



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación:
Elias On
elias.on@live.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

SUMARIO



PRESENTACIÓN

LA EXPERIENCIA JURÍDICA LATINA EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS (REFLEXIONES DE URGENCIA)

A) DERECHO DE LA PERSONA

- | | |
|---|----|
| 01/ Reflexiones constitucionales desde el confinamiento. Remedios Sánchez Ferriz (España) | 16 |
| 02/ Acceso a los lugares de culto y ceremonias religiosas durante el estado de alarma decretado por la epidemia del COVID-19. Rosa María Martínez Navalón (España)..... | 24 |
| 03/ El respeto a la dignidad y a otros derechos en tiempos de crisis. Pilar Estellés Peralta (España)..... | 32 |
| 04/ Coronavirus y paternalismo (in)justificado. Gabriel R. Juan (Argentina).... | 42 |
| 05/ Derechos Humanos en México ante el Coronavirus. Alfredo Islas Colín (México)..... | 52 |
| 06/ Right Restriction or Restricting Rights? The UK Acts to Address COVID-19. Joelle Grogan (UK) | 62 |
| 07/ Las fake news ante el derecho penal español. Luis de las Heras Vives (España)..... | 70 |
| 08/ Pandemia en México: experiencias desde el Registro Civil. Karla Cantoral Domínguez (México)..... | 78 |
| 09/ La “scelta” della cremazione in stato di pandemia. Annalisa Cocco (Italia)..... | 86 |

B) DERECHO Y BIOÉTICA

- | | |
|---|-----|
| 10/ Principi bioetici e politiche di gestione della pandemia. Fabio Maciocce (Italia)..... | 96 |
| 11/ Salud y Derecho en tiempo del COVID-19. Josefina Alventosa del Río (España)..... | 108 |
| 12/ Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus. Javier Barceló Doménico (España)..... | 118 |
| 13/ Pandemia y derecho a la vida y la salud en América y México. Reflexiones a partir de la Resolución I/2020 de la OEA. Gisela María Pérez Fuentes (México)..... | 126 |
| 14/ Prescrição médica “off-label” e COVID-19: uma reflexão ético-jurídica. André Gonçalo Dias Pereira (Portugal)..... | 136 |

| | |
|--|-----|
| 15/ Prescrição de medicamentos “off-label” no direito brasileiro: responsabilidade médica e desafios em tempos de COVID-19. Flaviana Rampazzo (Brasil)..... | 144 |
| 16/ La decisión clínica en una situación de pandemia. Valerio Rotondo (Italia)..... | 154 |
| 17/ Breves consideraciones jurídicas sobre el morir en tiempos de Coronavirus en España. Jorge Enríquez Sordo (España) | 164 |
| C) DERECHO DE FAMILIA | |
| 18/ Abitazione e “confinamento”. COVID-19, diritto di visita del genitore non affidatario e successione mortis causa nei diritti abitativi. Giampaolo Frezza (Italia)..... | 178 |
| 19/ Cuidado de los hijos en tiempos de pandemia. Apuntes para repensar la experiencia argentina. Mariel Molina de Juan (Argentina)..... | 190 |
| 20/ Il “diritto di visita” tra misure di contenimento del contagio e interesse dei figli. Loredana Tullio (Italia)..... | 202 |
| 21/ Emergenza epidemiologica, corretto esercizio della responsabilità genitoriale e tutela della bigenitorialità. Filippo Romeo (Italia)..... | 214 |
| 22/ El régimen de visitas en tiempo de epidemia: los criterios judiciales a raíz del COVID-19. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España)..... | 228 |
| D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS | |
| 23/ Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali. Andrea Federico (Italia)..... | 236 |
| 24/ O direito como experiência. Dos “coronation cases” aos “coronavírus cases”. Nelson Rosenvald (Brasil)..... | 250 |
| 25/ Breves considerações sobre os impactos da pandemia do Coronavírus nas relações privadas. Marcos Ehrhardt (Brasil)..... | 258 |
| 26/ Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020). Alberto Maria Benedetti (Italia)..... | 266 |
| 27/ Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni. Erika Giorgini (Italia)..... | 274 |
| 28/ El riesgo del confinamiento y la frustración del contrato. Francisco José Ternera Barrios (Colombia)..... | 284 |
| 29/ Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior. Carlos Edison do Régo Monteiro Filho (Brasil)..... | 292 |
| 30/ Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza. Edoardo Ferrante (Italia)..... | 300 |
| 31/ Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione. Mauro Grondona (Italia)..... | 314 |
| 32/ La ruptura de la economía negocial tras el COVID-19 (Un análisis desde el moderno Derecho europeo de contratos). Luz Martínez Velencoso (España)..... | 325 |
| 33/ Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale. Lucia Ruggeri-Manuela Giobbi (Italia) | 340 |

| | |
|--|-----|
| 34/ Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione? Oriana Clarizia (Italia)..... | 352 |
| 35/ Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia"). Giovanni Iorio (Italia)..... | 366 |
| 36/ Pandemia: al rescate de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela)..... | 378 |
| 37/ A crise do COVID-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. Carlos Pianovski (Brasil) | 386 |
| 38/ Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica. Letizia Coppo (Italia)..... | 396 |
| 39/ Contractual business network e pandemia: a forward-looking agenda? Camilla Crea (Italia)..... | 408 |
| 40/ Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza? Gabriele Carapezza Figlia (Italia)..... | 422 |
| 41/ Habitação e "mora debitoris" em Portugal. Sandra Passinhas (Portugal)... | 434 |
| 42/ Medidas para paliar los efectos adversos del COVID-19 en los arrendamientos de vivienda habitual. Pedro Chaparro Matamoros (España)..... | 444 |
| 43/ "Contratti di soggiorno" e COVID-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale. Claudia Irti (Italia)..... | 458 |
| 44/ "Contratti di soggiorno" e COVID-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale. Roberto Senigaglia (Italia) | 468 |
| 45/ Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico. Stefano Polidori (Italia) | 480 |
| 46/ Moratoria en el pago de las hipotecas durante el estado de alarma por el COVID-19. Isabel Rabanete Martínez (España) | 492 |

E) RESPONSABILIDAD CIVIL

| | |
|--|-----|
| 47/ Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. Stefania Giova (Italia) | 502 |
| 48/ Responsabilidad civil por daños derivados del contagio del COVID-19 en establecimiento comercial abierto al público. Fernando Peña López (España)..... | 512 |
| 49/ Responsabilità medica e COVID-19: prime impressioni. Luca Oliveri (Italia)..... | 524 |

F) DERECHO MERCANTIL

| | |
|--|-----|
| 50/ Medidas durante el COVID-19 y Derecho Mercantil (Parte I: aspectos societarios y del mercado de valores). José Miguel Corberá Martínez (España)..... | 536 |
| 51/ Medidas durante el COVID-19 y Derecho mercantil (Parte II: Derecho concursal). Felipe Palau Ramírez (España) | 550 |
| 52/ Contrato de seguro e pandemia. Maria Inês de Oliveira Martins (Portugal)..... | 560 |

G) DERECHO DE CONSUMO

- 53/ Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19 , María José Reyes López (España).....568
54/ Pandemia ed adeguatezza dei poteri regolatori delle Autorità di supervisione europee. Giovanni Berti De Marinis (Italia).....582
55/ Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori ai tempi del coronavirus. Monica Pucci (Italia).....592
56/ Salute della persona e organizzazione dell'attività alberghiera ai tempi del COVID-19. Roberto Garetto y Federico Pascucci (Italia)602

H) DERECHO INTERNACIONAL

- 57/ Adiós a la libre circulación de inversiones... ¿sólo en tiempos de coronavirus? Carlos Esplugues Mota (España)614
58/ Protección del consumidor internacional en tiempos de COVID-19. Guillermo Palao Moreno (España)624
59/ El Consejo de Europa y el COVID-19 (coronavirus). Jorge Antonio Climent Gallart.....634
60/ La sustracción internacional de menores en tiempos de Coronavirus: ¿una oportunidad para el progenitor sustractor? María González Marimón (España)646

I) DERECHO DEL TRABAJO

- 61/ La prevención de riesgos laborales ante la crisis sanitaria del COVID-19 : principales medidas y responsabilidades. Eduardo Taléns Visconti (España)656
63/ El trabajo a distancia como medida preferente a aplicar en las empresas frente a la crisis del COVID-19. Mercedes López Balaguer (España)668
63/ Medidas extraordinarias derivadas del COVID-19 en materia de duración de los contratos temporales. Francisco Ramos Moragues (España).....678
64/ Necesidades de cuidado derivadas del COVID-19. Programa "MECUIDA". Patricia Nieto Rojas (España).....688
65/ Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto Ley 10/2020. Cristina Aragón Gómez (España)700
66/ Trabajo doméstico y COVID-19. Elena García Testal (España).....712
67/ Los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor derivados del COVID-19. Karen Santarufina Natividad (España)724
68/ Prohibición de despidos por COVID-19. Emma Rodríguez Rodríguez (España).....734
69/ Incapacidad temporal y COVID-19. Celia Fernández Prats (España).....744
70/ Breves apuntes en materia de desempleo y cese de actividad ante crisis del coronavirus. Daniel Pérez del Prado (España).....754
71/ Medidas procesales frente al COVID-19 en la jurisdicción social. Manuel Alegre Nueno (España).....770

J) DERECHO PROCESAL

- 72/ Justicia post-coronavirus, de la crisis a las reformas que se avizoran. Silvia Barona Vilar (España) 716
- 73/ Política postCOVID-19: ¿vigilar y...? Cuestionamiento de una tecnología (des)humanizada Elisa Simó Soler (España) 788
- 74/ Comentarios al “Bloque de medidas para el orden penal contenidas en el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma” elaborado por el CGPJ. Luis de las Heras Vives y Víctor Muñoz Casalta (España) 796
- 75/ COVID-19 e limitazioni temporali in Italia. Pietro Virgadamo (Italia).....816
- 76/ COVID-19 y la ejecución civil en Bolivia. Alex Parada (Bolivia).....828

K) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

- 77/ Coronavirus e tracciamento tecnologico: alcune riflessioni sull'applicazione e sui relativi sistemi di interoperabilità dei dispositivi. Carolina Perlingieri (Italia).....836
- 78/ Privacidad, geolocalización y aplicaciones de rastreo de contactos en la estrategia de salud pública generada por la COVID-19. M^a Belén Andreu Martínez (España) 848
- 79/ COVID-19: un desafío para la Protección de datos de carácter personal. Alfonso Ortega Giménez (España) 860
- 80/ Tracciamento tecnologico del contagio. Marcello D'Ambrosio (Italia)....868
- 81/ El servicio universal de telecomunicaciones ante el COVID-19. Belén Andrés Segovia (España) 886
- 82/ Tecnologie “in soccorso” dei beni culturali. Maria Rita Nuccio (Italia)896

L) DERECHO NOTARIAL

- 83/ El Notariado ante la pandemia del COVID-19. José María Carrau Carbonell (España).....908

M) DERECHO ADMINISTRATIVO

- 84/ Contratación administrativa en tiempos de Coronavirus. Carla Esplugues Barona (España) 916

N) DERECHO FINANCIERO

- 85/ Los plazos para interponer recursos y de determinados procedimientos y actos tributarios durante el Estado de Alarma. Fernando Hernández Guijarro y Vicente Gomar Giner (España) 926
- 86/ Presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias durante el Estado de Alarma. Vicente Gomar Giner y Fernando Hernández Guijarro (España) 934
- 87/ El Estado de Alarma y el uso del Real Decreto Ley para modificar normas tributarias. Fernando Hernández Guijarro (España).....942

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

D. Fabricio Mantilla Espinosa

Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan

Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald

Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini

Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios

Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua

Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez

Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo

Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: **D. Gonzalo Muñoz Rodrigo**
Abogado

Doña Belén Andrés Segovia

Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Adrián Arrebola Blanco

Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis

Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot

Doctorando en Derecho, Universidad de Valencia, España

D. Borja del Campo Álvarez

Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Doña Ilka María Domínguez García

Profesora de Derecho Civil, Universidad de La Habana, Cuba

Dra. María Cristina Cervale

Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Jorge Enriquez Sordo

Doctorando en Derecho, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira

Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García

Abogado

D. Giuseppe Garofalo

Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Fernando Hernández Guijarro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata

Assegnista di ricerca, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina

Becario Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho,
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Javier Martínez Calvo

Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad San Jorge, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice

Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso

Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez

Profesora Asociada del Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti

Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

Dr. Valerio Rotondo

Assegnista di ricerca, Universidad de Molise, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro

Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla

Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRESENTACIÓN

La emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 ha suscitado en todo el mundo procesos normativos y elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales que inciden sobre instituciones y relaciones de todos los ámbitos del Derecho. El virus pandémico suscita en el jurista múltiples interrogantes y lo coloca frente a desafíos que ponen en cuestión certezas adquiridas y le abren nuevos horizontes culturales.

El tiempo dramático que estamos viviendo ha demostrado en cada experiencia jurídica la necesidad de colocar a la persona en el centro de la jerarquía de valores como principio de orden público constitucional que fundamenta la legitimidad de los ordenamientos y la soberanía de los Estados. La necesidad de tutelar la vida y la salud individual y colectiva ha impuesto limitaciones y restricciones a otros derechos y libertades fundamentales, que se justifican en tanto que sean proporcionadas y limitadas temporalmente. La suspensión de las actividades productivas, indispensable para salvar a la comunidad y a sus miembros, ha probado que las situaciones patrimoniales deben contemplarse a la luz de los derechos fundamentales y que las categorías del “tener” están supeditadas a las del “ser”. En fin, la pandemia ha demostrado que “La persona es inseparable de la solidaridad: cuidar al otro forma parte de concepto de persona” (*PERLINGIERI P.: Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 435).

Impulsados por estas consideraciones, sentimos la urgencia de promover una comparación entre estudiosos de diversas experiencias jurídicas europeas y latinoamericanas, que pueda ofrecer una aproximación inicial a los problemas generados por el coronavirus como contribución de la comunidad jurídica al esfuerzo colectivo por superar la prueba de la pandemia.

Valencia-Palermo, 13 de mayo de 2020

Gabriele Carapezza Figlia y José Ramón de Verda y Beamonte, Catedráticos
de Derecho Civil

LA EXPERIENCIA JURÍDICA LATINA EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS (REFLEXIONES DE URGENCIA)

Coordinadores:
G. Carapezza Figlia y J.R. de Verda y Beamonte

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES DESDE EL CONFINAMIENTO

CONSTITUTIONAL REFLECTIONS FROM THE CONFINEMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 16-23



Remedio
SÁNCHEZ
FERRIZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Se exponen los contenidos más destacados tanto del texto constitucional como de la LO de desarrollo, destacando la importancia de respetar los principios y garantías a que ha de atenerse el Gobierno como titular, y consiguientemente responsable, de los poderes especiales que del derecho de excepción se derivan. Para centrar la cuestión en el presente caso de la pandemia COVID-19 se comparan las consecuencias jurídicas de dos diferentes soluciones por las que, en aplicación del art. 116 CE, pudo optar el Gobierno y los inconvenientes de la solución adoptada en favor del estado de alarma.

PALABRAS CLAVE: Derecho de excepción; garantías constitucionales.

ABSTRACT: *The most outstanding contents of both the constitutional text and the LO of development are exposed stressing the importance of respecting the principles and guarantees to which the Government must abide as holder, and consequently responsible, of the special powers derived from the right of exception. To focus the question on the present case of the Covid pandemic 19, we compare the legal consequences of two different solutions for which, in application of art. 116 CE, the Government was able to choose and the disadvantages of the solution adopted in favor of the state of alarm.*

KEY WORDS: Right of emergency; Constitutional guarantees.

I. Sin perjuicio de las múltiples facetas jurídicas desde las que se puede analizar el origen, y fundamentalmente los efectos, de la pandemia declarada por el COVID-19 en tantos países y en particular en España, solo he de referirme a la regulación constitucional y a los problemas surgidos de la opción escogida por el Gobierno español al hacer frente a tan grave problema.

La Constitución de 1978 dedica el art. 116 al reconocimiento de 3 estados o situaciones de carácter excepcional con los que se trata de salir al paso de graves riesgos para el orden constitucional establecido permitiendo por ello que temporalmente se suspenda la aplicación ordinaria de los poderes y competencias propias del Estado de Derecho en que vivimos y pueda acumularse en un mando único (lógicamente, en manos del Gobierno) cuantas competencias resulten necesarias para “reequilibrar” la situación de peligro sobrevenida. Nada de todo ello afecta al carácter democrático del ordenamiento sino al contrario; se trata de mecanismos expresamente previstos para la defensa del orden constitucional que, en nuestro caso, además se han querido tipificar en forma diferenciada en tres supuestos (con su respectiva y diversa regulación) justamente para evitar recurrir al otro sistema de defensa del orden constitucional conocido en nuestro entorno cultural y político, el conocido como dictadura constitucional que contemplaba la Constitución de Weimar y sigue hoy vigente en Francia (art. 16 de la Const. de 1958). Pues bien, dicho art. 116 CE ha sido desarrollado por la L.O. 4/1980, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (conocida como “ley de estados”), que desarrolla las referencias constitucionales al estado de alarma, de excepción y de sitio. Aunque debo advertir ya que en este comentario me limito a la regulación de los dos primeros pues es su aplicación la que ha generado polémica doctrinal y porque nada relaciona la situación actual con el estado de sitio.

2. Tanto la Constitución como la ley reguladora fijan bien los principios que han de presidir su aplicación. El más significativo es sin duda *el mantenimiento del normal funcionamiento de las instituciones* y en especial del Congreso de los Diputados (que ha de reunirse de inmediato y no puede en modo alguno ser disuelto), no pudiendo tampoco mientras dure la declaración de uno de tales estados, iniciarse una reforma constitucional; en segundo lugar el art. 116.6 recuerda que la declaración de alguno de los estados no modificará “*el principio de responsabilidad*” del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

• **Remedio Sánchez Ferriz**

Catedrática de Derecho Constitucional, Universitat de Valencia. Correo electrónico: remedio.sanchez@uv.es

Aun cuando expresamente no se recuerde, es obvio que la concreción de las medidas ha de ser conocida por el Congreso en el caso de alarma, y aprobada y determinada por él en el caso de la excepción; ni puede ignorarse que la propia Constitución establece los tiempos máximos de cada declaración. Pero no acaba ahí la referencia a principios de aplicación puesto que la LO 4/1981 precisa la (tacita) previsión constitucional sobre las medidas al precisar la Ley que tanto estas como la duración, serán, en cualquier caso, las estrictamente *indispensables* y *proporcionadas* a las circunstancias. Por último, se confirma el *carácter excepcional* de la declaración de estados al precisar la Ley que, al finalizar, decaerán en su eficacia competencias ..., así como las concretas medidas adoptadas tras la declaración formal del estado excepcional de que se trate.

La importancia de la mencionada regla constitucional de no interrupción del *normal funcionamiento* de las funciones constitucionales del Estado se confirma en el art. 3 de la LO que concreta la *responsabilidad* consagrada en el art. 116.6 CE en dos consecuencias jurídicas determinadas: la impugnabilidad de todos los actos y medidas que puedan adoptarse y la indemnización a potenciales perjudicados por dichas medidas.

3. Tal como se ha dicho, solo nos vamos a ocupar de dos de los tres estados previstos en el art. 116 CE, *el de alarma* y *el de excepción*. Es cierto que el Gobierno español ha optado por el primero de ellos, probablemente por la aversión que produce el uso del término excepción (Tomás de la Quadra, en El País, 28/4/20), aunque a mi juicio obedece esta opción más bien a la comodidad que para el Gobierno supone declarar un estado del que *a posteriori* ha de dar cuenta al Congreso en una situación tan sumamente grave en la que difícilmente se le pondrían objeciones para su apoyo. En efecto, declarar el estado de excepción hubiera supuesto la previa autorización del Congreso. pero no solo; lo más determinante es que *la Cámara también es la que debe configurar las medidas y condiciones* de tal declaración, tal como dispone el 116.3:

El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos".

Resultaba, como he dicho, mucho más fácil optar por la alarma y diría también que más razonable ante la *urgencia* y *la gravedad de la situación* en que no cabían dilaciones. En efecto, en el caso de declarar el estado de alarma bastaba dar

cuenta al Congreso *a posteriori* de la decisión tomada solo por el Gobierno, tal como el propio art. 116 CE dispone:

“2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, *dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo*. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

Si pensamos en la inmediatez propia de las acciones del poder ejecutivo (frente a la dilación que todo debate y deliberación propia del poder legislativo comporta), ello es una razón que la justifica, y la facilidad con que podía adoptar decisiones el Gobierno pudo verse avalada, como segunda razón, por la expresión literal de la LO reguladora que, en su art. 4 establece que “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento diecisésis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca *alguna de las siguientes alteraciones graves* de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, ...terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves...*

Visto así, la letra de la norma avala, sin duda alguna, la opción escogida y parte de la doctrina también lo sostiene como acierto; así, Cotino Hueso, Garrido Mayol, etc. No obstante, sostengo que tal vez hubiera sido más apropiada la opción de declarar el estado de excepción, por las razones que voy a exponer. No se me oculta que la LO reguladora, en su art. 13.1 dispone lo siguiente:

“Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o *cualquier otro aspecto del orden público*, resulten tan gravemente alterados ...”.

Es justamente esa expresa referencia al *orden público* la que centra el aval de la doctrina para sostener que el estado de alarma era el apropiado al caso, por tratarse de un problema sanitario y no de orden público. Pero, a mi juicio, esa referencia a “cualquier otro aspecto del orden público” no se refiere solo a desórdenes públicos sino al mantenimiento del orden constitucional; no en vano la disyuntiva “o” avala la interpretación de que la simple limitación “del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”, o del “normal funcionamiento de las instituciones democráticas” son ya, en si mismas, e incluso aisladamente

consideradas, una u otra, razones o supuestos que justifican la declaración del estado de excepción (posición en la que, por lo demás coincide autorizada doctrina como Aragón Reyes, Vidal, o Ruiz Miguel). Pero hay otras razones relacionadas con el normal funcionamiento de los órganos constitucionales, con la duración de uno u otro estado y también referidas a la legitimación de las medidas adoptadas que ya me parecieron importantes al principio y que, además, han venido a ser confirmadas por la realidad de estos dos meses de experiencia.

Por lo que se refiere a la primera razón, la situación en que se halla el Congreso de los Diputados dista mucho de la de un normal funcionamiento. La lógica y legítima dirección por parte del Gobierno no ha debido suponer *la hibernación* en que parece hallarse el Congreso, por lo demás vacío prácticamente. El deber de trabajar en los servicios esenciales del país, especialmente sanitarios, pero no solo, debió también aplicarse a la Cámara (bien disponiendo de los amplios espacios de tribuna pública de que dispone, o bien adoptando las mismas prevenciones de uso de mascarillas y guantes que se imponen a tantos sectores de la población). Vidal insistió en este punto y Ruiz Miguel se preguntaba si acaso no está peligrando seriamente el Estado de Derecho. Llama este último la atención sobre la debilidad de la cobertura de las medidas: Real Decreto 463/2020 de 13 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, modificado por el RD 465/2020, que “suspende” y “limita” (en realidad, en muchos casos, suspende) varios derechos constitucionales. El RD a su vez ha sido desarrollado por varias órdenes ministeriales, en especial del Ministerio de Sanidad, las más graves de las cuales son la SND/297/2020 (que permite la geolocalización) y la SND/298/2020 (que suspende los funerales), y tanto otros que han afectado a la libertad de empresa, etc. etc.

4. De ahí que quepa hablar de las aporías constitucionales de la solución escogida. Más allá del acierto o no de la elección, es lo bien cierto que se han suspendido derechos, incluso de carácter personal (como la total limitación de visita a los progenitores en centros de la Tercera Edad, o la libertad de conciencia religiosa) por mor de la declaración de un estado de alarma al que la Constitución niega tal posibilidad, solo permitida en los casos de excepción o de sitio; ello es así constitucionalmente sin perjuicio de que la peligrosidad y la gravedad de la situación sanitaria, haya silenciado ningún tipo de crítica ya que hubiera parecido la negación del riesgo o la indiferencia ante tanto dolor de las familias afectadas por las numerosas muertes.

