el conflicto.

¿Qué hace falta para que el derecho a la igualdad, formalmente consagrado normativamente, pase a ser material?

La igualdad real y efectiva requiere que haya una conciencia en la sociedad de que la igualdad es un principio que hay respetar, es un valor que tenemos que incorporar a toda nuestra actividad. Y aunque hay leyes que lo imponen, no se conseguirá que sea efectivo hasta que la sociedad tenga conciencia de que incorporar el valor igualdad a su forma de actuar es algo muy positivo para todos.

Yo creo que se tiene que empezar por la educación, desde los primeros estadios tiene que ir presidida por el valor igualdad, transmitir a los niños

y a las niñas desde el principio que todos somos iguales, y a partir de ahí la sociedad irá adquiriendo cada vez más la conciencia de incorporar este valor a todas sus actuaciones.

En la última Cumbre de Mujeres Juristas, las participantes alertaron de que la pandemia estaba afectando especialmente a las mujeres y reivindicaron la adopción de una perspectiva de género en todas las medidas orientadas a salir de la crisis. ¿Cree que se ha tenido en cuenta a las mujeres en la respuesta institucional a la crisis?

A raíz de que se declaró el estado de alarma apareció una abundantísima legislación, manifestada en gran número de decretos leyes que fueron abordando la regulación de los ERTE, del teletrabajo o del permiso retribuido recuperable, que se aplican por igual a todas las personas trabajadoras. Quizá en alguna de ellas, estoy pensando en el teletrabajo, tendría que haberse aplicado la perspectiva de género, porque es una magnífica solución en época de pandemia que quizá en las mujeres ha tenido una incidencia no tan favorable. Me estoy refiriendo a la tendencia que tenemos las mujeres, por nuestra educación, por nuestro comportamiento habitual, por los valores que se nos han inculcado, de asumir todo.

Dedicar atención a demasiadas cosas a la vez acaba generándote ansiedad, estrés, y en algunas ocasiones desencadena incluso alguna enfermedad mental precisamente por esta imposibilidad de asumir tantísimas cosas y responder de todas ellas.

¿Cuál es el futuro inmediato de la jurisdicción social?

La perspectiva que tenemos en estos momentos es que haya un gran incremento de demandas. Porque todavía estamos bajo el paraguas de los ERTE, pero el 31 de mayo, que van a finalizar, se teme que quizá haya muchas empresas que tengan que cerrar o que tengan que despedir a un número importante de trabajadores. Entonces nos veremos con unas grandes demandas, gran número de trabajadores y trabajadoras que reclamen, si han sido despedidos, que el despido no se ajusta a derecho, que se les dé la indemnización pertinente, que se les abone el desempleo, etc.

Y tenemos otro gran reto y es que, a raíz de la pandemia, ha surgido un enorme número de normas nuevas que han regulado distintas situaciones. Los ERTE siempre han existido y estaban contemplados en nuestro ordenamiento, pero ahora, al hilo de la pandemia, hay unas especiales características para poder estar incluido en uno. Y eso puede generar problemas interpretativos de si es ajustado a derecho que un trabajador esté en un ERTE o no lo es, si cumple los requisitos que exige la nueva normativa o no los cumple. El teletrabajo también creo que va a ser una fuente de conflictos porque, aunque siempre ha existido, ahora es cuando se ha impuesto de manera generalizada, y hay cuestiones que quizá la norma no ha terminado de resolver y que terminarán en los tribunales casi seguro.

¿Cuáles son esas cuestiones?

Hay una cuestión siempre muy compleja en el teletrabajo, que es el tiempo de trabajo. Porque a veces no está perfectamente delimitado cuál es tu horario, qué pasa si te caes en tu casa y tienes unas lesiones. ¿Eso es un accidente de trabajo? ¿Estabas en tiempo de trabajo o en ese momento a lo mejor el ordenador estaba apagado y se entiende que no estás en tiempo de trabajo? ¿El lugar de trabajo cuál es exactamente? ¿Es el despacho en el que trabajas o entendemos que es toda la vivienda? La prevención de riesgos laborales se aborda de una manera no muy profunda en la regulación del teletrabajo y esto puede generar también algunos problemas.

¿Estaba preparado el Expediente de Regulación Temporal de Empleo para el uso masivo que ha provocado la pandemia?

Con los ERTE ha pasado como con todo en la pandemia, que no estábamos preparados para esas situaciones masivas. ¿Qué es lo que ha sucedido? Pues que, si se trata de un ERTE por fuerza mayor, la autoridad laboral tiene que constatar que existe fuerza mayor. Y en el momento de la pandemia, el número de personas que trabajaban en la autoridad laboral era exactamente el mismo que antes, cuando no había millones de personas en ERTE, con cinco días para decir si constataba la existencia de fuerza mayor. En ese plazo no se puede dar una respuesta a tres o cuatro millones de peticiones de personas que, más o menos en el mismo periodo, entran en situación de ERTE o pretenden que se aplique uno. Entonces, la ley lo que dice es que, si no contesta la autoridad laboral en estos cinco días, se entiende que el silencio es positivo y que sí ha constado que existe fuerza mayor y se puede ir al ERTE.

¿Qué sucede si, al cabo de un tiempo, la autoridad laboral puede examinar esa situación y entiende que no concurría la existencia de fuerza mayor y por tanto no se tuvo que ir al ERTE? Pues ocurre un problema muy grave para empresas y trabajadores, que es que queda sin efecto el ERTE todo ese tiempo que no han trabajado y han percibido desempleo. Es decir, algo catastrófico, y más ahora

teniendo en cuenta la situación de las empresas. Y eso se traduce en que sigue aumentando el tipo de asuntos que pueden plantearse ante la jurisdicción social.

¿Es posible evitar el colapso de los tribunales?

Siempre que hay crisis, y sobre todo cuando inciden tan directamente en las empresas y en su actividad económica, la jurisdicción social es de las más sensibles. El número de personas que trabajamos en ella es exactamente el mismo que antes de la pandemia. Es decir, es muy difícil que podamos mantener los tiempos de respuesta que se daban con anterioridad para resolver los asuntos. Somos los mismos, los asuntos se multiplican por diez. Ya estábamos al borde de la capacidad de resolución con el número de asuntos que había, y ahora se incrementan exponencialmente y seguimos siendo los mismos los que prestamos aquí servicio.

Se trata de aportar soluciones imaginativas, como puede ser el famoso pleito testigo: resolver un asunto del que haya muchos iguales y saber que todos los demás se van a resolver igual. Esto puede ayudar a pacificar un poco los conflictos de esa naturaleza.

También, lo que se ha hecho aquí en la Sala Cuarta es hacer previsiones en cuanto a la forma de señalar los asuntos. Como en todos los sitios, se señalan por rigurosa antigüedad, por orden de entrada: el primero que llega es el primero que se resuelve. Pero hemos visto que hay asuntos que pueden originar una gran litigiosidad porque se refieren a normas nuevas que nunca han sido interpretadas por los tribunales. Lo que hemos hecho respecto a estos asuntos es darles un turno prioritario y que sean los primeros que se resuelvan. Una vez se sabe cuál es el criterio del Supremo, quizá los representantes de las partes en el conflicto, a la vista de lo que se ha dicho, puedan llegar a acuerdos, resolver la controversia de manera digamos pacífica y no esperando la respuesta del tribunal.

Nuestro decano ha dicho en alguna ocasión que la Justicia es el patito feo en todos los presupuestos. ¿Qué hace falta para que de verdad se invierta en Justicia?

Tiene que haber voluntad política, un convencimiento de que la Justicia es un instrumento al servicio de la ciudadanía para conseguir la tutela judicial efectiva, algo que proclama la Constitución y que creo que hay que respetar y tratar de llevarlo a la práctica. Pero claro, tiene que haber un convencimiento de que el valor Justicia es algo que ha de ofrecerse a la ciudadanía y ha de garantizarse.

La garantía no es sólo que seamos un conjunto de profesionales, yo creo que gente serie, responsable, bien preparada, sino también que la respuesta se dé en un plazo razonable de tiempo. La respuesta de los tribunales no puede ser excesivamente tardía, siempre se ha dicho que una justicia tardíamente administrada no es justicia. A una persona que reclama la prestación por desempleo mucho no le resuelves si hasta dentro de tres años no le dices si tiene derecho o no. O si el ERTE es correcto o no lo es. Porque son asuntos que inciden muy directamente en la vida y funcionamiento de las empresas y de los trabajadores.

VULNERABILIDAD Y DERECHO

Por Montserrat Pereña Vicente
Profesora de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

En una época de ensoñaciones transhumanistas, la pandemia de la COVID nos ha despertado bruscamente para recordarnos la fragilidad del ser humano y ha puesto de manifiesto que, en cierto modo, todos somos vulnerables. Pero, ¿qué es la vulnerabilidad? No es fácil perfilar una noción que se construye a partir del método inductivo cuando esta se aplica a diferentes y cada vez más variadas situaciones y, aunque ya sabemos que las palabras cada vez quieren decir menos lo que significan, es necesario que tratemos, al menos en un primer momento, de delimitar la vulnerabilidad en relación al sentido gramatical del término.

La RAE define la vulnerabilidad como la cualidad de vulnerable, que es aquel que puede ser herido o dañado. Es evidente que todos somos susceptibles de sufrir un daño y así formulado, como futurible, todos entramos en su radio de acción. Este aspecto es el que interesa a un abordaje filosófico o sociológico de la vulnerabilidad porque, como subraya Michel Terestchenko, la vulnerabilidad tiene una dimensión ontológica. Desde una perspectiva jurídica, es necesario perfilar los contornos del concepto con más precisión y la primera constatación que hacemos es que el tiempo verbal cambia.

No es tarea sencilla dar con un concepto que interese al Derecho ya que son muchos los ámbitos y perspectivas desde los que la cuestión de la vulnerabilidad puede ser abordada. Pero, quizás, el rasgo común a todas ellas es que las condiciones para que se produzca la herida, el daño, ya concurren, al menos alguna, lo que implica que la probabilidad de ser dañado se ha incrementado, ya no es hipotética o futurible sino presente y el riesgo es real y actual, la persona tiene una fragilidad que la expone con más intensidad a sufrir un daño. Si tratamos de avanzar en la delimitación de la vulnerabilidad, es necesario identificar cuáles son esas circunstancias que debilitan a la persona y en qué consiste esa fragilidad.

Tradicionalmente se ha identificado la vulnerabilidad con la ausencia de capacidad, por lo que se ha considerado vulnerables a los menores y a las personas con discapacidad, especialmente cuando esta afecta a la capacidad para tomar decisiones. Pero, como subraya un estudio de la Corte de Casación francesa, la vulnerabilidad ha ido poco a poco ampliando su radio de acción, ya que la situación de fragilidad puede tener su origen no solo en ciertas características personales sino también, y sobre todo, en factores sociales y económicos.

> *"La vulnerabilidad ha ido poco a poco ampliando su radio de acción, ya que la situación de fragilidad puede tener su origen no solo en ciertas características personales sino también, y sobre todo, en factores sociales y económicos"*

Estas circunstancias que determinan el estado de vulnerabilidad pueden ser coyunturales o tener cierta persistencia, lo que no significa que sean permanentes, aunque en ocasiones lo son. Pero, además, existen factores que son o pueden ser desencadenantes de la misma. Con cierta frecuencia son los "accidentes de la vida" los que pueden abocar a la persona a una posición de fragilidad: un accidente que deja graves secuelas, un mal divorcio, la pérdida del trabajo, la viudedad, una inversión fracasada, una enfermedad severa, un desastre natural.... Estos *aleas* de la vida pueden hacer bascular a una persona hacia la vulnerabilidad, aunque los factores desencadenantes no siempre producen el mismo efecto. La intensidad del impacto depende, en parte, de si existen o no mecanismos de contención y de si se produce un encadenamiento de factores. La sabiduría popular está vigente en la materia: a perro flaco todo son pulgas.

Los mecanismos de contención fundamentales son la familia, los seguros y las prestaciones de la seguridad social. Todos ellos nos cubren frente a ciertos riesgos y, aunque la familia cada vez tiene más dificultad para

cumplir esta misión, sigue siendo la primera estructura de solidaridad. Pero a veces es toda la familia la que ha basculado hacia la vulnerabilidad, y, en ocasiones, los seguros y las prestaciones de la seguridad social no existen o son insuficientes y ello provoca un aumento, a veces exponencial, del riesgo de sufrir un daño tras uno de esos accidentes de la vida.

Ahora bien, no todo el que está expuesto a un riesgo es vulnerable. Ni siquiera se puede afirmar que todo daño ya producido nos conduce a una situación de vulnerabilidad. El riesgo es parte de la vida y no es suficiente para caracterizar la vulnerabilidad. Como tampoco toda situación de desigualdad o en la que una persona se encuentra en situación de inferioridad puede caracterizarla. No se puede identificar vulnerabilidad con asimetría contractual, con ser la parte débil de un contrato. Tampoco pertenecer a una determinada categoría nos hace en sí vulnerables, al menos la mayor parte de ellas: consumidores, trabajadores, inmigrantes, mujeres..., a pesar de que el legislador, preocupado siempre de lo políticamente correcto, así lo considera en ocasiones. Hace falta algo más, la concurrencia de una circunstancia que la tipifica, la que nos debilita y nos sitúa en una situación en la que somos más susceptibles que la media de sufrir un daño o que ese daño sea ya real y nos aboque a una situación de precariedad. Las nociones de precariedad y vulnerabilidad están muy próximas y se retroalimentan.

"Ahora bien, no todo el que está expuesto a un riesgo es vulnerable. Ni siquiera se puede afirmar que todo daño ya producido nos conduce a una situación de vulnerabilidad. El riesgo es parte de la vida y no es suficiente para caracterizar la vulnerabilidad. Como tampoco toda situación de desigualdad o en la que una persona se encuentra en situación de inferioridad puede caracterizarla. No se puede identificar vulnerabilidad con asimetría contractual, con ser la parte débil de un contrato"

Por ello, junto a las circunstancias que pueden ser desencadenantes podemos hablar de las circunstancias determinantes y de otras que pueden actuar como acelerantes o agravantes. En función de los factores que concurran, de su intensidad y de su confluencia podemos diferenciar tres categorías que, además, se pueden corresponder con tres

fases o etapas: el riesgo de vulnerabilidad, la vulnerabilidad propiamente dicha y la vulnerabilidad severa.

El riesgo de vulnerabilidad se da cuando la situación personal y/o patrimonial de la persona es frágil, lo que la expone a un riesgo de sufrir un daño superior a la media. Esta fragilidad puede deberse a circunstancias de muy diversa índole. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 13 de noviembre de 2020 se refiere a algunas como la edad, el estado de salud, la alfabetización digital o la situación económica. No es, desde luego, una lista cerrada y, a menudo, es la confluencia de varias de ellas lo que hace entrar de lleno en la vulnerabilidad porque, como nos dijo Ortega y Gasset, yo soy yo y mi circunstancia. Por ello, más que hablar de personas vulnerables, quizás deberíamos hablar de personas en situación de vulnerabilidad. Las circunstancias o factores son múltiples y variados. Basta una lectura rápida de la normativa que en los últimos tiempos consagra medidas para aliviar la situación de las personas vulnerables. El RD-ley 1/2021 de 19 de enero, en relación al consumidor vulnerable se refiere a circunstancias sociales, económicas y psicosociales, mencionando expresamente "aspectos tales como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados, o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales". Pero no se detiene ahí. Añade otras muchas variables como la edad, el sexo, el origen nacional o étnico, el lugar de procedencia, la discapacidad, el nivel de formación, el lugar de residencia e "incluso problemas asociados al uso de las nuevas tecnologías como instrumento o vía de acceso normalizado al mercado de bienes y servicios". Tratándose de consumidor vulnera-

ble en relación al suministro de energía, el RD 897/2017 de 6 de octubre, define tal condición en relación a determinados umbrales de renta, que pueden ser menores si concurren otras circunstancias como discapacidad, ser víctima de violencia de género o del terrorismo [1]. Del mismo modo, el RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, define la situación de arrendatario en situación de vulnerabilidad económica en relación a una pérdida de ingresos imponiendo unos determinados umbrales de renta.

Cada norma que aprueba medidas a favor de las personas en situación de vulnerabilidad desde una determinada perspectiva, consumidor, arrendatario, contratante de energía eléctrica u otros, puede delimitar los factores que determinan la vulnerabilidad y los que pueden agravarla. A veces las medidas consisten en reforzar o ampliar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y otras en limitar los derechos de terceros en su presencia. A su vez, las medidas que se adoptan pueden ser de diversa índole: de tipo preventivo o paliativo; pueden consistir en el refuerzo de la obligación de información precontractual, en quitas, moratorias, descuentos en servicios esenciales...

Pero junto a estas concretas tipificaciones es necesario avanzar en la caracterización de un concepto general de persona en situación de vulnerabilidad porque, más allá de las medidas concretas, la vulnerabilidad es una situación que debe ser tenida en cuenta en muchos y variados ámbitos. De modo análogo al *favor debitoris*, es necesario reconocer un *favor vulnerabilis* como criterio de interpretación y aplicación de la norma o, al menos, como criterio corrector. Y es que, como ocurre a menudo, la eficacia de la protección depende en parte de los operadores jurídicos. Son los jueces y magistrados, fiscales, abogados o notarios, entre otros, los que han de hacer prueba de voluntarismo para que la protección de los vulnerables no sea letra muerta. El jurista está obligado a interpretar las normas a su favor [2] y para ello es necesario definir la vulnerabilidad.

Así, podríamos avanzar una caracterización general de la vulnerabilidad como aquella situación en la que, por la concurrencia de factores personales, sociales o económicos, la persona se encuentra en una posición de indefensión o desprotección que le impide el pleno ejercicio de sus derechos, especialmente de los derechos fundamentales. Pero en una época de fundamentalización del Derecho [3] en la que se multiplican los derechos y todos adquieren rango de fundamental, esta perspectiva podría llevarnos a consagrar un concepto muy amplio de vulnerabilidad, acorde con los tiempos que corren, privilegiando la consagración de derechos a la construcción científica que los garantiza, lo que, irremediablemente, se volverá en contra de sus titulares.

"Son los jueces y magistrados, fiscales, abogados o notarios, entre otros, los que han de hacer prueba de voluntarismo para que la protección de los vulnerables no sea letra muerta. El jurista está obligado a interpretar las normas a su favor y para ello es necesario definir la vulnerabilidad"

Para evitar este efecto *boomerang*, es necesario acotar el concepto y, para ello, nos alineamos con las reflexiones del informe de la Corte de Casación francesa para concluir que la vulnerabilidad existe cuando están en riesgo los elementos esenciales que permiten el respeto de la dignidad de la persona y su plena participación en sociedad, identificando estos, fundamentalmente, con el acceso a la justicia, disponer de una vivienda digna y tener ingresos suficientes para hacer frente a una existencia digna porque, como sensatamente nos recuerda, no hay que despreciar las condiciones materiales de la libertad y de la dignidad. Cuando estos elementos están amenazados comienza el riesgo de vulnerabilidad y su ausencia aboca a la persona a la exclusión social que es la que caracteriza la vulnerabilidad severa.

Ahora bien, tratándose de personas con discapacidad cuando ésta afecta al proceso de formación de la voluntad, esta circunstancia tiene entidad suficiente por sí sola para considerar a la persona en situación de vulnerabi-

lidad, incluso severa, ya que la falta de capacidad para tomar decisiones afecta de lleno a la participación en sociedad, sin necesidad de que concurran otros factores porque, como oportunamente establece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2020, existen riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad que no podemos ignorar y que comprometen su dignidad. Sin olvidar que la fragilidad que en estos casos produce la discapacidad incrementa los riesgos de abuso e influencia indebida, lo que puede poner en peligro esas condiciones materiales de la libertad y de la dignidad si no se adoptan las medidas de apoyo necesarias con las salvaguardias correspondientes. El reto, en estos casos, es lograr el equilibrio entre protección y autonomía porque un exceso de protección puede ser tan perjudicial para la dignidad de la persona como su ausencia y ambos pueden provocar la exclusión social.

Todo ello nos conduce a la reflexión final sobre cuál debe ser la finalidad de las medidas de protección de las personas en situación de vulnerabilidad, que no es otra que eliminar, o al menos reducir, el impacto de aquellos factores que ponen en riesgo su dignidad y libertad o las condiciones materiales que las sustentan y que conducen a la persona por la pendiente que termina en la exclusión social, lo que, finalmente, aproxima la visión jurídica a la ontológica de Terestchenko porque "reflexionar sobre la vulnerabilidad del hombre es, en realidad, reflexionar sobre la vulnerabilidad de su lugar en el mundo".