Por ello, en segundo lugar, la actuación normal del Congreso resultaba más necesaria que nunca para unificar (e institucionalizar) las eventuales críticas o el simple ofrecimiento de ideas a un Gobierno totalmente desbordado por una realidad desconocida en las últimas décadas; por lo demás, ello habría permitido

mantener el equilibrio propio del sistema parlamentario en un momento en que los poderes se habían acumulado tanto en manos del Gobierno y, además, ello también habría permitido compartir la responsabilidad de decisiones tan extraordinarias como las que se han ido adoptando. En este sentido, no debe olvidarse que el art. 6.2 de la LO reguladora, dispone, en particular para el caso del estado de alarma, y aun sin necesidad de acudir al de excepción, que "Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga".

Pues bien, el planteamiento tan schmittiano con que se ha llevado a cabo la determinación de las medidas, sin intervención, ni apoyo, ni dialogo con las CCAA ni con la oposición, ha situado al Congreso ante un simple dilema: o convalidar la propuesta del Gobierno, o representar para la opinión pública la irresponsabilidad ante la gravedad de la situación. Y todo ello, en tercer lugar, se ha visto innecesariamente repetido en cuatro ocasiones por cuanto la primera declaración del estado de alarma y las tres ocasiones sucesivas en que se ha solicitado la prórroga, son 4 ocasiones en las que se repite el mismo planteamiento. Sin embargo, en el caso de haber optado por el estado de excepción hubiera supuesto, de una parte, como ya se ha dicho, la necesidad de pactar, de hablar, de oír otras partes (como las CCAA) y, de otra, haber tenido que prorrogar solo una vez puesto que el estado de excepción se declara para un mes con posible prórroga de otro mes.

5. Llegados a este punto ha de reflexionarse también sobre la normalidad, o no, de prorrogar el actual estado de alarma en forma que a fecha de hoy se desconoce su fin. Tampoco esta parece una aporía menor: La Constitución establece con claridad el plazo de 15 días y otros tantos para su prorroga; es cierto que no impone expresamente la limitación de una sola prorroga, pero no lo es menos que se trata de situaciones de carácter excepcional que en absoluto están pensadas para prolongarse sino para contar con la capacidad de reacción inmediata y, si cabe, organizar la reacción y continuidad posterior mediante el derecho ordinario.

Pues, en realidad, la inmensa mayoría de las medidas adoptadas hallan cobertura en nuestro ordenamiento jurídico. Si acaso, el confinamiento total de la población y su obligatoriedad en todo el territorio nacional, supone la situación más extraordinaria (y sin duda imprevista por el legislador, pero me atrevería también a decir que por el constituyente). Baste pensar en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Su art. 52.1 dispone: "Tendrá la consideración de autoridad sanitaria estatal el titular del Ministerio de Sanidad..." y, por no acudir ahora a la detallada regulación de infracciones y sanciones de los arts. 57 y siguientes, basta con recordar la prolífica previsión de medidas especiales y

cautelares del art. 54, sin duda nos resultarán muy conocidas y similares a las adoptadas en los dos meses que estamos viviendo:

“... 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades...”, etc. etc.

La cuestión, pues, justo en el día de hoy mismo (en que se ha aprobado la tercera prórroga del estado de alarma), es determinar en qué medida se ha respetado la Constitución y cuál es el problema real que se nos presenta cara al inmediato futuro.

No me cabe duda de que la extraordinaria dimensión de la pandemia y sus efectos justifica cualquier inmediata actuación gubernamental (que siquiera debió retrasarse tanto). Pero precisamente esta grave situación que se ha llegado a comparar con tiempos de guerra, exigía (no por la letra de la Constitución, pero si por los principios propios de todo Estado democrático de Derecho) la corresponsabilidad y las aportaciones de, al menos los dos grandes partidos de gobierno. Pudiendo, sin embargo, ser esta idea opinable, no lo es la ya repetida *postergación del Congreso de los Diputados, ni la falta de audiencias y participación de las CCAA* que no es incompatible con el establecimiento del mando único que habrían podido contribuir, no tanto por ejercer sus competencias que no era el caso ahora sino por la *experiencia de gestión y medios de que carece el Ministerio de Sanidad*. Sí creo importante la cuestión temporal de *repeticiones del estado de alarma* que puede acabar generando en la población incertezas que, como ya he dicho, dudo que tenga base constitucional suficiente ante las radicales limitaciones de derechos y libertades. Creo que Martínez Sospedra acierta cuando, preguntado por el planteamiento hecho por el Gobierno ante la tercera prorroga (“o la prórroga o el caos”, se repite en estos días), responde que *cabe seguir manteniendo las restricciones aun sin el estado de alarma; la cuestión de fondo, viene a decir, es la de quién manda y cómo*.

ACCESO A LOS LUGARES DE CULTO Y CEREMONIAS
RELIGIOSAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO
POR LA EPIDEMIA DEL COVID-19

ACCESS TO PLACES OF WORSHIP AND RELIGIOUS CEREMONIES
DURING THE STATE OF ALARM DECREED BY THE COVID EPIDEMIC 19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 24-31



Rosa M^a
RAMÍREZ
NAVALÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El Real Decreto por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) ha establecido numerosas medidas afectando, alguna de ellas, al ejercicio de los derechos fundamentales. Esta contribución tiene por objeto identificar e interpretar las disposiciones que suspenden o limitan el ejercicio del derecho de libertad religiosa, y valorar jurídicamente los medios legales empleados para ello.

PALABRAS CLAVE: Derecho de libertad religiosa; límites de los derechos fundamentales; estado de alarma; lugares de culto; iglesias; ceremonias religiosas; funerales.

ABSTRACT: *The Royal Decree declaring the state of alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19 (Royal Decree 463/2020, of March 14) has established numerous measures affecting, some of them, to the exercise of fundamental rights. The purpose of this contribution is to identify and interpret the provisions that suspend or limit the exercise of the right to religious freedom, and legally assess the legal means used for it.*

KEY WORDS: *Right to religious freedom; fundamental rights limits; alarm status; places of worship; churches, religious ceremonies; funeral.*

I. Las normas, hasta la fecha, por las que se declara el estado de alarma y que inciden en las limitaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa son: Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. La Orden SND/298/2020, de 29 de marzo. Y la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo. Veamos cuáles son los ámbitos del ejercicio de derecho de libertad religiosa a los que afecta.

2. Lugares de culto. El ejercicio del derecho a acceder a los lugares de culto se ha visto restringido por el Real Decreto 463/2020 antes citado, para estudiar las dimensiones de dicha limitación hemos de referirnos a los art. 7 y 11.

El art. 11 es el que establece específicamente la limitación al adoptar medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Y, en este sentido, se dispone que: "La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro".

Este artículo hay que ponerlo en relación con el art.7 del mismo Real Decreto ya que en él se establecen las limitaciones a la libertad de circulación de las personas. Obviamente, si no puedes circular no puedes desplazarte al lugar de culto. Por ello se prevé los lugares a los que está permitido el desplazamiento, estableciéndose que: "I. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada. En su apartado segundo dispone que: Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior

• Rosa M^a Ramírez Navalón

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado, Universitat de València. Correo electrónico: ramirezn@uv.es

o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio. Y en el tercero se establece que, en todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias...”

3. De la lectura de ambos artículos podemos deducir lo siguiente:

- No hay suspensión del derecho de libertad religiosa. El derecho de libertad religiosa no está suspendido, sólo está limitado, al condicionar su ejercicio a la adopción de una condición: “La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a...”

- El objeto de la limitación. La limitación se centra en dos manifestaciones fundamentales de este derecho, a saber: a) La asistencia a los lugares de culto. La asistencia a los lugares de culto puede realizarse para participar en una ceremonia religiosa o para practicar otros actos religiosos de carácter individual: oración, penitencia, etc. b) La asistencia a ceremonias religiosas (también menciona las civiles). Hay que tener en cuenta que las ceremonias religiosas pueden realizarse o no dentro de los lugares de culto. Hay una especial mención y desarrollo legal respecto de las ceremonias religiosas fúnebres y velatorios que han sido reguladas por la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo.

- Contenido de la limitación. Sólo se podrá asistir a los lugares de culto o a las ceremonias religiosas si se cumple una condición: que haya una distancia mínima de un metro entre los asistentes.

De este modo, no está prohibida la asistencia a los lugares de culto, ni a las ceremonias religiosas (salvo que se trate de un funeral, como veremos a continuación). El requisito para poder realizarlas y poder asistir es, según el Real Decreto, únicamente respetar la distancia al menos de un metro entre los asistentes. El hecho de que en el art. 7 del Real Decreto no mencione la asistencia a lugares de culto o ceremonias religiosas entre los supuestos previstos en los que está permitido circular por la vía pública debe ser interpretado en el sentido de que ese supuesto tiene su especial regulación en el art. II del mismo Real Decreto.

Interpretarlo de otra manera (en el sentido de que al no estar prevista los supuestos en el art. 7 no se puede salir a la vía pública para acudir a lugares de culto) haría incomprensible, contradictorio e inaplicable el mismo Real Decreto. Por otra parte, en el art. 7, I h se refiere a “cualquier otra actividad de análoga naturaleza” y en el apartado 3 se refiere a que “en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias”, evidenciando en ambos casos que en el art. 7,I no se da

una enumeración cerrada de los supuestos en los que se puede transitar por la vía pública. Y, además, debe tenerse en cuenta el principio general de interpretación de toda medida restrictiva de los derechos fundamentales.

A pesar de que el Real Decreto era claro y no requería un ejercicio mayúsculo de interpretación, en la práctica, la aplicación por parte de la autoridad policial, de la restricción establecida ha provocado algunos incidentes en las iglesias católicas. Uno de los casos más relevantes y destacados en los medios de comunicación ha sido el de la Catedral de Granada, en donde la policía interrumpió la misa y desalojó a los asistentes, sin razón, ya que cumplían con el requisito del distanciamiento necesario que el Real Decreto establece.

4. Emprendido el proceso de desescalada o de recuperación progresiva de la normalidad se aprueba la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, por la que se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Esta orden tiene por objeto flexibilizar las restricciones sociales aplicando distintas medidas y tiempos según la situación de cada territorio. Inicialmente las medidas de flexibilización se aplican en la llamada fase 0 a las islas de Formentera, la Gomera, el Hierro y la Graciosa que es donde menor incidencia ha tenido el virus.

De esta forma, y por lo que se refiere a los lugares de culto, el art. 6 de la citada orden establece que se permitirá la asistencia a los mismos, siempre que no se supere un tercio de su aforo, y que se cumplan las medidas generales de higiene y distancia física establecidas por las autoridades sanitarias.

Progresivamente se permitirá un aforo gradual en los lugares del culto del 30% en la fase 1 a partir del 11 de mayo, hasta el 50%, en la fase 2 de desescalada, que comenzará, en aquellas provincias que se encuentren en condiciones óptimas, a partir del 25 de mayo en la Península.

5. Funerales religiosos. Hemos adelantado que la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo desarrolla específicamente la asistencia a los velatorios y ceremonias fúnebres.

Las razones de esta especial regulación se encuentran, según el preámbulo de la propia orden, en que: en estos casos es difícil asegurar las medidas de distanciamiento, porque los familiares de los fallecidos por COVID-19 han podido estar en contacto con el difunto y, por lo tanto, estar contagiados por lo que deben guardar cuarentena. Y porque el incremento de las defunciones, hacen necesarias medidas para la protección de los usuarios de los servicios funerarios. Las medidas que se adoptan, en este caso, no se refieren únicamente a limitación de derecho, como las que hemos mencionado anteriormente, sino que en estos casos se prevé la supresión del derecho.

De este modo, se prohíben tres derechos:

- El derecho a velar a los difuntos. Con independencia de la causa de fallecimiento, quedan prohibidos todos los velatorios, tanto los realizados instalaciones públicas o privadas, como en domicilios particulares.
- El derecho a preparar a los difuntos. Se prohíben las intervenciones o procedimientos invasivos del cadáver por cualquier motivo incluidos los motivos religiosos, en el caso de fallecidos por COVID-19.
- Del derecho realizar ceremonias fúnebres. Se prohíben las ceremonias religiosas (y civiles) funerarias (en la orden se dice se posponen, lo que significa que durante el estado de alarma está prohibido llevarlas a cabo).

La orden limita la participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida. Sólo podrán asistir un máximo de tres familiares o allegados. Y el ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto. En todo caso, se deberá respetar siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos.

6. En el proceso de desescalada o de recuperación progresiva de la normalidad la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, flexibiliza en la llamada fase 0 las limitaciones en las islas de Formentera, la Gomera, el Hierro y la Graciosa, Progresivamente, la flexibilización de las medidas será aplicable al resto de Comunidades autónomas, según la concreta situación de cada una.

Inicialmente, según el art. 5 de la citada orden, se autorizan los velatorios en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, con un límite máximo de quince personas en espacios al aire libre y diez personas en espacios cerrados.

Por otra parte, se establece que la participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de quince personas, entre familiares y allegados, además de, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto.

En todo caso, deberán respetarse las medidas de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias para la prevención del COVID-19, relativas al mantenimiento de una distancia mínima de seguridad de dos metros, higiene de manos y etiqueta respiratoria.

7. Concluimos con una reflexión acerca de la adecuación del medio jurídico empleado, la declaración del estado de alarma, en la limitación del derecho de libertad religiosa.

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio en su art. II establece las medidas excepcionales que pueden ser adoptadas en el estado de alarma. Posteriormente, dicho artículo fue interpretado por la jurisprudencia del constitucional que en la sentencia 83/2016, de 28 de abril señalaba que: "la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos".

Por otra parte, y por lo que se refiere al rango normativo de la disposición mediante se declara el estado de alarma, el Constitucional, en la sentencia señalada, afirma que: "aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma".

Hay que llamar no obstante la atención respecto de la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo que ha servido como instrumento jurídico para, en este caso, suprimir (y no sólo limitar) manifestaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa modificando y no simplemente interpretando el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.



EL RESPETO A LA DIGNIDAD Y A OTROS DERECHOS EN TIEMPOS DE CRISIS

THE RESPECT TOWARDS DIGNITY AND OTHER RIGHTS IN TIMES
OF CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 32-41



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Los derechos de las personas de edad son auténticos derechos fundamentales y así han sido reconocidos a lo largo de los últimos setenta años, a través de numerosos y diversos instrumentos internacionales. La protección de estos derechos plantea desafíos conceptuales y prácticos que tienen que ver con la delimitación de su contenido, la identificación de sus características y la cuestión de su eficacia, exigibilidad y protección, incluso en momentos de crisis. La persona mayor, a pesar de contar con los mismos derechos que otras personas, incluido el de no ser discriminado en función de la edad, se ve sometida, en ocasiones, a toda una serie de impedimentos que dificultan el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; igualdad; discriminación por edad; crisis; envejecimiento.

ABSTRACT: Rights of elderly people are fundamental rights, and so have been recognized as over the last seventy years, through numerous and various international instruments. The protection of these rights sets out conceptual and practical challenges that have to do with the delimitation of their content, the identification of their characteristics and the question of their effectiveness and enforceability and its protection, even in times of crisis. In spite of having the same rights as others, including nondiscrimination in function of age, sometimes, elderly people are subjected to a series of obstacles that complicates the full exercise of their rights and freedoms.

KEY WORDS: Human rights; equality; ageism and age-based discrimination; crisis; aging.

I. Las crisis se pueden definir como situaciones momentáneamente malas o tiempos de dificultades o cambios graves que hacen peligrar el estado actual de las cosas. Las sociedades se han enfrentado a numerosas formas de crisis a lo largo de la Historia, la cuestión es cómo se han abordado en los diferentes contextos. Al acercarnos a esta problemática, advertimos que algunas propuestas y soluciones a la resolución de las crisis, ya sean sanitarias, como la actual provocada por la COVID-19, ya económicas, políticas, sociales, religiosas, étnicas, etc., resultan absolutamente destructivas, si además, conllevan la lesión a la dignidad y otros derechos del ser humano, fundamentalmente de aquéllos más vulnerables. Ciertamente que los impactos derivados de una crisis pueden alcanzar graves magnitudes pero no debemos descuidar ni desproteger todas las dimensiones de la persona. No debemos excluir a los vulnerables, que son muchos; no debemos desproteger a los más mayores de esta sociedad, solo porque ya han sido, sin tener en cuenta lo que hoy son o mañana serán.

En un momento en que se está produciendo un envejecimiento demográfico sin precedentes, y de acuerdo con los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la población mundial está envejeciendo rápidamente: entre 2000 y 2050, la proporción de la población mundial con más de 60 años de edad se duplicará y pasará del 11% al 22% aproximadamente, y a su vez, el número de personas de 80 años o más se cuadruplicará en ese mismo período de tiempo. Además, la previsión es que la cifra siga aumentando, es decir, tanto a nivel mundial como de nuestro país, habrá más personas mayores, que, además, vivirán más años. Ello tendrá un gran impacto en la sociedad en general y, fundamentalmente, en el sistema sanitario y de los servicios sociales. El aumento de la esperanza de vida es un éxito pero también plantea toda una serie de retos; constituye, sin duda, una ventaja para el crecimiento de sociedades humanas social y éticamente más maduras e integradas por los conocimientos y aportaciones de los más mayores, sin embargo, frecuentemente, el envejecimiento se enfoca como un problema cuando, realmente, en sí mismo, es un importante logro. Como consecuencia de ello, algunas sociedades practican continuas vulneraciones de los derechos humanos de los colectivos de edad avanzada y plantean visiones sociales de la ancianidad que casan mal con el respeto a su dignidad y derechos; estas acciones ejercidas tanto por particulares como por los poderes públicos suponen una discriminación por razón de la edad y un atentado a los derechos de una creciente parte de la población humana e implican el maltrato, la marginación y la exclusión social, y en ocasiones, vital, de las personas de edad avanzada.

• **Pilar María Estellés Peralta**

Profesora agregado doctor acreditado. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

2. Por fortuna, existen instrumentos internacionales que reconocen la dignidad y otros derechos a todas las personas, entre las que se incluyen las personas mayores, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, existen otros instrumentos internacionales que pese a no tener el carácter vinculante de los tratados internacionales, gozan de un alto valor moral y político, como los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991.

En el ámbito de los derechos a la vida, la integridad física y moral, la salud, la libertad, etc., no existen regulaciones diferenciadas de las reglas generales para el ejercicio de sus derechos por las personas mayores, porque no existe un estado civil de persona mayor o anciana. Las personas de edad avanzada no gozan, por tanto, de una condición jurídica personal diferente a las demás, sino que gozan de la misma dignidad y derechos que el resto de seres humanos sean cuales sean sus rangos de edad. No obstante, lejos de disfrutar plenamente de estos derechos, que son plenos, las personas de edad avanzada han de hacer frente al creciente «edadismo» de las sociedades que supone la discriminación social de las personas basada en su edad; este edadismo se va extendiendo e impregnando todos los campos de la sociedad y de las estructuras sociales a las que nuestro país no ha sido ajeno. Así y pese a la numerosas normas reguladoras y protectoras de los derechos a la vida, la integridad física y moral, a la igualdad y a la salud de todos y pese a las recomendaciones especiales en esta concreta crisis sanitaria por parte de las Autoridades sanitarias, las medidas adoptadas por estas mismas autoridades no superan el análisis jurídico, moral y ético, a la vista objetiva de los hechos.

En Derecho español, nuestra vigente Constitución proclama la igualdad de todos sin discriminación por razón de la edad (art. 14); el derecho a la vida de todos (art.15); el derecho a la protección de la salud (art.43) y en su art. 50, el derecho a recibir servicios sociales que incidan en las necesidades de los mayores en materia de sanidad, vivienda, cultura y ocio. Asimismo, diversas leyes españolas han regulado otros derechos que afectan a los mayores en mayor o menor medida. Destaca el derecho a la atención en situación de dependencia regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuyos destinatarios son las personas dependientes, no específicamente las personas mayores, sin embargo, el incremento de la longevidad ha dado lugar al incremento del número de mayores dependientes; el derecho a disfrutar de un entorno accesible o a recibir asistencia sociosanitaria en condiciones de igualdad que regula el art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud,

que considera esta atención como el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social, entre otros.

En el panorama jurídico de la atención sanitaria, una nueva norma se abrió paso para mejorar la universalidad de las prestaciones sanitarias en nuestro país, así el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud con la finalidad de atender en toda su extensión y con cargo a fondos públicos a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, amparándose en el cumplimiento de los tratados internacionales de carácter vinculante suscritos por España, en el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Española, y en los principios de igualdad, solidaridad y justicia social. Esta norma considera que hay valores que son irrenunciables para todo estado social y democrático de Derecho que, como España, aspira a garantizar el bienestar de todas las personas desde un enfoque integrador; asimismo, afirma que en el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular; por ello, la norma obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español. En consecuencia, en su art. 3.1 establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.

Resulta interesante contrastar todo lo antedicho con la efectiva gestión de la pandemia y el escaso acceso de determinados colectivos –personas de edad avanzada y/o dependientes- a los tratamientos hospitalarios y medicaciones adecuadas para la cura del COVID-19. Concretamente, respecto a las personas de edad avanzada que residían en las residencias de la tercera edad, resulta sorprendente la elaboración, publicación y aplicación de normas como la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como el Documento técnico de Recomendaciones a residencias de

mayores y centros sociosanitarios establecido para el COVID-19 (versión de 5 de marzo de 2020) del Ministerio Sanidad. Mediante estas órdenes y recomendaciones, y en el marco del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19, se establecen medidas organizativas para la atención sanitaria de los residentes afectados por el COVID-19 y de quienes conviven con ellos dado que, según afirman dichas normas, las mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma, no restringe derechos fundamentales como el derecho a la vida, o el acceso a los servicios sanitarios, ni la igualdad de todos, ni suspende la legalidad vigente, tampoco sería jurídicamente admisible. Por tanto, sorprende que todas estas normas, dictadas para la gestión y tratamiento de los efectos de esta pandemia en personas mayores residentes en centros de la tercera edad, disponga el aislamiento de ancianos residentes con infección respiratoria aguda leve, sospechosos o con diagnóstico COVID-19 confirmado y no se dispone que deban ser trasladados, en primer lugar, dado su mayor tasa de morbilidad ocasionada por esta enfermedad, a un centro de salud, de atención primaria u hospitalaria donde reciban la atención médica sanitaria necesaria y suficiente. No en vano las cifras de fallecidos en residencias de mayores se datan en más de 17.000 personas a falta de test generalizados.

Destaca, asimismo, en la línea de lo que estamos analizando, el Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-COV-2, de 3 de abril de 2020, establece que los intereses generales de la salud pública y en general del bien común pueden enfrentarse a los intereses particulares y requerir restricciones de los derechos individuales en favor de los primeros, incluso aunque dichas restricciones puedan afectar con diversa intensidad a sus derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que no comprometan el contenido esencial de los mismos, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional; que proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas de cada uno de los ciudadanos es un deber que puede entrar en conflicto con el deber de proteger el mismo derecho de todos los demás ciudadanos y, por ello, en los casos concretos se hace necesario priorizar. Es decir, que el Estado a quien compete no sólo la obligación de abstenerse de lesionar el derecho fundamental (a la vida en este caso), le compete, asimismo, la obligación positiva de garantizar su eficacia a través de un adecuado sistema legal de protección, que alcanza más allá del ámbito civil (resarcimiento de la lesión), incluso, al ámbito penal, además del sanitario, proveyéndose de los medios necesarios y suficientes con la

debida anticipación de una pandemia ya conocida y avisada; y, en su defecto, y en previsión de que no va a ser capaz de proteger la vida y la salud de sus ciudadanos, dicta unos criterios para seleccionar a unos ciudadanos (a los que protegerá) y no atender a otros (a los que no protegerá) según consta en el mencionado Informe 3 de abril de 2020. Contradicatoriamente, establece que las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros, y asimismo, establece en el citado Informe, que debe garantizarse, en el marco del derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43 CE), el acceso a determinados recursos asistenciales y/o tratamientos con absoluta proscripción del empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos; por tanto, excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada –se afirma en el propio Informe-, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro Estado de Derecho (art. 14 CE). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular, dado que aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo. Sin embargo, dada la demanda masiva existente y la escasez de recursos para atenderla, aunque pueda ser transitoria, comporta una reducción del disfrute efectivo de ese derecho y plantea la priorización de los individuos potencialmente más expuestos al contagio o ya infectados. Por consiguiente, si la rápida expansión de una enfermedad produce el desbordamiento de algunos servicios hospitalarios (o de medicamentos u otros productos médico-sanitarios –como los respiradores-) ante la insuficiencia de recursos para atender a toda la población afectada (por falta de previsión suficiente), deberá establecerse un rango de prioridades. Y es aquí, en la determinación del rango de prioridades cuando toda la argumentación previa decae.