---

(1) Incluye además la circunstancia desvinculada de un nivel de renta de ser familia numerosa.

(2) Lagarde, M. X., *Avant-Propos*, "Les personnnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation", 2009.

(3) De esta cuestión hablo con más detalle a propósito de otro tema en *La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español,* La Ley Derecho de familia nº 22, abril-junio 2019.

ASISTENCIA GRATUITA
Y SIN COMPROMISO

SFM
SERVICIOS FUNERARIOS DE MADRID

Un equipo de profesionales acompaña y asesora de manera personalizada a las familias, conocedores de la labor que realizan cada día, prestan un servicio con total vocación y respeto hacia quienes han perdido a sus seres queridos. Servicios Funerarios de Madrid gestiona directamente las instalaciones funerarias municipales de la ciudad de Madrid:
Tanatorios M30 y Sur
Crematorios de Ntra. Sra. de la Almudena y Sur
14 cementerios municipales como el de Ntra. Sra. de la Almudena y Sur – Carabanchel, entre otros.

Servicio Fúnebre Integral, sala velatorio e inhumación en sepultura ya adquirida. 3.141 €

Servicio Fúnebre Integral, sala velatorio e incineración. 3.343 €

Servicio Fúnebre Integral, sala velatorio e inhumación en nicho nuevo por 10 años. 4.493 €

Teléfono 24 horas/365 días
91 510 81 00
www.sfmadrid.es

Más allá
del compromiso

*Precios con iva incluido, según tarifa 2021

RETOS DE UNA JUSTICIA ADAPTADA A LA FRAGILIDAD DERIVADA DE LA PANDEMIA

Por Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho procesal (UNED)

La pandemia ha evidenciado, de forma trágica, la gran fragilidad humana en todos los órdenes. Vivíamos con cierto sosiego, con relativa calma, con aparente salud, con razonable bienestar, con suficientes medios; incluso, con bastante armonía —dentro del perfil español, altamente litigioso, respecto del promedio europeo—; y de pronto, los cimientos de la salud física y psíquica, las bases de la economía familiar mínimamente desahogada, las estructuras laborales, los mismos lazos contractuales de un significativo número de personas se tambalearon hasta hacernos perder el equilibrio, la perspectiva, la confianza y, al término, la paz.

"La pandemia supuso un auténtico punto de inflexión en la vida de muchas personas: la "vulnerabilidad de antes de la pandemia" estaba, principalmente, focalizada en dos ejes muy delimitados: la minoría de edad y la discapacidad. Pero a esta vulnerabilidad basal, se adiciona, ahora, otra social, sanitaria, laboral, económica, contractual y, desgraciadamente, "toda la que está por llegar", desconocida a día de hoy y que, por tanto, todavía no podemos catalogar"

La pandemia supuso un auténtico punto de inflexión en la vida de muchas personas: la "vulnerabilidad de antes de la pandemia" estaba, principalmente, focalizada en dos ejes muy delimitados: la minoría de edad y la discapacidad; la fragilidad actual es, sin embargo, poliédrica: en sus vértices —y con más virulencia que nunca– se mantienen aquellos actores clásicos, de un lado, los menores de edad; y de otro, las personas con discapacidad. Pero a esta vulnerabilidad basal, se adiciona, ahora, otra social, sanitaria, laboral, económica, contractual y, desgraciadamente, "toda la que está por llegar", desconocida a día de hoy y que, por tanto, todavía no podemos catalogar.

Ante esta evidencia, uno de los hitos de la Justicia en tiempo de pandemia debiera ser el inmediato establecimiento de Tribunales de campaña con auténticas UVIs procesales, donde los protagonistas principales de los conflictos afectados por elementos de la máxima precariedad, entrasen, debidamente revestidos de EPIs institucionales, por una puerta, con su herida abierta; y saliesen por la otra, con ella cicatrizada, sin la menor probabilidad de contagio conflictual, por haber quedado cerrado, bloqueado, clausurado y, por si acaso, monitorizado el litigio creado o agudizado por este virulento apocalipsis.

Las prioridades legislativas, sin embargo, son otras: a una primera apuesta por la eficiencia se acompañará, según parece, otra de reestructuración orgánica, para culminar este trípode de reformas procesales con la digitalización de la Justicia. Y todo ello a coste cero. El Legislador procesal busca —como aguja en un pajar– las mil y una fórmulas de lograr la "eficiencia de la Justicia" con los mismos mimbres económicos de siempre. Conseguirá, a buen seguro, de perfilarse adecuadamente los instrumentos procesales pendientes de aprobación, algunos de extraordinaria valía, grandes resultados en los conflictos de Derecho privado, pero ninguno, me atrevo a preludiar, en materia de vulnerabilidad. Porque la vulnerabilidad va por otro cauce: tratar de dar respuesta a los conflictos afectantes a las personas desfavorecidas con técnicas de eficiencia, de digitalización o de descentralización judicial, tales como la minoración de fases procedimentales, la intensificación de las TICs o la implementación obligatoria de los MASC; ya no diga-

mos de universalización de la Justicia, como la unificación de cauces procedimentales para los conflictos masivos, parece un relato próximo a la ciencia-ficción.

Ya no se puede rentabilizar más la Justicia de los colectivos vulnerables: primero, porque la vulnerabilidad es transversal y, en consecuencia, no admite cauces universales; segundo, porque la vulnerabilidad precisa siempre una atención temprana: si el respirador de la Justicia no llega a tiempo, la asfixia está asegurada; y al fin, tercero, porque las nuevas fórmulas mágicas de descentralización de la Justicia —y derivación de la solución de la controversia a otros profesionales—; de agilización —y reducción o, incluso, omisión de trámites, por ejemplo, en el juicio verbal—; o, incluso, de digitalización —e imposición de una vía telemática a personas sin la menor alfabetización tecnológica— resultan, en muchos casos, impensables.

"Ya no se puede rentabilizar más la Justicia de los colectivos vulnerables: primero, porque la vulnerabilidad es transversal y, en consecuencia, no admite cauces universales; segundo, porque la vulnerabilidad precisa siempre una atención temprana"

Si a estas nuevas aristas —multiplicidad, heterogeneidad, emergencia, crudeza— de la vulnerabilidad recién asomada, en nuestro mapa conflictual postpandémico, añadimos los males endémicos de siempre —la ausencia de medios, la inmisericorde soledad (falta de asistencia personal: de atención familiar y social; a veces, incluso sanitaria, de estas personas), la superposición de trámites con un verdadero ensañamiento procesal, la escasez de recursos, la carencia de tiempo, la insuficiencia de talento (por la escasa formación en las técnicas, habilidades y destrezas necesarias para afrontar este tipo de peculiares conflictos), la escasa visibilización (incluso, el ocultamiento social); y el generalizado desprecio, en no pocos casos, por la única verdad de los hechos—, entonces muchos episodios de esta sobrecogedora litigiosidad pasan del delirio a la agonía sin solución de continuidad.

En un ensayo tan breve como este, en el que he de lanzar, a modo de flash, auténticas píldoras jurídicas con las más relevantes propuestas de mejora, me parece oportuno establecer, telegráficamente, en formato de atributos, cuál es la Justicia de las personas vulnerables, a la que aspiramos, con toda prudencia, modestia y austeridad, en el primer momento de retorno a una normalidad todavía indisociable de la pandemia, para afrontar después —cuando en el espejo retrovisor se vean, por alejados, ya muy minorados sus efectos— otra reforma de mayor calado, al compás, entonces, de la reactivación económica, del desarrollo social, de la recuperación laboral y de la reparación sanitaria, que también llegarán.

Y en esta hoja de ruta de una Justicia adaptada a la vulnerabilidad de siempre, tristemente incrementada por la fragilidad derivada de la pandemia, me parecen esenciales los diez retos siguientes:

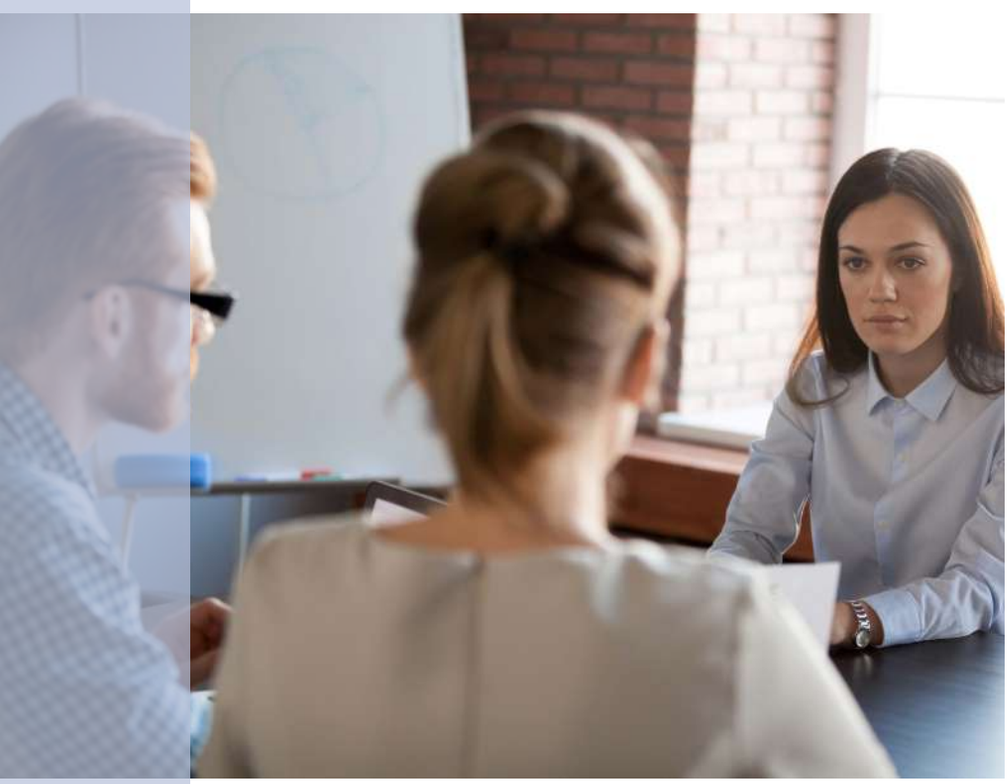
1º. JUSTICIA DESAHOGADA: Si en tiempos de bonanza, como así acontece, se invierte en el Derecho sustantivo; es de justica, en su justa reciprocidad, que en tiempos de penuria, donde los conflictos se multiplican, deba invertirse en Derecho procesal, siquiera sea porque la litigiosidad es tanto —o más— cíclica que la economía y las postrimerías de esta pandemia ya lo están evidenciando. Sirva de ejemplo el siguiente: la calidad de los medios electrónicos de los que disponen nuestros Juzgadores, en un tiempo de imprescindible digitalización de las vistas y los juicios, puede estar íntimamente relacionada con el mayor o menor grado de acierto de su decisión. Siquiera sea por una mínima sensibilidad —¡y responsabilidad!— democrática, inconciliable con la aceptación de una

Justicia pandémica, consumida, raquítica y demacrada, debieran financiarse, cuando menos, equipos técnicos y humanos de la máxima calidad y nivel, respectivamente, para la totalidad de Juzgados y Tribunales españoles, donde, además, deben ponerse dichos medios a disposición de las personas con vulnerabilidad informática.

2º. JUSTICIA ORDENADA: La litigiosidad afectante a la dignidad, integridad y subsistencia de la persona —relacionada con su salud física y mental, así como con su mínimo vital— no puede esperar. Y por tanto, una segunda medida de gestión de estos conflictos pasa por una imprescindible ordenación y priorización de los más urgentes —así, por ejemplo, los internamientos involuntarios, la adopción de medidas de supervivencia pacífica para menores o la misma provisión de apoyos a personas con discapacidad— frente a los menos perentorios, en este estado de sobresaturación y colapso, donde, como suele decirse, "no puede dejarse a nadie atrás" y menos aún a las personas más frágiles, débiles o necesitadas de la sociedad.

3º. JUSTICIA ACCESIBLE: Tres son, como se sabe, los momentos cruciales de acceso a la Justicia: el primero, y acaso más relevante, el iniciático, en el que la persona vulnerable ha de decantarse, ante su concreto conflicto, por acudir o no al proceso: para alcanzar esta relevante decisión tan sólo contará con su propio empeño y/o, en el mejor de los casos, con el apoyo, acompañamiento y aliento de familiares y amigos; pero no, generalmente —y salvo supuestos muy dramáticos—, con un impulso institucional público: una vez dispuesta, la persona vulnerable, a acudir al moderno "sistema judicial multipuertas", debiera ofrecérsele, ya desde la institución pública, la posibilidad de optar, siempre que su equilibrio intelectual se lo permita, entre un MASC —el más adaptado posible de entre los varios que integrarán, a partir de ahora, el ingenioso modelo de Justicia sostenible como "servicio público"— o un proceso judicial; el segundo momento ha de identificarse con el transcurso procedimental del MASC o del proceso judicial, sea, en este último caso, por el cauce de la Jurisdicción voluntaria —a la que debiera conferirse, por cierto, un mayor valor, tanto respecto del engrosamiento de su ámbito objetivo, como del indispensable reconocimiento de fuerza de cosa juzgada material—, sea por el de la contenciosa (no parece, sin embargo, que deba imponerse un MASC a las personas vulnerables para acceder a cualquiera de estas modalidades procedimentales): y aquí ya debieran potenciarse fórmulas de acompañamiento institucional; el tercer momento esencial es la culminación del proceso, que en el caso de personas vulnerables, cuando la solución provenga del MASC, debiera ser siempre revisada y homologada por una instancia judicial.

4º. JUSTICIA COMPRENSIBLE: La Justicia de la vulnerabilidad ha de ser amigable, confiable, positiva, esperanzadora y, sobre todo, comprensible, en todas sus fases; muy especialmente, en la final. Si las sentencias han de ser claras, precisas, motivadas y razonadas con carácter general, tanto más las dirigidas a las personas vulnerables. Resulta esencial que estas personas comprendan, perfectamente, las razones que han llevado al Juez a adoptar, de entre todas las alternativas posibles, esa opción como la óptima para regir su vida a partir de un determinado momento.



5º. JUSTICIA VIGILANTE: Las personas con extrema vulnerabilidad no acuden al Juzgado, en algunos casos, con un asesoramiento previo, un acompañamiento y refuerzo profesional, ni una estrategia procesal perfectamente definida: el evidente desequilibrio que se puede producir entre las partes nos impulsa a recalcar que el Juez, en tales supuestos, deba ser muy proactivo a la hora de generar inercias de auténtico "rastreo conflictual", para verificar el logro de la que pudiéramos denominar "pacificación de rebaño" en la relación futura del "mundo entero" con la persona vulnerable y viceversa, esto es, el saneamiento total —y sin brechas, ni fisuras— de las relaciones personales o sociales perniciosas para la persona precisada de una protección especialmente reforzada.

6º. JUSTICIA PREDICTIVA: La Justicia de la vulnerabilidad ha de ser una Justicia que resuelva, en tiempo

real, el conflicto vigente, pero también que se anticipe, con adecuada perspectiva clínica, a los conflictos que se puedan plantear en el futuro, y otorgue una respuesta anticipada, previsora y comprensiva a toda esa proyección de posibles desavenencias futuras. Resulta esencial minimizar la expectativa de permanente "judicialización" de las controversias afectantes a las personas más frágiles de nuestra sociedad.

7º. JUSTICIA TERAPÉUTICA: La Justicia de la vulnerabilidad ha de asentarse, como es lógico, en el principio de legalidad, pero su interpretación debiera permitir —e incluso favorecer— ciertas proyecciones de una oportunidad reglada, basada en soluciones innovadoras, dinámicas, creativas, flexibles y realistas. La Justicia de la vulnerabilidad es una Justicia clínica: está basada, esencialmente, en el diagnóstico y su éxito dependerá de un tratamiento duradero en el tiempo. De ahí que la respuesta deba ofrecerse en diferido, con permeabilidad, flexibilidad y posibilidad de cambio, cuando la medicación inicialmente ofrecida produzca resistencia y deje de surtir el efecto requerido.

"La Justicia de la vulnerabilidad ha de ser una Justicia que resuelva, en tiempo real, el conflicto vigente, pero también que se anticipe, con adecuada perspectiva clínica, a los conflictos que se puedan plantear en el futuro"

8º. JUSTICIA EMPÁTICA: La vulnerabilidad, a diferencia de las deudas —que, acaso, pudieron preverse y combatirse—, nos sobreviene, de pronto, frente a todo pronóstico, y desde luego, contra toda voluntad. La vulnerabilidad no surge, generalmente, de una mala gestión de las relaciones personales o del propio patrimonio, sino —muy al contrario— de un duro golpe del destino; de ahí que en este terreno no deban tener cabida posiciones enconadas, manifestaciones beligerantes, ni actuaciones que contribuyan a agravar la situación de vulnerabilidad y puedan, además, erigirse en el germen de un mayor enfrentamiento, que pueda incluso culminar en brotes de auténtica violencia.

9º. JUSTICIA ASERTIVA: El menor atisbo del principio de un posible acuerdo ha de ensayarse, por los profesionales comprometidos en la resolución del conflicto afectante al vulnerable, con gran diligencia, porque, en ocasiones, de una primera aproximación de baja intensidad, de un mero, aparente y superficial atisbo de conexión, incluso fruto de una mera casualidad puede surgir el comienzo de un duradero sello de unión. Y este acercamiento al acuerdo habrá de experimentarse, de potenciarse y de procurarse, con el máximo ahínco, pero nunca de forzarse, porque el "forzamiento" en la vulnerabilidad puede traer, por toda consecuencia, efectos opuestos a los que precisamente tratan de lograrse: la aceptación, por resignación, temor a un mal mayor o pura fragilidad, de una solución distinta a la mejor posible.

10º. JUSTICIA MONITORIZADA: La sentencia que culmina los procesos encauzados para dirimir los bienes, derechos o intereses de personas vulnerables no suele poner un broche final a la controversia: si la causa o motivo de vulnerabilidad subsiste, por muy predictiva que haya sido la sentencia, muy probablemente irán surgiendo, al compás de la imparable fugacidad de los tiempos, nuevos acontecimientos, generadores de enconamiento, precisados de nueva intervención y modulación. La sentencia repara el conflicto, pero no la persistencia de la vulnerabilidad, que habrá de ser monitorizada, en el mejor de los casos, hasta su completa remisión y, en el peor, durante toda la vida de la persona. De ahí la conveniencia de establecer procesos duraderos que no impongan, a ciertos litigantes persistentes, "volver a empezar" cada vez que se suscitan, en goteo, los constantes conflictos que les sobrevienen, sino una reactivación judicial automática en una tramitación siempre abierta para quién, por desgracia, nunca puede sellar, de una vez por todas, el núcleo duro de una perniciosa desavenencia constante.

LA REFORMA DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN

Por Antonio Pau Pedrón
Presidente de la Sección Primera, de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Consejero de Estado

Es inminente la reforma del Código civil en materia de discapacidad. Es una reforma que viene exigida por la Convención de las Naciones Unidas del año 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad. En el momento de redactar estas líneas, la reforma, en avanzado estado de tramitación parlamentaria, no ha sido promulgada aún como ley. De ahí que las referencias a la reforma tengan que limitarse al Proyecto.

1. LA CURATELA

El apoyo judicial a la persona con discapacidad ha de hacerse a través de una sola institución de guarda, la curatela.

La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983, al crear la figura de la curatela, permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz "en atención a su grado de discernimiento". Lo que procede ahora es terminar con la dualidad tutela-curatela y trasladar el apoyo de la persona con discapacidad al ámbito exclusivo de la curatela.

Este criterio ha presidido la reforma de diversas regulaciones europeas recientes del régimen jurídico de la discapacidad.

En Alemania han circunscrito el ámbito de la tutela (*Vormundschaft*) a los menores de edad (§ 1773 BGB), y han creado para apoyo de las personas con discapacidad la figura de la "asistencia jurídica" (*Rechtliche Betreuung*). El asistente (*Betreuer*) tiene que atender los asuntos del asistido (*Betreute*) conforme a los deseos y las ideas de éste. Y antes de que el asistente resuelva asuntos importantes, debe hablarlos con el asistido.

En el Derecho suizo, el apoyo de la persona con discapacidad se desarrolla a través de la figura de la curatela, que puede ser de cuatro tipos: "curatela de acompañamiento" (*curatelle d'accompagnement*), "curatela de representación" (*curatelle de représentation*), "curatela de cooperación" (*curatelle de coopération*) y "curatela de alcance general" (*curatelle de portée générale*). La curatela de acompañamiento supone una simple asistencia a los negocios que realice la persona con discapacidad (art. 393 Cc suizo). La curatela de representación supone la actuación en nombre de la persona con discapacidad "para ciertos actos" que ésta no puede realizar por sí misma (art. 393 Cc suizo). La curatela de cooperación se establece para salvaguardar los intereses de la persona necesitada de asistencia, sometiendo sus actos al permiso del curador (art. 396 Cc suizo). La curatela de alcance general tiene carácter representativo

"La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983, al crear la figura de la curatela, permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz "en atención a su grado de discernimiento". Lo que procede ahora es terminar con la dualidad tutela-curatela y trasladar el apoyo de la persona con discapacidad al ámbito exclusivo de la curatela"

y abarca la totalidad de las esferas personal y patrimonial de la persona con discapacidad (art. 398 Cc suizo). Las tres primeras modalidades de curatela pueden coexistir respecto de una misma persona (art. 397 Cc suizo).

El Ordenamiento austriaco ha creado la figura de la *Sachwalterschaft* –equivalente a la curatela (en algunos preceptos, como el § 273, se dice *Sachwalterschaft oder Kuratel*)– para el apoyo a las personas con discapacidad. Según la extensión de la discapacidad (§ 268, ap. 3 ABGB), al *Sachwalter* (que en algunos preceptos se denomina *Sachwalter oder Kurator*) se le puede encomendar desde la asistencia a un acto jurídico concreto hasta la representación de la persona con discapacidad en todos los actos jurídicos (§ 268, ap. 3 ABGB).

Siguiendo el precedente de estos Ordenamientos europeos, en la reforma en curso del Código civil español se limita el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, y se centra en la curatela el apoyo que requieren las personas con discapacidad.

El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la función que desarrolla esta institución: asistencia, apoyo, ayuda.

Según el grado de discapacidad, el juez constituirá una *curatela asistencial*, determinando casuísticamente los actos que requieran asistencia, y excepcionalmente, cuando se trate de personas con tal grado de discapacidad que les impida decidir por sí mismas, establecerá a su favor una *curatela representativa*.

Al decirse en el art. 274 que "sólo en casos excepcionales" procederá la curatela representativa, se está transmitiendo un criterio al juez. En realidad, si procede o no la representación depende de una situación fáctica: el grado de discapacidad. Pero lo que quiere decir el legislador es que el juez debe procurar, en lo posible, inclinarse por la curatela asistencial.

La nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respete, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Como dijo el Fiscal en su escrito emitido en el asunto que condujo a la importante S. del TS de 29 de abril de 2009, "[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado

porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta".

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 y 24 de junio de 2013 hacen suyo ese razonamiento, y consideran que es la tutela, y no la curatela, "reinterpretada a la luz de la Convención", el mecanismo más acorde con la necesidad de proveer de apoyo a la persona con discapacidad.

Para mayor claridad del nuevo sistema, la curatela ha quedado como una institución de apoyo *exclusiva* de las personas con discapacidad. La reforma del Código ha alejado la curatela de las figuras de la emancipación y la prodigalidad. Hasta ahora, el emancipado y el pródigo estaban asistidos por un curador (art. 286 Cc). En adelante, el emancipado estará asistido por un defensor judicial (art. 246 Pr.), y el prodigo por un "asistente" (art. 299 Pr.).

El criterio más importante que ha de guiar la actuación del curador es el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En la reforma del Código no se habla sólo de voluntad; se habla de "voluntad, deseos y preferencias". Según el art. 280 Pr., uno de los principales de la reforma, "el curador asistirá a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias."

Pero el respeto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede

expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad *que hubiera tenido* la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración "la trayectoria vital, los valores y las creencias" de la persona con discapacidad".

2. LA GUARDA DE HECHO

Se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

Esta es una de las mayores novedades del texto proyectado. Responde a una simple constatación de la realidad: el cónyuge o los hijos, en el caso de un progenitor con limitaciones psíquicas, o los padres o los hermanos, en el caso de un hijo o hermano con limitaciones psíquicas, atienden adecuadamente al padre o al hijo o al hermano sin necesidad de un nombramiento judicial de representante legal. Cuando hayan de realizar un acto jurídico en su nombre, no será necesario un "procedimiento judicial de prestación de apoyos" –lo que hasta ahora se ha venido llamando, aunque con alcance distinto, un "procedimiento de incapacitación"–, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate.

Según el art. 263, "cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial." Basta, pues, con una autorización judicial para el caso concreto, concedida en acto de jurisdicción voluntaria; su solicitud no desencadena todo un procedimiento de determinación de apoyos, que es siempre de índole contenciosa. "La autorización judicial podrá comprender [incluso, y en paralelo con la autorización genérica que puede concederse al curador, según el art. 288 Pr.] una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo."

Lo que estaba sucediendo hasta ahora es todo lo contrario: para realizar el más mínimo acto representativo –aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración– venía siendo necesaria la previa incapacitación, incapacitación que, en ese 95 por 100 de los casos, el Juez declaraba total y definitiva, lo que resultaba manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad.

La guarda de hecho es, como su nombre indica, un apoyo fáctico, que sólo puede subsistir en el caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales *que resulten eficaces*. La guarda de hecho no es incompatible con la mera existencia de medidas voluntarias o legales; es incompatible con el funcionamiento eficaz de esas medidas. Todo se desarrolla, como puede verse, en el terreno de los hechos.

Precisamente por el carácter fáctico de la institución no se prevé la inscripción de la guarda de hecho en el Registro civil (a diferencia de la Ley de 1957, que preveía la anotación preventiva de "la existencia de un guardador de hecho [...]", es verdad que "con valor simplemente informativo"). La constancia en el Registro sería inútil, porque su existencia no limita las facultades de decisión del juez a la hora de tomar medidas de apoyo.

La guarda de hecho, tal como aparece regulada ahora, antes de que entre en vigor la reforma, se caracteriza por dos rasgos:

1º Es una situación cuya esencia parece radicar en su sometimiento a control: el Juez puede requerir al guardador para que informe de la situación de la persona con discapacidad –"de la situación de la persona y bienes", como precisa la Ley de Jurisdicción Voluntaria–; y el Juez puede imponer medidas de control y vigilancia, según el Código civil [1].

2º Es una situación que la ley considera transitoria: se mantiene "hasta que se constituya la medida de protección adecuada", como dice el párrafo 2º del art. 303 Cc. La guarda de hecho no se considera una "medida de protección adecuada", sino una medida, a sensu contrario, "inadecuada", y por tanto transitoria.

"La nueva regulación de la guarda de hecho cambia el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control. Siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente"

La nueva regulación de la guarda de hecho cambia el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control. Siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente (según el art. 263, "La autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento"). Pero *la esencia* de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En esos casos de actos representativos, el guardador deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación un procedimiento general de provisión de apoyos.

Por otro lado, la guarda de hecho no debe ser contemplada como una situación transitoria. En tanto se ejerza adecuadamente, no hay razón para someter a la persona con disca-

pacidad a un procedimiento judicial de provisión de apoyos en que con carácter general se determine qué actos de la persona con discapacidad requieren asistencia y cuáles no. En este sentido es muy explícito el 268, ap. 2 del *Allgemeines Bürgerliches Grundbuch* austriaco: el nombramiento de curador es improcedente si la persona con discapacidad está suficientemente atendida, especialmente por la familia[2].

La llamada *Ley de dependencia* de 2006, aunque no reguló la guarda de hecho, dio relevancia a la situación que define en su art. 2 como "la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada". Y en su art. 18 prevé que "cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar [...] se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares".

En definitiva, como indica el documento del Grupo *Ética y Legislación*[3], "la Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad".

3. LA DEFENSA JUDICIAL

En la reforma se hace una referencia muy escueta a la defensa judicial. Según el art. 235, "se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes: 1º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo. 2º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona. 3º Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses".

De manera que, en el caso de menores emancipados, no será ya un curador quien complete su capacidad –como sucedía hasta ahora-, sino un defensor judicial. El defensor judicial no actuará sólo "a falta de ambos progenitores" (art. 247), sino también cuando los progenitores "no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses" (art. 235).

4. LA TUTELA

La tutela queda excluida del ámbito de la discapacidad. Según el art. 199 del Pr. "Quedan sujetos a tutela: 1º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad". Esta es la única novedad de la reforma en materia de tutela. No quiere decir que no haya supuestos de discapacidad en que la persona no pueda actuar por sí misma. En ese caso se recurrirá a la curatela representativa. Tutela y curatela representativa son dos instituciones muy próximas, hasta el punto de que hay numerosas remisiones de una a otra. Pero la ventaja de la curatela es que es una institución graduable, y eso hará

que los jueces valoren si han de establecerla en su grado máximo o en alguno de sus grados inferiores.

(1) La incorporación de la guarda de hecho al Cc se produjo con la ley de reforma de 24 de octubre de 1983. Según el art. 303, "cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación [...] de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.
Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores".
La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 ha dedicado un precepto a la guarda de hecho, el art. 52, según el cual, "1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes [...] de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.
2º. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal".

(2) Art. 268, ap. 2 ABGB: "Die Bestellung eines Sachwalters ist unzulässig, soweit Angelegenheiten der behinderten Person durch einen anderen gesetzlichen Vertreter oder im Rahmen einer anderen Hilfe, besonders in der Familie, in Pflegeeinrichtungen, in Einrichtungen der Behindertenhilfe oder im Rahmen sozialer oder psychosozialer Dienste, im erforderlichen Ausmaß besorgt werden".

(3) Cit. en nota 2.

CONSUMIDORES VULNERABLES

Por Angel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho civil

1. El COVID-19 como ocasión. El RD Ley 1/2021, de 19 enero, tiene por objeto proteger a los consumidores *frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica*. Y a tal efecto modifica el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En el sentido siguiente. El apartado 1 queda inalterado, y, con ello, el concepto general de consumidor a efectos regulatorios, como persona natural que opera en el tráfico con un propósito ajeno a su actividad empresarial, profesional, comercial u oficio. Se introduce un apartado 2 nuevo, de este tenor: "Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad". El apartado I de la Exp. de Motivos de esta norma ofrece una larga, erudita y prolija explicación y justificación del nuevo concepto, de la que haremos gracia al lector.

A lo largo de la normativa COVID-19 el Gobierno ha hecho amplio empleo de la condición de vulnerabilidad como justificación para la implantación de ciertas normas especiales. No siempre la vulnerabilidad ha estado referida en exclusiva a la persona física consumidora, y se ha referido también a los empleados, a las familias, a los hogares, a los empresarios autónomos, a ciertas pymes; a veces, incluso, excluye al consumidor persona física de su alcance y otras veces delimita qué clase de consumidores —no todos— (arrendatarios, prestatarios, etc.) son vulnerables en el sentido de la norma [Cfr. RD Ley 8/2020; RD Ley 11/2020; RD Ley 37/2020]. El concepto de vulnerabilidad que utilizan estas normas no es el mismo que el del art. 3.2 LGDCU, y normalmente manejan estándares cuantificados (niveles de rentas, etc.).

2. Valor sistemático de la vulnerabilidad. ¿Pero qué función regulatoria o sistemática desempeña este nuevo concepto de consumidor ("Asimismo") en la normativa vigente de consumidores? ¿Sirve para algo? ¿Es palabrería mera, como cabría sospechar?

Hay cuatro posibles valores sistemáticos de la locución "consumidor vulnerable" (CV):

1. *CV es el supuesto de hecho de normas jurídicas*

Diríamos en este sentido que el sujeto "vulnerable" (consumidor o no, ahora no importa) es el presupuesto de una norma jurídica que establece, en atención a esta vulnerabilidad, una determinada consecuencia jurídica que favorece a este colectivo frente al régimen ordinario que sería aplicable con carácter general. Esto es cosa ordinaria, como demuestran las más variadas normas contenidas en los RRDD Leyes 8, 11 y 37/2020. El sujeto "vulnerable" es el presupuesto normativo de una consecuencia jurídica de régimen excepcional: no se le corta el suministro de luz por impago, se le concede una moratoria en su deuda, se le habilitan medidas públicas de fomento, se le brinda una condonación parcial de la renta, se le libra del desahucio, etc. No hay un conjunto predeterminado de consecuencias jurídicas predicables de la vulnerabilidad, porque ello depende de cada norma.

Pero sería absurdo que el art. 3.2 LGDCU contuviera un supuesto de hecho abstracto de normas jurídicas. Ninguna norma jurídica del rango de la LGDCU necesita que esta última la "habilite" competencialmente para dictar regímenes de excepción para sujetos vulnerables ni tiene que tolerar que el concepto de "vulnerabilidad" haya sido definido para todo el sistema jurídico por el art. 3.2 LGDC. Por lo demás, el art. 3.2 no contiene ningún predicado normativo especial vinculado al concepto de vulnerabilidad. En ningún otro lugar de la LGDCU hay predicados especiales tampoco. Del concepto nada se sigue, por lo que resultaba prescindible. O, simplemente, podría haberse esperado hasta que *realmente se tuviera algo concreto que predicar de la condición de vulnerabilidad.*

2. *CV es la habilitación para dictar normas jurídicas*

Ahora diríamos que la "vulnerabilidad" del art. 3.2 LGDCU se limita a contener una habilitación normativa para que otras normas dicten regímenes jurídicos contractua-

les en los que se tenga especial atención al colectivo de los vulnerables. Se reafirmaría esta función en el art. 8.2 LGDCU ("Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos."). Lo mismo ocurre con el art. 17.3 LGDCU.

Esto es también absurdo. Como vuelven a probar los tres RRDD Leyes que hemos mencionado, ninguna de estas normas necesitó que la LGDCU habilitara al Gobierno a producir normas en atención de colectivos vulnerables, y no sólo consumidores. Lo mismo ocurre con el RD Ley 7/2016 (bono eléctrico social). Más aún, como es obvio, el legislador futuro, estatal o autonómico, no está constreñido a producir nueva normativa de consumo en la que se depare un trato especial al sujeto "vulnerable", ni requiere remitirse al art. 3.2 LGDCU como su título habilitante.

3. *CV es un concepto alternativo de consumidor*

Esta sería la probabilidad más interesante. En efecto, la LGDCU habría introducido un *concepto alternativo de consumidor.* Con independencia de que concurra el rasgo estructural de la definición genérica de consumidor del apartado 1, *también sería consumidor la persona física vulnerable en el sentido de esta norma.* Estamos pensando en el profesional, en el empresario autónomo, en el consejero de una sociedad mercantil. La hipótesis sería muy fructífera, porque ello comportaría expandir notablemente el ámbito en que rige el Derecho de consumo. Y no es poca cosa: estos sujetos podrían exigir también "transparencia material" en sus préstamos hipotecarios, podrían desistir en 14 días en los contratos a distancia, tendrían derecho a proceder contra el prestamista en los contratos de crédito inmobiliario vinculados a una compra o servicio, dispondrían del correspondiente límite legal de los intereses moratorios, podrían acudir al arbitraje de consumo, etc.

La norma es lo bastante desaliñada como para permitir esta interpretación y la contraria. De primeras, parece que estos sujetos vulnerables son una subclase del género de consumidores ("tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo"). Pero inmediatamente el supuesto dispara sus límites ("aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos"), para depararnos un *ritornello* final al significado propio del término legal ("que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad"). Y es lo más probable –y lo que crea menos desatinos regulatorios– que, en efecto, estos sujetos vulnerables no puedan ser otros que una subclase del colectivo de consumidores.

4. *CV es una regla o un mandato de ponderación*

Si los consumidores vulnerables han de ser primero consumidores, la vulnerabilidad tendrá que afectar a la aplicación de normas jurídicas que de todos modos son ya normas consumeristas. Sólo nos queda entonces una posibilidad de no condenar la invención legal como superchería demagógica. La "vulnerabilidad" sería algo así como un *mandato de hiperponderación* de los intereses contrapuestos (empresario-consumidor) en la normal aplicación de normas jurídicas. Por ejemplo, a efectos de la transparencia contractual, un consumidor "vulnerable" requeriría *más transparencia* que la que puede exigir de una cláusula predispuesta un consumidor medio. Un consumidor vulnerable tendría derecho a mantener *más cuotas hipotecarias impagadas* que las que se toleran a un consumidor medio antes de que el banco provoque el vencimiento anticipado de la deuda. Un consumidor vulnerable tendría derecho a una *moratoria más generosa del desahucio por impago.* Un consumidor vulnerable sería *más sensible* a una práctica comercial inadecuada (cfr. art. 4 LDC).

Pero la propuesta finalmente no tendría sentido. Un empeño de esta clase correspondería una vez más al legislador (que no necesita del art. 3.2 LGDCU), no al operador, sujeto al principio de legalidad.

3. Vulnerabilidad y consumo. Yo creo que el art. 3.2 LGDCU es una norma superflua, por la siguiente consideración. La *vulnerabilidad social y económica no tiene nada que ver con el Derecho de Consumo, sino con el Derecho paliativo de la pobreza.* De hecho, es de esencia para el Derecho de consumo que la contraparte consumidora tenga capacidad económica de compra, porque de otra forma la relación de mercado de consumo no llegará a nacer. Y no una capacidad de compra cualquiera, sino una renta excedentaria que le permite sacar la cabeza por encima del nivel de subsistencia. No es el pobre el que necesita la protección del Derecho de consumo, sino la clase media, la que puede viajar, celebrar un banquete de bodas, pedir una hipoteca, comprar en *amazon.* Si se parte de no haber siquiera capacidad de compra más allá de la mera de subsistencia, las normas de consumo nada tienen que decir. Para que haya relación de consumo es preciso que el adquirente consumidor haya podido acumular una renta no indispensable para llegar al fin del día. Por eso los países pobres carecen de Derecho de consumo. Para la pobreza, procede la subvención pública, pero no el contrato de Derecho privado. En el territorio del contrato (de consumo) no se protege por el sistema a la contraparte frente a su propia pobreza, sino, exclusivamente, frente la asimetría informativa que le dificulta la comprensión y valoración justa del compromiso que adquiere.

PROTECCIÓN DEL ARRENDATARIO VULNERABLE: CLÁUSULA COVID Y REAL DECRETO LEY 2/2021

Por Teresa Asunción Jiménez París
Profesora Contratada Doctora
Acreditada a Profesor Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

España atraviesa una situación de parálisis social y encerramiento en un mundo virtual que afecta a todas sus manifestaciones vitales. También a la actividad económica. Todo ello motivado por las decisiones de confinamiento y expropiación del derecho al trabajo que han determinado una drástica reducción de ingresos de buena parte de la población, singularmente trabajadores autónomos y pequeños y medianos empresarios. Esto repercute en su capacidad para hacer frente a los gastos cotidianos entre los que se puede encontrar la renta de la vivienda habitual. Si bien las decisiones pactadas entre arrendador e inquilino y alcanzadas extrajudicialmente (arts. 1255 y 1203.1º CC) son las que mejor pueden responder a los intereses de ambos y resolver las situaciones de vulnerabilidad que puedan afectarles (dado que toda familia puede haber sido vulnerable en mayor o menor medida a la situación descrita), el legislador ha optado por una regulación en el RD-ley 11/2020 de la situación del arrendatario definido y colectivizado como vulnerable (arts. 5 y 6). Y si bien la propia norma permite la exclusión de sus soluciones por los acuerdos que puedan alcanzar las partes, el arrendatario vulnerable podría tener poco interés en alcanzar tales acuerdos si el legislador le autoriza a seguir habitando la vivienda arrendada en caso de impago o de expiración del contrato.

En favor de dicho arrendatario vulnerable como efecto de la epidemia del COVID–19, se establece una moratoria del pago de la renta, forzosa para el arrendador "gran tenedor" pero voluntaria para el inquilino (art.4), la posibilidad de solicitar a las entidades crediticias adheridas a la "línea de avales arrendamiento COVID-19" préstamos avalados y subvencionados por el Estado (en cuanto a los intereses y gastos del préstamo) para el pago de la renta (art. 9), ayudas directas para el pago de la renta o devolución de dichos préstamos (art. 10), la suspensión extraordinaria de los lanzamientos en los desahucios por impago de rentas y expiración del contrato (art. 1) y la adjudicación de soluciones habitacionales (art. 11) [1]. A estas medidas se añaden la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2), sobre la que cabe la duda de si solo es aplicable a los arrendatarios vulnerables dado el tenor que la Disposición final duodécima.3 del RD–ley 11/2020 tiene desde el 9 de julio de 2020 o a cualquier arrendatario (como parecía desprenderse de la redacción originaria del RD - ley 11/2020).

El reciente RD-ley 2/2021, de 26 de enero, ha incidido en las medidas de moratoria arrendaticia y prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento.