3. La justificación de tales actuaciones puede verse pretextada desde distintos prismas jurídicos, como la invocación de la colisión de derechos en tiempos de escasez de recursos y la necesidad de ponderación de los mismos mediante un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados -en este caso, el derecho fundamental a la vida de dos o más personas, derechos de igual rango, que constituyen asimismo, un principio y un valor constitucional-; al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que resolver la colisión de derechos, por

los Tribunales, mediante ponderación estableciendo relaciones de prioridad en la decisión de nuevos y sucesivos casos, resulta sumamente compleja dado que es imposible construir ningún orden que establezca en cada caso una decisión justa; si además, la ponderación no la realizan los Tribunales, sino que se establece mediante una Recomendación emitida por una autoridad sanitaria, resulta de lo más sorprendente; admitir como solución a la colisión del derecho a la vida, la priorización de unas vidas sobre otras implica alterar el carácter de derecho fundamental absoluto y transformarlo en relativo, en el sentido de que su tutela encuentra un cierto límite ocasionado por la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente (la vida de otro). En un conflicto de derechos fundamentales, la ponderación entre los derechos en liza recurre a establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro; la adopción de una decisión en un sentido u otro por el intérprete, se lleva a cabo mediante un juicio de valor, por autonomía discrecional, por cuyo resultado un derecho, de igual rango, desplaza a otro; si ello es así, es porque se ha considerado que los derechos en colisión tienen diferente peso y que prima el derecho con mayor peso. En todo caso, la decisión sobre la prevalencia de derechos en colisión sólo podrá ser adoptada mediante procedimientos judiciales con las suficientes garantías por lo que normas de escaso rango o recomendaciones generales no se compaginan bien con la protección de derechos fundamentales. En tal sentido, no parece viable crear normas aplicables a un caso, como el analizado, aportando una solución normativa de escaso rango, que altera y contradice el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y excluye la aplicación del "orden fuerte de principios". Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, esta labor de ponderación entre los derechos o intereses fundamentales en conflicto no corresponde hacerla exclusivamente al propio Tribunal Constitucional, sino a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver dicho conflicto, sin que sea posible que tal ponderación quede a su libre albedrío, sino que por el contrario, deben ajustarse a las directrices marcadas al efecto por el propio Tribunal Constitucional, por lo que se requiere de los órganos jurisdiccionales, no sólo que se ponderen explícitamente -antes de adoptar su decisión- los ámbitos respectivos de los derechos en tensión, sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución y en las leyes que los desarrollan (STC 20/1992, 14 febrero, F.J.2º).

La situación no debería plantearse como si se tratase de una colisión de derechos, a la salud y a la vida, entre los distintos pacientes que deben ser ponderados. La cuestión es que los poderes públicos quedan obligados a asegurar al máximo la planificación de los recursos asistenciales (incluidos la asistencia vital, la necesidad de hospitalización para cuidado y evolución y también los recursos asistenciales extra hospitalarios) y que no resulta admisible la falta de asistencia a pacientes, sea cuales sea su condición y edad, por escasez de ciertos recursos sanitarios

(materiales o de personal) debidos a falta de previsión ante una pandemia sobre la que se había alertado. Porque si la actividad asistencial es una proyección del derecho constitucional (aunque no fundamental) a la protección de la salud (art. 43 CE) que tenemos todos los españoles e incluso, los que no lo son, residentes en el territorio nacional (art. 1.2 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), si lo es la protección del derecho fundamental a la vida y a la dignidad de todos en pie de igualdad.

4. Con todo, compartiendo la opinión de BOBBIO, uno de los esfuerzos que debe hacerse no es tanto el de saber cuáles y cuántos son estos derechos, su naturaleza y fundamento, sino cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados, pues el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy, tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Denegar la asistencia sanitaria o el acceso a determinados tratamientos a colectivos concretos por razón de la edad o la salud física o mental o su estado de dependencia es doblemente injusto porque en el caso del acceso al sistema sanitario español, parte del coste ha sido aportado por el beneficiario (ahora excluido) mediante retenciones o impuestos para financiar dichos gastos. Se debería alertar frente al utilitarismo que puede suponer aplicar criterios como priorizar el acceso de los pacientes a tratamientos vitales en función de las expectativas objetivas de supervivencia –es un hecho que a corto plazo, las personas de edad avanzada las tienen muy reducidas-; o en función de las expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo, y a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia de otras patologías graves que evidencien un pronóstico fatal (enfermos terminales con pronóstico de irreversibilidad, estado de coma irreversible, Alzheimer, etc.) bastante habituales en las personas de edad avanzada; o no considerar a los pacientes sin ningún pronóstico favorable sobre su recuperación ignorando expresamente el orden temporal de ingreso en el sistema de salud, supone dar un trato discriminatorio a unos frente a otros. Aceptar una priorización como la anteriormente reflejada supondría establecer una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa o situación vital en la que se encuentra dicho sector de población, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular, el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano en virtud de su mera condición humana, con independencia de su capacidades físicas, intelectuales o morales o su esperanza de vida.

5. El tema es de tal gravedad a nivel moral, ético y jurídico que exige una profunda reflexión de la cuestión con el fin de sentar las bases que deberían

informar el tratamiento jurídico de las acciones llevadas a cabo sobre este sector de la población, al que en el mejor de los casos, llegaremos todos más temprano que tarde. Los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad español (de fecha 8 de mayo 2020) evidencian que 50.554 personas en edades comprendidas entre los 80 y los 90 años o más, son casos confirmados de COVID-19; de esos confirmados, tan sólo 23.491 han sido hospitalizados, y de éstos tan sólo 346 han ingresado en las UCIs y no precisamente por falta de incidencia grave de la enfermedad en estos pacientes pues fatalmente han fallecido, hasta la fecha, 10.781 pacientes confirmados de COVID-19. Las cifras son significativas y evidentes teniendo en cuenta el altísimo índice de letalidad en estas edades.

Deberíamos preguntarnos qué sociedad queremos construir y qué futuro debemos esperar si en el presente vulneramos los derechos y libertades de los hombres y mujeres de que han escrito la historia de nuestro país y han ayudado a levantarla.

CORONAVIRUS Y PATERNALISMO (IN)JUSTIFICADO

CORONAVIRUS AND PATERNALISM (UN)JUSTIFIED

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 42-51



Gabriel R.
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A partir de un hecho normativo local, en este artículo se argumenta que el paternalismo jurídico puede ser justificado desde el punto de vista ético. Para ello deben cumplirse dos premisas: una empírica, consistente en verificar al menos una situación de incompetencia básica de la persona; y otra ética normativa, que deriva de la finalidad benevolente de la interferencia coactiva, esto es, aquella que favorece la autonomía mediante la superación de una situación de desigualdad.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; paternalismo jurídico; autonomía; igualdad; competencia; Filosofía del derecho.

ABSTRACT: *Based on a local regulation, this article explains that ethics can justify juridical paternalism. To the end that must fulfill two premises: an empirical one, which verifies a person basic incompetence; and a normative ethics as a result of coercive interference based on benevolent purposes, by all means, that encourages autonomy by overcoming an inequality situation.*

KEY WORDS: *Coronavirus; legal paternalism; autonomy; equality; competence; Philosophy of Law.*

I. "Solamente sabemos qué está en juego cuando sabemos que está en juego."

La frase textual, incluidas las cursivas, pertenece al filósofo Hans Jonas (*El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995, p. 16). ¿Qué es lo que está en juego en esta pandemia? Y a propósito, ¿qué contribución breve desde la Filosofía del Derecho se puede hacer en plena vorágine textual?

La primera pregunta es perturbadora, como suelen serlo las de índole filosófica, aunque admite una contestación directa. En efecto, no escapa al conocimiento general que en esta pandemia 2020, provocada por un virus nuevo para el ser humano (COVID-19) de contagio fácil y mortalidad elevada en personas mayores o inmunodeprimidas, lo que está en juego es la vida personal y la salud pública. La respuesta a la segunda, en cambio, permite diversas ramificaciones. En esta ocasión, elijo reflexionar sobre un supuesto de paternalismo jurídico injustificado, a partir del contenido normativo de los artículos 2 y 3 de la Resolución Nro.16/MJGC/2020 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –CABA–.

2. El sistema constitucional-convencional argentino faculta al Estado Nacional a tomar medidas excepcionales de restricción de derechos, ante una situación de emergencia sanitaria y consecuente riesgo social como la que estamos atravesando (art. 75.22 de la Constitución Nacional –CN– y arts. 27, 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–). Eso hizo el Poder Ejecutivo Nacional –PEN– mediante el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 297/2020), de fecha 20 de marzo de 2020, al limitar la libertad de transitar o circular de todas las personas. Este derecho fundamental tiene consagración expresa en el ordenamiento jurídico argentino en los artículos 14 y 75.22 CN; 22.I CADH; 12.I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–; y concordantes del *corpus iuris* internacional.

La finalidad de la restricción es la protección de la vida individual y la salud pública, y se apoya en la opinión médica-sanitaria casi unánime que recomienda el confinamiento de la población. La comunidad científica sostiene que el aislamiento es la medida más idónea para disminuir la cantidad de contagios y la consecuente velocidad de propagación de la enfermedad. Ello justifica la *razón de interés general* declarada, requisito que recuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos

• **Gabriel R. Juan**

Cátedra de Filosofía del derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina).
Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar

–Corte IDH– en su Opinión Consultiva del año 1986 (OC 06/1986, punto 18). Cabe agregar, que el *corpus iuris* internacional en materia de DDHH requiere, además, que la restricción esté *limitada en el tiempo* (art. 27.I CADH), y sea estrictamente *necesaria y proporcional* (ver fallo de la Corte IDH, caso Romero Feris vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019). En sentido concordante se expidió recientemente la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, con la publicación del documento “Emergency Measures and COVID-19: Guidances”. Según se desprende del DNU 297/2020, como así también de los sucesivos que renuevan la restricción a la libertad de transitar, estos requisitos también estarían cumplidos.

Una situación peculiar se presenta en relación con la exigencia de la instrumentación de la restricción mediante ley (art. 30 CADH y OC 06/1986). Es cierto que tanto el primer DNU como los siguientes se dictaron en uso de facultades constitucionales del PEN (art. 99.3 CN). Sin embargo, este tipo de acto de gobierno de naturaleza legislativa requiere la aprobación posterior del Parlamento. Y dado que no hay razones para que las Cámaras de Diputados y Senadores no lo hagan (pueden sesionar en forma virtual o remota, conforme fallo de la CSJN en la causa 353/2020/CSI, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”), sería conveniente para la salud de la República que ello suceda inmediatamente. Pero la problemática de los DNU, en tanto discusión importante en la dogmática constitucionalista, excede la extensión y el objetivo de estas líneas. Por tal motivo, a fin de poder avanzar en el análisis sobre el paternalismo jurídico, asumiré a modo de hipótesis que este requisito de “legalidad” también está cumplido.

Si se concede validez a la aclaración del párrafo anterior, se puede sostener que la facultad de limitar la libertad de tránsito a “desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos” (art. 2 del DNU 297/2020), dispuesta por el Estado Nacional, se encuentra jurídicamente respaldada.

3. La Declaración 01/2020, del 9 de abril de 2020, emitida por la Corte IDH (“COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”), recuerda a los Estados americanos sometidos a su jurisdicción cuáles son los límites de su actuación y los recaudos de procedencia. En este sentido, luego de reiterar que ante la pandemia cualquier medida restrictiva de derechos humanos debe contener un límite temporal, una razón científica, y ser estrictamente necesaria y proporcional, la Declaración indica que deben

garantizarse los DDHH *sin discriminación*. En especial, los de aquellas personas integrantes de grupos en situación de mayor vulnerabilidad, entre otras, las personas mayores. La Corte IDH destaca asimismo que el “derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia.”

La mención a la *dignidad humana* es necesaria, pues sobre ella se erige toda la estructura del derecho de los derechos humanos, y los valores que fundamenta (libertad, autonomía, igualdad, solidaridad y responsabilidad). Y en tanto se trata de valores consensuados por todos los interesados de la comunidad dialógica, plural y democrática, dotan de *legitimidad* al sistema. Aún más, tratándose de valores acogidos por las normas del derecho de los derechos humanos se puede decir, con palabras de Elías Díaz, que estamos a una “legitimidad legalizada” (DÍAZ, E.: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 28 y ss.). Por su parte, la referencia a los *principios de la bioética*, como se sabe: autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia, se interpreta en un sentido argumentativo totalizador, es decir, que no excluye las otras formas de abordajes bioéticos posteriores que los complementan, tales como el *método casuístico*, el *giro empírico* y, más recientemente, el *giro narrativo*.

4. A pesar de los antecedentes jurídicos y hermenéuticos-argumentativos señalados, en fecha 19 de abril de 2020, el Ministerio de Salud y la Jefatura de Gabinete de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dictaron en forma conjunta la Resolución nro. 16/MJGGC/2020, que los ignora. De hecho, su artículo 2 expresa: “A los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N°297/PEN/20, establecense la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147”. Por su lado, el Artículo 3º estipula: “El aviso efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2º, estará vigente durante 48 horas.” El eufemismo “establécese la necesidad de comunicarse” debe entenderse en el sentido de “obligación”, ya que el texto impone una determinada *norma de conducta*, la cual solo establece obligaciones, prohibiciones o permisiones.

Según se lee, la normativa jurídica citada obliga solo a un grupo de personas –los que cuenten con 70 años o más–, a comunicarse con las autoridades antes de salir de su domicilio, aun para realizar aquellos actos autorizados por el

Gobierno Nacional. Además, el permiso tendrá vigencia por 48 horas. Siendo así, la “necesidad” de gestionar la solicitud del permiso de salida “especial” es contraria a derecho, discriminatoria y éticamente inaceptable.

Es contraria a derecho porque impone solo a las personas mayores de 70 años, una exigencia sobre una materia que excede al gobierno local y que, además, desconoce la normativa de emergencia dictada por el Estado Nacional. Es decir, adolece del vicio de ilegalidad.

Es discriminatoria, tal como resolvió un tribunal de primera instancia (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº14, Sec. nº27, autos “Lanzieri, Silvano y ots. c/GCBA s/Amparo, Expte. 3045/2020-0, CUIJ: j-01-00020842-2/2020-0, Actuación: I4570412/2020, fallo del 20/04/2020), al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Resolución de CABA. Entre otros argumentos, la decisión judicial señala con criterio acertado que la discriminación por causa de edad contraviene el sistema de DDHH en general, y la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” (arts. 2, 4 y conc.), en particular. Se destaca que esta Convención Internacional específica fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) durante la 45º Asamblea General (15/06/2015), y aprobada por el Congreso argentino mediante la sanción de la Ley nº27.360 (B.O. 31/05/2017). Ello significa que integra el *corpus iuris internacional* en materia de DDHH. En este marco, el reproche agravado se vincula con la imposición a una persona o grupo de personas, por su sola condición de edad, de una obligación diferente y más gravosa que al resto de los ciudadanos.

Es éticamente inaceptable. Este reproche ético admite dos puntos de análisis diferentes. El primero asume como ciertas las intenciones benevolentes de la Resolución expuestas en sus considerandos (protección especial de los mayores de 70 años). El segundo, por el contrario, interpreta que en la Resolución de CABA subyace el criterio utilitarista de privilegiar la protección del sistema sanitario por sobre la salud de cada individuo, ante un eventual contagio masivo de sujetos más propensos a contraer el virus y enfermar. Ahora bien, cabría preguntarse qué busca en verdad la normativa, si proteger a las personas mayores de 70 años o evitar que éstas, por ser uno de los grupos más vulnerables a la enfermedad, eventualmente provoquen un colapso en el sistema sanitario. En mi opinión, el criterio de planificación sanitaria que se basa en la contienda salud pública o general versus salud individual es un problema que, desde el punto de vista de la ética, no debe resolverse mediante la discriminación de un Colectivo de personas determinado. Pero profundizar sobre esta segunda línea de análisis excede los límites de este breve artículo. De manera que, por el momento, me centraré en el primer supuesto (actitud benevolente), que por otra parte es declarado en los

considerandos. Al respecto trataré de argumentar por qué considero que nos encontramos ante un supuesto de *paternalismo jurídico injustificado*.

5. La acción de un agente es *paternalista* cuando interfiere en la libertad de otro individuo, con el propósito de beneficiarlo o evitar que se dañe a sí mismo (DWORKIN, G.: “*Paternalism*”, en Sartorius, R. –ed.-, *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 19-34, 1987). En la vida cotidiana existen numerosos ejemplos donde se asumen conductas paternalistas; sucede en las relaciones académicas, en las familiares (no solo entre progenitores e hijos, sino también entre cónyuges o convivientes entre sí), en las sanitarias (médico-paciente) y, naturalmente, en las políticas (Estado-ciudadanos).

El paternalismo presupone entonces una relación intersubjetiva, cuyas características son: a) la interferencia de un sujeto sobre la libertad de otro, y b) la finalidad de benevolencia, que comprende la promoción de un beneficio para el destinatario, o bien evitar que éste se dañe a sí mismo.

En Derecho, el *paternalismo jurídico* sostiene que siempre existe una razón buena para justificar una prohibición o un mandato jurídico, aun cuando se impone contra la voluntad del destinatario, siempre que ello sea necesario para evitarle un daño físico, psíquico o económico (GARZÓN VALDÉS: “*¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?*”, en *Doxa*, n° 5, 1988, pp. 155-173). También cabe incluir en este concepto las acciones que pretenden asegurar un beneficio de la persona (físico, psíquico o económico). Desde esta perspectiva jurídica, el elemento modal coacción de la interferencia aparece en forma más nítida, lo que resulta de toda lógica, pues se trata de una propiedad inherente y específica a este sistema normativo. Los ejemplos arquetípicos de paternalismo jurídico son la obligatoriedad del uso de casco para circular en motocicletas y el cinturón de seguridad para hacerlo en automóviles.

En esta conceptualización y caracterización, es importante destacar que no deben confundirse las interferencias paternalistas con las *perfeccionistas*. En estas últimas, el Estado impone a las personas un determinado ideal acerca de lo que es bueno, correcto o virtuoso, con prescindencia del ideal individual. El paternalismo, en cambio, no impone un ideal de lo bueno, sino conductas o cursos de acción para que el individuo pueda realizar su propio plan de vida, que eligió en forma libre. De allí que se sostenga que el perfeccionismo es “*autofrustrante*” (NINO, C.: *Ética y derechos humanos*, 2^a ed. ampliada y revisada, 4^a reimp., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 414). De manera que, desde una visión democrática, pluralista, igualitaria, basada en el respeto de la persona, la interferencia perfeccionista nunca podría justificarse en los discursos moral, jurídico o político.

6. Ahora bien, el paternalismo jurídico no siempre está justificado. Y cuando ello sucede, la norma carece de legitimidad. Entonces, interesa establecer en qué circunstancias la interferencia coactiva podría considerarse justificada.

El primer abordaje que corresponde realizar es desde la concepción *utilitarista*. En su ensayo conocido de mediados del siglo XIX, "Sobre la libertad", John Stuart Mill sostiene que el *principio de libertad* otorga validez a las relaciones sociales que involucran coacción (mediante el uso de fuerza física, sanción jurídica o coerción moral), solamente en la medida que su propósito consista en la prevención de daños a terceros. Y agrega: "Respecto de la parte que solo a él concierne, su independencia es, por una cuestión de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su mente, el individuo es soberano" (MILL, J. S.: *Sobre la libertad*, trad. Lucas Bidon-Chanal, ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires, 2010, p. 54). Para Mill, el propio individuo es quien está en mejores condiciones de conocer cuáles son sus intereses y cómo procurárselos, para lograr su mayor bienestar. Desde luego, para esta concepción no estaría justificada ninguna interferencia paternalista, salvo la ya mencionada protección de terceros. Sin embargo, el punto de partida de esta posición es erróneo. De hecho, la persona no siempre conoce qué medidas son las mejores para fomentar sus intereses, ni cuál es la forma más apropiada para conseguir su mayor bienestar. Un ejemplo de esto último lo brinda la noción de vulnerabilidad, que aporta la transdisciplina, omnipresente en el desarrollo dogmático del delito de Trata de personas. Pero suscribir estas críticas a la concepción utilitarista no implica sin más admitir la posible justificación ética del paternalismo jurídico. Ello requiere ponderar también el *principio de autonomía* y el *principio de igualdad*, que se complementan con la noción de *competencia*.

El principio de autonomía impide interferir en la libre elección y puesta en práctica de los ideales y planes de vida de los sujetos. Las excepciones a esta regla son el *principio de inviolabilidad*, esto es, cuando el ejercicio de la libertad coloca a otros individuos en una situación de menor autonomía relativa; y el *principio de la dignidad humana*, que se verifica cuando el propio individuo a quien se restringe la autonomía presta su conformidad (NINO, C.: *Ética*, cit., p. 413). Esta perspectiva exige valorar no sólo la *capacidad* de elegir del individuo, sino también el *contenido* de la elección. Ello significa que la capacidad para la autonomía en sí misma no autoriza a sostener que el paternalismo jurídico esté justificado *a priori*, aunque tampoco que no le esté. Es decir, esta visión requiere profundizar sobre el contenido de cada caso; por ejemplo, la vacunación o la escolarización primaria y secundaria obligatoria indudablemente son interferencias estatales, pero en

modo alguno impresionan injustificados. La debilidad de esta concepción es su indeterminación y las pautas para valorar el contenido de la elección.

En cuanto al principio de igualdad, se sostiene que el paternalismo jurídico es inequitativo porque la interferencia coactiva presupone la falta de simetría en las capacidades relacionales. Justamente, su posibilidad de realización recae en la situación de subordinación del individuo a quien se le impone una conducta. En consecuencia, desde este punto de vista el paternalismo tampoco estaría justificado. Se puede contraargumentar que, en rigor de verdad, no siempre sucede así. Existen supuestos de paternalismo recíproco, donde se parte de una situación de igualdad, otorgándose un *consentimiento anticipado* para actos futuros. La finalidad de este consentimiento anticipado es prever una eventual situación de debilidad o falta de capacidad. Piénsese, por ejemplo, en lo que sucede en las relaciones familiares con las directivas médicas anticipadas.

7. Dado que ni la autonomía ni la igualdad nos brindan por sí solas razones definitivas, una posible vía de solución al problema radica en combinarlas con la noción de *consentimiento hipotético*, a partir de la idea de *competencia*, entendiendo por tal a la capacidad del individuo de enfrentar racionalmente y con probabilidad de éxito los conflictos a los que se enfrenta.

Lo que el paternalismo jurídico requiere para ser valorado como justificado es una *competencia básica*, esto es, aquella que resulte útil para resolver cuestiones cotidianas de la vida. Los vicios que afectan de forma insalvable la competencia básica son aquellos supuestos en los que la persona: a) ignora elementos relevantes de la situación, b) su fuerza de voluntad o sus facultades mentales están reducidas, c) su voluntad está condicionada, y d) su accionar es incoherente, lo cual se verifica cuando acepta un determinado bien que no desea arriesgar, pero a la vez no utiliza los medios que lo protegen a pesar de tenerlos a su alcance (v. gr., acepta como bien la vida o la integridad psicofísica, no la desea arriesgar, pero no utiliza el cinturón de seguridad).

Pese a ello, la sola afectación de la competencia básica no es suficiente para justificar la interferencia coactiva. Constituye sí una condición necesaria, pero no suficiente. Se requiere además una *acción benevolente*, que procure superar una situación de desigualdad, a fin de que la persona pueda desarrollar autónomamente su propio sentido de bien y proyecto de vida. Dicho de otra manera, se requiere verificar al menos una (in)competencia básica (premisa empírica) y la finalidad benevolente de la acción, que favorecerá la autonomía mediante la superación de la desigualdad (premisa ética normativa). Ambas premisas, la empírica y la normativa, constituyen las condiciones necesarias y suficientes para justificar el

paternalismo jurídico. La consecuencia de ello, tal como postula Garzón Valdés, es que no estará justificada la intervención coactiva que pretenda evitar que alguien se dañe a sí mismo o incluso que se prive de la vida, si considera a la muerte como liberación (eutanasia). Tampoco el supuesto que alguien corra riesgo probable de daño si hace a su felicidad o placer (deportes extremos); o si decide arriesgar su vida por los demás (GARZÓN VALDÉS: “¿Es éticamente justificado?”, cit., pp. 165-170).