En relación con la moratoria arrendaticia, este decreto ha extendido la posibilidad de solicitarla hasta el fin del estado de alarma declarado por RD 926/2020 y prorrogado por RD 956/2020, o sea, hasta el 8 de mayo de 2021. La norma ha generado problemas de interpretación en cuanto al *periodo temporal durante el cual se aplica la moratoria* dado que el primer estado de alarma (periodo temporal al que inicialmente se refería) concluyó el 20 de junio de 2020 y, sin embargo, pese a ello, *sucesivas reformas han ido ampliando el plazo para solicitar la moratoria* (sic). Por ello entiendo que las moratorias solicitadas antes del 27 de enero de 2021 (fecha de entrada en vigor del RD-ley 2/2021 que ha pretendido solventar esta cuestión) *no podrían extenderse hasta el 8 de mayo de 2021, pues lo contrario causaría grave perjuicio al arrendador que bien podría haber optado por la alternativa de la condonación del 50% de la renta arrendaticia si hubiera previsto dicho término final* Además, la nueva redacción, que parece presuponer que el estado de alarma podrá "normalizarse" como estado más o menos habitual en el ordenamiento jurídico español "normalizando" la excepción al texto constitucional, no tiene efectos retroactivos (art. 2.3 CC).

Aparte del problema de la duración de la moratoria, tiene particular importancia la determinación de quién es "gran tenedor". Si bien la norma remite la cuestión al número de inmuebles o espacio construido de que es titular la persona física o jurídica (que parece referirse a pisos o apartamentos, excluidos locales, garajes y trasteros, no teniéndose en cuenta los inmuebles que se disfrutan en copropiedad, ya que son inmuebles de los que el arrendador no puede disponer libremente)[2], en mi opinión, no debería ser el número de inmuebles el que determinase el concepto de "gran tenedor" sino el valor catastral de los mismos, pues once pisos o apartamentos, en función de las condiciones del edificio, ubicación, antigüedad, etc., pueden tener un valor muy inferior al que ostenta una sola vivienda de 1.000 m^2, por ejemplo. A mi juicio, la norma expropia al pequeño y mediano propietario los frutos civiles de su propiedad, cuando la mayoría de los arrendadores son personas físicas que necesitan de los alquileres de inmuebles "para el pago de la hipoteca o, incluso, como complemento de sus ingresos, muchos de ellos pensión de jubilación" [3].

"En mi opinión, no tiene sentido que el arrendatario pueda sumar la medida de prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento, con una moratoria o condonación de la renta y luego, finalizado el contrato, pueda "permanecer" en la vivienda ajena sobre la base de una situación de vulnerabilidad no resuelta con las medidas anteriores, lo que gravaría a la propiedad de manera desproporcionada"

En cuanto a la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento, el RD-ley 2/2021 prevé que, si se produjere el vencimiento del contrato entre el 2 de abril de 2020, fecha de entrada en vigor del RD-ley 11/2020, y el 8 de mayo de 2021, el arrendatario podrá solicitar una prórroga de su contrato de hasta 6 meses. Producida la solicitud, la prórroga deviene forzosa para el arrendador, pero las partes pueden excluir la prórroga extraordinaria por un acuerdo que entiendo podría tener el alcance y contenido determinado por las partes (art. 1255 CC), *sin necesidad de circunscribirse a una prórroga en términos diversos*. Aplicada la prórroga extraordinaria, esta excluiría la suspensión del lanzamiento por expiración del contrato, la cual solo podría producirse en aquellos procedimientos basados en la expiración del contrato entre el 14 de marzo de 2020 (comienzo del estado de alarma) y el 1 de abril de 2020, fechas durante las cuales pudo producirse una situación de vulnerabilidad derivada de los efectos del COVID – 19 *sin existir la posibilidad de prorrogar forzosamente la estancia del arrendatario y su familia en la vivienda arrendada, al no estar vigente el Real Decreto ley 11/2020* [4].

En mi opinión, no tiene sentido que el arrendatario pueda sumar la medida de prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento, con una moratoria o condonación de la renta y luego, finalizado el contrato, pueda "permanecer" en la vivienda ajena sobre la base de una situación de vulnerabilidad no resuelta con las medidas anteriores, lo que gravaría a la propiedad de manera desproporcionada. Es más, el arrendatario vulnerable, para lograr su permanencia tras la expiración del contrato prorrogado, solo tendría que no desalojar voluntariamente la vivienda, a lo cual está obligado (art. 1561 y 1569.1ª CC). *Por lo tanto, tal medida solo parece aplicable a aquellos arrendatarios que no dispusieron de otro medio para solventar su vulnerabilidad*. Apoyaría esta interpretación el art. 1.bis.7 del RD- ley 11/2020, según el cual en ningún caso procederá la suspensión de los lanzamientos en procesos de recuperación de la posesión si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar *con posterioridad a la entrada en vigor del RD-ley 11/2020*. En caso de suspensión del lanzamiento, el arrendador tendrá derecho a la compensación económica equivalente al valor medio del alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido, *si transcurren tres meses desde el informe de servicios sociales al Juzgado sin que la administración competente adopte las medidas indicadas por aquellos para facilitar al arrendatario vulnerable el acceso a una vivienda* [5].

(1) Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID – 19 y estado de alarma. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm., 780, 2430 – 2455.

(2) LOSCERTALES FUERTES, D. (2020), Arrendamientos urbanos y COVID – 19. Preguntas y respuestas con Daniel Loscertales. Disponible en http://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-covid-19-preguntas-respuestas-daniel-loscertales, 1. Con distinta opinión en cuanto a la exclusión de garajes y trasteros, vid. LOSCERTALES FUERTES, D. (2020). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de vivienda y uso distinto: III Parte. Disponible en https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-iii-parte, 2.

(3) LOSCERTALES FUERTES, D. (2020). Arrendamientos urbanos: análisis urgente del Real Decreto - Ley 30/2020. Disponible en https://www.otrosi.net/analisis/rdley-30-2020-modificando-el-rdley-11-2020-de-arrendamientos-de-viviendas, 2.

(4) Vid., Disposición transitoria primera RD – Ley 37/2020, para los procedimientos en curso a la fecha de su entrada en vigor (23 de diciembre de 2020). Este RD – ley amplió la suspensión de los lanzamientos (art. 1 RD – Ley 11/2020) a los derivados de desahucios por expiración del contrato.

(5) Vid., Disposición adicional segunda y disposición transitoria primera.2 RD – Ley 37/2020.

PROPIETARIO VULNERABLE VERSUS ARRENDATARIO U OCUPANTE VULNERABLE

Por Alberto Torres López
Abogado
Director Jurídico de Sepín
Presidente de la Sección de Arrendamientos Urbanos, Propiedad Horizontal e Inmobiliario del ICAM

Hay palabras grandilocuentes, efectistas, que llegan al ciudadano medio de forma directa e inmediata, pero a las que los juristas tenemos especial temor por su contenido etéreo y el uso y abuso que suele hacerse de las mismas. "Vulnerable" es una de ellas.

La RAE define vulnerable como quien "*puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*". Todos creemos tener claro quién es vulnerable, aunque probablemente dicha claridad se diluya cuando pensemos que pueden tener tal condición el ocupante de una vivienda o inmueble sin ningún título que legitime su posesión, sin pagar nada por ello, ni haber solicitado alguna de las ayudas que el Estado le proporciona; o que igualmente la tenga un propietario que *per se* dispone de bienes susceptibles de proporcionarle, en principio, réditos económicos. El legislador, consciente sin duda del poder que el término contiene, empieza a usarlo asiduamente aunque, como en tantas ocasiones ocurre, sin delimitar su contenido y provocando cada vez mayor confusión.

Jurídicamente la vulnerabilidad no ha sido extraña al mundo del Derecho, aunque preferentemente centrada en el ámbito de los Derechos Humanos o del Derecho Penal, sin contornos definidos, unida a delitos en su mayoría violentos de menores de edad, discapacitados, enfermos, etc. Sin embargo, su uso en el Derecho Civil es relativamente reciente y aparejado a situaciones de crisis económica, primero de forma excepcional y ahora de forma recurrente. ¿Cuál es el problema con el que nos encontramos los profesionales del Derecho? Pues que la situación de vulnerabilidad es cambiante, tanto en los sujetos como en su contenido, y que deberemos remitirnos a la disposición concreta en cada caso, incluso a su periodo de vigencia, para determinar si una persona tiene o no dicha condición.

"Jurídicamente la vulnerabilidad no ha sido extraña al mundo del Derecho, aunque preferentemente centrada en el ámbito de los Derechos Humanos o del Derecho Penal, sin contornos definidos, unida a delitos en su mayoría violentos de menores de edad, discapacitados, enfermos, etc. "

Modernamente encontramos sus primeras referencias en el R.D.-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que tiene por objeto precisamente proteger a un colectivo social que denomina en "situación de extraordinaria vulnerabilidad" en un contexto generado por la crisis económica que tuvo sus inicios allá por el 2008. Su Art. 3 delimita los deudores de un crédito o préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual que se hallan situados en el umbral de exclusión, atendiendo acumuladamente a su situación económica por los ingresos percibidos y a sus circunstancias familiares. La posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece en su Art. 1 la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, siguiendo la misma línea que el R.D.-ley anterior, introduciendo algún que otro cambio importante en los presu-

puestos exigidos a fin de calificar la situación como de vulnerable. En este mismo ámbito y ya con la actual crisis económica derivada de la COVID-19, el concepto vuelve con fuerza, pero con un contenido totalmente distinto y la definición de situación de vulnerabilidad económica que recoge el Art. 9 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de COVID-19, no tiene nada que ver con la recogida en las anteriores disposiciones.

"Este cambio de contenido en la definición de la situación de vulnerabilidad, resulta comprensible consecuencia del transcurso del tiempo, cambio de las circunstancias y signo del partido de Gobierno, sin embargo, no lo es tanto cuando los cambios se producen en periodos de tiempo más cortoso"

Este cambio de contenido en la definición de la situación de vulnerabilidad, resulta comprensible consecuencia del transcurso del tiempo, cambio de las circunstancias y signo del partido de Gobierno, sin embargo, no lo es tanto cuando los cambios se producen en periodos de tiempo más cortos. Esto es lo que ha ocurrido en el ámbito procesal civil en relación a los arrendamientos y a las situaciones de ocupación de viviendas.

De este modo, el R.D.-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler introduce en los Arts. 441.5º y 549.4º de la LEC, la suspensión temporal de los juicios de desahucio en los casos en los que los servicios sociales constaten la existencia de situaciones de vulnerabilidad social y/o económica. Estos preceptos, que la actual crisis sanitaria ha parecido desplazar por las posteriores normas, se hallan totalmente vigentes y, como podemos observar, no definen lo que debe entenderse por situación de vulnerabilidad, con las consiguientes dudas que ello suscita a los abogados de cualquiera de las partes en litigio. Consecuencia de ello, no hay mas remedio que acudir a los distintos acuerdos alcanzados por el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, que nos permiten conocer el criterio seguido por los servicios sociales para la definición de lo que son las situaciones de vulnerabilidad.

Esta situación a la que empezábamos a acostumbrarnos, se ha complicado exponencialmente a raíz de la COVID-19. El R.D.-ley 11/2020, de 31 de marzo, reguló en su Art. 1º la suspensión de los procedimientos de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional, circunscribiendo la condición de

vulnerabilidad social o económica a que fuese sobrevenida consecuencia de los efectos de la COVID-19, aunque la realidad es que la interpretación restrictiva no es la que ha prevalecido en los Juzgados, a pesar de lo dispuesto por la norma, por lo que se ha impuesto la suspensión igualmente por impagos de la renta que se arrastraban del periodo anterior a la pandemia. A continuación, llegó el R.D.-ley 37/2020, de 22 de diciembre, que modificó aquel precepto y, aún cuando haya pasado bastante desapercibido, la situación de vulnerabilidad ya no queda circunscrita a los efectos de la COVID-19, sino a cualquier situación de vulnerabilidad económica que imposibilite encontrar una alternativa habitacional, es decir, que resulta irrelevante que los impagos tengan su origen en época precovid. Ahora bien, el RD-ley define extensamente en su Art. 5 lo que debe entenderse por situación de vulnerabilidad económica a tales efectos, determinando la forma de acreditarla en su Art. 6. No obstante, hay que puntualizar que esta vulnerabilidad queda circunscrita a esta situación coyuntural, siendo distinta a la que se ha venido considerando como tal en los juicios de desahucio hasta la fecha y que desaparecerá en los próximos meses salvo que la nueva Ley de la Vivienda disponga otra cosa.

Sin embargo, la complejidad no queda en la determinación de los presupuestos requeridos, sino que los sujetos también han cambiado, pues ahora pueden ser vulnerables no solamente los deudores hipotecarios u arrendatarios sin recursos, sino también los ocupantes o propietarios de viviendas.

En el caso de los primeros, el origen lo encontramos en la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de

viviendas, que introdujo una serie de especialidades procedimentales para agilizar estos juicios y que añade un apartado 1 bis al Art. 441 en previsión de que el ocupante ilegal se encuentre en situación de vulnerabilidad social. Sin embargo, ha sido el reciente R.D.-ley 37/2020, de 22 de diciembre, el que ha ampliado la suspensión prevista para los juicios de desahucio, a otros procedimientos no arrendaticios como son los de los apartados 2º, 4º y 7º del Art. 250.1 LEC, es decir y resumidamente, a los juicios de precario; los de tutela sumaria de la posesión, incluyendo en este caso la especialidad introducida para los okupas por la citada Ley 5/2018, de 11 de junio; así como también para aquellos que tienen por objeto la protección de los derechos reales inscritos. La novedad introducida por su Art. 1 bis ha suscitado una enorme polémica, máxime tras la sorpresiva modificación días después por el R.D.-ley 1/2021, de 19 de enero, que amplia la protección al excluir, ya no los supuestos de ocupación consecuencia de un delito, sino solamente de aquellos en los que concurra intimidación o violencia sobre las personas, con lo que quedan igualmente protegidos okupas que, aunque no hayan hecho uso de la violencia contra las personas, la hayan usado contra las propiedades aunque su actuación sea tipificada como delito. La norma no es fácil de asimilar jurídicamente, y su mayor riesgo es el "efecto llamada" que implica en un fenómeno tan grave como es el de la ocupación de viviendas, constituido por mafias perfectamente organizadas que aprovechan cualquier resquicio legal para prolongar ***sine die*** su ocupación.

En todas estas situaciones que hemos comentado, siempre hay al otro lado una persona física o jurídica, que puede ser una entidad bancaria, un gran tenedor, el titular de un solo inmueble, etc., en definitiva, un propietario. Al confrontar propiedad y deudor hipotecario, arrendatario u ocupante, no podemos mas que recordar los Arts. 33.1 y 47 de la Constitución española, es decir, dos derechos constitucionales como son el derecho a la propiedad privada y el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna. Como he dicho en otras ocasiones, no pretendo enfrentar ambos, ni defender el carácter absoluto del primero, pues ello supondría negar la función social de nuestro Estado de derecho que emana, entre otros, de los Arts 1 y 128 que, no olvidemos, establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. Se trata precisamente de no enfrentarlos y de reconocer su necesaria convivencia, partiendo de la premisa básica de que la función social debe corresponder *prima facie* al Estado y no a los particulares. Por lo tanto, el Estado tiene instrumentos suficientes para garantizar el derecho de los españoles a una vivienda digna, sin necesidad de cargar sobre aquellos dicha misión. Así ha ocurrido siempre con las Viviendas de Protección Oficial o de Promoción Pública, ya sean en propiedad o en arrendamiento, que tienen precisamente por objeto cumplir con el citado mandato constitucional. El hecho de que las Administraciones Públicas en determinados momentos puntuales de crisis económica decidieran desprenderse de parte de dichas viviendas supone una actuación probablemente irresponsable que no debe implicar que a partir de ahora se abandone la vía que ha resultado siempre la correcta, sin perjuicio de que fuera manifiestamente mejorable, cargando directamente el peso sobre los propietarios de viviendas.

"En todas estas situaciones que hemos comentado, siempre hay al otro lado una persona física o jurídica, que puede ser una entidad bancaria, un gran tenedor, el titular de un solo inmueble, etc., en definitiva, un propietario"

Llegados a este punto en el que colisionan los derechos de propietarios y deudores, arrendatarios u ocupantes, debemos recordar, aunque resulte una medida totalmente insuficiente, que algunos propietarios también pueden hallarse en situación de vulnerabilidad. El citado R.D.-ley 11/2020, de 31 de marzo, que mantiene su modificación posterior por el 37/2020, otorga a los arrendadores que reúnan los presupuestos del Art. 5 a) dicha condición que incluso es un poco más amplia que para los arrendatarios, pues no solo debe existir cuando se invoque, sino que puede aparecer también con posterioridad, dado el "*... riesgo de situarse en ella en el caso de que se adopte la medida de suspensión del lanzamiento*". La situación de vulnerabilidad del arrendador se tramitará de la forma prevista en el Art. 1.2 del 37/2020, siendo el Juez el que resuelva la "confrontación de vulnerabilidades invocadas" por medio de Auto que acordará o no la suspensión del procedimiento según las considere acreditadas y, en su caso, que no debe prevalecer la del arrendador.

Esta situación de vulnerabilidad solamente se producirá en el arrendador en su confrontación con el arrendatario, pero nunca cuando nos hallemos en el caso de ocupación de viviendas, pues solamente tendrá lugar la suspensión de estos procedimientos si el propietario es una persona jurídica o física titular de más de diez viviendas, es decir, similar al tan discutido concepto de gran tenedor, pero circunscrito exclusivamente a esta modalidad de inmuebles.

En definitiva, y esperando que la pandemia quede pronto en el olvido y que la próxima Ley de la Vivienda aclare y no confunda más —aunque no es mucha la confianza en ella, sinceramente—, cuando un cliente nos pregunte si realmente es o no una persona vulnerable, no tendremos más remedio que responderle "depende", para enfrascarnos a continuación en el marasmo de normas jurídicas citadas a lo largo de este comentario y darle, más tarde, una respuesta un poco más jurídica.

¿Qué valor tiene la **vida**?

altermutua
ABOGADOS

DEFENDERLA está en nuestras manos

Te ayudamos a proteger el bienestar de los tuyos

Después de un **año para olvidar**, hemos aprendido que **lo más importante** es justamente aquello que ya tenemos: **la familia y nuestros seres queridos**. Saber que no les faltará nada pase lo que pase, es nuestra tranquilidad.

Mejora hoy tu cobertura de vida, cuida de los tuyos y **no pagues hasta septiembre*** por las garantías e importes siguientes:

- Orfandad _____ **150 €/mes por cada hijo menor de 25 años**
- Viudedad _____ **150 €/mes**
- Vida _____ **40.000 €**
- Defunción por Accidente _____ **40.000 €**

GRATIS HASTA SEPTIEMBRE*

Y si estás en la mutua en opción alternativa al RETA, o ejerces por cuenta propia, **podrás deducirte en el IRPF el coste anual de Orfandad, Viudedad y Vida.**

CUANTO ANTES TE ASEGURES, ¡MÁS AHORRARÁS!

* Alter Mutua asume el coste mensual de los recibos, incluido el del mes de agosto, por la mejora de cobertura en cualquiera de las garantías indicadas (Orfandad, Viudedad, capital de Vida o defunción por Accidente), con el importe señalado en cada caso.
Para los mutualistas adheridos a la mutua en opción alternativa al RETA, esta mejora deberá ser en exceso de los importes mínimos obligatorios legalmente establecidos. Mejora o nueva contratación sujeta a las condiciones de suscripción. **Promoción válida hasta el 31/05/2021.**

+ INFORMACIÓN

T. 93 207 77 75 | www.altermutua.com | asesores@altermutua.com

Síguenos en las redes sociales

VULNERABILIDAD LABORAL EN LA INDUSTRIA 4.0

Por Ángel Arias Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

El advenimiento de un modo de producción económica diferente, históricamente ha provocado cambios estructurales en las fórmulas jurídicas de contratación de mano de obra, del mercado de trabajo. Sucedió así en la Revolución Industrial, también con la "*realpolitik*" en temas sociales que adoptaron las democracias liberales centroeuropeas tras la IIGM, y sucederá en el escenario que nos plantea la "*industria 4.0*" en la que estamos inmersos.

Entre los cambios inevitables que se sucederán en la fisonomía del contrato de trabajo pueden destacarse: la mutación de sus elementos identificadores, especialmente la ajenidad; la depauperación de las condiciones salariales y la existencia de trabajadores 'pobres'; la modificación de las bases formativas de los trabajadores; la permanente adaptación a los cambios técnicos y organizativos en la empresa; la convivencia con el trabajo a distancia, y, finalmente **la sustitución del trabajador por la máquina**, que es el único que vamos a tratar.

Jeremy Rifkin, erigido en gurú de la modernidad, enunciaba en un libro mítico y de gran influencia en la sociología del trabajo: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo* (1994) recordando "*... que más del 75 % de la masa laboral de los países más industrializados está comprometida en trabajos que no son más que meras tareas repetitivas. La maquinaria automatizada, los robots y los ordenadores cada vez más sofisticados pueden realizar la mayor parte, o tal vez la totalidad, de estas tareas*".

Pero el sueño ha devenido en pesadilla, porque su cara B muestra la faz más aterradora: la amortización de puestos de trabajo para ser servidos por ordenadores y máquinas complejas.

La **SJS núm. 10 Las Palmas de Gran Canaria, núm. 479/2019, de 23.9** (que analizo detalladamente en la **Revista de Jurisprudencia Laboral 7/2019** cuestiona si una empresa hotelera que adquiere un programa informático capaz de realizar las reclamaciones de cobros a los proveedores de manera automática y sin necesidad de la intervención humana, puede **extinguir por circunstancias objetivas el contrato** de la trabajadora que se encargaba de esta tarea.

La demanda de la trabajadora se estima, declarando improcedente la extinción objetiva. Pero lo trascendente de la resolución es la argumentación que se proyecta sobre la no apreciación de la causa técnica alegada, básicamente por entender que no se ha acreditado suficientemente la "razonabilidad" de la medida.

> *"El juicio de razonabilidad en la apreciación de las causas técnicas, operativas y productivas tiene que seguir siendo plenamente operativo como parámetro que garantiza que las amortizaciones de puestos de trabajo y su sustitución por máquinas tiene una conexión laboral con la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo"*

Porque, aunque las sucesivas reformas en el motivo técnico —Ley 10/2010, y, sobre todo, la Ley 3/2012— han hecho desaparecer de la redacción del ET la referencia a la necesidad de acreditar cómo la implementación de la medida técnica implementada contribuye a salvaguardar la empresa y el empleo, este juicio de "razonabilidad" debe continuar plenamente operativo.

El *status cuestiones* es el siguiente:

Antes de la reforma laboral del 2012 sólo la apreciación de la razonabilidad de la medida extintiva legitimaba la amortización del puesto de trabajo: SSTS 31.5 y 14.6 de 1996, y SSTS 13.2 y 19.3 de 2002.

Tras la reforma laboral del 2012 dos posturas interpretativas se han sostenido:

Por un lado, **la visión más abierta**, aunque algo forzada, de la AN en varias resoluciones (14.9.2012 [AS 2013\813], 28.4.2013 [AS 2013\1735], 4.7.2013 [JUR 2013\235651], y 28.10.2013 [JUR 2013\334082]) que se apoya en los arts. 22.3 y el 24.4 RD 1362/2012, de 27 de septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, para afirmar que no basta la concurrencia de causas, sino que es preciso implementar el juicio de razonabilidad de la medida en relación con la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo.

En segundo lugar, **la primera interpretación del TS** (STS ud. 10.9.2013 [rcud. 549/2013] y la antecedente de 12.6.2012 [rcud. 3638/2011]), mucho más cerrada, que entiende que aunque al empresario debe exigírsele una prueba plena respecto de los hechos que invoca como causa del despido, *"la conexión finalista, es decir, que las extinciones acordadas constituyan una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo, son circunstancias que constituyen un futurible, y con relación a ellas solo se pueden exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando por tanto el empresario en este punto un margen discrecional…"*.

Esta **perspectiva fue corregida por la STS 21.1.2014** (rec. 100/2013) cuando precisa que aunque *"…la novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender –equivocadamente, a nuestro juicio– la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las 'razones' –y las modificaciones– guarden relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa"*, el propio Tribunal precisa que *"a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada"*.

Postura **reforzada por la STS 17.7.2014** (rec: 32/2014) cuando entiende *"que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la 'causa' como hecho…"*

En definitiva, en la amortización de puestos de trabajo como causa técnica el juicio de razonabilidad que anude en qué medida la implementación innovada es útil para el mantenimiento de la empresa o el empleo sigue siendo exigible y pasa, a nuestro juicio, por **una triple proyección argumentativa**:

1) Sobre **los hechos que determinan la concurrencia de la causa**, es decir, sobre la probanza de que, efectivamente, la introducción de la máquina hace ineficaz el trabajo humano que pretende amortizarse.

2) Sobre **la 'racionalidad' de la medida** empresarialmente adoptada, en relación al mantenimiento del empleo o la superación de crisis estructurarles empresariales.

3) Sobre **su 'proporcionalidad'**, entendiendo que deben excluirse aquellas medidas caprichosas o carentes de la más elemental operatividad, en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la 'idoneidad' de la medida a adoptar empresarialmente ni tampoco censurar su 'oportunidad' en términos de gestión, deben excluirse aquellas decisiones empresariales extintivas que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (SSTS 27.1.2014 [rec. 100/13], y 26.3.2014 [rec. 158/13]), asegurándose también que no exista mala fe, o abuso o uso antisocial del derecho.

La **reforma laboral de 2012 provoca una paradoja**: mientras que se liberalizaba la apreciación de la causa económica, pretendiendo hacerla objetiva y menos "jurisdiccionable", indirectamente se fortalece el juicio de razonabilidad en la apreciación de las causas técnicas, organizativas y de producción.

En definitiva, **el juicio de razonabilidad** en la apreciación de las causas técnicas, operativas y productivas **tiene que seguir siendo plenamente operativo** como parámetro que garantiza que las amortizaciones de puestos de trabajo y su sustitución por máquinas tiene una conexión laboral con la supervivencia de la empresa y el mantenimiento del empleo.

EL CONSENTIMIENTO PARA LA VACUNA COVID DE LAS PERSONAS VULNERABLES

Por María Teresa Echevarría de Rada
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

Si bien en nuestro Derecho impera el principio general de voluntariedad en la vacunación, la legislación española permite a los poderes públicos competentes imponerla en determinadas situaciones, fundamentalmente en caso de epidemias. Así se deduce, entre otras, de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de Estados de alarma, excepción y sitio (art. 4), y de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas especiales en materia de salud pública (arts. 1 a 3).

Actualmente, a pesar de la situación de evidente riesgo para la salud pública, no se contempla la vacunación obligatoria en España contra la COVID-19, aunque, como excepción, ha de destacarse que el legislador gallego, mediante la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de Modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio de Salud de Galicia –sin entrar en cuestiones de técnica legislativa–, permite sancionar con multas que oscilan en su cuantía en función de la calificación de las infracciones, a las personas que se nieguen injustificadamente a someterse a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización (arts. 38.2.b) 5ª, y 41 bis a 44 bis).

Al margen de este caso, la decisión de vacunarse contra la COVID se deja a la voluntad de las personas, que deben prestar su consentimiento informado a tal actuación, como exige, con carácter general, la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica para todo acto en el ámbito de la sanidad (art.2.2). Tal consentimiento ha de ser libre, voluntario y consciente, y debe manifestarse por el paciente en el pleno uso de sus facultades mentales después de recibir la información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, lo que le permitirá valorar las opciones propias del caso (arts. 2, 3 y 8 Ley 41/2002).

"Actualmente, a pesar de la situación de evidente riesgo para la salud pública, no se contempla la vacunación obligatoria en España contra la COVID-19"

Por tanto, como regla general, toda actuación médica, y, en consecuencia, también la administración de la vacuna COVID-19, necesita la aquiescencia del paciente, que ha de tener la capacidad necesaria para comprender la situación a la que se enfrenta y para tomar la decisión oportuna, que puede consistir, porque así le autoriza la ley, en la negativa a su inoculación.

Es evidente que esta pandemia ha afectado especialmente a la población más vulnerable, personas mayores o con discapacidad, generalmente ingresada en geriátricos o en centros especiales, que ocupa lugares preferentes en los protocolos de vacunación. Si la persona residente, tras el oportuno proceso de información, tiene la capacidad necesaria para decidir sobre su vacunación, su voluntad debe ser respetada. Ahora bien, el problema se plantea en los casos en los que el paciente tenga la capacidad cognitiva alterada, con independencia de que haya visto o no modificada judicialmente su capacidad, puesto que habrá que determinar, en cada caso, si goza del entendimiento necesario para comprender el alcance del acto médico en cuestión. No puede ignorarse que, conforme a los postulados de la Convención de Nueva York de 2006, el hecho de que el paciente sufra alguna discapacidad no justifica que esa persona, especialmente vulnerable, resulte automáticamente excluida de prestar el consentimiento informado a los actos médicos que afecten a su salud.

En estos supuestos, se impone la necesidad de ofrecer las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que puedan prestar por sí mismas su consentimiento (art. 9.7 Ley 41/2002).

"Precisamente, con motivo de la falta de capacidad natural del paciente para consentir su vacunación, ante la negativa del representante o del familiar de referencia al suministro de la vacuna, se han dictado ya una serie de Autos judiciales por diversos juzgados (...) en los que se concede la autorización judicial para la administración de la vacuna COVID-19, al considerar que tal medida es la más beneficiosa para la salud del paciente"

Si, a pesar de haber provisto al paciente de los apoyos necesarios, se concluye que el paciente no goza de la capacidad cognitiva suficiente, no tiene las facultades precisas para otorgar el consentimiento informado requerido para su vacunación, la Ley 41/2002 contempla como solución que tal consentimiento se preste por su representante, si lo tiene, o, en su defecto, por las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho. En tales casos, la propia Ley indica que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, de forma que, si tal decisión resulta contraria a dichos intereses, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9).

Precisamente, con motivo de la falta de capacidad natural del paciente para consentir su vacunación, ante la negativa del representante o del familiar de referencia al suministro de la vacuna, se han dictado ya una serie de Autos judiciales por diversos juzgados (en Santiago de Compostela, Sevilla, Lugo, Granada, Alicante...) en los que se concede la autorización judicial para la administración de la vacuna COVID-19, al considerar que tal medida es la más beneficiosa para la salud del paciente.

En estos casos, el argumento común esgrimido por quienes debían emitir el consentimiento por representación ha sido la desconfianza hacia la nueva vacuna, al desconocerse sus efectos. Pero, en algún supuesto, se invoca, además, la voluntad contraria a la administración de vacunas en general, "voluntad hipotética", manifestada en algún momento por el propio interesado, motivación que, en el caso debatido, no fue tenida en cuenta por el juez, y que nos obliga a referirnos al documento de las voluntades anticipadas, también conocido como testamento vital o documento de instrucciones previas.

Estos documentos, introducidos a nivel estatal por la Ley 41/2002, y regulados igualmente por las Comunidades Autónomas, tienen por finalidad garantizar el respeto de la autonomía de la personas en el ámbito sanitario, evitan la necesidad de acudir a ese consentimiento por representación, y se muestran como una extensión de la autonomía reconocida de las personas, al permitirles expresar sus deseos y decisiones sobre cuidados y tratamientos aplicables en futuras situaciones médicas para el caso de una posible pérdida de capacidad en el futuro que les impida adoptar decisiones por sí mismos. Los documentos de voluntades anticipadas, además, tienen acceso a los registros administrativos oportunos, lo que asegura su eficacia al facilitar al personal sanitario que atiende al paciente conocer su contenido.

A pesar de todas estas ventajas, no ha sido un instrumento que haya recibido especial atención en cuanto a su regulación –escasa en la normativa estatal y carente de homogeneidad en las normativas autonómicas–, ni tampoco en cuanto a su divulgación y potenciación. Quizá haya llegado el momento de revisar la legalidad vigente, necesidad que ahora surge con ocasión de la vacuna COVID, pero que se avecina indispensable con la Ley de la Eutanasia, si de lo que se trata es de proteger y respetar la voluntad de las personas vulnerables en el ámbito sanitario, cuando ya no puedan expresarla por sí mismas.

LA VIVIENDA HABITUAL DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN DERECHO FRANCÉS

Por Sylvie Moisdon-Chataigner
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Rennes, Francia

La vivienda habitual es el lugar de vida privada y de refugio; es el punto de referencia de la persona y de la familia. No tener una vivienda es excepcionalmente una elección y, a menudo, el final de un camino de una gran vulnerabilidad. El compromiso de los Estados es esencial para luchar contra el *sinhogarismo* y para favorecer el acceso a una vivienda.

Así, existen numerosos instrumentos jurídicos que protegen la vivienda habitual en diferentes circunstancias pero, especialmente, cuando se trata de los más vulnerables, ya sea esta vulnerabilidad de tipo personal o financiera, y tanto si es debida a una alteración de las facultades o a elementos o circunstancias externas a la persona. Vamos a presentar los dispositivos consagrados por el Derecho francés que pueden ponerse en marcha para las personas vulnerables que serán protegidas en diferentes situaciones de la vida. Cada uno de estos dispositivos tiene una finalidad específica: proteger a la persona o el núcleo familiar o, incluso, encontrar un equilibrio entre los derechos de la persona vulnerable y los de terceros. Serán sucesivamente presentados los mecanismos que protegen la vivienda habitual en caso de vulnerabilidad personal (I) y en caso de vulnerabilidad financiera (II).

I. Proteger la vivienda habitual en caso de vulnerabilidad personal

La vivienda es parte del proyecto de vida, ya sea de una persona, de una pareja o de una familia. Toda persona puede afrontar dificultades que provienen de cambios familiares o bien del estado de salud.

Mantenerse en la vivienda familiar puede ponerse en peligro en razón de la evolución de la unidad familiar o conyugal. Esta vivienda está ligada a la comunidad de vida que caracteriza el conjunto de parejas y de las familias. El Derecho francés prevé una protección específica para las parejas casadas y exige la cogestión para disponer de los derechos sobre la vivienda (art. 215 del Código civil). Pero, tratándose de uniones de hecho, si uno de los miembros de la pareja de hecho o de los concubinos se convierte en vulnerable, tendrá pocos medios para defenderse frente a los actos del otro: si este último es propietario, puede disponer libremente de sus derechos; si es arrendatario puede pedir que se le atribuya el derecho al arrendamiento (art. 1751-1 Cc).

> *"La vulnerabilidad se convierte en particularmente importante en el momento del fallecimiento del cónyuge. Las reglas sucesorias imponen así un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del cónyuge supérstite (art. 763 Cc)"*

La vulnerabilidad se convierte en particularmente importante en el momento del fallecimiento del cónyuge. Las reglas sucesorias imponen así un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del cónyuge supérstite (art. 763 Cc). Si la pareja no está casada no existe el derecho *ex lege*, por lo que es prudente anticipar esta vulnerabilidad de la pareja o del concubino supérstite atribuyéndole la vivienda habitual.

Especial atención merece el dispositivo de lucha contra las violencias intrafamiliares. En este caso, cualquiera que sea la forma de conyugalidad, la vivienda habitual de las personas vulnerables víctimas de violencias está protegida (arts. 519-9 y 515-11 Cc): el juez civil adoptará medidas

de protección temporales como la prohibición de que el autor de las violencias se quede en la vivienda incluso aunque tenga que pagar el alquiler o el préstamo.

Las dificultades que conciernen la vivienda habitual pueden resultar también de la alteración de las facultades que impiden a la persona gestionar sola sus propios intereses. Si un cónyuge deviene vulnerable y no puede manifestar su voluntad, el otro deberá tener una autorización o una habilitación judicial específica para disponer de los derechos sobre la vivienda. Sobre todo, el Derecho francés prevé mecanismos de protección con un régimen jurídico adaptado a esta alteración, ya sea una asistencia para aconsejar dirigida a los actos que realiza la persona protegida (curatela o habilitación familiar de asistencia) o bien una representación cuando esta última se encuentra en una situación de imposibilidad absoluta para expresar su voluntad (tutela o habilitación familiar de representación).

El legislador, en la importante reforma de 5 de marzo de 2007 ha tenido en cuenta el deseo de la mayor parte de los ciudadanos de permanecer en su domicilio el mayor tiempo posible. Así, solo la persona protegida elige su lugar de residencia (art. 459-1 Cc). En el plano patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza de la medida, la vivienda es un elemento patrimonial protegido que supone la intervención del juez (art. 426 Cc). A pesar de que el Derecho francés conoce un movimiento de desjudicialización y contractualización (el mandato de protección futura y la habilitación familiar), sin embargo en el momento en que los derechos sobre la vivienda tienen que ser modificados, será necesario solicitar autorización judicial. El juez verificará si es el único medio de dar una respuesta a las necesidades de la persona vulnerable (a menudo motivada por un ingreso definitivo en un establecimiento, asumiendo resolver el contrato de alquiler o bien prever el arrendamiento de la vivienda para generar ingresos, o, incluso, vender el bien). Hay que subrayar que, en esta hipótesis, el legislador protege tanto la residencia principal como la secundaria, como una vivienda familiar.

Pero, a veces, la vulnerabilidad personal se acompaña o se transforma en una vulnerabilidad financiera. Veamos.

II. Proteger la vivienda en caso de vulnerabilidad financiera

Otra circunstancia de la vida que determina un factor de vulnerabilidad importante son las dificultades financieras de la persona y de su familia. En este caso también la vivienda está protegida para evitar que se incrementen los problemas de la persona. Sin embargo, la problemática en este caso es particular en la medida en la que hay que tomar en cuenta los derechos de terceros.

En los contratos de alquiler de vivienda, el inquilino puede beneficiarse de una tregua invernal o bien de la toma en consideración de su gran vulnerabilidad y la de su familia, retrasando en el tiempo la expulsión del alojamiento. Para honrar los derechos de los propietarios, se pueden prever ayudas para el pago de la renta o negociar plazos de gracia. Además, en el marco del dispositivo de sobreendeudamiento, el legislador francés consagra los créditos arrendaticios como prioritarios para el pago (art. 711-6 del Código de consumo). En el caso de que la persona sea propietaria de la vivienda, puede renegociar los préstamos y, además, hay que tener en cuenta que el legislador ha excluido la residencia principal de los posibles embargos por los acreedores profesionales del empresario (art. 526-1 Código de comercio).

Los mecanismos de solidaridad familiar pueden también intervenir para facilitar a la persona o a la familia honrar sus deudas y/o mantenerse en su vivienda. Así, la pareja casada o en unión libre se debe ayuda mutua para hacer frente a las necesidades de la vida corriente, de las que la vivienda hace parte. Los padres y los hijos también están sometidos recíprocamente a una obligación de alimentos (art. 205 Cc).

Se constata regularmente la interrelación entre las vulnerabilidades personales y financieras. En este sentido, la puesta en marcha de un acompañamiento personal o social, que puede llegar hasta el pronunciamiento de una medida de protección, permite evitar que se agudicen los problemas de vivienda. Así, por ejemplo, la gestión de los ingresos en curatela reforzada permite gestionar eficazmente el presupuesto de la persona y evitar las deudas del alquiler (art. 472 Cc). El equilibrio es a menudo muy sutil entre los diferentes factores de vulnerabilidad y es conveniente afrontarlos sin jerarquizarlos.

*Traducido por Montserrat Pereña Vicente

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES COMO COLECTIVO VULNERABLE

Por Juan Ignacio Signes de Mesa
Letrado del Tribunal de Justicia de la UE
Director de la Academia de Práctica Jurídica Europea

La actividad del Tribunal de Justicia de la UE y la trascendencia de su labor para Europa continuarían siendo desconocidas para buena parte de los ciudadanos, incluidos aquí los juristas de nuestro país, si no fuera por la notoriedad que ha adquirido su jurisprudencia en ámbitos tan destacados como el de la protección de los consumidores. A través de ella, el TJUE ha hecho calar un mensaje de cercanía y proximidad a pesar de encontrarse fuera del foco mediático que rodea habitualmente a las instituciones políticas de la Unión, fundamentalmente en Bruselas. Este mensaje se ha articulado a través de múltiples sentencias adoptadas en el contexto de la nueva economía actual, que ponen de manifiesto la voluntad del TJUE de dar fuerza a la protección prevista en el ordenamiento jurídico europeo para ciertos colectivos vulnerables. Es el caso, en el ámbito económico y comercial, del consumidor.

Como es sabido, el Derecho de la Unión es una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afecta, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas a la legislación europea. En este marco, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales proporcionar a los justiciables la protección que se deriva del efecto directo de las disposiciones adoptadas a nivel europeo. Junto con el TJUE, los tribunales nacionales están llamados a garantizar que las normas europeas surtan plenamente efecto y de manera uniforme en todos los Estados miembros durante su período de vigencia.