8. En conclusión, la normativa dictada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a pesar de contener un argumento benevolente, carece de justificación ética. La ampliación de la restricción a la libertad de transitar solo a las personas mayores de 70 años es ilegítima, pues no demuestra –no podría hacerlo– que todos los miembros pertenecientes a ese colectivo poseen alguno de los vicios antes enunciados, con entidad suficiente para afectar su competencia básica (premisa empírica).

El COVID-19 pone en juego nuestros bienes más preciados. Por ello, en tanto miembros de una comunidad dialógica y de un Estado democrático y plural, es correcto que las normas jurídicas de emergencia sanitaria echen mano a la herramienta del consentimiento hipotético anticipado, como justificación de la restricción de nuestra libertad de transitar. Pero ello solo será legal en la medida que tal restricción sea razonable, necesaria, proporcional, limitada en el tiempo y responda a criterios científicos para contener el avance de la pandemia. Y solo será legítimo en la medida que no discrimine.

En suma, para preservar los DDHH sería esperable que las autoridades gubernamentales eviten sobreactuaciones jurídicas del tipo a la aquí criticada que, lejos de promover el cuidado de los integrantes de un grupo vulnerable, les impone una carga extra a la ya gravosa limitación de derechos. Los adultos mayores no son incompetentes básicos, solo nacieron un tiempo antes.

DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO ANTE EL CORONAVIRUS

HUMAN RIGHTS IN MEXICO AGAINST THE CORONAVIRUS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 52-61



— — — — —
| | | | |
| Alfredo ISLAS |
| COLÍN |
| | | | |
— — — — —

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Se expone algunas reflexiones sobre los derechos humanos ante la pandemia COVID-19 en México como son las restricciones a la libertad de tránsito, al derecho a la salud de los trabajadores, el Derecho a la identidad y los derechos humanos de grupos vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; libertad de Tránsito; derecho a la salud de los trabajadores; derechos humanos de grupos vulnerables; derecho a la identidad.

ABSTRACT: Some reflections on human rights in the face of the CONVID-19 pandemic in Mexico are exposed, such as restrictions on freedom of transit, the right to health of workers, the right to identity and the human rights of vulnerable groups.

KEY WORDS: Human rights; freedom of transit; worker's right to healthcare; human rights of vulnerable groups; right to identity.

I. Introducción. Nadie se preparó de manera suficiente para una emergencia sanitaria global de la magnitud y efectos mortales como es la generada por el virus SARS-CoV2, pues para 30 de marzo del presente año, se declaró en México por Consejo de Salubridad General se suspendan las llamadas “actividades no esenciales” para mitigar la dispersión y transmisión del virus COVID-19 dirigidas a las instituciones del sector público, social y privado, del periodo 31 de marzo al 30 de mayo del año 2020. Aunque el plazo de la suspensión sería modificado, según avance por regiones de la pandemia. Se cerraron escuelas, universidades, fabricas, todo establecimiento que realiza actividades no esenciales. Para ello, se dictaron diversas acciones extraordinarias para hacer frente a la epidemia que provoca enfermedad con consecuencias graves hasta la muerte, situación que se requiere, atención prioritaria en este periodo de emergencia sanitaria provocadas por fuerza mayor. Para fortalecer las suspensión de las “actividades no esenciales” para evitar la dispersión y contagio por la transmisión del virus COVID-19, se dirigieron a las personas físicas para que de manera voluntaria sigan los programas denominados “Sana distancia” y después, “Quédate en casa” para reducir su movilidad.

En México, más de la mitad de la población trabaja en el sector informal, y mas del 42% vive en la pobreza. Y se descubre, que el sistema hospitalario es precario por la corrupción de administraciones gubernamentales anteriores que desmantelaron el sistema de salud por haber abandonado mas de trescientos hospitales que dejaron a medias, sin terminar su construcción, sin muebles ni personal para su funcionamiento, fruto de la corrupción y que habían reportado como terminados. Por lo que las medidas que se toman, tienen en consideración estos tres aspectos, como, el respeto de los derechos humanos.

Esta combinación de medidas: por una parte, la suspensión de “actividades no esenciales,” obligatorias para los establecimientos de los sectores públicos, privados y sociales; y por otra parte, voluntarias para las personas físicas, el cumplimiento de los programas “Sana distancia” y “Quédate en Casa” tienen por finalidad el respeto del Estado de Derecho. Lo anterior es así, ya que las acciones gubernamentales se han realizado de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73, fracción XVI, que estipula que el Consejo de Salubridad General, el cual depende del Presidente de la República, está facultado para que en caso de epidemias de carácter grave, dicte disposiciones de carácter general que tendrán el carácter obligatorio en el país. De lo anterior, es importante resaltar, que el acuerdo del 30 de marzo del Consejo de Salubridad

• **Alfredo Islas Colín**

Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: islas40@hotmail.com

General que se suspendan las llamadas “actividades no esenciales”, no corresponde a suspensión de derechos humanos previsto en el artículo 29 Constitucional, tanto porque al Comité de referencia no tiene competencia para ello, tampoco es el procedimiento para ello, no se están suspendiendo derechos humanos a las personas y las acciones dictadas por el Comité van dirigidas a los establecimientos, no a las personas físicas, con la finalidad de evitar la dispersión del COVID-19 y proteger de dicha manera a las personas en su salud y hasta su derecho a la vida. A partir acuerdos, el Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal, la Cámara de Diputados y de Senadores, los órganos de la administración centralizada y los órganos constitucionales autónomos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, emitieron acuerdos en los que declaran que no correrán plazos, ni términos legales y que solamente funcionarán en actividades esenciales con personal para las guardias.

2. Los derechos humanos en México. Se reconocen, los previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales en los que México sea parte y deben ser respetados, prevenirse, investigar y reparar las violaciones de derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Asimismo, se reconoce en la Constitución Política, artículo 4, párrafo 4º, como un derecho humano, que “toda persona” tiene el derecho a la salud, el cual es protegido, de manera concurrente entre las autoridades de la federación como cada uno de los treinta y dos entidades federativas.

Las violaciones de derechos humanos durante la contingencia sanitaria COVID-19 en México son diversas, con consecuencias mayores que en tiempos normales, las cuales generan efectos diferenciados a los grupos más vulnerables, por lo que las autoridades que emitan “medidas y acciones extraordinarias” para atender la emergencia sanitaria deben ser en el marco del respeto de la dignidad, la igualdad y libertad de las personas, respetando el principio de legalidad, las estrictamente necesarias en una sociedad democrática y proporcionales para el fin legítimo de protección del derecho a la salud.

Por el espacio, solamente enunciaremos algunas posibles violaciones de derechos humanos, seleccionadas más por la información que se tiene al momento, que por su orden de importancia.

Los temas que expondremos son: 1. La libertad de tránsito. 2. El derecho a la salud de los trabajadores 3. El derecho a la identidad. 4. Los derechos humanos de grupos vulnerables.

3. En relación a la libertad de tránsito. La limitación a la circulación de las personas con el cierre de fronteras, caminos, carreteras, toques de queda, retenes en otros que impidan que las personas viajen o circulen legalmente de una comunidad a otra o municipio o estado no solamente es una violación a la libertad de tránsito, sino que como sabemos los derechos humanos son interdependientes de este derecho vinculado con otros derechos humanos relacionados con el mismo estado de emergencia sanitaria con que su limitación puede producir en algunos casos consecuencias fatales. Por lo anterior, son ilegales los llamados “Toques de Queda” decretados en 31 municipios de once Estados de la República mexicana como son: Guerrero, Michoacán, Quinta Roo, Yucatán, Jalisco, Baja California, Sonora, Chihuahua, Morelos, Coahuila y Nuevo León.

Se considera violatorio de la libertad de tránsito los programas siguientes:

- I) El programa “Quédate en casa obligatorio en fase 2” en el Estado de Sonora;
- 2) Los programas “aislamiento obligatorio” en los Estados de Michoacán y Jalisco;
- 3) El cierre de fronteras internacionales los estados de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León mediante el control estricto de 21 puentes fronterizos entre sus entidades y los Estados Unidos de Norte América;
- 4) El acceso restringido o controlado por parte de las autoridades municipales o la misma población de la región, de 340 municipios lo que equivale al 20% del total de los municipios del país, en casi la mitad de los estados del país, principalmente en los estados siguientes: Campeche todos los municipios, en Guerrero el 80%; Veracruz 36% y Oaxaca 25%.

Estas restricciones a la libertad de tránsito, no pueden justificarse por la situación extraordinaria, pues no se ha declarado suspensión de derechos humanos, ya que no es el procedimiento para suspender derechos humanos, ni tampoco las autoridades están facultadas para restringir derechos humanos, por lo que el Comité de Salud del Estado de Sonora, no puede aprobar validamente en el programa “Quédate en casa obligatorio en fase 2” dicha obligación, ni usar la fuerza pública para hacerse obedecer, ni ordenar “toques de queda” y mucho menos fijar y hacer efectivas multas a las personas que no cumplan.

Algunas de las sanciones indebidas por no respetar la restricción de movilidad, van desde multas, arrestos, trabajos comunitarios, como en los estados de Michoacán y Jalisco, hasta tortura al provocarles las autoridades a las personas sufrimientos físicos y o psicológicos, con motivo del incumplimiento de sus restricciones a la libertad de tránsito, como ha sucedido en Guerrero, con la

Policía Comunitaria de Tecamanera debido a que los “jóvenes no acataron las medidas de quedarse en casa.”

4. En relación con el derecho a la salud de trabajadores. El acuerdo del Consejo de Salubridad General señalamos que declaró la suspensión de “actividades no esenciales” en los establecimientos públicos, privados y sociales, con la finalidad de evitar la contaminación entre las personas. Asimismo, se reconoció que existen personas con mayor riesgo para la contaminación, como las personas embarazadas, mayores y que tengan alguna enfermedad previa como cáncer, diabetes o hipertensión. Por lo que estas personas, aún desempeñándose en actividades “no esenciales”, no están obligadas a trabajar durante el periodo de la suspensión. Pero las violaciones de los derechos humanos de los trabajadores como de los grupos vulnerables como lo exponemos a continuación:

1) De las quejas recibidas por el Comité Nacional para Prevenir la Discriminación, el 32% son de personas que perteneciendo a estos grupos vulnerables de mayor peligro contagios por el SARS-CoV2, que puede afectar su salud y hasta su vida por ser obligados a acudir a su centro de trabajo;

2) En Chihuahua, Ciudad Juárez, 340 trabajadores exigen en tres maquiladoras paro técnico para evitar los contagios, el respeto de su salario íntegro y prestaciones; y en el mismo estado, 13 trabajadores han muerto en una sola maquiladora por contagios del COVID-19;

3) En Baja California, 60 trabajadores de maquiladoras están contaminados por el COVID-19;

4) En todo el país la empresa “Grupo Salinas” que se ocupa de venta de electrónicos, muebles para las casas, telecomunicaciones (televisión, estaciones de radio, televisión por cable, telefonía), servicios financieros (bancos, afores, venta de seguros), ensambladora de motocicletas, con filiales en Honduras, Guatemala, Panamá, el Salvador, República Dominicana, Perú, Brasil, no cierra sus tiendas que no realizan “actividades esenciales”, contaminándose varios de sus trabajadores y ha ocasionado cierre de locales por autoridades municipales y protestas de otros establecimientos por el trato desigual.

Es importante resaltar, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó, en su Resolución I/2020 denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” que se deben de proteger de manera prioritaria a los grupos vulnerables, dentro de ellos, a los adultos mayores, los cuales deben ser incluidos en los programas de prevención y protección de la salud con motivo de

la pandemia COVID-19. Asimismo, que se revisen los protocolos de actuación de los médicos para que en la distribución de recursos y tratamientos médicos, se otorguen sin criterios de discriminación.

5. Derecho a la identidad de las personas. Los gobernadores de los Estados de Coahuila, Tamaulipas y Nuevo León declararon que las personas que fallecieron por motivo del SARS-CoV2, deben ser cremados los cadáveres, sin distinguir si las personas están identificados o no. Es importante, no borrar los elementos de prueba, especialmente en el caso de las personas desaparecidas ya que se requiere saber, si se localiza la persona desaparecida, conocer las causas de su muerte para delimitar responsabilidades. Por lo que la Ley General en Materia de Desaparición de Personas ordena que aquellos cadáveres o restos que no han sido identificados, está prohibida la icineración de cuerpos. Las leyes generales son eso, de cumplimiento general, por todos los estados de la república, están obligados a su cumplimiento, pues a la Nación le interesa, que esos temas sean regulados por la federación, para evitar la dispersión legislativa. Asimismo, de manera específica, se emitió por el gobierno federal, la Secretaría de Salud y de Gobernación acuerdan el 17 de abril de 2020, que se prohíbe la icineración de los cadáveres no identificados, no reclamados, que hayan fallecido a consecuencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV2.

6. Derechos humanos a grupos vulnerables. Los grupos vulnerables son diversos aunque no se tiene suficiente información se consideran que históricamente son discriminados, por lo que solamente mencionaremos algunas líneas de los pueblos indígenas y afromexicanos y los reclusos:

I) Indígenas y afromexicanos. La nación mexicana es pluricultural, sustentada en los pueblos indígenas y afromexicanos los cuales tienen los derechos para garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social. Se tienen datos de 209 casos de personas indígenas y afromexicanos que tienen positivo al SARS-CoV2 de 784 pruebas aplicadas.

La falta de una política de difusión suficiente plurilingüística son parte de dicha situación, no obstante la recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” señala, de informar en su idioma tradicional. El mayor número número de éstos grupos vulnerables con dicho diagnóstico son de los Estados de Quintana Roo, Ciudad de México, Estado de México y Yucatán. La misma Comisión Interamericana reitera que los derechos de los pueblos indígenas y

afromexicanos tienen derechos como la salud con pertinencia cultural, atendiendo cuidados preventivos, sus prácticas curativas y medicina tradicionales. Asimismo, evitar, en la restricción de derechos humanos, el uso de la fuerza de manera desproporcionada y con criterios discriminatorios a éstos grupos vulnerables.

2) Reclusos. Los reclusos son un grupo vulnerable, no solamente por la restricción a su libertad personal, sino que también, el mayor número de recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos a establecimientos públicos, por años, son los centros de reclusión, por no cumplir las condiciones mínimas de infraestructura y porque existe hacinamiento en un gran número de centros de reclusión. Además, de la condición de vulnerable por ser reclusos, se agrava la situación de aquellos reclusos que son más vulnerables por los efectos mortales que produce en mujeres embarazadas, adultos mayores y personas con enfermedades crónicas como cáncer, diabetes, entre otras. Por lo que, para el caso del cumplimiento de la “sana distancia” y así evitar la dispersión y contagio del SARS-CoV2, se han dictado las siguientes medidas: otorgar su liberación o cambio de medidas cautelares de personas privadas de su libertad. En el Estado de México, de conformidad con la Ley Nacional de Ejecución Penal, preliberaron 59 del fuero local y 1864 reclusos les fue otorgada su libertad condicionada con uso de brazaletes electrónicos. En la Ciudad de México, les otorgaron la preliberación a 78 reclusos por razones humanitarias ya que tienen enfermedades crónica o ser perseguidos por delitos patrimoniales en donde no ejercieron violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó en su resolución I/2020, en el mismo sentido que resolvió el gobierno mexicano, que se deben de proteger las personas privadas de su libertad, buscando alternativas para su preliberación, tanto a los que se encuentran en situación de mayor riesgo de salud o perseguidos por delitos patrimoniales.

3) Ley de Amnistía. Se publicó la ley de Amnistía para continuar con la despresurización de los centros de reclusión, se otorgó amnistía concediéndoles como consecuencia, su libertad a personas a aquellos que cometieron delitos contra la salud, estando en una situación de pobreza al momento de la comisión del delito del que se le acusa, extrema vulnerabilidad o exclusión por discapacidad al momento de la comisión del ilícito realizada por indicación de su familiar u obligado por grupos de la delincuencia organizada. También a los indígenas o afromexicanos que no tuvieron traductor en el proceso judicial se les concedió su libertad.

7. Conclusiones. Las acciones urgentes y extraordinarias tomadas por las autoridades mexicanas federales, estatales y municipales para hacer frente a la

pandemia COVID-19 en México en algunos casos, son desproporcionales, en relación con el respeto de los derechos humanos relativos a la libertad de tránsito, al derecho a la salud de los trabajadores, el Derecho a la identidad de las personas muertas como consecuencia del COVID-19 y los derechos humanos de grupos vulnerables como adultos mayores, trabajadores, indígenas y afromexicanos.



RIGHT RESTRICTION OR RESTRICTING RIGHTS? THE UK ACTS TO ADDRESS COVID-19*

¿RESTRACCIÓN DE DERECHOS O RESTRICCIÓN DE DERECHOS? LAS LEYES DEL REINO UNIDO PARA ABORDAR COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 62-69

* First published on the *Verfassungsblog*, 17 April 2020.



Joelle
GROGAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El Reino Unido tardó en adoptar medidas para abordar la pandemia de COVID-19. Sin embargo, el 23 de marzo de 2020 y después de las crecientes tasas de infección y mortalidad, el gobierno introdujo las medidas más restrictivas sobre el movimiento en la historia moderna del Reino Unido. Estas medidas de bloqueo que introdujeron una limitación radical en el movimiento fuera del hogar se introdujeron a través de la legislación estatutaria: regulaciones hechas por el gobierno y no debatidas ni legisladas por el Parlamento. Este artículo considera los problemas que las respuestas legales del Reino Unido para abordar el COVID-19 plantea en términos de democracia, derechos humanos y estado de derecho.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; poderes de emergencia; derechos humanos; regulación.

ABSTRACT: *The UK was initially slow to adopt measures to address the COVID-19 pandemic. However on 23 March 2020 and following escalating infection and mortality rates, the government introduced the most restrictive measures on movement in modern UK history. These lockdown measures which introduced sweeping limitation on movement outside the home were introduced through statutory legislation: regulations which were made by the government and not debated nor legislated by Parliament. This article considers the issues the UK's legal responses to address the COVID-19 raises in terms of democracy, human rights and the rule of law.*

KEY WORDS: COVID-19; emergency powers; human rights; regulation.

I. Introduction. The UK initially downplayed concerns arising from the spread of COVID-19: Prime Minister Boris Johnson suggesting Britain should '**take it on the chin**', pursued a policy which introduced no significant measures beyond encouraging **hand-washing for 20 seconds**. This changed, **abruptly**, on 12 March. On the same day schools and businesses were shut in **Ireland** and **France**, and three days after **Italy was locked down**, Prime Minister Boris Johnson announced a move to the delay phase and advised, though did not direct, over-70s to stay home, and travellers to avoid cruises. People should 'avoid pubs and restaurants', but they would not be closed. Large gatherings, such as the **Cheltenham Festival**, would not be prevented from going ahead. On 19 March following the rapid **spread of the virus**, the government announced that there was '**zero prospect**' of a lockdown in London which would place limits on peoples' movement. Four days later, on **23 March**, the capital entered lockdown along with the rest of the country. '**Zero prospect**' had lasted less than four days.

2. The UK Acts to Address Coronavirus. Short of declaring a state of emergency, the government has instead '**declared war**' on the virus, repeatedly underlining the COVID-19 pandemic necessitated '**wartime-style mobilisation**'. Targeted legislation was needed to introduce the scale of powers and measures needed to address the emergency, and to account for the fact that health is a **devolved competence**. The Coronavirus Bill, at 359 pages, was published on 19 March, and fast-tracked through Parliament to receive royal assent four parliamentary days later on 25 March. The Act provides for a myriad of measures aiming to address the COVID-19 crisis including supporting the health service and its workers, as well as reducing certain administrative checks relating to the certification of deaths, and the detention and treatment of **mental health patients**.

The Act notably did not give or extend specific lockdown powers to government. The Secretary of State had at that point already enforced lockdown through secondary legislation under the **Public Health (Control of Disease) Act 1984** as amended in 2008 in light of the SARS outbreak. The Coronavirus Act 2020 does, however, extend powers to quarantine those who have tested positive (or inconclusive) as well as to test those who may be suspected of the disease to authorities across the UK. Powers to restrict or close premises as well as the power to prohibit any gatherings are given to Ministers in each of the UK's constitutive governments (the central government in Westminster, and the devolved

• **Joelle Grogan**

Senior Lecturer in Law, Middlesex University London. Correo electrónico: J.Grogan@mdx.ac.uk

administrations in Wales, Scotland and Northern Ireland). The Coronavirus Act 2020 was notably not excluded from the **Human Rights Act 1998** (which gives legal recognition to the **European Convention on Human Rights** in the UK), and so powers under it can be subject to review for compatibility with ECHR rights.

Notably from the question of privacy and surveillance, the Act (temporarily) amends the Investigatory Powers Act 2016 to allow for the appointment of temporary judicial commissioners to issue arrest and surveillance warrants, as well as extending the time for retroactive approval of arrest warrants issued in urgent cases. Under the Coronavirus Act too, the Secretary of state may make regulations to **extend the time** that biometric samples (eg DNA and fingerprints) may be retained for national security.

The Act has a sunset clause of two years, with the option for parliament approved six-month extensions beyond that point. This was initially met with strong **opposition** against such a long period. It can be contrasted with the Scottish equivalent **Coronavirus (Scotland) Act 2020**, which has been drafted to include only a six-month sunset clause with option for renewal. One **concession** accepted by Government in the form of an amendment to the Coronavirus Act 2020, is that there will be a six-month Parliamentary review in the form of a debate on the date of the expiry of the Act. This follows two-month status reports, and a debate on non-devolved matters in the Act in both Houses of Parliament after a year, should the powers still be in effect in March 2021.

A welcomed aspect of the Coronavirus Act is its self-containment. While the Act has introduced temporary amendments to other Acts, its provisions only relate, and can **only be interpreted** as relating, to COVID-19. Upon the expiry of the Act, its effects – even where it has modified other primary acts – disappear. In distinction to concerns in other states as to the permanent changes to the law following the introduction of these emergency powers, the Coronavirus Act 2020 is not expected, or designed, to create any permanent change.

3. Who Restricts the Restrictions? The most restrictive measures on movement in modern UK history were made via statutory instrument by the Secretary of State under the Public Health Act 1984. The Regulations for **England** and **Wales** state in near identical prohibition: 'During the emergency period, no person may leave the place where they are living without reasonable excuse.' The 'emergency period' can last up to six months, as determined by the Secretary of State on a three-weekly basis. The list of thirteen exceptions (or reasonable excuses) to the rule include: to obtain basic necessities including food and medicines, to take exercise, as well as to seek medical advice and to provide care and assistance. In

order to attend a funeral as a friend, no other members of the family or household must be attending. Amid **escalating rates of domestic abuse**, a final 'reasonable excuse' is 'to avoid injury or illness or to escape a risk of harm'. Similar prohibitions were made under equivalent legislation in **Northern Ireland** and **Scotland**.

A regulation is not primary legislation: it is not debated, scrutinised or legislated by Parliament. The Regulations came into force the same day they were laid. However, as the Regulation is under the **affirmative procedure**, it must be approved by Parliament within 28 of coming into force. Its legality rests on its interpretation of the Public Health (Control of Disease) Act 1984, and provisions which allow a Minister to make a '**special restriction or requirement**' '**on where [a person] goes or with whom [a person] has contact**'. To interpret these sections as allowing for a nationwide lockdown of the entire population has been variously argued to be '**suitable and necessary**', '**up to the limit of what is permitted under its parent statute, and arguably beyond**', and, as the '**legal underpinnings of the provisions are so thin**' the Regulation is *ultra vires* – and unlawful. An answer, and preferred in my opinion, would have been for the lockdown to have been based on an Act of Parliament with such legislative scrutiny and appropriate democratic, rights and rule of law safeguards as this would provide. This could even have been within the Coronavirus Act 2020, which would then supersede and replace the Regulations which are secondary legislation made by government ministers.

Even where there was little scrutiny (yet), there are some safeguards: the 1984 Health Act requires measures introduced to be **proportionate**, and compatible with ECHR rights. Balancing the legitimate aim of protecting public health against the protection of civil liberties, and in particular the rights of liberty (Article 5 ECHR, in restricting movement to thirteen reasoned excuses), religion (Article 9 ECHR in restricting religious services including funerals), and freedom of assembly and association (Art 11 ECHR in limiting any gatherings of people) should not be seen in the absolute sense as it creates an unjustifiable 'rights versus health' paradigm. Instead, measures adopted, and powers used, must be proportionate to the limitation on rights they are imposing, plausibly on a case-by-case basis.