Lo anterior es aplicable muy singularmente a la normativa europea en materia de protección de los consumidores. En efecto, las decisiones adoptadas por el TJUE en su interpretación de la directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas, son una magnífica ilustración de la eficacia que, para la consecución de los fines de la Unión, despliega la combinación, por un lado, de principios tales como el efecto directo y la primacía del Derecho europeo y, por otro, del procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 del Tratado. La protección brindada al colectivo de los consumidores en años recientes resulta, en su mayoría, de un diálogo mantenido con lealtad con el TJUE, en el que los jueces españoles, no solamente los de instancia suprema, han tenido un protagonismo notable.

> *"La protección ofrecida al colectivo de los consumidores resulta de un diálogo mantenido con lealtad con el TJUE, en el que los jueces españoles han tenido un protagonismo destacado"*

De hecho, los litigios promovidos por los consumidores europeos sitúan con frecuencia a las autoridades de los Estados miembros en la necesidad de justificar ante el TJUE las reglamentaciones y prácticas aplicadas a nivel nacional en las relaciones comerciales cotidianas de numerosos sectores. Las disposiciones previstas en el Tratado, así como en Derecho derivado de la Unión, se erigen en parámetros de legalidad de las normas aplicables a la actividad económica y comercial de los Estados.

En este contexto, la jurisprudencia del TJUE ha servido en reiteradas ocasiones como punto de partida para el diseño inicial o para la revisión ulterior de numerosos actos normativos nacionales, fundamentalmente en un ámbito de profunda sensibilidad para los consumidores, como es el hipotecario.

A modo de ilustración, conviene destacar que las resoluciones del TJUE han invitado a nuestro legislador a modificar, entre otros aspectos, el régimen aplicable a la ejecución hipotecaria en favor del ejecutado (*Aziz*, 2013) y han confirmado la retroactividad de la nulidad de las «cláusulas suelo» abusivas (*Gutiérrez Naranjo*, 2016). También han reconocido la obligación de verificar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas hipotecarias en los procedimientos monitorios (*Banco Español de Crédito,* 2012) y se han pronunciado sobre las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado (*Abanca*, 2019). Añadidas a las anteriores, el TJUE ha tenido que resolver cuestiones de gran envergadura relativas, por ejemplo, al carácter abusivo de ciertas cláusulas de intereses moratorios (*Banco Santander y Escobedo Cortés*, 2018) y al conocido como «índice IRPH» (*Gómez del Moral Guasch*, 2020), que son susceptibles de tener un impacto sensible en el estado financiero de nuestro país. Todas estas decisiones del TJUE ponen de manifiesto a su vez el papel fundamental que desempeña el Derecho de los consumidores de la UE para la labor, no ya solamente de los miembros de la magistratura y abogados españoles, sino también de otras profesiones jurídicas como es la de notarios y registradores.

"Las disposiciones previstas en el Tratado, así como en Derecho derivado de la Unión, se erigen en parámetros de legalidad de las normas aplicables a la actividad económica y comercial cotidiana de los Estados miembros"

Por lo demás, decisiones en materia de consumidores son, a su vez, las muchas referidas a prácticas comerciales desleales, a productos defectuosos, a contratos de seguro, a la venta a domicilio y por correspondencia, etc. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha sido llamado a interpretar en repetidas ocasiones el reglamento europeo sobre los derechos de los pasajeros aéreos, actividad en la que también da muestra de una sensibilidad especial por transmitir un mensaje de proximidad y cuidado a los viajeros europeos. Su jurisprudencia ha clarificado aspectos controvertidos de la regulación aérea europea, principalmente sobre los supuestos de indemnización en casos de cancelaciones, denegaciones de embarque, retrasos y circunstancias extraordinarias sobrevenidas, como es el caso de las huelgas del sector.

Ciertamente, ha de agradecerse a las decisiones adoptadas en materia de consumidores la notoriedad de la que disfruta la acción de los tribunales europeos en España, que contribuye, al mismo tiempo, a que los ciudadanos dirijan su mirada cada vez con mayor frecuencia a Luxemburgo en ámbitos de absoluta cotidianeidad. Como ya ha sido señalado en este foro, el justiciable europeo, incluido el español, se ha de servir de los instrumentos que el Tratado pone a su disposición a fin de garantizarle una tutela judicial de cuantos derechos le reconoce el ordenamiento de la Unión. Se trata de una tarea que ha de corresponder, en particular, a uno de los colectivos que más sensibilidad suscita en la Europa actual, por su vulnerabilidad en ciertos contextos de negociación, y del que todos formamos parte de manera inevitable. Es sin duda la protección de los consumidores una de las parcelas jurídicas más consolidadas de la actividad del TJUE, en la que continuará abundando en su cometido de dar plena eficacia a las normas que sustentan nuestra Unión de Derecho.

* Las opiniones expresadas corresponden únicamente a su autor y no vinculan en modo alguno al Tribunal de Justicia de la UE.

COVID, VULNERABILIDAD Y DERECHO

Por Vicente Bellver Capella
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat de València

La COVID ha puesto de nuevo al ser humano con los pies en el suelo. En las últimas décadas han proliferado las teorías posthumanistas, que aseguran que estamos a punto de conseguir que nuestras vidas rocen la inmortalidad y que nuestros descendientes ya no tengan que ser fruto del arriesgado azar genético sino de lo que consideremos mejor para ellos. Gracias al poder alcanzado sobre nosotros mismos parece que vayamos a ser capaces de controlar nuestra propia evolución como especie, y que esa posibilidad se revele casi imperativa. En un horizonte no lejano se divisaría la posibilidad de crear seres sustancialmente mejores que nosotros; tan superiores con respecto a lo que somos que ya no merecerían ser calificados simplemente humanos sino, más bien, posthumanos.

La pandemia no ha detenido ese afán por superar nuestra frágil condición actual. Incluso en algunos aspectos lo ha potenciado. El hecho de que nuestra condición corporal se haya convertido repentinamente en un problema existencial, ha llevado a algunos a concluir que lo deseable es reemplazar cuanto antes a los seres humanos de carne y hueso, permanentemente expuestos a la enfermedad y al inexorable declinar biológico, por seres con cuerpos invulnerables o, mejor aún, por avatares cuya vida se desarrolle exclusivamente en el universo digital. Estos meses, en los que tantas dimensiones de nuestra vida ordinaria solamente se han podido canalizar a través del entorno digital, ha hecho sentir a muchos que el mundo real es demasiado arriesgado y limitante y que, por el contrario, el mundo digital nos ofrece una atmósfera segura en la que vivir experiencias infinitas y sin esfuerzo. Por eso, mientras esperamos a que la edición genética alcance unos umbrales de seguridad que permita dotar a nuestros descendientes con las características que anhelamos para nosotros, nos vemos abducidos por la oferta de experiencias virtuales, aparentemente infinita, del universo digital. Muchos se han convencido en estos meses de que es mejor teletrabajar que encontrarse a diario con los compañeros en la oficina o en la fábrica; que es más eficaz la formación online que tener que vérselas con compañeros y profesores en el aula; que es mejor relacionarse con familia, amistades y contactos efímeros a través de las redes sociales que hacerlo con cuerpos humanos mediante y espacios físicos compartidos; que produce mayor disfrute la cultura de las plataformas digitales que la de teatros y salas de cine.

> *"La COVID ha puesto de nuevo al ser humano con los pies en el suelo. En las últimas décadas han proliferado las teorías posthumanistas, que aseguran que estamos a punto de conseguir que nuestras vidas rocen la inmortalidad y que nuestros descendientes ya no tengan que ser fruto del arriesgado azar genético sino de lo que consideremos mejor para ellos "*

Afortunadamente, para muchos más la pandemia ha sido otra cosa: el redescubrir la maravilla del ser humano en su fragilidad, interdependencia, y heroísmo cotidiano. De entrada, nos ha enfrentado a nuestra completa vulnerabilidad: quién nos iba a decir que cuando acariciábamos el futuro posthumano íbamos a seguir

tan expuestos a la devastación de la peste como en los tiempos más primitivos. Frente a nuestras ilusiones individualistas, nos ha dejado bien claro que la existencia de cada uno de nosotros está por completo en manos de los demás. Sortear el contagio depende de que todos cumplamos con ciertas normas de higiene, distancia física y condiciones ambientales. También hemos comprobado que el heroísmo y la profesionalidad de una multitud anónima vuelve a ser el gran salvavidas que impide el naufragio de las sociedades en medio del pánico, la indigencia y la muerte. La aguda conciencia de vulnerabilidad, interdependencia y responsabilidad individual nos ha hecho sentirnos orgullosos de ser lo que somos: animales racionales y dependientes, por emplear la afortunada expresión de Alasdair MacIntyre. Y, por ello, cada día que se prolonga esta pandemia se aviva nuestra nostalgia del mundo real, de los abrazos y los encuentros personales. Sentimos que lo digital nos agota y lo analógico nos salva.

Junto a la pandemia por COVID-19 estamos asistiendo a otra que ocupa escasa atención en los medios de comunicación, pero resulta tanto o más preocupante: la que está quebrando nuestra salud mental. Es lógico que, suspendidos en esta atmósfera de excepción, suframos hasta rompernos interiormente. Por eso, la lucha contra el contagio del virus ha de acompasarse con los cuidados mutuos para sentir que nuestras vidas siguen siendo significativas.

¿Tiene algo que ver todo lo anterior con el Derecho? Sin duda, el Derecho está siendo un actor principal en la configuración del presente pandémico, pero también del inmediato futuro. Ante los dos grandes retos que ha tenido que afrontar en estos tiempos de pandemia, la limitación de los derechos y la asignación de recursos escasos, las respuestas que el Derecho ha ofrecido han sido muy distintas, dependiendo de la concepción acerca del ser humano en la que se sustentaba. Cuando el Derecho ha buscado proteger al ser humano en su vulnerabilidad ha ofrecido respuestas razonables; cuando, por el contrario, ha primado el mayor interés del mayor número sus respuestas han sido lamentables o completamente repudiables.

La lucha contra la pandemia está exigiendo limitar el ejercicio de algunos de nuestros derechos fundamentales. Allí donde las restricciones inmolan las libertades individuales en el altar de la absoluta seguridad, se camina hacia el futuro inquietante que, entre otros engaños, nos hace creer que lo digital es una alternativa satisfactoria a la realidad. Por el contrario, cuando se asume que las decisiones que afectan a derechos solo las pueden adoptar las autoridades públicas, deben ser siempre necesarias y proporcionales al bien perseguido, y estar permanentemente sujetas al control ciudadano, entonces las restricciones suelen ser adecuadas y se sobrellevan con esperanza en un futuro genuinamente humano.

La pandemia también nos está obligando a priorizar los insuficientes recursos sanitarios. Conviene distinguir entre los dirigidos a salvar vidas (sobre todo, ingresos de UCI y asignación de respiradores) y los de carácter preventivo (básicamente vacunas). Cuando se trata de decidir a quién se asigna un recurso vital, la decisión resulta trágica. Si la decisión se adopta en función de la utilidad social, los resultados nos son conocidos: miles de mayores muertos en las residencias porque no "merecían" ser asistidos. Por el contrario, cuando la priorización en esos recursos se hace en función de la necesidad de la persona concreta más allá de su presunto valor social, contribuimos a que todos nos sepamos realmente iguales. España tiene pendiente resolver este problema. No se ha aprobado una directriz por parte de las autoridades sanitarias y han sido los clínicos quienes han tenido que asumir una responsabilidad que no es suya. Urge subsanar cuanto antes esta anomalía.

La priorización en la distribución de las vacunas también se puede decidir con un criterio de utilidad social, como es acabar cuanto antes con la pandemia a base de priorizar la vacunación de los más contagiosos, o con un criterio de necesidad, orientado a proteger la vida de los más vulnerables. Aquí España sí ha adoptado una Estrategia de vacunación decidida para toda la población, y lo ha hecho primando el principio de necesidad. El acierto ha sido rotundo.

La pandemia vuelve a poner al Derecho ante su eterno dilema entre ser el instrumento que protege al vulnerable frente a la violencia y la discriminación o, por el contrario, la fuerza que legitima el ejercicio arbitrario del poder. En lo que llevamos de pandemia el Derecho ha titubeado: no debería hacerlo en lo sucesivo si no quiere deshonrar su dignidad.

RUIDOS Y MOLESTIAS EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Por Alejandro Rosillo Fairén
Profesor del Instituto de Estudios Bursátiles
Abogado y Doctor en Derecho

y **Angélica María Castro Acosta**
Licenciada en Derecho
Doctora en Ciencias Jurídicas

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del COVID-19, las autoridades han aprobado una serie de medidas para prevenir la expansión del virus y reducir los contagios. Y muchos ciudadanos, al hallarse casi permanentemente en sus hogares, están sometidos a las buenas formas de convivencia social vecinal y se encuentran abocados a sufrir actitudes incívicas. La vida en vecindad conlleva el deber de soportar pequeñas molestias, pero a veces éstas exceden lo admisible.

Para combatir este incivismo, debe destacarse el art. 7 CC y muy especialmente la acción de cesación prevista en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) "*Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*", sancionando su contravención con una privación del uso de hasta tres años de duración.

En virtud del reconocimiento de la propiedad privada (Art. 33 CE) se atribuyen al titular de la misma las máximas posibilidades de utilización sobre su bien sin más limitaciones que las legal o convencionalmente impuestas. La STS 1.10.2013 señala que el "*Derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido, concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad (...)*"

2. ACTIVIDADES PROHIBIDAS POR LA LPH

La Jurisprudencia impone los requisitos siguientes para la aplicación del Art. 7.2 LPH: 1) que se dé una actividad, lo que supone cierta continuidad o permanencia de la realización de actos singulares (STS 22.12.1970); 2) que la actividad sea incómoda, molesta para terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún lugar del inmueble en el que se desarrolle la actividad (SSTS 8.4.1965, 18.1.1961 y 30.4.1966), esto es, que exista un sujeto pasivo determinado al que la actividad incómoda pueda afectar, siendo éste las personas que habitan o hayan de permanecer en la misma finca y no personas indeterminadas o inconcretas (SSTS 7.10.1964 y 10.4.1967); y 3) que la molestia sea notoria y ostensible, esto es, no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige una dosis de gravedad (STS 8.4.1965), teniendo sentado el Tribunal Supremo que la base de la notoriedad está constituida por la "evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad" (STS 20.4.1965), entendiendo, asimismo, que "...en el concepto de actividad notoriamente incómoda debe incluirse aquella actividad cuyo funcionamiento en un orden de convivencia, excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales".

3. PROBLEMÁTICA DEL RUIDO

La Directiva de 25.6.2002 define el Ruido Ambiental como aquel "sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas". Y la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, sobre el Ruido, lo define como aquel perceptible en forma de sonido, como las vibraciones mismas. Frente a las inmisiones sonoras, se observa actualmente (FERNÁNDEZ URZAINQUI, 2002) una "*acusada tendencia a la aplicación del criterio de la normal tolerancia en los supuestos de inmisiones sonoras, ya que su entidad depende en gran medida de la intensidad de la percepción sensorial*"..

Se entiende que los perjudicados por ruidos excesivos puedan decantarse por la vía penal, debido a que ésta opción es "*muy rápida y expeditiva*" (MAGRO SERVET, 2012) a lo que se une el hecho de que el *quantum* pro-

pio de la sanción penal es sumamente elevado, entre dos y cinco años, *"lo que en algunos casos ha conllevado que se hayan fijado penas de hasta cuatro años de prisión ante hechos graves en los que el ámbito de perjudicados es elevado (...) en los que la obstinación de sus titulares a adoptar medidas protectoras y aislantes del ruido ha provocado en el vecindario importantes daños psicológicos ante las reiteradas molestias provocadas en estos casos"*.

"En el contexto del COVID-19, las autoridades han aprobado una serie de medidas para prevenir la expansión del virus y reducir los contagios. Y muchos ciudadanos, al hallarse casi permanentemente en sus hogares, están sometidos a las buenas formas de convivencia social vecinal y se encuentran abocados a sufrir actitudes incívicasando inmediata cuenta a los propietarios"

Siendo el ruido una de las principales fuentes de conflicto comunitarias, no se puede reputar inocuo. Así la STC 24.5.2001: *"el ruido perjudica gravemente la calidad de vida hasta el punto de afectar a los derechos a la integridad física y moral (Art. 15 CE) y al derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (Art. 18 CE)"*.

En este sentido la SAP Pontevedra de 15.1.2020 enfatiza *"como se indica en la sentencia de este mismo Tribunal dictada con fecha 18 de febrero de 2016, la tranquilidad nocturna, extensible a la tranquilidad de los moradores de una vivienda a lo largo del día, reviste carácter de derecho fundamental individual amparable a la luz de los arts. 10.2 y 18.1 y 2 CE, partiendo de la doctrina contenida en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004 del TEDH, donde se condenó a España por la inactividad municipal frente al ruido generado por un local de ocio (...)"*

4. PRUEBA DE LAS ACTIVIDADES MOLESTAS. REQUERIMIENTO AL INFRACTOR

Para instar la acción de cesación tendrá que demostrarse una cierta notoriedad de la actividad perturbadora que exponga *"la evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad"*, por lo que no basta uno o varios actos concretos y que hayan sido más o menos molestos.

La actividad incómoda debe causar una "alarma" en el entorno de la vivienda o local, correspondiendo a quien la alega la prueba de tal "alarma", ya que *"la infracción (...) es una cuestión de puro hecho cuya apreciación compete al Tribunal, de ahí que sea la demandante quien deba acreditar el hecho constitutivo de la pretensión, esto es, la plena constancia de la que califica como actividad molesta"* (PÉREZ UREÑA, 2017).

La dificultad estriba en que muchas veces las actuaciones molestas son desarrolladas en un domicilio y se dificulta su prueba. La Jurisprudencia recalca que *"se requiere una prueba concluyente, plena y convincente, atendida la gravedad de la sanción (SSTS 18.5.1994 y 13,5.1995), de ahí la interpretación restrictiva en orden a seguir la pauta del menor efecto para el ejercicio de la actividad en cuanto sea posible, frente al efecto drástico del cese o de la privación del uso."*

Se observa que aunque el Juez puede "adoptar todas las medidas cautelares que fuesen precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación", si no aprecia la urgencia o necesidad de tal medida, no dictará tales medidas de protección inmediata de los derechos de la comunidad de vecinos, continuando la actividad molesta a pesar de la interposición de la demanda.

En el caso de que la conducta de un copropietario u ocupante se encuadre en el Art. 7.2 LPH, la ley prevé que el Presidente de la comunidad requiera a quien las rea-

lice la "*cesación inmediata de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes*", de tal suerte que si el presunto infractor persiste en las conductas molestas o prohibidas, el Presidente deberá recabar autorización de la Junta para interponer dichas acciones.

El requerimiento que prevé la LPH es aquel suficiente para que el causante de la actividad molesta pueda tomar conocimiento del malestar. Y tal requerimiento puede efectuarse de múltiples formas, como recuerda la SAP Pontevedra 15.1.2020: "*el requerimiento puede realizarse por cualquier medio que deje constancia suficiente para considerar acreditada su realización*."

El requerimiento previo es un requisito inexcusable de procedibilidad y no podrá demandarse por hechos no descritos en el mismo. La SAP Zaragoza 7.5.2008 declara que: "*la Comunidad de Propietarios demandante no ha dado cumplimiento a dichos requisitos (...) habida cuenta que no existió requerimiento previo por parte del Presidente de la comunidad al ocupante del referido local (...) lo que obstaba al acuerdo posterior de la Junta de propietarios en orden a autorizar a su Presidente para el ejercicio de tales acciones, como la ahora ejercitada, impidiendo con ello su admisión a trámite*."

Existe como excepción, la posibilidad de que un copropietario ejercite la acción de cesación en beneficio de todos los otros copropietarios o en interés propio y en defensa de su derecho. Así la SAP Salamanca 12.12.2019: "*Cada propietario está legitimado en los casos de pasividad o de oposición de la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la comunidad o en interés propio y en defensa de su derecho*."

"Otro aspecto a resaltar, es la necesidad de que la demanda sea dirigida contra al propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local (que en ciertos casos pueden ser ignorados, p.ej. pisos de estudiantes que cambian cada curso)"

Otro aspecto a resaltar es la necesidad de que la demanda sea dirigida contra al propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local (que en ciertos casos pueden ser ignorados, p.ej. pisos de estudiantes que cambian cada curso).

5. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA

Si el fallador de instancia dicta sentencia estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Y en el caso que el infractor directo no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento. Si la sentencia condena a reparar los daños efectuados en las zonas comunes de la comunidad al infractor no propietario, éste será el llamado a responder de forma directa, pero, en otro caso, la jurisprudencia ha descargado dicha responsabilidad, de forma supletoria, en el propietario del inmueble (STS 18.12.2009).