The Police are empowered under the Regulations to question people why they are out, and if not satisfied the answers fall under the 13 reasonable excuses may issue a £30 fine, £120 on the second offence and then doubling with each successive offence to £960. While the police are instructed to '**persuade, cajole, negotiate and advise**' as a primary approach, if the person still refuses to comply, the police may use 'reasonable force' where they deem necessary to return the person home.

A **number of incidents** involving the (**inappropriate**) use of powers have been **reported**. Concerns have also been **raised** that there may be targeted use of

these powers to police minority groups. While not indicative of the probability (or possibility) of systemic or widespread misuse of powers, it highlights the critical lack of communication as to the *legal use* of the powers. This creates critical concerns where there is disparity in the application of the law, particularly where there is little guidance on what constitutes a 'reasonable belief' in what **may not be an exhaustive list** of excuses. The Regulation allows for people to leave their home '**to obtain basic necessities, including food**': this cannot and *does not* mean police have **search powers** to ensure people are purchasing 'only essential food'. Clear understanding of the application of the Act and the Regulation is essential.

The primary concern which delayed the introduction of these measures was that the population would quickly become '**fatigued**' with them. However, disproportionate or discriminatory (mis)use of these powers will foster not only fatigue, but frustration. Legal certainty and transparency are vital. On this, the Scottish Police Force should be lauded for the **appointment of an independent reviewer** to oversee the use of new emergency powers. A first, and most important step however to support police forces throughout the country already under enormous **pressure** to ensure social distancing measures to restrict the spread of COVID-19 is to ensure all know what the law requires – and what it does not.

4. Virtual Justice and Democracy. The UK Parliament rose for Easter recess on 25 March and is due to return on 21 April 2020. On the expectation that social distancing measures would still be in place on that date, the Lord Speaker urged for the Parliament to operate 'virtually' in order to fulfil its constitutional functions to debate, legislate, and scrutinise the actions of government. Virtual meetings of the Select Committees have already been successfully trialled, and the **first online Privy Council meeting** with the Queen in history was held on 3 April 2020. To echo the Lord Speaker, such action to ensure the continuity of the ordinary functions of Parliament, even in an extraordinary time, is '**vital**'. Meaningful scrutiny, as recommended by the **Bingham Centre**, is needed to ensure Parliamentary sovereignty over the executive and the effective consideration of the proportionate, justified, and intended use of powers under the Health Act and the Coronavirus Act 2020.

The Coronavirus Act 2020 postpones local elections, mayoral, police and crime commissioner elections which had been due to be held in May 2020 by a year until May 2021. It also delays the decennial electoral registration canvas that was due in Northern Ireland in 2020. While determining the preferable policy was to delay public plebiscite, the Coronavirus Act 2020 did make provision for the expansion of the availability of video links for criminal, civil, family and tribunal

proceedings, including for public participation. However, such provisions may not provide sufficient support for vulnerable defendants, nor those without or with limited access to technology and the internet. Paired with the equal but opposite concern of *not* holding proceedings leading to lengthy postponements, it is possible that future cases based on the infringement of the Article 6 ECHR right to a fair trial may arise. Most likely, whether justice and democracy will move virtually entirely online in the UK, will soon be more of a question of the practicality rather than principle.

5. Conclusion. As of 16 April 2020, there have been **13,729 confirmed coronavirus-related deaths** in the UK. The country is forecast to become the **worst affected** state in Europe. COVID-19 is a global crisis, but it necessitates first and foremost shared national and *individual* action. Clear, consistent, correct, and constant guidance is needed from the UK government. This will only have the effect of tackling the spread of misinformation on the virus, but is also critical to guarantee both legal certainty and the transparency of government action, necessary to build **trust** in the government's measures in response to the pandemic.

The most significant question, and one which will be asked with increasing frequency if and as the lockdown extends into May, will be how to govern the effective and proportionate use of the most extremely restrictive measures in modern history. The greatest concern is that this pandemic will not cause one of highest death tolls in the UK during peacetime but may also permanently damage the health of UK democracy, human rights, and the rule of law.



LAS FAKE NEWS ANTE EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

THE FAKE NEWS IN THE FACE OF THE SPANISH CRIMINAL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 70-77



Luis de las
HERAS VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A través de este breve trabajo reflexionamos sobre la libertad de expresión y la criminalización de la mentira en un momento en que las fake news han cobrado protagonismo.

PALABRAS CLAVE: *Fake news; libertad de expresión; delitos de palabra; delitos de palabra.*

ABSTRACT: *Through this brief work we reflect on freedom of expression and the criminalization of lies at a time when fake news has gained prominence.*

KEY WORDS: *Fake news; freedom of expression; crimes committed by words.*

I. *Nada nuevo.* Con carácter preliminar conviene precisar que bajo el anglicismo “fake news” no hay nada nuevo, si acaso su expansión. Y no lo hay pese a los esfuerzos de algunos por inundarnos machaconamente con esa expresión para referirse a las campañas de desinformación o intoxicación informativa, pero que, a su vez y no pocas veces, los adalides de la verdad combaten la desinformación con más desinformación desembocando todo en pura y simple manipulación de las masas.

En consecuencia, pretender presentar la idea de *noticia falsa* como un fenómeno nuevo sólo puede obedecer a empecinamiento o, peor aún, ignorancia. No obstante, lo que es indudable es que el desarrollo tecnológico y su impacto en la generación de noticias (o cualquier otro modo de comunicar un mensaje) ha supuesto un aumento exponencial del número de productores y consumidores de “fake news”.

No es objeto de este brevísimo trabajo abordar prolijos debates entornos al concepto de la “verdad” ni tampoco ofrecer ahora una génesis de las “fake news” desde su fenomenología, pues ello excedería no sólo de la limitación cuantitativa impuesta, sino muy posiblemente cualitativa respecto de las capacidades este autor.

Ahora bien, sí que es necesario fijar el foco sobre dos cuestiones.

La primera es que las “fake news” tienen más que ver con el concepto de “realidad” que con el de “verdad” a pesar de que ambos, evidentemente, estén imbricados. La “realidad” por definición, en este caso de la RAE, es “lo que ocurre verdaderamente” frente a la “verdad” que, en lo que ahora nos interesa, es “la existencia real de algo”.

Cuando estudiamos a Parménides todos recordamos su famosa ley de identidad: “lo que es es y lo que no es no es”. Pues bien, ante las propias limitaciones para definir “lo que es”, un buen termómetro es, precisamente, la “realidad”, es decir, “lo que ocurre verdaderamente”.

La segunda es que las “fake news” por sí mismas no son nada; o, mejor dicho, “comunicar lo que verdaderamente no ocurre” sin ninguna finalidad es simple y llanamente algo propio de necios, aunque, por supuesto, no por ello necesariamente exento de responsabilidad, sí que desborda la noción de “fake news”.

• **Luis de las Heras Vives**

Abogado Penalista. Doctor en Derecho. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: luisdelasherasvives@gmail.com

2. *Construcción de la realidad.* Por conocidos por todos bastará una somera referencia a los once principios de propaganda Joseph Göbbels, que, en esencia, se traducen en fabricar mediáticamente la realidad –¿Cuál? ¡Da igual! La que convenga– al compás de que una mentira repetida vil veces se convierte en una verdad: simplificación y enemigo único, contagio, transposición, exageración y desfiguración, vulgarización, orquestación, renovación, verosimilitud, silenciación, transfusión y unanimidad

Esto, como se ve, no es ninguna novedad, lo que sucede es que hoy asistimos, como habíamos apuntado, a su expansión gracias a la tecnología actual. Las redes sociales, los grandes foros de internet o las aplicaciones de comunicación en tiempo real son potentes herramientas para la divulgación de mensajes de todo tipo. Sin que ello pueda significar caer en la histeria colectiva que identifica lo desconocido con lo peligroso y juzga lo general desde la patología.

3. *La libertad de expresión y la mentira.* El artículo 20.I.a) CE garantiza el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. A diferencia de la libertad de información, la de expresión supone “el derecho a formular juicios y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos” (STC 51/1997, de 11 de marzo).

La mentira en sí misma no es nada. Mentir, por definición es “decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa” y esta conducta por su propio significado sólo tiene significado moral, por lo que, *a priori*, el reproche jurídico queda descartado del propio acto de mentir.

Podrá parecer mejor o peor, como sucede en la mayoría -si no todas- de cuestiones sobre moral fundamental, pero, por razones de coexistencia pacífica, la moral no puede ser la fuente del castigo. Ello unido a que, *todo lo que no está legalmente prohibido, está permitido*, debe llevarnos inexorablemente a considerar que la mentira es -aunque moralmente reprochable si se quiere- una conducta amparada por el derecho.

4. *La mentira que excede de la libertad de expresión.* Sigue, sin embargo, que la libertad de expresión no lo puede amparar todo. Los absolutos, en general, mal se compadecen con la prudencia y, en definitiva, con el derecho. Ante esto, rápidamente se colige que la mentira puede suponer un uso antiabusivo de la

libertad de expresión a la que el ordenamiento puede atribuir un reproche por sus consecuencias, pero no por el mero hecho de la mentira.

Y esta idea, de fácil alcance, encuentra precisamente acomodo en el propio art. 20.4 CE que establece que: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Los ejemplos son numerosos y evidentes: 1) la mentira que es calumnia y, por tanto, hiere al derecho al honor (art. 205 CP); 2) la que es medio para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno (art. 248 CP); 3) la difusión de noticias o rumores total o parcialmente falsos sobre personas o empresas con la finalidad de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero (art. 284.I.2º CP). Etcétera.

Vemos, por tanto, como la acción típica de algunos delitos del código penal puede entenderse desde la mentira, pero, no es la mentira lo que se castiga, sino el resultado que la mentira produce. En definitiva, la mentira es un instrumento.

Esto que acabamos de expresar se entiende rápidamente con un ejemplo. Criminalizar la mentira *per se*, sería tanto como criminalizar la tenencia de un palo de golf o un bate de béisbol. La mentira, como ocurre con esos dos objetos, puede ser delito cuando se utiliza para algo, es decir, y siguiendo con el ejemplo, estaremos ante un delito cuando el sujeto activo usa el palo de golf o el bate de béisbol para agredir a otra persona o su patrimonio, pero el simple hecho de tenerlos no tiene significado penal.

5. *La secretaría técnica de la Fiscalía General del Estado y su informe sobre el "tratamiento penal de las "fake news""*. A mediados de abril de este año, la FGE nos sorprendió con una sugerente nota sobre el tratamiento penal de las "fake news", recordando que: "Las "fake news" o noticias falsas inundan actualmente las páginas de Internet y las redes sociales, pudiendo llegar a generar confusión e incluso alterar la percepción de la realidad de los ciudadanos. Lo antes dicho, unido a la actual situación de crisis sanitaria en la que se encuentra sumida nuestro país, constituyen el caldo de cultivo propicio para que algunas personas, aprovechando el desconcierto existente, traten de atacar determinados bienes jurídicos, entre ellos especialmente el patrimonio y singularmente el de aquellas personas que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad".

En este sentido, como es obvio, recuerda que “las noticias falsas son de tan variado contenido que, dependiendo de a qué se refieran y con qué intención sean difundidas, pueden llegar a integrar muy diferentes tipos penales” y referencia: 1) el delito de odio; 2) descubrimiento y revelación de secretos; 3) delito contra la integridad moral; 4) desórdenes públicos; 5) injurias y calumnias; 6) delitos contra la salud pública, estafas, intrusismo; 7) delitos contra el mercado y los consumidores. Catálogo que, por cierto, ni mucho menos sería completo, pues, ningún obstáculo teórico habría para considerar la mentira como conducta apta, por ejemplo, para causar unas lesiones psíquicas (vid. en este sentido la construcción teórica de la SAP de Oviedo de 22 de junio de 2017 (ECLI: ES:APO:2017:1750) que considera que la difusión de un video erótico es conducta apta para causar a la persona perjudicada un resultado lesivo constitutivo de un delito de lesiones psíquicas, argumento que, precisamente, podría predicarse, a pesar de los riesgos obvios, en el caso de la mentira que busca la causación de un daño personal). Sin embargo, el camino no puede ser el rigorismo punitivo.

Ante esto, conviene retomar una idea inmediatamente expresada: *todo lo que no está legalmente prohibido, está permitido*. Por eso, precisamente, no se acaba de comprender bien cuál es la *ratio essendi* de la nota de la secretaría técnica de la FGE.

6. La criminalización de la palabra. Calificar una conducta como conforme a derecho o no (juicio de antijuridicidad), exige asumir que dicha conducta es, previamente, típica; por lo tanto, se está presumiendo la tipicidad con los evidentes riesgos que ello conlleva, por eso hay que afrontar el problema de las *fake news* desde la óptica constitucional, esto es, desde el reverso del delito. En consecuencia, el conflicto debe quedar situado en el plano de la tipicidad, ya que, el ordenamiento jurídico, inspirado por el principio de unidad, no puede simultáneamente prohibir (mandato penal) y permitir una determinada conducta (reconocimiento constitucional). No estamos ante una colisión material de bienes jurídicos –que significaría adentrarnos en un supuesto de estado de necesidad–, sino simple y rayanamente ante el juego de interrelaciones de los bienes jurídicos atacados por la mentira frente a la libertad de expresión (y, en menor medida, de información) y los principios constitucionales superiores relativos a la libertad, igualdad y pluralismo, presentes en el art. I.I CE.

Podríamos profundizar prolíjamente sobre la cuestión relativa a la protección de bienes jurídicos personales o individuales en el caso de las *fake news*, pero la brevedad de estas consideraciones exige posponerla para tratar la criminalización de la mentira en relación a bienes jurídicos colectivos, difusos o supraindividuales. Con todo sí que conviene hacer una brevíssima consideración sobre los bienes

individuales, y muy especialmente en relación con las injurias y las calumnias, ámbito protagónico de las *fake news* en el plano personal, es necesario redoblar los esfuerzos por asumir una política criminal despenalizadora de estos delitos de expresión de ideas, potenciando la tutela a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que en último término sería más acorde con el principio de *ultima ratio* penal y permitiría una mejor coherencia sistemática en la práctica represiva y permitiría potenciar las exigencias garantistas del principio de taxatividad. En este sentido y a modo de ejemplo respecto de las injurias, el legislador “hubiera podido dejar constreñido el ámbito de incriminación de la injuria a aquellas conductas consistentes en la falsa imputación de hechos lesivos para el honor, que admiten la “*exceptio veritatis*” en este delito” (MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título XI”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, t. I (dir. por G. QUINTERO OLIVARES y coord. por F. MORALES PRATS), 2016, p. 1526).

Pero, sin duda, mucho más problemática es la tendencia que se intuye respecto de la criminalización de la palabra desde delitos que protegen, en definitiva, al Estado a través de lo “colectivo”. Sin embargo, ante la negación o limitación de la libertad del individuo no cabe la equidistancia, sino una clara reivindicación de la libertad de expresión sobre el secuestro de la palabra.

Como meros observadores de la realidad, vemos que “no es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época” (G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del Espíritu*, Madrid, 2000, p. 12.). Una época en la que si algo no cabe es el olvido o el desasimiento sobre los deberes y derechos a los que estamos llamados: la defensa de la libertad, la tolerancia y la libertad de las conciencias. Pero, desgraciadamente, no siempre ocurre. El ámbito de las cuestiones fronterizas, como es la defensa de esos principios, suele dejarse en la trastienda, para que el polvo ceniciente las cubra de oprobio. La razón se antoja sencilla: solo el Derecho positivo basta, solo la Ley es materia de estudio.

Frente a esta difusa realidad uno debe rebelarse. No desde la algarabía, sino a través de recordar que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Y que, sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 CEDH, ampara no sólo para la “información” o las “ideas” recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan o perturban: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una “sociedad democrática” (Handyside c. el Reino Unido, 7 de diciembre de 1976).

No podemos concluir sino recordando que el antiguo delito de tendencia del art. 165 bis b) del CP 1973, que castigaba, junto a otros conceptos de índole política, la

publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral y las buenas costumbres y contrarias, entre otras, a la seguridad del Estado, el mantenimiento del orden público o la integridad de los Principios del Movimiento Nacional o de las Leyes Fundamentales (vid., STS 18 marzo 1976 (ECLI: ES:TS:1976:1097), fue ya desterrado de nuestro ordenamiento jurídico para mayor fortuna de la tutela de los derechos humanos en España, pues durante la represión franquista, *moral pública y buenas costumbres*, se convirtieron en un coladero para la arbitrariedad y la represión de la libertad del individual.

PANDEMIA EN MÉXICO: EXPERIENCIAS DESDE EL REGISTRO CIVIL

PANDEMIC IN MEXICO: EXPERIENCES FROM THE CIVIL REGISTRY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 78-85



Karla
CANTORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Durante la emergencia sanitaria emitida en México con motivo del virus SAR-CoV2 (COVID-19) es necesario reflexionar sobre la protección del derecho a la identidad, desde la actividad que se desarrolla en el Registro Civil tanto para el registro de nacimientos como de defunciones, en el que se diseñaron estrategias para agilizar los trámites de forma tal que se presten los servicios a la población y se respeten los derechos humanos; de esta forma se analizan las medidas adoptadas para garantizar la identidad jurídica de las personas en uno de los estados con mayor número de contagios en México: el estado de Tabasco.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la identidad; registro civil; COVID-19.

ABSTRACT: During the health emergency issued in Mexico due to the SAR-CoV2 virus (COVID-19), it is necessary to reflect on the protection of the right to identity, from the activity carried out in the Civil Registry for both the registration of births and of deaths, in which strategies were designed to streamline procedures so that services are provided to the population and human rights are respected; In this way, the measures adopted to guarantee the legal identity of people in one of the states with the highest number of infections in Mexico are analyzed: the state of Tabasco.

KEY WORDS: Right to identity; civil registry; COVID-19.

I. En México, la pandemia por el virus SARS-CoV2 ha ocasionado 2507 decesos al día 5 de mayo de 2020, lamentablemente podemos afirmar que este número irá en aumento en los próximos días, entre otras causas por las condiciones de comorbilidad que afectan la salud de un gran número de personas que residen en la República Mexicana. Ante este panorama, a continuación, realizaremos algunas reflexiones jurídicas en cuanto a la actividad esencial que realiza el Registro Civil durante la emergencia sanitaria, especialmente en el Sureste, es el caso del Estado de Tabasco.

2. En la República Mexicana radica una población de casi 120 millones de habitantes, conforme al último censo realizado en 2015 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). El 28 de febrero de 2020 se confirmaron los primeros casos de personas contagiadas por coronavirus, fue hasta el 23 de marzo del mismo año, cuando el Consejo de Salubridad General reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2, COVID-19 en México como una enfermedad grave de atención prioritaria, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación, en el que además se exhortó a los gobiernos de las entidades federativas en su calidad de autoridades sanitarias, así como a los integrantes del Sistema Nacional de Salud, para que a la brevedad definieran planes de reconversión hospitalaria y expansión inmediata de capacidad que garanticen la atención oportuna de los casos de la epidemia de enfermedad por el mencionado virus, que necesiten hospitalización.

Al día siguiente, es decir, el 24 de marzo, se publicó también en el Diario Oficial de la Federación, el acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), con el objetivo de alcanzar el distanciamiento social para la mitigación, disminuir el número de contagios de persona a persona y por ende el número de propagación de la enfermedad, con especial énfasis en grupos vulnerables, permitiendo además que la carga de enfermedad no se concentre en unidades de tiempo reducidas, para garantizar atención médica hospitalaria ante casos graves; por lo que se creó la política pública denominada Jornada Nacional de Sana Distancia. En el acuerdo se estableció como medidas preventivas que deberían implementar los sectores público, privado y social:

• **Karla Cantoral Domínguez**

Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: karlacantoral@gmail.com

- a) Evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo a desarrollar enfermedad grave, con permiso de goce de sueldo, en este grupo vulnerable se ubican mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, menores de 5 años, personas con discapacidad, personas con enfermedades crónicas no transmisibles, como hipertensión arterial, pulmonar, insuficiencia renal, lupus, cáncer, diabetes mellitus, obesidad, insuficiencia hepática o metabólica, enfermedad cardíaca o algún padecimiento que genere supresión del sistema inmunológico.
- b) Suspensión de actividades escolares en todos los niveles hasta el 17 de abril del 2020, fecha que se prorrogó hasta el día 1 de junio, de forma tal que los estudiantes de todos los niveles están teniendo clases a través de plataformas virtuales, digitales y por señal de televisión.
- c) Suspensión temporal de las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas hasta el 19 de abril de 2020, fecha que también fue prorrogada hasta el 31 de mayo, en virtud del incremento de personas contagiadas en el territorio nacional.
- d) Suspensión temporal y hasta nuevo aviso de la autoridad sanitaria, los eventos masivos y las reuniones y congregaciones de más de 100 personas.
- e) Cumplir medidas básicas de higiene: lavado frecuente de manos, estornudar o toser cubriendo boca y nariz con un pañuelo desechable o el antebrazo; evitar saludar de beso, mano o abrazo.

3. El 27 de marzo, se publicó un nuevo decreto mediante el cual se declararon acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general, entre las que se encuentran: adquirir todo tipo de bienes y servicios a nivel nacional o internacional, como equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación, productos higiénicos, etcétera. Fue hasta el 30 de marzo, cuando se publicó el acuerdo por el cual se declaró como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus COVID-19. Actualmente en la fase 3 de la pandemia, se tienen registrados 26,025 casos positivos por dicho virus.

El 5 de abril, la Secretaría de Salud emitió unos lineamientos de reconversión hospitalaria, para establecer criterios y directrices de actuación para la organización y ejecución de la reconversión hospitalaria COVID-19 en las instituciones del

Sistema Nacional de Salud, para garantizar que la organización de los servicios de atención médica se ejecute bajo los principios de oportunidad, calidad y eficiencia de los recursos humanos, materiales y financieros en beneficio de la población y con ello se incida en la prevención y control de la pandemia por la enfermedad del virus en México, por esta razón, alrededor de 300 hospitales en el país se reconvirtieron para atender principalmente casos con sospecha o diagnóstico de COVID-19 y neumonías atípicas.

Así, las unidades hospitalarias deberán garantizar el flujo separado de pacientes con infecciones respiratorias agudas y establecimiento de cohortes de pacientes sospechosos o confirmados con el virus, además se estableció que los únicos servicios que no pueden suspenderse en los hospitales son: hemodiálisis, quimioterapia, banco de sangre, urgencia, hospitalización por urgencias o procedimientos críticos por padecimientos diferentes a COVID-19, unidad de cuidados intensivos para padecimientos diferentes a COVID-19, laboratorio de análisis clínicos, imagenología, unidad tocoquirúrgica, cirugía sensible a tiempo (oncología).

4. En 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gelman vs Paraguay, sostuvo que entre los derechos reconocidos a favor de la niñez, se encuentra el derecho a la identidad, el cual constituye un elemento inherente al ser humano, tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad, y necesariamente comprende otros derechos correlacionados, como lo son el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, entre otros.

Para la tutela del derecho a la identidad, deben considerarse los elementos que lo integran, es decir: nombre, nacionalidad, filiación y relaciones familiares. Para hacer efectivo este derecho, existe el Registro Nacional de Población de la Secretaría de Gobernación, unidad administrativa encargada de registrar y acreditar la identidad de todas las personas residentes en México y nacionales que residen en el extranjero, a través de la asignación de la clave única de registro de población (CURP) y la expedición de la cédula de identidad, quien a su vez trabaja de forma coordinada con los gobiernos de las 32 entidades federativas a través de sus Registros Civiles para acreditar la identidad jurídica de las personas.

5. Por su parte, la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Salud emitieron un acuerdo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril, mediante el cual “Se prohíbe la incineración de cuerpos no identificados

o identificados no reclamados fallecidos a consecuencia de la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) y se sugieren medidas para el registro de las defunciones en el marco de la emergencia sanitaria”, en cuanto hace al Registro Civil, se exhortó a los gobiernos de las entidades federativas, municipios y alcaldías, en el ámbito de sus respectivas competencias, para que se simplificaran los trámites en cuanto a los requisitos para la expedición de actas de defunción; se agilizaran los procedimientos que permitan obtener el acta de defunción y las órdenes de incineración e inhumación en su caso, e instrumentar acciones de coordinación directa con los hospitales para facilitar el registro y los trámites requeridos para la disposición final de las personas fallecidas, y a su vez, capturar de manera inmediata los registros de defunción en la Base de Datos Nacional de los Registros Civiles.