La responsabilidad civil derivada de los actos molestos recaen en el autor de los mismos, en el caso de no ser propietario, el propietario solo será sentenciado si ha colaborado en la perpetración de tales hechos. Así la SAP Zaragoza 19.3.2013, que condenó al inquilino de un inmueble por causar ruidos excesivos a indemnizar a

la comunidad, pero también condenó al propietario no causante de los hechos a causa de su pasividad.

"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"

6. LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y LAS DISPOSICIONES DICTADAS POR EL COVID-19

Analizada someramente la acción de cesación, la relacionaremos ahora con las disposiciones dictadas en razón del COVID-19. Destacar aquí las miles de fiestas realizadas en inmuebles, de las cuales informan puntualmente las autoridades. En tales eventos pueden llegar a vulnerarse los niveles de ruido máximo, pero aun en el supuesto caso de que no fuese así, se estarían violentando flagrantemente las disposiciones del estado de alarma que pretenden evitar la propagación del virus. Por lo que en caso de tales fiestas, con vulneración del número máximo de personas, u omitiendo el uso de mascarillas en zonas comunes, se podría incoar la acción de cesación. Demostrado el alto nivel de contagio del COVID-19, las comunidades pueden hacer uso de la acción de cesación, cuando se verifiquen las molestias o actividades prohibidas en sus diversos ámbitos, en donde no se estén respetando las medidas administrativas implantadas para la protección de la salud, aunque la propia configuración del estado de alarma resulta todo un hándicap, al prohibir o restringir las juntas que deberían aprobar la interposición de la acción.

7. CONCLUSIONES

1. La acción de cesación del art. 7.2 LPH no resulta suficientemente disuasoria para prevenir las molestias descritas.

2. Las acciones administrativas resultan complementarias a las civiles y de extraordinario interés, preconstituyendo prueba.

3. La vía penal se trata de un mecanismo muy excepcional, inaplicable en buena parte de supuestos.

4. Resulta conveniente efectuar el requerimiento al infractor en su fase inicial, impidiendo su consolidación.

5. La acción de cesación procede cuando un comunero/inquilino vulnere la normativa sobre el COVID-19.

* La versión completa de este artículo está disponible en formato digital en otrosi.net

TIEMPO DE ACTUAR: LA 'FUTURA' LEY DEL CLIMA

Por Ana Barreira López
Copresidenta de la Sección de Medio Ambiente del Colegio de Abogados de Madrid
Directora y abogada Senior,
Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente (IIDMA)

La reciente aprobación por los diputados del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE), que aún debe ser ratificado por el Senado para convertirse en Ley, genera grandes expectativas.

Esta Ley exige una intensa actividad posterior: adopción de planes, reglamentos, informes... para que sus objetivos sean una realidad. La LCCTE exige esa actuación no solo a las administraciones públicas en sus tres niveles: estado, autonomías y municipios, teniendo en cuenta el reparto competencial, sino también al sector privado.

Por ello, es **importante hacer una reflexión sobre las fortalezas y debilidades del texto**, *vis a vis* los compromisos de nuestro país adquiridos en el plano internacional y de la UE.

El pilar esencial de la Ley se encuentra en sus **objetivos de reducción de emisiones de gases efecto invernadero**, energías renovables y eficiencia energética.

Afortunadamente, el Congreso de los Diputados ha incrementado el objetivo de reducción de emisiones contenido en el proyecto de Ley que le remitió el Gobierno, de un 20% a un 23%. Esto no podía ser de otra manera dado que ese 23% es el que incluía el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima de España que evaluó la Comisión Europea y acordó el Consejo de Ministros el pasado 16 de marzo.

Se han aumentado también los objetivos de energías renovables y de eficiencia energética frente a los propuestos por el Gobierno, los cuales ya estaban por encima de los establecidos por la UE: **alcanzar una penetración de energías de origen renovable en el consumo** de energía final de, como mínimo, un 42%; lograr una sistema eléctrico con, por lo menos, un 74% de generación a partir de energías de origen renovable, y mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5%.

La Ley establece que la revisión de estos objetivos solo podrá ser al alza, algo que ya exige el Reglamento de Gobernanza de la UE y uno de los principios de la propia Ley, el de **"no regresión" en base al cual no se puede retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad**.

Todos esos objetivos tienen que lograrse en todo el territorio. De acuerdo con el Tribunal Constitucional en su sentencia en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cambio Climático de Cataluña, la "cuota alícuota" de las obligaciones internacionales de España, es decir, de los objetivos debe hacerse en función o de acuerdo con los criterios de reparto que pudiera haber establecido el Estado.

Este reparto no está previsto en la LCCTE por lo que es una tarea pendiente. Recordemos que **el Tribunal Constitucional anuló los objetivos vinculantes, concretos y mensurables** relativos a la reducción de consumo final de energía anual y para 2030 que disponía la Ley Catalana, entre otros objetivos anulados.

Igualmente, la Ley dispone que los objetivos se revisarán a partir de 2023, algo que ya requiere ese Reglamento de la UE. Asimismo, exige lograr la neutralidad climática antes de 2050, y en todo caso, en el más corto plazo posible, algo que es más ambicioso que lo marcado por la propia UE que fija 2050 como fecha.

Para lograrlos, el proyecto de LCCTE establece toda una batería de **medidas de mitigación** que van desde los instrumentos de planificación como son el PNIEC, la Estrategia de Descarbonización a 2050 o el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, entre otros, pasando por la digitalización de la economía para lograr esa descarbonización.

Una **medida a destacar es la prohibición de otorgar en el territorio nacional,** incluido el mar territorial, la zona

económica exclusiva y la plataforma continental, nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación de hidrocarburos o concesiones de explotación para los mismos, ni autorizaciones para cualquier actividad que implique el *fracking* desde su entrada en vigor.

Otras medidas a**bordan las energías renovables y criterios muy específicos** para la eficiencia energética y rehabilitación de edificios, requiriendo que, en menos de seis meses a su aprobación, el Gobierno elabore un Plan de Rehabilitación de Viviendas y Renovación Urbana.

Asimismo, el Gobierno tendrá que establecer objetivos anuales de integración de energías renovables y de suministro de **combustibles alternativos en el transporte incluido el aéreo**, pero para ello se deberá aprobar un Reglamento, sin especificar plazo máximo para su adopción.

En materia de movilidad sin emisiones, los municipios con más de 50.000 habitantes tendrán que adoptar planes de movilidad urbana sostenible no más tarde de 2023 que incluyan, entre otras medidas, el establecimiento de zonas de bajas emisiones.

La LCCTE también incorpora una batería de **medidas en materia de adaptación**, destaca la obligación introducida por el Congreso de establecer una zonificación de zonas de sensibilidad y exclusión para garantizar que las nuevas instalaciones de energía eléctrica de origen renovable no impactan severamente sobre la biodiversidad para lo que la administración estatal y autonómica deben colaborar.

Con alguna excepción, no debemos olvidar que la gestión de la biodiversidad es una competencia esencialmente autonómica.

Una serie de **empresas**, fundamentalmente aquellas obligadas a preparar estados de información no financiera por la **Directiva de información no financiera y la Ley de diversidad financiera**, tendrán que evaluar el riesgo climático y plasmarlo en un informe donde se refleje cómo impacta financieramente el cambio climático en su actividad.

Pero este informe no podrá exigirse hasta que no se adopte en el plazo de dos años un real decreto que regule su contenido.

El Congreso ha introducido una disposición transitoria por la que en el plazo de un año de la entrada en vigor se establecerá la tipología que empresas que tendrá que calcular su huella de carbono, las cuales, a su vez, tendrán que elaborar y publicar un plan de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Una de las debilidades más significativas de la futura LCCTE se encuentra en su régimen de **gobernanza**. La gobernanza de una Ley es fundamental para garantizar su adecuada aplicación.

Por una parte, a pesar de que crea el Comité de Expertos de Cambio Climático y Transición Energética como órgano responsable de evaluar y hacer recomendaciones sobre las políticas y medidas de energía y cambio climático, incluidas las normativas, la LCCTE no especifica sus funciones, forma de nombramiento, ni su independencia y suficiencia presupuestaria.

Todo esto se deja a la adopción por el Gobierno de un Real Decreto, dejando en sus manos el diseño de ese Comité, lo que podría poner en entredicho su independencia. Las leyes climáticas de nuestro entorno como la alemana, la francesa o la británica recogen todas esas cuestiones relativas al diseño.

"El rol de un Comité de estas características es esencial para supervisar la acción de gobierno, como ha quedado patente en el caso del Alto Consejo por el Clima francés que ha criticado en ocasiones el incumplimiento de los presupuestos de carbono"

El rol de un Comité de estas características es esencial para supervisar la acción de gobierno, como ha quedado patente en el caso del Alto Consejo por el Clima francés que ha criticado en ocasiones el **incumplimiento de los presupuestos de carbono.**

De hecho, la futura LCCTE tampoco establece esa figura, a pesar de que todas esas leyes la incluyen como mecanismo esencial para poder exigir responsabilidades cuando se incumplen los presupuestos dirigidos a alcanzar los objetivos recogidos en esas leyes.

Al mismo tiempo, la LCCTE exige que las Comunidades Autónomas informen a la **Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático** de sus planes de energía y clima a partir del 31 de diciembre de 2021.

Ya hay Comunidades Autónomas que están elaborando sus planes, tales como Andalucía y Extremadura, que junto con medidas también incluyen objetivos de reducción de GEI, de energías renovables y eficiencia energética, algo que según lo declarado con el Tribunal Constitucional debe basarse en los criterios de reparto que aún no ha establecido el Estado.

Una vez entre en vigor la LCCTE se tendrán que poner en marcha muchas iniciativas para ejecutarla en su totalidad. Esperemos que los procedimientos no se dilaten para que su cometido sea una realidad.

*Artículo publicado previamente en El Español

LA JUSTICIA DE HOY: ¿MIELES O HIELES?

Por Sandra Aza
Abogada y escritora
Autora de Libelo de sangre

Estos días, cuando la Justicia y su personal reciben más hieles que mieles, cabe plantearse si de veras nuestro sistema judicial merita el triste muladar donde la sociedad parece haberlo empadronado.

En mi opinión, si los aficionados a estercolar la Justicia de hoy virasen sus ojos a los métodos forenses de ayer, quizá hallasen mil motivos para restar pecho al acaso sobrevalorado "cualquier tiempo pasado fue mejor".

Afirmo lo anterior sin temor a caer en hipérboles quijotescas porque sé bien de lo que hablo. Me llamo Sandra Aza y soy una abogada con afanes literarios que bastantes inviernos ha decidió colgar la toga por mor de un sueño: escribir una novela.

El sueño se cumplió y responde al título de ***Libelo de sangre,*** una historia ambientada en el Madrid del Siglo de Oro cuya trama incluye un proceso de fe.

"Proceso de fe". Bajo tal denominación comulgaban los procedimientos nacidos y cursados a la sombra de la Santa Inquisición contra los transgresores del credo católico, una denominación harto cuestionable considerando que todo proceso se basa en normas garantes de derechos y ni "garante" ni "derechos" son voces capaces de granar en un proceso de fe.

En pareciendo, a mayor abundamiento, que la Justicia actual garbea mejor en los terrenales feudos de la buena o mala fe que en los celestiales predios de la fe a secas, legitimados quedamos para rebautizar el proceso de fe con un apelativo más acorde a sus auténticos mimbres: "aproceso de mala fe", un conjunto de directrices que, versionando la doctrina de aquel en cuyo nombre el Santo Oficio juzgaba y condenaba, tendrían menos posibilidades de entrar en el Reino de la Justicia que un camello de atravesar el ojo de una aguja.

Si equiparamos el **proceso común** a un traje cosido con hilo de Derecho y puntadas de derechos, el **proceso inquisitorial** asomaría cual saco amorfo, pues trocó el hilo de Derecho en soga de pira y prendió fuego a incontables puntadas de derechos. Y, siendo el sambenito precisamente eso, un saco amorfo, proceso inquisitorial y sambenito maridan de tan armónico modo que ambos forman un sincretismo perfecto de lo imperfecto.

No en vano ni uno solo de los principios rectores del proceso común respetó el inquisitorial. Veamos algunos ejemplos:

1. <u>Principio acusatorio v. principio inquisitivo</u>. El **principio acusatorio**, según el cual el juez actúa como tercero dirimente frente a acusador y acusado, sucumbía ante el **principio inquisitivo**, que convierte al juez en parte interesada, aboliendo así la imparcialidad judicial y su apostilla latina: *nemo iudex in sua causa* (ningún juez lo sea de su propia causa).

2. <u>Principio probatorio v. principio indiciario</u>. El **principio probatorio** se desvirtuaba en beneficio del **principio indiciario**, de manera que no se requería prueba del delito para condenar; bastaba el mero indicio o sospecha.

3. <u>Presunción de inocencia v. presunción de culpabilidad</u>. El mentado principio indiciario producía una **inversión de la carga de la prueba**. Merced a ello, decaía la **presunción de inocencia** a mayor gloria de la **presunción de culpabilidad (*opinio malis*)**. Así, en lugar de competer dicha carga a quien afirmaba la culpabilidad del reo, concernía al propio reo demostrar su inocencia.

De esta sombría guisa transcurre el proceso de fe descrito en *Libelo de sangre*.

> "—Aunque vuestra culpabilidad asoma fehaciente, este tribunal anhela rendiros misericordia, pero, sin confesión mediante, el reglamento nos traba el empeño —argumentó el inquisidor—. Necesitamos que reconozcáis los crímenes y desgloséis el nombre de los cómplices. Ahorraos fatigas y no nos obliguéis a llegar hasta el final. Podríais padecer mucho.

—¿Mi culpabilidad asoma fehaciente? ¿Acaso ya está todo decidido? ¿Qué ha leído el fiscal? ¿La acusación o la sentencia?

—Ha leído la acusación, mas trocará en sentencia si no colaboráis con la Justicia.

—¿Justicia? ¿A qué justicia os referís? Acabáis de tildar mi culpabilidad de fehaciente, señoría. Me habéis condenado antes de juzgarme.

—He dicho que vuestra culpabilidad asoma fehaciente, no que lo sea. Demostradnos que no lo es y quedaréis libre.

—¿Cómo demostrar lo que no ha sucedido? Me pedís una prueba diabólica contraria a derecho. La carga probatoria ha de recaer en quien afirma, no en quien niega. Si vuesa merced afirma que cometí esos crímenes, a vuesa merced corresponde acreditarlo." (*Libelo de sangre*, pág. 619).

4. Principio de publicidad v. secreto inquisitorial. Además, para decano infortunio del reo, se le exigía demostrar su inocencia sin conocer los quebrantos que se le imputaban. Esta inopia dimanaba de la caída del **principio de publicidad**, torre de defensa derrocada por uno de los más potentes alfiles del Santo Oficio: el **secreto inquisitorial**. Era figura melliza del **secreto sumarial** actual pero no gemela, pues, aunque gestados en igual cantera de sigilo, mientras el secreto inquisitorial representaba la regla sin excepción, el sumarial actúa como la excepción a la regla.

"A raíz del secreto inquisitorial, los procedimientos se sucedían en tan hermético transitar que ni siquiera el reo sabía los motivos de su arresto hasta que, en una fase muy avanzada del pleito y cuando su estrella ya pisaba tierra de estrellados, se formulaba la acusación"

El secreto inquisitorial, sello idiosincrásico de toda diligencia litigiosa del Santo Oficio, lo hallamos pormenorizado en *Libelo de sangre*.

"El secreto de la institución aludía a la absoluta reserva que caracterizaba a los *procesos de fe*, término jurídico aplicado a los pleitos inquisitoriales. Juzgadores, fiscales, abogados, funcionarios, familiares, denunciantes, testigos o cualquier otra persona involucrada tenían prohibido desvelar nada relativo a ellos. Quebrantar el deber de silencio suponía incurrir en ruptura del secreto, delito susceptible de duras sanciones, incluida la prisión.

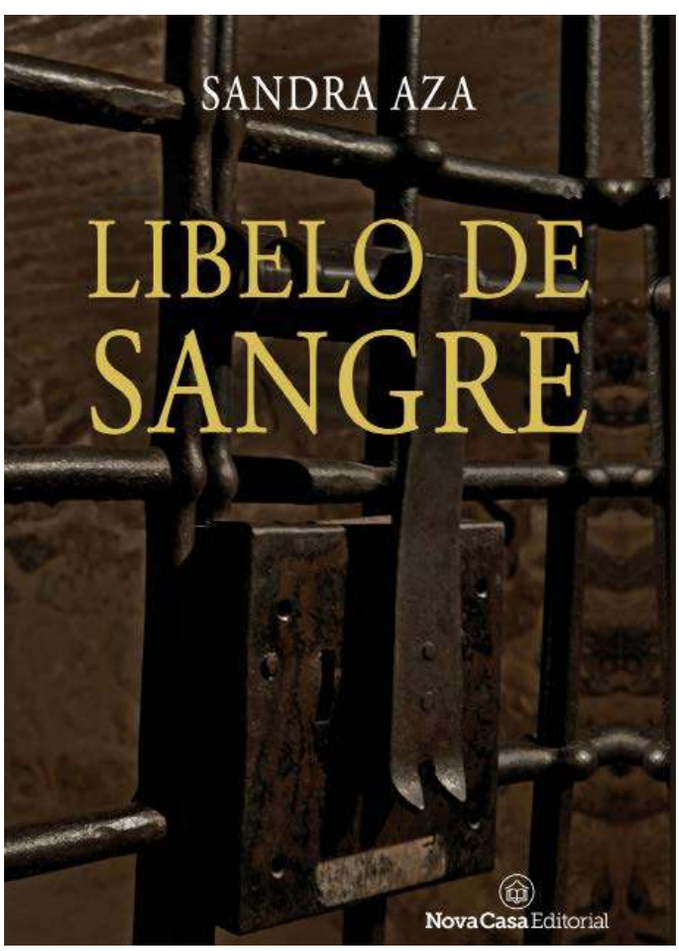
Los arrestos solían realizarse con enorme celeridad y generalmente durante la noche para sorprender al sospechoso cenando o durmiendo, tesituras ambas causantes de un aturdimiento óbice de forcejeos e intentos de evasión. Como el crepúsculo siempre vaciaba las calles de gente, también era posible actuar sin testigos minimizando así la publicidad de la diligencia y los consiguientes comadreos de mentidero que tanto dañaban la ambicionada confidencialidad inquisitorial.

Consumado el prendimiento, se confinaba a los cautivos en las denominadas *cárceles secretas* y, a partir de ahí, el secreto de la institución alcanzaba un nivel exacerbado porque no se les informaba de los cargos que enfrentaban y tampoco se les permitían visitas, ni siquiera de los parientes directos, quienes no volvían a saber de su ser querido hasta que este reaparecía más muerto que vivo en un auto de fe." (*Libelo de sangre*, pág. 385).

A raíz del secreto inquisitorial, los procedimientos se sucedían en tan hermético transitar que ni siquiera el reo sabía los motivos de su arresto hasta que, en una fase muy avanzada del pleito y cuando su estrella ya pisaba tierra de estrellados, se formulaba la acusación.

—¿Os constan las razones de vuestro arresto?

—No, señoría.



—¿Las imagináis?

—No, señoría.

—El Santo Oficio no prende a nadie sin causa. Os ahorraréis múltiples fatigas si confesáis y no obligáis al fiscal a formalizar la acusación.

—Desglosadme los cargos y gustoso alegaré lo que consideréis menester.

—Confesad y hallaréis misericordia. Porfiad en el silencio y actuaremos conforme a la justicia de Dios.

—¿Justicia de Dios? Ninguna justicia ampara acusaciones embozadas ni confesiones a ciegas; mucho menos, la de Dios.

—Serénese el sospechoso y confiese sus culpas —demandó el inquisidor en un tono exasperantemente pausado.

—¿Sospechoso de qué, maldita sea? ¿Qué demonios queréis que confiese?

—Las culpas que os empañan la conciencia.

—Lo único empañado aquí son mis derechos, señoría. Tengo derecho a un abogado.

—Estamos en los preliminares del pleito —aclaró el inquisidor en actitud condescendiente—. El fiscal todavía no ha formalizado la acusación y, sin acusación, no procede asistencia letrada. He ahí el piadoso propósito de las amonestaciones: conceder al sospechoso la oportunidad de confesar y soslayar la acusación, porque ese trámite, el de la acusación, inaugura un muy escabroso camino para todos; en particular, para el sospechoso. Este tribunal desea evitaros males mayores. En consecuencia, redundo en la petitoria: haced examen de conciencia y exponed las máculas que la ensombrecen.