En el mes de abril, la Secretaría de Gobernación a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración emitió un documento denominado “Observaciones sobre violaciones a derechos humanos durante la contingencia sanitaria por COVID-19” en donde explica que la emergencia sanitaria no representa el establecimiento de un estado de excepción y suspensión de garantías, por tanto, las autoridades que apliquen medidas que restrinjan derechos ante la pandemia, deben asegurarse que tienen competencia explícita para hacerlo y que las medidas sean proporcionales para evitar incurrir en actos de abuso de autoridad, que violan derechos y suelen tener un efecto desproporcional sobre grupos excluidos o históricamente discriminados. Refiere en la parte que interesa al registro civil, que, ante el lamentable aumento de muertes en el país, es necesario atender dignamente y con apego a la ley el manejo masivo de cadáveres y el registro eficaz de defunciones.

6. En el sureste del país, en el estado de Tabasco, el 30 de marzo se tuvo el primer deceso por causa del virus, en consecuencia, se diseñaron diversas estrategias para garantizar el derecho a la identidad de las personas y atender a la sociedad, de ahí que desde esa fecha el Registro Civil en Tabasco se encuentra trabajando con operación remota por ser una actividad esencial, por lo que expide únicamente registros de nacimiento en casos de urgencia y defunciones ante la emergencia sanitaria, además se tuvo un cierre parcial de las oficinas del registro civil, por lo que se encuentra aperturado por guardias el 86% del total.

Durante la pandemia, para efectos de garantizar el derecho a la identidad, se continua con el registro de nacimientos en casos urgentes y el registro de defunciones de forma simplificada para agilizar el servicio y la atención a la población. En el caso de Tabasco, se implementaron diversas medidas para el registro de defunciones en el marco de la emergencia sanitaria, tales como:

a) Gratuidad: en Tabasco las órdenes de inhumación y cremación son gratuitas, además mediante la Resolución de Carácter General emitida por el titular del Poder Ejecutivo, número 3054 publicada en el Periódico Oficial el 15 de abril de 2020, se eximió de pago de derechos a los contribuyentes de la primera copia certificada del acta de defunción, en casos de COVID-19 y neumonías atípicas en todas las oficialías del Registro Civil hasta que haya cesado la emergencia sanitaria.

b) Medidas jurídico-administrativas para la agilización de procedimientos para obtener el acta de defunción, órdenes de incineración e inhumación en el menor tiempo posible: el 20 de abril, la Dirección del Registro Civil de Tabasco emitió una circular para todas las Oficialías del Registro Civil, en donde conforme al artículo 5º del Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril de 2020, se indica la simplificación de trámites para expedición de actas de defunción por COVID y neumonía atípica, por lo que se solicitan únicamente como requisitos para registrar la defunción con motivo o derivada de dicha enfermedad grave los siguientes: certificado de defunción que expide la Secretaría de Salud; copia de la identificación oficial y/o CURP de la persona fallecida; copia de la identificación oficial y/o CURP de la persona declarante. En el supuesto de que se tratara de alguna persona no identificada o identificada no reclamada se deberá solicitar un informe en formato libre a las autoridades encargadas del manejo de los cadáveres. Así también, a efectos de prevenir el contagio, se solicita una carta poder simple firmada por un familiar directo de la persona fallecida, en caso de que sea personal designado por la funeraria para realizar los trámites para el registro y expedición del acta de defunción.

c) Agilización del servicio: el 18 de abril se instaló un módulo del Registro Civil en uno de los hospitales destinados para reconversión por COVID-19, con servicio durante las 24 horas del día, para el registro de defunciones y la expedición del acta correspondiente.

d) Informática y tecnología: todas las oficialías del Registro Civil cuentan con equipo de cómputo suficiente para brindar un servicio eficiente para el registro de nacimientos en casos urgentes y defunciones, cuidando la protección de datos personales. Una vez que se expide el certificado de defunción, se remite la información al personal designado por la Dirección del Registro Civil y se realiza la captura en la Base de Datos Nacional de Registro Civil.

e) Lineamientos para el manejo de cadáveres: la Secretaría de Salud de Tabasco, publicó el 28 de marzo los lineamientos para el manejo seguro, transporte y disposición de cadáveres de personas fallecidas debido a la infección por el virus COVID-19, en donde sólo se permitía la cremación para casos de este virus, sin embargo, como la Secretaría de Salud federal expidió el 5 de abril, la “guía de manejo de cadáveres por COVID-19 en México”, con fecha 9 de abril se publicó

una reforma a los lineamientos estatales, en el que se incorporó que la cremación o inhumación del cadáver deberá realizarse dentro de las doce horas siguientes al deceso; además que sólo se podrá permitir la velación en los velatorios de los servicios funerarios, debiéndose observar las medidas de distanciamiento social, con un mínimo de asistentes, separados a metro y medio de distancia, sin mantener contacto físico, como son el saludo de mano y beso; es decir la reforma estableció que las personas que fallezcan por COVID-19 pueden ser cremadas o inhumadas.

Al 5 de mayo, la Secretaría de Salud de Tabasco reportó 1277 confirmados de COVID-19, y la expedición de 176 registros de defunción por esta causa. Como se puede ilustrar, durante la etapa de la pandemia por el virus SARS-CoV2 el reto más importante en cuanto a las actividades esenciales que realiza el Registro Civil, ha sido garantizar el derecho a la identidad, en cuanto al registro de nacimientos se tuvo que limitar a casos urgentes; y en lo que respecta a los registros de defunción de personas fallecidas por esta causa tanto en hospitales como fuera de ellos, se han implementado medidas para agilizar y optimizar este trámite doloroso para los familiares y con medidas de higiene para prevenir contagios, en donde es lamentable observar como cada día se ha incrementado el número de registros de defunción en el sureste de México.

LA “SCELTA” DELLA CREMAZIONE IN STATO DI PANDEMIA

THE “CHOICE” OF CREMATION IN A PANDEMIC STATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 86-95



Annalisa
COCCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto analizza la questione della cremazione dei defunti in rapporto ad una fase emergenziale come quella causata dalla diffusione pandemica del virus COVID-19. Si delineano le norme applicabili sul territorio italiano per effetto degli interventi legislativi d'urgenza, considerando anche gli interessi personalistici in rilievo nel caso concreto e la tutela che l'ordinamento giuridico nazionale riserva ai medesimi.

PALABRAS CLAVE: Cremazione; pandemia; tutela della salute; solidarietà; diritti fondamentali.

ABSTRACT: *The paper analyses the issue of cremation in relation to the emergency caused by the pandemic spread of the COVID-19 virus. It outlines the applicable rules within the Italian territory due to urgent legislative measures, also considering the personal interests at stake in the specific case and the protection that the national juridical system reserves to them.*

KEY WORDS: *Cremation; pandemic; health protection; solidarity; fundamental rights.*

I. L'emergenza determinata dallo stato pandemico (dichiarato l'11 marzo 2020 dal direttore generale dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, www.who.int) inserito con la diffusione del virus "COVID-19" ha sovvertito l'ordine dei Paesi colpiti e, più in profondo, la vita delle persone che li abitano: paralizzate nella circolazione fisica e soggette a gravi limitazioni della libertà, in nome della salute pubblica, quella "della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo" (Cons. St., 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it). In ragione di un evento straordinario, nel quale sono confluiti il rischio che una malattia si diffondesse fra molteplici Nazioni e l'esigenza di una gestione coordinata del fenomeno patologico (secondo la definizione fornita dalle International Health Regulations, c.dd. IHR, spec. art. I, della c.d. PHEIC: Public Health Emergency of International Concern, dichiarata dall'OMS il 30 gennaio 2020), sono state formulate in Italia disposizioni normative incidenti su diritti anche fondamentali della persona, relative al movimento, al lavoro, alla *privacy* (cfr. NAPOLITANO, G.: "I pubblici poteri di fronte alla pandemia", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 145 ss.; LUCIANI, M.: "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza", in www.comparativecovidlaw.it; AZZARITI, G.: "Il diritto costituzionale d'eccezione", in www.costituzionalismo.it, I, 2020).

Risale al 31 gennaio 2020 la deliberazione dello stato di emergenza nazionale di durata semestrale, dovuta alla già evidente crisi internazionale per la presenza di agenti virali trasmissibili e alla ricorrenza di "eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo" (presupposti indicati dagli artt. 7, comma 1, lett. c, e 24, comma 1, d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1, Codice della Protezione civile, per la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale).

In Europa e nel mondo intero, seppur con approcci differenti e strategie parzialmente autodeterminate, ciascun legislatore è intervenuto in un'ottica sinergica sul proprio territorio per predisporre un piano di reazione alla pandemia (cfr. "ELI Principles For The COVID-19 Crisis", in www.europeanlawinstitute.eu, secondo i quali "It is essential that the legal measures taken to address the hardship and other difficulties caused by COVID-19 take into account principles of solidarity

• **Annalisa Cocco**

Dottoranda di ricerca in Diritto privato, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: annalisacocco13@gmail.com

and fairness as well as the need for co-ordinated action between States at an international or EU level as appropriate"). Per quanto attiene al coordinamento dell'azione fra il legislatore italiano e quello europeo, l'art. 168 TFUE precisa che l'intervento dell'Unione europea si limita a "completare" le politiche nazionali in tema di sanità pubblica e prevenzione delle malattie; mentre l'art. 117, comma 1, lett. q, della Costituzione italiana affida alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni la tutela della salute, rimettendo a quella esclusiva dello Stato la materia della profilassi internazionale. Al contempo, l'art. 6 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, imputa alla competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffuse, nonché gli interventi contro le epidemie.

Nello scenario giuridico e sanitario delineatosi, dunque, ingerenze dello Stato nella sfera privata dei cittadini hanno assunto il carattere della legittimità, condizionando non soltanto le abitudini di vita, ma anche le scelte relative al momento della morte, propria e di eventuali congiunti i quali – spesso colpiti improvvisamente da un virus che ne abbia pregiudicato lo stato di coscienza (cfr. FEMIA, P.: "Sedazione palliativa profonda continua e soggettività morente", in *Annali Sisdic*, 2019, 3, pp. 93 ss.) – nulla avevano disposto in merito alla destinazione delle proprie spoglie mortali.

2. Ha destato risonanza e dolore, fra gli altri eventi occorsi, il trasporto con mezzi militari delle salme dei contagianti da una Regione a quelle limitrofe, a causa della saturazione dei cimiteri e dei forni crematori locali. La cremazione dei congiunti è apparsa, in molti casi, come una "scelta necessitata" dal sentimento di *pietas*; trasposizione di quel valore di solidarietà familiare e dell'*affectio* che lega eternamente i suoi componenti, in adesione ai quali si è preferito optare per la cremazione del cadavere e la richiesta di affidamento ovvero la dispersione delle ceneri, piuttosto che consentirne la tumulazione in una zona cimiteriale molto lontana dal luogo di residenza precludendo così il futuro esercizio di un fondamentale diritto, di natura personalissima e intrasmissibile, qual è il c.d. diritto secondario di sepolcro (CARRESI, F.: "Aspetti privatistici del sepolcro", in *Rivista di diritto civile*, 1970, I, pp. 270 ss.; SCARANO, G.: "Il c.d. «diritto al sepolcro»", in *Notariato*, 1996, pp. 355 ss.; CAGGIA, F.: "Il diritto al sepolcro e la comunione nel sepolcro familiare", in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 73 ss.).

L'ordinamento giuridico italiano riconosce, invero, in modo sistematico e assiologico il c.d. diritto di sepolcro a tutti gli individui (PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rassegna di diritto civile*, 1982, pp. 434 ss.; PERLINGIERI, P.: "Sul diritto ad essere inumato nella cappella familiare", in

PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 577 ss.).

L'istituto viene declinato in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive che garantiscono, da un lato a ciascuno di scegliere autonomamente la modalità e il luogo della propria sepoltura (ad es. tramite tumulazione o inumazione, c.d. *ius eligendi sepulchrum*); dall'altro di pronunciarsi anche in merito a quella dei propri cari, esprimendo la volontà che siano seppelliti (c.d. *ius inferendi in sepulchrum*) in un sepolcro comune eventualmente fondato *ad hoc* (c.d. sepolcro gentilizio ovvero ereditario; cfr. MAZZACANE, E.: "Osservazioni sui sepolcri familiari", in *Diritto ecclesiastico*, 1952, pp. 89 ss.; MASCOLO, M.: "In tema di sepolcri familiari", *ivi*, 1967, pp. 94 ss.; PALMA, A.: "Sepolcro (dir. rom.)", in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, pp. 1 ss.) oppure che siano cremati, nel rispetto delle condizioni imposte dalla l. 30 marzo 2001, n. 130, contenente disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri.

Nello stesso diritto, inoltre, si rinviene il titolo per apporre i nominativi su un monumento funebre (c.d. *ius nomini sepulchri*) ovvero presentare opposizione verso tutti quegli atti che precludano la facoltà di far visita o arrechino documento o disonore al corpo o alla dignità dei defunti (c.d. diritto secondario di sepolcro, v. JEMOLO, A.C.: "Fondamenti del diritto di sepolcro", in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, cc. 53 ss.; CORMIO, B.: "Diritto di scelta della sepoltura", *ivi*, 1958, cc. 1261 ss.). In ogni caso, al diritto dei congiunti di esprimersi sulla destinazione delle spoglie mortali altrui si attribuisce un carattere di mera sussidiarietà, ritenendo che trovi efficacia soltanto in assenza di una volontà individuale, comunque manifestata dal diretto interessato (WEIGMANN, R.: "Nota sul diritto di fissare il luogo di sepoltura", in *Giurisprudenza italiana*, 1992, c. 11 ss.; BONILINI, G.: "La soluzione del contrasto, tra prossimi congiunti, circa la destinazione dei resti mortali del *de cuius*", in *Famiglia persone e successioni*, 2009, pp. 582 ss.).

La cremazione del cadavere, invece, è concepita quale oggetto di un servizio pubblico garantito dallo Stato, a domanda individuale e di carattere oneroso (TAR Piemonte, 16 maggio 2018, n. 614; Cons. St., 2 aprile 2019, n. 2175), rispondente senza dubbio a bisogni esistenziali dell'individuo, ma implicante il simultaneo coinvolgimento di interessi connessi alla salute pubblica quale valore partecipe del bilanciamento operato dal legislatore italiano nella redazione della l. 30 marzo 2001, n. 130. La Repubblica italiana, infatti, tutela la salute non soltanto "come fondamentale diritto dell'individuo", ma anche quale "interesse della collettività" (art. 32 Cost.) che trova riconoscimento e protezione sia nell'ambito dell'Unione europea (art. 35 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) sia in quello della comunità internazionale (art. 12 Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali).

La pratica dell'ignizione, talvolta, può integrare il rito prescritto dalla religione osservata dal defunto, talaltra può soddisfare un'esigenza dettata dalla coscienza e corrispondere, quindi, all'esercizio di una fondamentale libertà di pensiero tutelata nella Costituzione italiana (artt. 2 e 19), nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 9) nonché nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 10). Nel disciplinare dettagliatamente l'attività della cremazione, tuttavia, il legislatore italiano ha attribuito un rilievo primario alla tutela della salute pubblica (BONILINI, G.: "Il diritto, sussidiario, dei familiari in merito alla sepoltura del congiunto", in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 145 ss.) riconoscendo sì meritevolezza agli interessi privati, ma a condizioni rigidamente predeterminate.

3. In ossequio al quadro regolamentare vigente in uno stato di "non-emergenza" (composto dalla citata l. n. 130 del 2001; dal Regolamento di Polizia Mortuaria, promulgato con d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285; nonché dal Testo Unico delle leggi sanitarie, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, spec. art. 343), la cremazione può avvenire soltanto su autorizzazione del Sindaco del Comune di decesso, dopo aver acquisito un certificato del medico necroscopo dal quale risulti escluso il sospetto di reato, ovvero, in caso di morte improvvisa o sospetta, il "nulla osta" dell'autorità giudiziaria recante specifica indicazione che il cadavere possa essere cremato. È necessario, comunque, che ciò risponda alla volontà del defunto o dei suoi familiari, consentendo la legge che si proceda d'ufficio soltanto con salme inumate da almeno dieci anni, ovvero tumulate da almeno venti, rispetto alle quali si constati l'irreperibilità dei familiari (art. 3, lett. g, l. n. 130 del 2001).

Preferibilmente, si ricerca una volontà ascrivibile al defunto che deponga in tal senso, potendo questa rinvenirsi sia all'interno di un testamento (GIAMPICCOLO, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, rist., Esi, Napoli, 2010, pp. 3 ss.; PERLINGIERI, G.: "La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento", in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 511 ss.; BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Esi, Napoli, 2018, pp. 50 ss.) sia in un atto *inter vivos* qualificabile come mandato contrattuale *post mortem exequendum* conferito dallo stesso ad un'associazione riconosciuta che abbia tra i fini statutari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati (BONILINI, G.: "Iscrizione a «società» di cremazione e mandato *post mortem*", in *Famiglia persone e successioni*, 2007, pp. 524 ss.; Cass. 29 aprile 2006 n. 10035, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, pp. 334 ss.). L'iscrizione a tale tipo di associazione, invero, se certificata dal legale rappresentante e non contraddetta da alcuna dichiarazione autografa del defunto riconducibile ad una data successiva, vale anche contro il parere eventualmente discorde dei familiari.

In mancanza di disposizione testamentaria o di qualsiasi altra manifestazione di volontà da parte dell'interessato, l'ufficiale dello stato civile può concedere ugualmente l'autorizzazione quando ciò sia voluto dal coniuge o dal parente più prossimo (individuato ai sensi degli artt. 74 ss. c.c.), posto che in caso di concorrenza di più parenti dello stesso grado decide la maggioranza assoluta dei medesimi.

3.1. Nel vigore di uno «stato di emergenza di rilievo nazionale» trovano applicazione, tuttavia, ulteriori disposizioni normative tese al bilanciamento degli interessi in gioco, non ascrivibili soltanto alle singole persone coinvolte nel lutto, ma riconducibili alla generalità dei consociati e, in particolare, alla sistematica tutela della loro salute. Il settore funebre è stato colpito – al pari di altri importanti rami della vita socio-economica del Paese – da un'improvvisa e anomala saturazione delle strutture, non predisposte alla ricezione subitanea e contestuale di un numero così elevato di salme.

Una circolare del Ministero della Salute, dell'8 aprile 2020 (in www.salute.gov.it), si è posta il precipuo intento di individuare procedure adeguate per il settore funebre, cimiteriale e della cremazione nella fase emergenziale determinata dall'epidemia di COVID-19, valide per l'intero territorio nazionale fino ad un mese dopo la cessazione dell'emergenza. Oggetto di esplicito richiamo applicativo sono le norme predisposte per il contrasto al rischio di contagio da malattie infettive, formulate con riguardo agli addetti ai servizi autoptici, necroscopici e di pompe funebri (c.dd. Linee guida per la prevenzione del rischio biologico, approvate dalla Conferenza Stato-Regioni il 9 novembre 2017, in www.regioni.it) nonché quelle relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (cfr., particolarmente, gli artt. 266 ss. e 286 bis ss., d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, attuazione dell'art. I, l. 3 agosto 2007, n. 123).

L'ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 25 marzo 2020, n. 655 (contenente “Ulteriori interventi urgenti di Protezione Civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti viral trasmisibili”, in www.protezionecivile.gov.it), inoltre, prevede espressamente che “al fine di superare le criticità dovute al crescente numero di decessi e all'accumulo straordinario di feretri in giacenza contenenti salme di defunti positivi al COVID-19, con la conseguente saturazione dei cimiteri e degli impianti di cremazione” si possa procedere alla tumulazione e all'inumazione dei feretri nei campi a prato verde dei cimiteri ogniqualvolta non sia possibile dare seguito alla volontà di cremazione del defunto entro tre giorni dal decesso poiché risultano saturi gli impianti di cremazione della Provincia (art. 4, comma 2).

Per effetto della modifica del Titolo V della Costituzione e della riconosciuta potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, compete attualmente alle Regioni l'elaborazione di "piani regionali di coordinamento per la realizzazione dei crematori da parte dei Comuni, anche in associazione tra essi, tenendo conto della popolazione residente, dell'indice di mortalità e dei dati statistici sulla scelta crematoria da parte dei cittadini di ciascun territorio comunale, prevedendo, di norma, la realizzazione di almeno un crematorio per Regione" (ex art. 6, l. n. 130 del 2001).

Le linee guida elaborate dalla Conferenza Stato-Regioni impongono l'applicazione del "principio di precauzione", in virtù del quale tutti i soggetti deceduti devono di regola essere considerati potenzialmente infetti da chiunque ne venga a contatto, ponendo in luce il bisogno di garantire *standard ambientali minimi* e misure organizzative, informative e formative adeguate a minimizzare il rischio di contrazione della malattia infettiva. La circolare ministeriale, invece, invoca il "principio di gradualità" per far sì che le misure delineate siano adottate in funzione del livello di mortalità delle singole Province interessate e delle dotazioni di strutture cimiteriali e di cremazione presenti. In tutti i casi di morte nei quali possa ritenersi che la persona defunta sia stata affetta da COVID-19 si applicano delle cautele specifiche (come l'isolamento del defunto all'interno di un sacco impermeabile sigillato e disinfeccato esternamente), sebbene una volta cessate le funzioni vitali si riduca il pericolo di contagio, che avviene principalmente tramite *droplet* e contatto.

Per quanto attiene, in particolare, alla cremazione, è indicato quale luogo di destinazione finale dei feretri "un crematorio disponibile", rammentando che in ogni crematorio provinciale abbiano priorità i cadaveri del bacino di riferimento stabilito dalla pianificazione regionale e che le cremazioni di quelli provenienti dall'esterno siano eseguite soltanto in subordine. Nonostante il potenziamento e l'ottimizzazione nella fase emergenziale della rete di crematori sull'intero territorio nazionale, gli episodi di saturazione non sono stati completamente arginati a causa dell'elevato e imprevedibile numero di decessi pressoché contestuali avvenuti nell'ambito del medesimo territorio.

4. La crescente domanda di cremazione registrata in Italia nella fase pandemica, lungi dall'essere imposta da ragioni di ordine medico-sanitario, ha trovato spesso origine nei bisogni esistenziali delle persone coinvolte; parenti e congiunti del defunto, privati – per motivi connessi alla tutela della salute – sia della facoltà di visita ospedaliera nel tempo del ricovero sia della possibilità di svolgere liberamente cerimonie funebri al momento della morte.

Il combinato disposto dell'art. I, comma 2, lett. f, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, e della lett. b, n. 7, circolare del Ministero della salute, 8 aprile 2020, ha imposto per un lungo periodo il divieto esplicito ed assoluto di ceremonie funebri, mentre in ossequio al più recente d.P.C.M. 26 aprile 2020 (contenente ulteriori disposizioni attuative del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale) queste sono divenute lecite, sia pur "con l'esclusiva partecipazione di congiunti e, comunque, fino a un massimo di quindici persone, con funzione da svolgersi preferibilmente all'aperto, indossando protezioni delle vie respiratorie e rispettando rigorosamente la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro" (art. I, lett. i).

Permanendone la natura di servizio pubblico a carattere oneroso, la cremazione presenta sempre dei costi i quali sono di regola imputati ai privati cittadini che ne abbiano frutto; tuttavia, in ragione della straordinarietà e urgenza che ne hanno enormemente ampliato il raggio di domanda, si rivelerebbe opportuna una netta riduzione delle tariffe imposte o finanche una rinuncia alla riscossione degli importi da parte degli enti territoriali. In alcune città, invero, (ad es. in quella di Bergamo, in convenzione con Bologna) il servizio di cremazione delle salme è stato concesso ad un prezzo calmierato, pari alla metà di quello normalmente fissato, applicabile con efficacia retroattiva e per tutta la durata dell'emergenza da COVID-19.

Alla cremazione del cadavere può seguire la dispersione delle ceneri (divenuta attività lecita a seguito della l. n. 130 del 2001 che ha modificato l'art. 411 c.p., rubricato "Distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere", aggiungendovi il comma 3, secondo il quale "[n]on costituisce reato la dispersione delle ceneri di cadavere autorizzata dall'ufficiale dello stato civile sulla base di espressa volontà del defunto") ovvero la tumulazione, l'interramento o l'affidamento delle stesse ai familiari, purché l'urna che le contiene sia correttamente sigillata e le modalità di conservazione consentano l'identificazione dei dati anagrafici del defunto (ex art. 3, lett. e, l. n. 130 del 2001). In una realtà socio-giuridica nella quale la nozione di "famiglia" è irriducibile al *vinculum sanguinis*, non aderente al dato anacronistico della mera "legittimità", bensì espressione del suo valore affettivo, anche la locuzione di "familiari" – contenuta nella disposizione normativa dell'art. 3, lett. e, l. n. 130 del 2001 – riceve un'interpretazione diffusamente estensiva da parte della giurisprudenza italiana, la quale ne fa uso con un riferimento generico a qualsiasi relazione affettiva stabile nella vita dell'interessato, come quella sussistente fra i conviventi *more uxorio* (Trib. Treviso, 15 dicembre 2014, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 905 ss., con nota di CINQUE, M.: "Finché morte non ci... unisce: il convivente (omosessuale) è un "familiare" ai fini dell'affidamento delle ceneri del partner").

La cremazione del cadavere e la successiva richiesta di affidamento dell'urna contenente le ceneri del defunto appaiono, dunque, come concrete modalità conservative del legame familiare, rispondenti al valore di solidarietà che l'ordinamento giuridico italiano riconosce e tutela nell'ambito della formazione sociale primaria ove ciascuno realizza la propria personalità (artt. 2 e 29 Cost.); divenendo tale esigenza ancor più sentita quando si palesi il rischio di una sepoltura da realizzare in luoghi lontani dal comune di residenza, difficilmente raggiungibili dai coniugi, pregiudicati nella sfera emotiva e in quella giuridica da un'impossibilità – o, comunque, da una maggiore difficoltà – futura della visita ai propri cari.

PRINCIPI BIOETICI E POLITICHE DI GESTIONE DELLA PANDEMIA

BIOETHICAL PRINCIPLES AND POLICIES TO FACE THE PANDEMIC

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 96-107



Fabio
MACIOCE

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: In questo articolo sono analizzate le politiche di gestione della pandemia di Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19), in una prospettiva bioetica. In particolare, attraverso l'analisi delle dichiarazioni rilasciate dalle più importanti istituzioni internazionali in ambito bioetico, sono discussi i principi che comunemente si ritengono rilevanti in situazioni di emergenza sanitaria e di rischio per la salute pubblica. Nella seconda parte del testo, sono evidenziati i rischi delle politiche adottate da alcuni paesi europei, soprattutto in relazione alla tutela delle persone più vulnerabili, come conseguenza delle scelte di allocazione delle risorse sanitarie e delle politiche di distanziamento sociale.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; principi di bioetica; politiche pubbliche; fiducia.

ABSTRACT: This article discusses the current policies to face the Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) pandemic, in a bioethical perspective. In particular, through the analysis of declarations and statements issued by the most important international institutions in the bioethical field, I analyse the principles that are considered relevant in global health emergencies, as well as for public health challenges. In the second part, the risks of the policies adopted by some European countries are highlighted, as well as their economic and social ramifications such as quarantine and re-allocation of resources, with specific consideration of the condition of most vulnerable people.

KEY WORDS: Pandemic; bioethical principles; public policies; vulnerable people; trust.

I. Le epidemie non sono, certamente e tragicamente, una novità nel panorama clinico mondiale; e tuttavia la diffusione, e la rapidità, con cui il nuovo Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) si è diffuso su scala mondiale sono davvero impressionanti. In tal senso, e comprensibilmente, tutti gli osservatori hanno sottolineato l'entità senza precedenti delle misure di contenimento adottate da moltissimi paesi, in tutto il pianeta.

Sul piano giuridico, l'esperienza della pandemia COVID-19 ha condotto ad una inedita – almeno, per la maggior parte di noi – situazione di compressione di alcuni diritti fondamentali, di alcuni spazi di libertà che erano sempre stati considerati come scontati e garantiti, almeno in questa parte di mondo. La libertà di movimento, di riunione, di culto, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro, la libertà di iniziativa economica, pur con differenti gradi e modalità, sono state compresse e limitate in nome della tutela del diritto alla salute: del diritto alla salute individuale, certo, ma anche e soprattutto in nome del diritto "sociale" alla salute, ovvero alla presenza di un sistema sanitario accessibile, efficiente, egualitario.

Di principio, è una possibilità che ogni teorico delle istituzioni conosce bene. Lo diceva già Cicerone (*salus rei publicae suprema lex...* dove "salus" è salvezza ma anche salute, benessere), ma si può citare, in modo ancor più appropriato, Machiavelli: quando è in gioco la salvezza dello Stato – oggi possiamo dire: di una sua struttura fondamentale, come il sistema sanitario – "non vi debba cadere alcuna considerazione né di giusto né di ingiusto, né di pietoso né di crudele, né di laudabile né di ignominioso". Tutto è permesso, insomma, se la posta in gioco è così alta.

In una prospettiva bioetica, l'esperienza della pandemia si sta rivelando una sorta di stress-test, un banco di prova per tutti quei principi che disciplinano (mi si perdoni una definizione molto generica di "bioetica") l'applicazione delle tecnologie e delle conoscenze scientifiche, e quindi la ricerca biologica e medica, alla salute e alla vita umana. Non è dunque un caso che in questi mesi le più importanti istituzioni internazionali nel campo della bioetica (tra cui, ad esempio, l'EGE – European Group on Ethics in Science and New Technologies; il DH-BIO – Committee on Bioethics at the Council of Europe; l'IBC - UNESCO International Bioethics Committee; il COMEST – Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology), così come numerosi Comitati etici e bioetici nazionali, si siano espresse per affermare i principi che devono guidare le politiche e gli interventi per contenere la diffusione della pandemia, per indirizzare

• **Fabio Macioce**

Full professor of Philosophy of Law and Bioethics LUMSA-Roma. Correo electrónico: f.macioce@lumsa.it

le attività di ricerca, per favorire la cooperazione internazionale, e per garantire i diritti e la dignità delle persone coinvolte.

2. L'esperienza di passate epidemie ha infatti dimostrato che senza solide garanzie, e senza una forte affermazione dei principi etici che devono guidare l'azione pubblica e privata, le misure di politica sanitaria adottate per fronteggiare l'emergenza possono condurre a inaccettabili violazioni dei diritti umani e dei principi fondamentali che pure consideriamo acquisiti (BATLAN F.: "Law in the time of cholera: disease, state power and quarantines past and future", in *Temple Law Rev* 2007, 80). Al contrario, l'integrazione dei principi etici rilevanti nella pianificazione delle politiche di contenimento della pandemia non soltanto garantisce che tali politiche siano implementate nel quadro di principi acquisiti e limiti chiari, ma può anche contribuire a rafforzare la cooperazione da parte dei cittadini nell'attuazione di tali politiche, a rafforzare la fiducia nelle scelte delle istituzioni competenti, e a ridurre i risultati indesiderati (LEMON, S.M., HAMBURG, M.A., SPARLING, P.F., CHOIFFNES, E.R., MACK. A.: *Ethical and legal considerations in mitigating pandemic disease: workshop summary*, The National Academies Press, Washington, 2007).

Come ha correttamente sottolineato il Nuffield Council in una recente dichiarazione sulle politiche sanitarie di gestione della pandemia, "trust is essential in order to maintain support on the part of the general public for the measures proposed: without such trust, compliance with those measures is likely to be low" (Nuffield Council of Bioethics: "Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic", 2020, p. 3). In questo senso, una comunicazione chiara, trasparente, e affidabile delle "misure" adottate e delle giustificazioni che le sostengono, da parte delle istituzioni pubbliche, è assolutamente prioritaria perché tale fiducia possa costruirsi e mantenersi. Allo stesso tempo, la chiarezza sugli "obiettivi generali" delle politiche sanitarie adottate è fondamentale: discutere di "immunità di gregge" in modo confuso, non trasparente, e spesso contraddittorio – cosa purtroppo avvenuta in alcuni paesi europei, è certamente una scelta che non contribuisce a costruire un rapporto di fiducia fra cittadini e istituzioni pubbliche; così pure, una comunicazione trasparente in merito alla allocazione delle risorse disponibili, alle priorità e alle possibili scelte di razionamento nell'assistenza sanitaria (le decisioni relative al *triage* in condizioni di emergenza) è assolutamente fondamentale, al fine di consentire un controllo da parte dell'opinione pubblica sull'equità nelle scelte effettuate, e dunque un rapporto di fiducia fra decisori pubblici e popolazione.

In modo analogo, sono importanti le "modalità" attraverso le quali le decisioni politiche sono comunicate e attuate. Sebbene le misure di contenimento, e dunque la compressione di alcuni diritti fondamentali, siano giustificate sul piano

strettamente giuridico e costituzionale (o, almeno, “possono” esserlo), il modo in cui tale compressione è attuata, e il modo in cui è comunicata, incidono profondamente sulla fiducia che le persone sono disposte a riporre nei decisori pubblici, a prescindere dalla legittimità formale di queste stesse misure. È insomma fondamentale – sottolinea ancora il Nuffield Council – che i cittadini percepiscano tali decisioni come rispettose della loro dignità e del loro valore “as individuals”, ovvero non solo come parte di un “gregge”, e come titolari di “equal moral worth with all others” (Nuffield Council of Bioethics: “Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic”, 2020, p. 4), senza cioè che alcuni percepiscano i sacrifici imposti dalle politiche sanitarie come pesi distribuiti in modo diseguale fra la popolazione.

È cruciale, altresì, che a fronte dei sacrifici imposti ai cittadini, lo Stato adotti misure straordinarie per sostenerli, e non solo dal punto di vista economico. Sostenere le famiglie, i minori, gli anziani, i soggetti più vulnerabili, oltre che le imprese e le attività economiche, è un compito che le istituzioni devono assolvere non solo dal punto di vista materiale (assegni di disoccupazione, o estensione di altre misure di sostegno economico), ma anche dal punto di vista pratico, della gestione della quotidianità e delle esigenze personali; dimostrare che questi problemi sono affrontati, che sono presi seriamente in considerazione, è ancora una volta cruciale per costruire, e rafforzare, un legame di fiducia fra cittadini e decisori pubblici, a sua volta indispensabile per una piena attuazione delle misure di politica sanitaria in un contesto liberal-democratico.

Il bisogno di fondare sul piano etico – e di giustizia – le misure adottate è tuttavia importante anche da un secondo punto di vista. Tutte queste misure infatti non rappresentano soltanto un peso per la popolazione: esse rappresentano anche un notevole, e incredibilmente rapido, mutamento di paradigma sul piano culturale, determinando uno spostamento del cardine dell’etica clinica dal “singolo individuo-paziente all’interesse pubblico”. Dal dovere di assistenza del singolo come priorità e criterio etico fondamentale, si determina infatti uno spostamento significativo verso il dovere di promozione dell’uguaglianza delle persone e dell’equità nella distribuzione dei rischi e benefici per la società, come criteri etici fondamentali. È necessario sottolineare come questo passaggio non implichi la contrapposizione fra l’interesse individuale e quello collettivo, quanto piuttosto l’adozione di una “prospettiva relazionale”, in ragione della quale l’autonomia della persona si manifesta “sempre” (non solo durante le pandemie) all’interno di reti di relazioni sociali, e che gli individui in quanto interni a tale sistema di relazioni hanno interessi che non sono distinti da quelli della società nel suo insieme [BAYLIS F., KENNY, N.P., SHERWIN, S.: “A relational account of public health ethics”, in *Public Health Ethics*, 2008; 1(3)].

Questo passaggio ad una nuova prospettiva non è banale sul piano concettuale – pur se certamente sensato e possibile – e può essere fonte di incertezza per i soggetti coinvolti: il personale sanitario, e i pazienti. Poiché tutti sono chiamati a confrontarsi con una pratica clinica che ruota intorno ad un cardine diverso dal solito, in altre parole, è fondamentale che siano chiari i principi eticamente rilevanti, i criteri etici che devono essere presi come riferimento per l'assistenza durante le emergenze, in cui peraltro la scarsità di risorse (di personale, di tempo, e materiali) è un fattore di ulteriore aumento di tensione. Solo un quadro di principi eticamente convincente può, in tale contesto, rendere le politiche pubbliche, e l'azione individuale, accettabili e sostenibili (Hastings Center: "Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19", 2020).

3. In questa prospettiva, i principi più rilevanti, ovvero quelli che più direttamente entrano in gioco nella gestione della pandemia e che perciò più profondamente devono segnare le politiche sanitarie, sono stati ben individuati dalle istituzioni internazionali che si sono pronunciate finora.

Un primo gruppo di principi si colloca in una prospettiva molto generale, e richiede un orientamento delle politiche sanitarie che, da un lato, ne limiti per quanto possibile l'impatto, e dall'altro assicuri che tali interventi siano percepiti come accettabili, giustificati, e quindi correttamente implementati. In tal senso, già in contesti epidemici passati, si è riconosciuta la rilevanza di quattro principi fondamentali: il principio del "danno", in ragione del quale ogni misura di contenimento e compressione dei diritti è ammissibile solo se si indicano in modo chiaro e misurabile i danni che l'assenza di tali misure produrrebbe (*il no harm principle*, interno alla tradizione liberale); il principio di "proporzionalità", in virtù del quale le misure di contenimento devono essere le meno restrittive e invasive possibili, devono essere proporzionate all'entità del rischio, e devono essere adottate secondo un criterio progressivo, ovvero partendo da misure meno invasive e proseguendo con livelli crescenti di severità; terzo, il principio di "reciprocità", in ragione del quale i sacrifici chiesti ai cittadini devono essere bilanciati da servizi e forme di sostegno da parte delle istituzioni pubbliche (in termini di cibo, sostegno economico e psicologico, e protezione), impedendo che la compressione delle libertà si traduca in depravazione economica e emarginazione sociale; infine, il principio di "trasparenza", per il quale le istituzioni pubbliche e le autorità competenti hanno il dovere di comunicare con chiarezza e tempestività le ragioni e gli obiettivi degli interventi adottati, e devono giustificare pubblicamente le loro scelte sottponendole al giudizio dell'opinione pubblica.

Se questi sono principi molto generali, altri principi vengono in considerazione nell'analisi delle politiche sanitarie in contesti epidemici, principi dotati di una maggiore cogenza dal punto di vista giuridico, oltre che etico. Sul punto è meritevole di attenzione la dichiarazione del DH-Bio: "Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic", 14 Aprile 2020. In tale dichiarazione, si ribadisce in primo luogo la necessità di garantire un "accesso equo" alle cure e ai servizi sanitari: tale principio, il cui fondamento si trova nell'art. 3 della Convenzione di Oviedo (Convenzione sui diritti umani e la biomedicina), impone che l'accesso alle cure e ai servizi sanitari di qualità, anche in contesti segnati dalla scarsità di risorse, sia garantito su un piano di egualanza. Il che significa, nel caso dell'epidemia di COVID-19, che le condizioni individuali non devono produrre discriminazioni in termini di accesso alle cure, e che per contro tale accesso sia determinato esclusivamente da criteri clinici. È pertanto necessario che anche in contesti di scarsità di risorse (ad esempio, a causa del numero limitato di posti letto in terapia intensiva) sia garantita la protezione dei soggetti vulnerabili, come persone con disabilità, anziani o migranti, e che l'egualanza sia rispettata tanto nel fornire le cure necessarie ai pazienti, quanto nelle misure di supporto e protezione per le persone più colpite dalle politiche di contenimento e *lockdown*.

Il secondo principio che si considera particolarmente rilevante nel contesto della pandemia e delle politiche di contenimento è sancito dall'art. 10 della Convenzione di Oviedo, che afferma il diritto alla riservatezza dei dati sanitari. È infatti noto, e ampiamente dibattuto sui media, il ruolo che la gestione e l'analisi dei dati sanitari, e dei dati relativi agli spostamenti individuali, potranno giocare nel contenimento della pandemia; tuttavia, si sottolinea come tutte le politiche sanitarie e di ordine pubblico debbano necessariamente essere attuate nel rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali, fra cui anche, per l'appunto, il diritto alla protezione dei propri dati, e ciò con forza ancora maggiore laddove tali dati siano qualificati come "sensibili" (come per l'appunto i dati sanitari). Sul punto, opportunamente, si è espresso di recente anche il Garante Europeo per la protezione dei dati, ribadendo – nella prospettiva per cui "big data means big responsibilities" – che "the processing of personal data should be designed to serve mankind", e che la protezione dei dati non è un principio assoluto e non comprimibile, ma va considerato in relazione alla sua funzione sociale e bilanciato con la garanzia di altri diritti. E pertanto, anche l'uso e la gestione di dati sensibili come quelli sanitari "can be achieved when processing is necessary for reasons of substantial public interest" (WIEWIÓROWSKI, W.: "EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic", 6 Aprile 2020). A tal proposito, il DH-Bio richiama l'attenzione sul fatto che la Convenzione di Oviedo, all'art. 26, riconosce la possibilità che l'esercizio di alcuni diritti sia compreso, proprio in vista della garanzia di interessi pubblici, ma ricorda che ogni compressione – così anche

la giurisprudenza della Corte EDU – deve essere motivata da ragioni di necessità e ispirata da un criterio di proporzionalità.

Un altro aspetto cruciale è relativo al consenso. Vero è infatti che l'art. 8 della Convenzione di Oviedo dispone che se, in ragione di una situazione di emergenza (e certamente tale può essere, in molti contesti, quella determinata dalla diffusione del virus), non è possibile ottenere il consenso della persona interessata, si può procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona stessa. E tuttavia, come giustamente sottolineato dall'Hastings Center, sarà opportuno prevedere "specifiche linee guida" per rendere possibile un effettivo consenso informato nel contesto specifico del COVID-19, ad esempio relative all'uso di documenti di pianificazione dell'assistenza preventiva durante la fase di emergenza, o relative a pazienti in triage o in isolamento che siano privi di adeguata capacità (Hastings Center: "Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19", 2020, 5).

Infine, è necessario ribadire che la ricerca clinica e farmacologica in contesti di emergenza (la ricerca di un possibile vaccino, o di protocolli terapeutici, ad esempio) può certamente essere effettuata, anche perché in assenza di tale ricerca difficilmente le condizioni dei pazienti più critici potrebbero migliorare. E tuttavia, proprio perché in tali contesti più che in altri i pazienti possono essere impossibilitati a manifestare un consenso valido e informato, è necessario stabilire quali ulteriori garanzie siano necessarie per procedere con tali ricerche cliniche e farmacologiche, onde evitare abusi e violazioni dei diritti delle persone.

4. Alla luce i tali principi, pertanto, devono essere pianificate le politiche e gli interventi per far fronte alla pandemia, ma devono anche essere gestiti i rischi e i problemi che tali politiche portano con sé. Il bilanciamento fra le misure di sanità pubblica e la garanzia dei diritti e del benessere individuale è reso particolarmente complesso, infatti, dalla molteplicità di effetti sociali, economici e sanitari sugli individui, e soprattutto dalla non diretta reciprocità fra tali effetti negativi (che possono ricadere in modo più intenso su alcuni soggetti e alcune fasce della popolazione) e i benefici in termini di salute individuale o pubblica (che per le caratteristiche di questa epidemia tendono a colpire più intensamente alcune fasce della popolazione che altre, e alcune zone più di altre).

E così, su un piano molto generale, tali principi devono essere tenuti in considerazione quando si gestiscono le conseguenze della chiusura delle scuole, degli istituti di istruzione superiore e delle università, valutando l'impatto di tali

decisioni sullo sviluppo e – in alcuni casi – sul futuro professionale dei giovani coinvolti, così come sulle difficoltà per le famiglie di bilanciare la ripresa delle attività produttive e professionali con la cura e l’istruzione dei minori. O ancora, tali principi devono essere considerati nel bilanciamento fra l’esigenza di mantenere un distanziamento sociale e una riduzione dei contatti fra gli individui, e le possibili conseguenze sulla salute mentale e il benessere delle persone, soprattutto dei soggetti più vulnerabili.

Problemi più specifici sono, similmente, suscettibili di essere affrontati alla luce di tali. Ad esempio, le questioni relative al *triage*, e all’allocazione delle risorse (sia in termini di macro-allocazione che di micro-allocazione) devono essere affrontate alla luce dei principi di equità, trasparenza, e proporzionalità. Nei contesti emergenziali è infatti possibile che le necessità direttamente legate al fattore di rischio primario (nel nostro caso, l’insorgenza della COVID-19) siano “costantemente e ingiustificatamente rese prioritarie” rispetto ad ogni altra necessità, sia in campo clinico che in campo sociale. È invece necessario che ogni bisogno sia considerato per la sua rilevanza intrinseca, e che la gestione dell’emergenza non si traduca in un aggravamento o, peggio, in una assenza nella risposta alle altre necessità e agli altri bisogni. Non soltanto le altre patologie non scompaiono durante un’emergenza, ma proprio in ragione della rimodulazione delle priorità delle politiche pubbliche e delle decisioni nella gestione dell’assistenza, possono aggravarsi sensibilmente.

Più noti, e ampiamente dibattuti, sono i problemi legati alla sorveglianza e al controllo delle persone. Sul primo aspetto, si considera generalmente accettabile che i dati anonimi siano raccolti e utilizzati anche senza consenso, a condizione che qualsiasi violazione della privacy sia ridotta il più possibile (Nuffield Council of Bioethics: “Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus”, 2020); tuttavia, si può considerare eticamente giustificato anche l’utilizzo di dati non anonimi senza il consenso dei soggetti, ove ciò servisse ad evitare danni significativi agli altri. Per ciò che riguarda il controllo delle persone, si ritiene che il personale sanitario abbia generalmente il dovere di segnalare alle autorità competenti i casi di sospetto contagio da coronavirus; anche in tal caso, infatti, la prevenzione di danni significativi alle altre persone, e specialmente ai soggetti più a rischio, può giustificare la compressione del diritto alla riservatezza e l’attuazione di misure di controllo. In entrambi i casi, tuttavia, il principio di proporzionalità e di minimizzazione della gravosità della misura devono essere rispettati.

Meno dibattuti, purtroppo, sono i problemi legati alla condizione dei soggetti vulnerabili, che certamente sono colpiti in modo particolarmente severo, e molteplice, in questo periodo. Se infatti consideriamo la vulnerabilità (così il United Nations Department of Economic and Social Affairs: “United Nations Report on

the World Social Situation: Social Vulnerability: Sources and Challenges", New York, 2003) come una parte integrante della condizione umana, e specificamente "a state of high exposure to risks and uncertainties, in combination with a reduced ability to protect or defend oneself against those risks and uncertainties and cope with the negative consequences", l'effetto della pandemia sui soggetti vulnerabili è particolarmente evidente. La vulnerabilità è infatti un elemento che accomuna ogni soggetto, e che dipende sia dalla nostra corporeità e della nostra esposizione a malattie e incidenti, sia dalla nostra condizione "sociale": la relazionalità umana può certamente essere fonte di sostegno e cooperazione, ma anche di conflitto e debolezza (FINEMAN, M.A.: "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law & Feminism*, 2008, 20; BUTLER J.: *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, London, 2004). L'idea stessa del distanziamento sociale al fine di evitare i contagi rivela, con tutta evidenza, questa dimensione sociale della vulnerabilità umana. E tuttavia, come si comprende dalla definizione su enunciata, non tutti siamo egualmente vulnerabili: la nostra vulnerabilità è infatti influenzata dalle risorse (interpersonal, legal, economic, ecc.) di cui dispone o alle quali ha accesso, e grazie alle quali può fronteggiare i rischi e i danni cui siamo esposti: e le risorse di cui disponiamo o cui abbiamo accesso dipendono in larga misura da quelle che la società fornisce e mette a nostra disposizione.

Tali risorse possono essere classificate in (almeno) tre gruppi principali (KIRBY P.: *Vulnerability and Violence. The impact of Globalization*, Pluto Press, London, 2005, p. 55): risorse materiali, risorse personali, risorse sociali. Ora, le istituzioni possono fornire alle persone quantità variabili di beni materiali (attraverso sussidi, politiche fiscali, politiche sul credito, e così via...), ma possono anche influenzare le risorse personali e sociali di cui dispongono: le regole per l'accesso ai servizi sanitari (ad esempio fra cittadini e stranieri, e fra migranti regolari e migranti in condizioni di irregolarità), le politiche sul sistema scolastico, le politiche per l'impiego, sono modalità attraverso cui le istituzioni condizionano le risorse di cui ciascuno di noi dispone per far fronte ai rischi e alle difficoltà cui la diffusione del virus ci espone. Allo stesso modo, le modalità con cui è disciplinata l'azione e la struttura delle famiglie, delle associazioni, dei sindacati e dei gruppi religiosi, ad esempio, possono influire molto sulle risorse relazionali di cui disponiamo, aumentando o diminuendo la nostra capacità di far fronte ai rischi, e dunque la nostra vulnerabilità.