—Lo lamento, señoría. Ignoro qué máculas he de exponer.

—¿Persistís en no decir la verdad?

—Al contrario. Persisto en que digo la verdad. No he vulnerado la ley.

—De acuerdo —concluyó el inquisidor—. Primera monición evacuada. Os comunico que celebraremos dos moniciones más. Si transcurrieran de igual triste suerte que la presente, el fiscal formulará su acusación. Procurad no desencadenar esa coyuntura, pues os acarreará profusos y lacerantes padecimientos. Aprovechad la caridad de las amonestaciones y escarbad en vuestra alma. Qui quaerit invenit; quien busca halla." (Libelo de sangre, pág. 484).

Amén de ignorar los cargos que enfrentaba, el reo tampoco sabía si el procedimiento se había iniciado **de oficio o a instancia de parte vía delación**. Además, de mediar delación, ni se le revelaba el tenor de esta ni mucho menos su autor, provocando una extrema indefensión harto complicada de gestionar por el acusado y a menudo asaz redituada por el acusador.

—¿Os barruntáis una delación?

—¿Existe una delación? —se sorprendió el reo.

—No he dicho que exista. He preguntado si os la barruntáis.

—No, señoría. No me barrunto tal cosa.

—Suponed una hipotética delación. ¿Se os ocurre alguien con motivos para formularla?

—Entonces..., alguien me ha delatado.

—Aparcad las conjeturas y contestad.

—No se me ocurre nadie con motivos para crearme este desventurado trance.

—Os recomiendo una seria reflexión al respecto —señaló el inquisidor—. De existir una delación, podéis desvirtuarla identificando al denunciante y acreditando una enemistad manifiesta. Insisto: de existir una delación.

"Amén de ignorar los cargos que enfrentaba, el reo tampoco sabía si el procedimiento se había iniciado de oficio o a instancia de parte vía delación. Además, de mediar delación, ni se le revelaba el tenor de esta ni mucho menos su autor, provocando una extrema indefensión harto complicada de gestionar por el acusado y a menudo asaz redituada por el acusador"

El inquisidor sabía que los recelos del interrogado sobre su entorno solían acentuar la zozobra e incertidumbre, sensaciones ambas harto traicioneras que aligeraban las cautelas y activaban la lengua.

Era una técnica que los inquisidores utilizaban a menudo para recabar información y obtener delaciones involuntarias; y les funcionaba, pues numerosos detenidos sucumbían a la histeria y les brindaban un nutrido listado de perso-

nas asociadas a dudosas conductas que luego ellos usaban de muy provechosa suerte." (*Libelo de sangre*, pág. 485).

5. Cuestión sin tormento v. cuestión de tormento. La prueba que, por apodíctica, más ambicionaba el tribunal era la confesión, pues cosechaba absoluta validez incluso de haberse terciado **tormento** mediante, lance que a ningún encausado la Justicia actual impone.

Y, aunque toda confesión fruto del tormento exigía ratificación en el plazo de una luna y, en un "pío" intento de no amedrentar al reo, esa ratificación debía acontecer allende los muros de la cámara de tormento, pocos renegaban un dolorido después de lo afirmado durante un doloroso antes. De hacerlo, una nueva sesión de tortura enfoscaba el horizonte, tesitura esta que escasos diamantinos tenían los arrestos de encarar.

6. Principio de legalidad v. principio de arbitrariedad. Tamaño cúmulo de "aprocesales" características culminaba en el fallo, momento en el cual el **principio de legalidad** cedía el trono al **arbitrio judicial**, pues, al contrario de lo que sucede hoy día, el inquisidor no venía obligado a fundamentar su veredicto en una ley; lejos de ello, dentro del catálogo de penas disponibles, podía elegir la que se le antojase sin necesidad de consignar la relación jurídica existente entre delito y sanción. Tal holganza alcanzaba el libre albedrío del tribunal que la normativa lo exhibía yermo de pudor estableciendo dos tipos de penas: la **pena ordinaria** y las **penas arbitrarias**, denominadas así estas últimas precisamente porque el inquisidor gozaba de pleno arbitrio selectivo.

Lo anterior se detalla en *Libelo de sangre*.

> "Las condenas acarreaban dos clases de penas: la pena ordinaria y la pena arbitraria.
>
> La pena ordinaria era un sinónimo suave de la pena de muerte, pues tal comportaba, y, aunque en un pleito laico se ejecutaba utilizando diferentes métodos, en un pleito inquisitorial invariablemente se ejecutaba hoguera mediante. Sin embargo, como solo la autoridad civil estaba legitimada a quitar la vida, cuando el Santo Oficio condenaba a muerte, lo hacía diciendo «relájese al reo al brazo seglar de la ley», fórmula jurídica que consistía en entregar al infeliz a la jurisdicción ordinaria para que esta procediera al ajusticiamiento.
>
> La pena arbitraria englobaba un amplio surtido de castigos: pena de abjuración, de destierro, de galeras, de vergüenza pública con o sin azotes, multa, vestir sambenito, incapacitaciones o sanciones de naturaleza mística como ayunar, efectuar peregrinaciones, rezar el rosario o penitencias del estilo.
>
> Estos castigos podían imponerse de manera individual o conjunta, pero había uno que siempre se incluía en el fallo condenatorio de una causa de fe: la pena de abjuración.
>
> Abjurar significaba retractarse y, conforme a ello, el reo debía abjurar o retractarse de sus «errores», como paternalmente denominaba la Inquisición a los delitos contra la fe o la moral." (Libelo de sangre, pág. 831).

Respecto a la **pena ordinaria** (sempiterna consorte de hoguera en un proceso de fe), huelgan escolios referentes a la bondad del "proceso". No obstante y sin ánimo de justificar semejante barbarie, de equitativo calibre resulta puntualizar que la Inquisición no monopolizaba ni la pena capital ni el calvario del fuego. El proceso común también confiscaba mañanas, y, aunque empleaba otros métodos como la horca o el degüello, en ocasiones la leña crepitaba de su mano. Sin embargo, en estos supuestos, sí regía el principio de legalidad, porque la norma (ciertamente anormal, pero era la norma) vinculaba tres delitos a la hoguera: el pecado nefando o sodomía (homosexualidad), la bestialidad y la adulteración de moneda.

De todo lo anterior se desprende una evidente evolución de la Justicia y una conclusión palmaria: no cualquier tiempo pasado fue mejor. En consecuencia, enconemos las mieles y templemos las hieles que vertimos sobre el Poder Judicial, pues ayer teníamos procesos de fe y hoy tenemos fe en el proceso... al menos, tal sentir late en estas letras.

DE INTERÉS PROFESIONAL

Colegio

Colocación de ordenadores en los locutorios del Centro Penitenciario de Madrid V para facilitar la comunicación abogado-cliente

El Colegio de Abogados de Madrid, a través del departamento de Defensa de la Abogacía, y en colaboración con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ha iniciado un proyecto piloto para ofrecer la posibilidad de utilizar dispositivos informáticos con doble pantalla (instalados en locutorios de abogados/as habilitados al efecto), que permitirán a los profesionales de la abogacía desarrollar su labor, examinando en soporte digital y de forma conjunta con su cliente la documentación necesaria para preparar la defensa de la persona privada de libertad. Este proyecto piloto se va a desarrollar de forma inicial en el Centro Penitenciario de Madrid V (Soto del Real), con el propósito de hacerlo extensivo de forma progresiva a otros establecimientos penitenciarios.

Esta iniciativa surge debido a la evolución tecnológica actual, que conlleva adaptar la forma en la que se realizan las comunicaciones entre los abogados/as defensores con las personas privadas de libertad que se encuentran en centros penitenciarios, adecuando los locutorios existentes a las necesidades reales que surgen de forma diaria respecto del examen de la documentación de los procedimientos judiciales y el estudio conjunto entre abogado/a-cliente para garantizar el derecho de defensa.

Utilización del nuevo servicio:

Los y las profesionales de la abogacía que vayan a utilizar este servicio, una vez obtenido el volante de prisión, deberán solicitar el día y hora en que se va a realizar la comunicación mediante correo electrónico dirigido a director.madridV@dip.mir.es, con el fin de reservar los locutorios donde se encuentran instalados los ordenadores. Desde el establecimiento se informará al letrado/a si existe o no locutorio informatizado libre en el momento solicitado, aunque cabe destacar que la no disponibilidad por cualquier motivo del locutorio no imposibilitará la realización de la comunicación por la vía ordinaria, así como el comienzo de esta en los supuestos en los que esté ocupado y sea necesario esperar.

Los letrados/as podrán acceder a estos locutorios con un pendrive o memoria externa que conectarán a estos ordenadores, no admitiéndose la conexión de ningún otro dispositivo. En el momento de acceder al Centro informarán de que van a hacer uso del dispositivo que portan y del locutorio habilitado al efecto.

Los equipos instalados por el Colegio de Abogados en locutorios del establecimiento penitenciario Madrid V han sido configurados para garantizar la confidencialidad de todos los archivos que sean examinados en estos dispositivos, por este motivo:

- Los ordenadores instalados están aislados en cuanto a comunicaciones con el exterior (no disponen de conexión a Internet ni a otras redes).
- Tienen un software de protección que, al finalizar cada sesión, elimina de forma permanente toda la información que se hubiera podido almacenar durante la misma.

El Colegio de Abogados de Madrid, una vez instalados los ordenadores, se exime de cualquier responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que puedan ocasionarse debido a cualquiera de las siguientes contingencias: no retirar los dispositivos de almacenamiento externos; sustracción del disco duro interno; corte de suministro eléctrico del equipo; utilización de medios maliciosos, tanto software como hardware, con intención de capturar información de otras sesiones.

Consejo General del Poder Judicial

Nuevo portal web del CGPJ como autoridad de control en materia de protección de datos en los tratamientos jurisdiccionales.

El Artículo 236 noníes de la Ley orgánica de Poder Judicial establece que las competencias que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos, serán

ejercidas, respecto de los tratamientos efectuados con fines jurisdiccionales y los ficheros de esta naturaleza, por el Consejo General del Poder Judicial. La nueva web incluye información, entre otros aspectos, sobre las funciones del CGPJ como autoridad de control en esta materia, tipos de tratamiento, modelos y formularios para presentar reclamaciones, normativa aplicable, y consejos sobre seguridad.

Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita

BOE nº 59, de 10 de marzo de 2021. En vigor desde el día siguiente a su publicación.

Deroga el anterior Reglamento aprobado por el Real Decreto 996/2003. Se actualiza el modo de composición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita; actualiza las remisiones que contenía el anterior Reglamento sobre disposiciones y normas administrativas ya derogadas con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015; y fija como regla general el pago mensual de la subvención de la asistencia jurídica gratuita y de los importes correspondientes de los gastos de funcionamiento e infraestructura que se abonan a los Colegios de Abogados y Procuradores, que se fijan en 30 euros por expediente tramitado para los Colegio de Abogados.

Se crea el Consejo Estatal de Asistencia Jurídica Gratuita con el objeto de armonizar y unificar los criterios de la prestación, e impulsar una mayor coordinación entre las administraciones implicadas.

En materia de tratamiento de datos, se incorpora un nuevo formulario que deberá incluir junto con la solicitud la persona solicitante de la prestación, y dónde podrá autorizar o revocar de forma expresa la reclamación y consulta de información económica, fiscal, patrimonial y social relativa a su unidad familiar. Si se revocara la autorización de la consulta, la persona interesada deberá aportar la documentación que justifique el cumplimiento de los requisitos que se exigen.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

BOE nº 71, de 24 de marzo de 2021. En vigor a partir del 1 de julio de 2021.

Nuevo Estatuto General de la Abogacía Española que deroga al anterior, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio de 2001. Adapta las normas colegiales a los cambios normativos desarrollados en los últimos años, tales como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio.

Define a la Abogacía como una profesión multisecular, dedicada a la defensa de los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos, ligando así la figura del abogado a la satisfacción del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Para garantizar este derecho, y en base a los principios de autonomía y transparencia, se incorpora la necesidad del uso de las nuevas tecnologías y la modernización de las corporaciones colegiales, que incluye la obligación de adaptar el acceso a la información a los y las profesionales y a la ciudadanía a través de los correspondientes medios electrónicos; o un apartado específico sobre el Servicio de atención a los colegiados/as y a los consumidores y usuarios. Asimismo, se incorpora como novedad el establecimiento de la 'ventanilla única' en la página web de los Colegios de la Abogacía dónde se encontrará a disposición del colegiado todos los trámites e información necesaria para el ejercicio de la profesión.

El nuevo Estatuto recoge los aspectos esenciales de la actividad profesional de los abogados/as, adaptándolos a las normativas europeas del mercado y la competencia, y posibilitando su complementación de acuerdo con las competencias recogidas en los diferentes Estatutos de Autonomía.

Entre los cambios más relevantes destacan:

-En relación con la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, se exige el título de abogado para la incorporación a la profesión de la Abogacía.

-Se garantiza la libre prestación de servicios profesionales en todo el territorio nacional y comunitario, junto con la regulación del derecho de establecimiento, o los conciertos entre profesionales de diferentes estados miembros.

-Respecto a las formas de ejercicio profesional, se desarrollan las diferentes maneras de ejercicio de la abogacía, y se recogen diferentes disposiciones sobre las sociedades profesionales y la relación laboral especial de los abogados que desempeñan su actividad profesional en ellas. Además, se incorpora un capítulo sobre Registros Colegiales y sus asientos de este tipo de sociedades.

- Como novedad destacada, se dedica el capítulo IV del Título segundo al secreto profesional. Se protege de forma exhaustiva el secreto profesional como deber y derecho del abogado/a. Recoge el ámbito que alcanza este deber de secreto dentro de las actuaciones propias del ejercicio profesional. También recoge, de forma específica, el deber de secreto entre los profesionales de la abogacía, y hasta dónde llegan las prohibiciones establecidas en el Estatuto. Por último, añade la salvaguarda del secreto profesional pudiendo solicitar la presencia del Decano en los registros que puedan producirse en un despacho profesional con motivo de las correspondientes funciones instructoras.

-Se incluye por primera vez una regulación específica, en el Título IV, sobre la relación entre el profesional de la abogacía y el cliente, que se fundamenta en el principio de confianza recíproca. Además, el Estatuto completa este apartado con el Título V que recoge las relaciones entre profesionales de la abogacía dónde se incorporan aspectos tales como el conflicto de intereses, o los deberes de información e identificación entre abogados.

-Se dedica un título completo a la regulación de la deontología profesional del abogado, en el Título VII de la norma.

-Se regulan de manera detallada los medios y condiciones de publicidad de los servicios profesionales de los abogados. Como novedad, los profesionales que se publiciten como especialistas en alguna materia, deberán responder a la posesión de títulos específicos, a la superación de cursos formativos de especialización homologados por el Consejo General de la Abogacía Española o a una práctica profesional que lo avale.

-Se incide en la importancia de la formación y especialización de los profesionales, que se recoge en el Título VIII del Estatuto. El abogado queda obligado a permanecer en continua formación durante su ejercicio profesional. Para ello, se fortalece el papel de las Escuelas de Práctica Jurídica que ofertarán actividades formativas de actualización profesional para sus colegiados; y se incluyen sanciones más restrictivas derivadas de la falta de diligencia por deficiencias de formación en el ejercicio profesional. Por último, respecto a la especialización del profesional, esta deberá quedar homologada por el Consejo General de la Abogacía Española.

-Se otorga la posibilidad de que los profesionales de la abogacía, a través de la intervención de sus correspondientes Colegios de abogados, reclamen ante el Consejo del Poder Judicial los retrasos o faltas de respeto al profesional ocasionados en juzgados y tribunales.

-Se modifican las disposiciones relativas a las infracciones y el régimen sancionador de los profesionales de la abogacía en el Título XI dedicado a la responsabilidad de los profesionales: se añaden infracciones nuevas de distinta naturaleza, muy graves, graves y leves, y se modifican sus correlativas sanciones. Además, se incorpora a este régimen disciplinario, un capítulo tercero, destinado a las infracciones, y sus correspondientes sanciones, que pudieran cometer las sociedades profesionales, ya sea por infracciones cometidas por los profesionales de la abogacía que las integran, o por infracciones directamente imputables a la sociedad profesional.

-Continuando con el régimen sancionador, las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto, señalan que los procedimientos e infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Estatuto, se regirán por la antigua normativa, a no ser que, una vez entrado en vigor, la disposición sea más favorable que la recogida en el Estatuto anterior.

-Se reduce el mandato de los miembros del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española a cuatro años.

-Se incluye la perspectiva de género y se incide en la necesidad de paridad de sexos en los órganos de gobierno de los distintos Colegios de Abogados.

-Se añade la mención a los procedimientos de mediación en las disposiciones correspondientes del Estatuto.

DESTACADOS

El ICAM y los Juzgados de lo Mercantil presentan una Guía para salvar el mayor número de empresas en los procedimientos concursales

En respuesta al aumento de situaciones concursales que está deparando la crisis económica derivada de la pandemia, la Abogacía madrileña y los Juzgados de lo Mercantil de Madrid han decidido sumar esfuerzos para salvar el mayor número posible de empresas que acudan al concurso de acreedores.

Con ese fin, abogados y jueces mercantiles, con la colaboración de economistas, procuradores y otros profesionales jurídicos de Madrid han trabajado conjuntamente en la elaboración de una hoja de ruta para facilitar los procesos de venta de unidades productivas de las sociedades en concurso.

Fruto de ese esfuerzo es la "Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas", que el decano **José María Alonso** y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, **Celso Rodríguez Padrón**, presentaron el pasado 22 de abril durante un acto público en la sede del TSJM

El documento establece un protocolo de actuación para potenciar el proceso previsto en el artículo 530 del Texto Refundido de la Ley Concursal, cuya finalidad era instituir un proceso ágil para que la empresa salga del concurso en el menor tiempo posible. Concretamente, los jueces Mercantiles de Madrid se comprometen a declarar el concurso en un **plazo máximo de dos días** si el proceso de venta realizado por el deudor se ajusta a la Guía de Buenas Prácticas y la solicitud va acompañada de todos los documentos que en ella se describen.

"Los que operamos en el plano de la Administración de Justicia teníamos que dar un paso al frente y asumir de qué manera podemos ayudar a las empresas y trabajadores autónomos que están sufriendo especialmente los efectos económicos de la crisis sanitaria, porque la experiencia demuestra que una inmensa mayoría de los concursos que se presentan terminan en la desaparición de la empresa", señala José María Alonso.

El resultado de ese compromiso de los estamentos jurídicos es una Guía "innovadora e indispensable" que, por primera vez, han firmado los máximos representantes de la justicia y la abogacía en Madrid, tras un acuerdo de los jueces y con el visto bueno del CGPJ. "Se ha hecho un trabajo transparente, flexible, sin apriorismos y con un fin común que es la protección de los derechos de los ciudadanos desde nuestros respectivos planos de actividad", concluye el decano.

Por su parte, Celso Rodríguez Padrón destaca que "los titulares que han trabajado en esta guía han hecho un gran esfuerzo para salvar el máximo número posible de empresas, lo que implica salvar puestos de empleo", recordando que el fin último de esta colaboración es mejorar la eficiencia de la justicia.

Para el presidente del alto tribunal madrileño, "esta finalidad explica el documento y además lo justifica, es la senda de la eficacia judicial que enlaza con un término puramente jurídico: mejora día a día del grado de la

tutela efectiva y que encauza a jueces y profesionales a la defensa y protección de los intereses legítimos de los ciudadanos". Por todo ello, recalca, "tenemos que celebrar esta guía; con independencia del futuro, ya ha valido la pena."

Esther Montalvá, diputada del ICAM

+ICAM

DESCARGA

APP ICAM

TODA LA ACTIVIDAD COLEGIAL AL ALCANCE DE TU MANO

ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

DISPONIBLE EN:

SALUDABOGACÍA

DEFENDEMOS TU SALUD DESDE EL PRIMER DÍA

Tu seguro de salud

SIN CARENCIAS *

Contratando antes del
30 de abril

¿Recién colegiado/a?
< 35 años

30 € /mes

Plan Familia

Pareja sin hijos/as	89 € /mes
Pareja + 1 hijo/a	123 € /mes
Pareja + 2 hijos/as	157 € /mes
Pareja + 3 hijos/as	192 € /mes

NUEVAMUTUASANITARIA

91 290 90 90

www.nuevamutuasanitaria.es

(*) Consultar condiciones en www.nuevamutuasanitaria.es/condicionespromocion

AHORRA CON TUS COMPRAS

¡Accede al nuevo ClubICAM!