La diffusione del virus, in altre parole, rappresenta uno di quei "rischi" cui, in quanto esseri umani, siamo naturalmente esposti, e che ci rendono, tutti, soggetti vulnerabili. Ma le risorse di cui disponiamo per far fronte a tale rischio non sono le stesse, evidentemente, e le politiche che i governi stanno attuando per far fronte all'emergenza sanitaria possono, allo stesso tempo, essere elementi di riduzione e di aumento della vulnerabilità per differenti categorie di soggetti, anche in

modo molto severo. Se infatti le strategie di distanziamento sociale e di lockdown sono orientate alla protezione di “alcune” categorie di soggetti particolarmente vulnerabili (gli anziani, ad esempio), determinano un significativo aumento della vulnerabilità per altri. È per questa ragione che, opportunamente, in tutti i paesi Europei i governi stanno adottando misure di sostegno economico per le imprese e i singoli lavoratori; e tuttavia mi pare che altre categorie di soggetti vulnerabili siano molto meno garantite, finora, e che le loro condizioni siano esposte ad un significativo peggioramento: tra essi certamente i migranti in condizioni di irregolarità, i detenuti, le persone in condizioni di emarginazione sociale e senza dimora, i disabili, tutti soggetti che potrebbero vedere un radicale peggioramento delle loro condizioni di vita a causa del lockdown, e che nella maggior parte dei casi sono completamente trascurati dalle misure adottate finora.

Come ha correttamente sottolineato l'UNESCO International Bioethics Committee, “Vulnerable individuals become even more vulnerable in times of pandemic. It is particularly important to take note of vulnerability related to poverty, discrimination, gender, illness, loss of autonomy or functionality, elder age, disability, ethnicity, incarceration (prisoners), undocumented migration, and the status of refugees and stateless persons” (UNESCO – IBC: “Statement on COVID-19. Ethical consideration from a global perspective”, 2020).

Solo prendendo in adeguata considerazione queste, ed altre, dimensioni di vulnerabilità, le misure adottate potranno davvero essere eque e proporzionate, e dunque eticamente accettabili, e potranno consentire di gestire l'emergenza sanitaria senza distruggere, allo stesso tempo, il tessuto sociale delle nostre comunità.

RIFERIMENTI ON LINE

Nuffield Council of Bioethics, 2020a, "Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic", disponibile al: <https://www.nuffieldbioethics.org/news/responding-to-the-COVID-19-pandemic-ethical-considerations>

Nuffield Council of Bioethics, 2020b: "Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus", disponibile al: <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Guide-to-the-ethics-of-surveillance-and-quarantine-for-novel-coronavirus.pdf>

Hastings Center: "Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19", 2020, disponibile al: <https://www.thehastingscenter.org/ethicalframeworkCOVID-19/>

DH-Bio: "Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic", 14 Aprile 2020, disponibile al: <https://rm.coe.int/inf-2020-2-statement-COVID-19-e/16809e2785>

WIEWIÓROWSKI, W.: "EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic", 6 Aprile 2020, disponibile al: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_COVID-19_en.pdf

UNESCO – IBC: "Statement on COVID-19. Ethical consideration from a global perspective", 2020, disponibile al: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115>

SALUD Y DERECHO EN TIEMPOS DEL COVID-19

HEALTH AND LAW IN THE TIME OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 108-117



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La pandemia provocada por el coronavirus 2019-nCoV ha determinado la publicación de un Real Decreto estableciendo el estado de alarma que ha alterado la gestión de la actividad sanitaria y la aplicación de la legislación en materia de salud en sus parámetros normales, estableciendo dicha gestión bajo la autoridad designada, y como medida extrema el aislamiento de personas afectadas en los hospitales o en su propio domicilio, junto al confinamiento del resto de la población con el fin de detener la expansión de dicha pandemia en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Derecho y COVID-19; Estado de Alarma; salud y COVID-19; legislación sanitaria y COVID-19.

ABSTRACT: *The pandemic caused by the 2019-nCoV coronavirus has determined the publication of a Royal Decree establishing the state of alarm that has altered the management of health activity and the application of health legislation in its normal parameters, establishing said management under the designated authority, and as an extreme measure the isolation of affected people in hospitals or in their own homes, together with the confinement of the rest of the population in order to stop the spread of said pandemic in our country.*

KEY WORDS: Law and COVID-19; Alarm State; health and COVID-19; health legislation and COVID-19.

I. Desde hace unos meses, España está viviendo, como todo el resto del mundo, una pandemia provocada por la enfermedad por coronavirus 2019-nCoV, a la que se ha denominado oficialmente COVID-19, según las directrices elaboradas previamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en colaboración con la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAQ). Según la OMS dicha enfermedad fue notificada por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019, y que desgraciadamente en nuestro país todavía no ha sido erradicada. Esta enfermedad ha sido provocada por el virus coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2). Como es ya sabido por todo el mundo, y según la OMS, la enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala; dichas gotículas pueden caer sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca; también puede contagiarse la enfermedad si la persona inhala las gotículas que haya esparcido otra persona con COVID-19 al toser o exhalar. La propia OMS señala que el virus se propaga rápidamente y los brotes pueden crecer a un ritmo exponencial, y que en la actualidad no existen terapias o vacunas que demuestren tratar o prevenir la COVID-19, aunque los gobiernos nacionales, la OMS y sus socios están trabajando con urgencia para coordinar el rápido desarrollo de contramedidas médicas (Organización Mundial de la Salud.: *Actualización de la estrategia frente a la COVID-19*, Ginebra (Suiza), 14 de abril de 2020, p. 3). Hasta tal punto ha sido la expansión de la enfermedad que la OMS el 11 de marzo de este año elevó la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19 a pandemia internacional. En la última actualización de la estrategia frente al virus, citada, la OMS sigue señalando que en los países o regiones subnacionales en los cuales se ha producido transmisión comunitaria, las autoridades deben adoptar y adaptar inmediatamente medidas de distanciamiento físico y restricciones de movimiento a nivel de la población, además de otras medidas de salud pública y del sistema sanitario, para reducir la exposición y contener la transmisión (entre otras, medidas de higiene y distanciamiento personal; medidas a nivel de la comunidad que reduzcan el contacto entre las personas, como suspensión de concentraciones multitudinarias, cierre de lugares de trabajo no esenciales y establecimientos educativos, y reducción del transporte público; medidas que reduzcan el riesgo de importación o de reintroducción del virus procedentes de otras zonas de alta transmisión, como limitar los viajes

• **Josefina Alventosa del Río**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es

nacionales e internacionales y cuarentena; y medidas que garanticen la protección de trabajadores sanitarios y grupos vulnerables) (Organización Mundial de la Salud, cit., p. 10). Señala la OMS que la implantación de estas medidas reducirá potencialmente la mortalidad allanando la trayectoria de la epidemia, aliviando la presión sobre los servicios de atención sanitaria, aunque por el impacto social y económico deben tomarse con el consentimiento y participación de las comunidades.

2. Nuestro país se ha encontrado en esta última situación de transmisión comunitaria. Lo que ha provocado la necesidad de proteger la salud de los ciudadanos. En nuestro ordenamiento jurídico se da cobertura jurídica a la protección de la salud en numerosas normas. Particularmente, el art. 43 de la CE establece: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. - 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. - La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”; y el art. 41 de la misma norma dispone que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres” (ambos situados en el Título I, Capítulo III, “De los Principios Rectores de la Política Social y Económica”), aunque hay que tener en cuenta otros preceptos de la misma que se refieren también a la protección de la salud (así, arts. 40.2, 45, 49, 50, 51, especialmente). De ello se deduce que en nuestro país predomina un sistema sanitario público, compatible e interrelacionado en muchas ocasiones con el ejercicio privado de la medicina. Pero nuestra Constitución también se refiere a la protección de la salud como un bien integrante de los derechos de la personalidad o fundamentales de la persona en el art. 15 de la misma cuando señala que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (situado en el Título I, Capítulo II, Sección 1^a, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”); estos derechos a la vida y a la integridad física de las personas incluyen el derecho a la salud física y psíquica de la misma, y como tales derechos de la personalidad o fundamentales tienen una protección jurídica especial, como fundamentales que son, y también por vía ordinaria, como derechos del individuo que son. Así pues, en la CE la protección de la salud se entiende desde una doble óptica: como un bien común o social y como un bien individual de esencial relevancia (en este sentido, TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: “El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2º semestre, núm. 12, 2008, pp. 125 y 133 ss., señala que el derecho a la salud tiene

dos dimensiones, una dimensión social, que implica el derecho al mantenimiento de las condiciones de salud, y una dimensión individual, que supone el derecho a la atención sanitaria; en parecido sentido, VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 6-8). De esta manera, los poderes públicos deben cumplir una doble función como garantes de la salud pública y de la salud individual.

3. Esta protección a la salud, tanto pública como individual, está tutelada además en el marco legislativo sanitario. La legislación en materia de salud es abundante y compleja, pues a la legislación estatal hay que sumar la legislación de las Comunidades Autónomas, y la normativa internacional aplicable en nuestro país. La propia Constitución dispone en el art. 149.1, reglas 16^a y 17^a, la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la Sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, permitiendo asimismo que éstas puedan asumir competencias en materia de sanidad e higiene (art. 148.1, 21^a); dichas competencias se concretan en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) en los arts. 38 y ss., en relación a las competencias del Estado, y en los arts. 41 y ss., en relación a las competencias de las Comunidades Autónomas. En el ámbito estatal, hay que destacar tres leyes fundamentales: la citada Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; a las que hay que añadir 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. A ello, hay que añadir que las CCAA tienen sus propias leyes de salud y de ordenación sanitaria y de autonomía del paciente. De esta legislación hay que destacar en concreto la LGS que en su art. 1.1 señala que “tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”, teniendo la ley condición de norma básica, pudiendo las CCAA dictar normas de desarrollo y complementarias de la misma (art. 2), señalando que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades” (art. 3.1).

4. Entre otras cosas, en estas normas se delimita el estatuto jurídico del paciente, constituido por un entramado de derecho y obligaciones establecidos

y distribuidos en diversas normas de la legislación sanitaria estatal y autonómica. Limitándonos únicamente a la legislación básica estatal, cabe señalar que la Ley 14/1986, General de Sanidad establece en el art. 10 los derechos básicos de éste en el sistema sanitario español (extensivos también a los servicios sanitarios privados), señalando que éstos, cimentándose en los principios de respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, que también se configuran como derechos del paciente, son, en esencia, el derecho a no ser discriminado; el derecho a la información sobre los servicios sanitarios así como a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud; el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas; el derecho a que se le asigne un médico y a la elección de médico y demás sanitarios de acuerdo a la normativa vigente; el derecho a utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias; y el derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. Esta norma se complementa con la Ley 14/2002 en la que se reiteran alguno de los derechos establecidos en la LGS y, sobre todo, se establece como derecho esencial en la relación clínica-asistencial el principio de autonomía del paciente, consagrando el elemento del consentimiento informado como elemento principal de dicha relación (art. 2) (véase al respecto GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "El derecho a la autonomía del paciente", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, I, Semblanza. Derecho civil. Parte General*, Madrid, 2003, pp. 173-205). De igual manera, en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, se reconoce a los ciudadanos en el ámbito de la salud pública el derecho a la información, a la participación, a la igualdad, a la intimidad, confidencialidad y respeto a la dignidad (arts. 4 a 7). Y en la Ley 16/2003, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se reconoce el derecho a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia o por desplazamiento y a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso (art. 4). Por el contrario, frente a este abanico de derechos, son muy pocas las obligaciones que se establecen en la citada legislación. La LGS establece como obligaciones de los ciudadanos cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios, cuidar las instalaciones de las Instituciones sanitarias y responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, (art. 11). Y la Ley 33/2011 establece el deber de colaboración, facilitando el desarrollo de las actuaciones de salud pública y el deber de comunicación de hechos, datos o circunstancias que puedan constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población (art. 8).

5. Sin embargo, este marco normativo que es de aplicación a las situaciones ordinarias de la vida cotidiana sufre una alteración cuando existe peligro para la salud pública, e inclusive para el propio paciente. Como es la situación que vivimos en España y en el mundo por la enfermedad del COVID-19. Dada la facilidad de transmisión del virus y dado que en nuestro país se provocó a principios de marzo una trasmisión comunitaria del mismo, esta situación determinó que el Gobierno decretará el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fundamentándose en el art. 4, b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el art. 116.2 de la Constitución Española, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias (tales como epidemias) que supongan alteraciones graves de la normalidad. El Estado de alarma ha tenido incidencia directa en el ámbito sanitario. Además de las dificultades técnicas, de medios y de personal que ha sufrido el sistema sanitario español por la expansión de la pandemia, éste también se ha visto alterado en cuanto a sus parámetros jurídicos.

6. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, por cuanto se refiere a las medidas adoptadas en el Real Decreto con el objetivo de contener la epidemia, permite, entre otras cosas, en el art. 11, a), limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; añadiendo el art. 12.1 que en el supuesto previsto en el apartado a) del art. 4 (declaración del estado de alarma por crisis sanitarias) la Autoridad competente (en este caso, el Gobierno), podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas o en otras situaciones; asimismo, se prevé que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 10.1). Por su parte, el preámbulo del Real Decreto 463/2020 señala que las medidas previstas se toman para proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, teniendo estas medidas el carácter de extraordinario, añadiendo que son imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental. En dicho Real Decreto, entre otras medidas, se establece en su art. 7 la limitación de la libertad de circulación de las personas, salvo para la realización de actividades muy concretas, señalando que en todo caso cualquier desplazamiento supone respetar

las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Y en el art. 12 se establecen medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio, señalando que “Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”, añadiendo que las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento, reservándose el Ministro de Sanidad el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio; se asegura la plena disposición de las autoridades civiles responsables en el ámbito de la salud pública y de los empleados que presten su servicio en el mismo, señalando que dichas medidas garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución de todos los medios técnicos y personales de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto.

7. Además, hay que recordar que en tales situaciones puede ser de aplicación una ley especial, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, una norma brevíssima, compuesta únicamente por cuatro preceptos, y cuyo art. 1 establece: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”. Las medidas que dicha ley permite adoptar por parte de las autoridades sanitarias son las referidas a reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” (art. 2), añadiéndose que “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3). En situaciones de epidemia, como se observa, la autoridad sanitaria puede establecer medidas extremas para proteger la salud pública e individual. Ello viene refrendado, además, por el artículo 26 de la LGS que establece la posibilidad de adoptar las medidas preventivas que se estimen pertinentes en caso que exista un riesgo inminente y extraordinario

para la salud, entre las que se cuentan la intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren justificadas, sin distinguir la ubicación o titularidad de esos medios personales y materiales. Pero es que estas situaciones extremas pueden comportar inclusive la supresión del consentimiento informado de los pacientes, núcleo de la relación asistencial, señalando el art. 9.2, a) de la Ley 41/2002 que “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento (...) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (...)”.

8. Como se observa, este marco jurídico se ha visto alterado por el Real Decreto de Estado de Alarma en diversos aspectos; así, la gestión de la actividad sanitaria, que ha sido asumida por la autoridad designada en dicho RD, la dedicación de los profesionales sanitarios, la adquisición y distribución de medicamentos y otros productos sanitarios, el aislamiento de personas afectadas en el hospital o en su propio domicilio, la anteposición de estas personas en la asistencia a otras personas con otros padecimientos. Y quizás las medidas que parecen más enérgicas hayan sido la limitación de movimientos de los ciudadanos, con el confinamiento de los mismos en sus hogares, y la suspensión de toda actividad laboral, salvo los servicios esenciales. Contra dichas medidas se han levantado opiniones disconformes, que se han visto reflejadas en los medios de comunicación. Así, el Tribunal Supremo ha admitido un recurso contra el Estado de Alarma de un particular por supuesta vulneración de los Derechos fundamentales de Libertad, Reunión y Circulación, pues quiere reunirse con sus amigos y familiares en sus casas y poder ir libremente a su segunda residencia, ya que se encuentra perfectamente de salud y solicita que se le realice un test para acreditarlo (Puede verse el texto de la interposición del Recurso el 21 de abril 2020 y la entrevista realizada al demandante el 22 de abril por Pablo Segarra en el diario 20minutos: <https://www.20minutos.es/noticia/4235151/0/el-supremo-admite-un-recurso-por-vulneracion-de-derechos-fundamentales-durante-el-estado-de-alarma/>). Por otro lado, un grupo de siete juristas ha solicitado al Defensor del pueblo que impugne el Real Decreto del Estado de Alarma por inconstitucional por suponer una grave suspensión general del derecho fundamental a la libre circulación (art. 19 CE) al contener una prohibición global en cuanto a situaciones, personas y lugares, lo que desborda la previsión normativa contenida en la Ley para el supuesto de estado de alarma, de la misma manera ha afectado a la suspensión de los derechos de reunión y manifestación, a la paralización del normal funcionamiento del Congreso de los Diputados y del sistema de control político sobre el Ejecutivo, a la suspensión del derecho de libertad religiosa, así como a la suspensión del ejercicio del derecho de la libertad de empresa (El Mundo, 19 de abril de 2020, <https://www.elmundo.es>).

es/espana/2020/04/19/5e9c8ecb21efa0096a8b45c3.html). Sin embargo, hay que tener en cuenta que todas estas medidas extraordinarias no derivan únicamente del citado RD, sino que, como se puede observar, ya se encuentran insitas en la legislación sanitaria vigente con anterioridad al mismo, previendo situaciones como la que nos encontramos ahora.

9. Frente a todas las críticas formuladas, y teniendo en cuenta las normas que avalan la toma de estas decisiones, hay que recordar que todas estas medidas tienen como finalidad primordial contener la expansión del virus, y preservar la salud y la vida de los ciudadanos, que se configuran como derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, y que como dice nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la vida “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985, de 11 de abril, FD 3, TOL79.468). De momento, parece que dichas medidas han tenido un resultado que prudentemente se puede calificar de positivo en cuanto han ido paliando la extensión de la epidemia en nuestro país, preservando con ello la vida y la salud de las personas y, por ende, estos derechos que tan esenciales son al ser humano.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VACUNAS EN ESPAÑA: REFLEXIONES ANTE LA SITUACIÓN CREADA POR EL CORONAVIRUS

**LEGAL REGIME OF VACCINES IN SPAIN: REFLECTIONS ON THE
SITUATION CREATED BY THE CORONAVIRUS**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 118-125



Javier
BARCELÓ
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19 proporciona una buena oportunidad para reflexionar sobre la política de vacunación. El ordenamiento jurídico español adopta como regla general el carácter voluntario de la vacunación, aunque hay determinadas situaciones (entre las que puede encontrarse la pandemia internacional del COVID-19) en las que podría imponerse la vacunación forzosa. Más allá de los datos normativos, también debe prestarse atención a la batalla global que se estaba librando en los últimos años frente a los antivacunas, que puede encontrar un aliado muy potente en los infectados por el virus, que demandan con urgencia el descubrimiento de la vacuna que ponga remedio a la enfermedad.

PALABRAS CLAVE: Política de vacunación; vacunación obligatoria; autonomía individual; tasas de vacunación; inmunidad del rebaño; dilemas bioéticos.

ABSTRACT: *The health emergency situation caused by the COVID-19 coronavirus provides a good opportunity to reflect on vaccination policy. The Spanish legal system adopts as a general rule the non-mandatory vaccination, although there are certain situations (as, for example, the international pandemic of COVID-19) in which forced vaccination could be imposed. Beyond the normative data, attention must also be paid to the global battle that has been raging in recent years against anti-vaxxers, which can find a very powerful ally in those infected by the virus, that urgently demand the discovery of the vaccine that will remedy the disease.*

KEY WORDS: *Vaccination policy; mandatory vaccination; individual autonomy; vaccination rates; herd immunity; Bioethical dilemmas.*

I. La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. En España, en una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud, se declaró el estado de alarma, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, invocando precisamente el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que así lo permite cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan graves alteraciones de la normalidad.

A falta de una vacuna, que todavía no existe, los países se han visto obligados a introducir medidas de contención que incluyen cuarentenas, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como recomendaciones sobre higiene.

Con toda probabilidad, la enfermedad del COVID-19, que exige de manera urgente la producción de una vacuna eficaz, va a tener un efecto directo en la batalla global que, desde hace tiempo y de manera muy acusada en los últimos años, se libra desde las autoridades sanitarias contra los movimientos antivacunas. Ya se había advertido, con preocupación, que la disminución de las tasas de vacunación podía poner en riesgo la inmunidad del grupo, el denominado «efecto rebaño» (*herd immunity*), aumentando así el riesgo de padecer enfermedades prevenibles por vacunas, que podían reaparecer, incluso en forma de brotes, como consecuencia del creciente rechazo a la vacunación y de las propias circunstancias de un mundo globalizado como el actual, donde se han eliminado las fronteras y hay un flujo constante de bienes y personas, que puede hacer surgir, de manera inesperada, casos de enfermedades infecciosas.

2. Ciertamente, las actitudes críticas contra la vacunación siempre han existido, incluso en el momento mismo de la introducción de la primera vacuna contra la viruela. Ahora bien, en los últimos años habían resurgido con fuerza, básicamente por dos procesos contemporáneos, que se revelan protagonistas de la reflexión sobre la aceptación de las vacunas: por un lado, la sensación de control de las enfermedades, debido, paradójicamente, al propio éxito de las vacunas, lo que hacía olvidar la importancia que históricamente han tenido las vacunas en materia de salud pública; por otro, la información vehiculizada vía internet y redes sociales, donde hay numerosas páginas contra la vacunación, que dan mayor visibilidad a los efectos adversos, sean verdaderos o no, haciendo creer que hay más riesgo que

• **Javier Barceló Doménech**

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: j.barcelo@ua.es

beneficio (uno de los casos más conocidos fue la asociación entre la vacuna triple vírica y el autismo).

3. Con este debate de fondo, que plantea un escenario especialmente complejo y que ha saltado a los medios de comunicación especialmente en los casos de negativa de los padres a la vacunación de sus hijos menores, afrontamos la cuestión objeto de nuestro trabajo, que no es otra que la de repasar los datos normativos sobre el sistema de vacunación en España.

Conviene, pues, saber el terreno que pisamos y el dilema que se abre entre la autonomía individual (la libertad de tomar decisiones, bien para la propia salud, bien para la salud de los hijos sujetos a patria potestad) en el ámbito sanitario y el interés general de la sociedad.

Las vacunas son un claro ejemplo de lo que se ha venido en llamar la doble naturaleza o dimensión de la salud pública; los ciudadanos son titulares de un derecho de prestación que consistiría, básicamente, en el acceso a las vacunas que vengan recomendadas por el calendario correspondiente y, al mismo tiempo, podría recaer sobre ellos el deber de vacunarse en orden a evitar la propagación de una enfermedad que puede poner en riesgo la salud de la colectividad.

4. La vacunación en España es voluntaria, no incorporando nuestro ordenamiento de manera expresa el deber de vacunarse. Nadie, en principio, puede ser obligado a vacunarse. De modo coherente con este carácter voluntario, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben recibir los niños desde su nacimiento hasta los 16 años y se completa con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias. Este vendría a ser el marco de la denominada vacunación sistemática.

5. Ahora bien, hay determinadas situaciones (fundamentalmente, en caso de epidemias, como la del COVID-19), que permiten a los poderes públicos imponer la vacunación forzosa. Así, el art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, permite declarar el estado de alarma en caso de “crisis sanitarias, tales como las epidemias...” y una vez producida esta situación establece el art. 12.1 que “la Autoridad competente podrá adoptar por

sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...”, siendo precisamente una de las medidas posibles la vacunación forzosa.

6. En la normativa sanitaria propiamente dicha, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, parte de la regla general de la voluntariedad en las actuaciones de salud pública en el art. 5.2, pero formula en ese mismo precepto como excepción lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyos arts. 2 y 3 sí darían cobertura a la obligatoriedad de vacunarse, al disponer, respectivamente, que «las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» y que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Las medidas tienen que estar fundadas, según previene el art. I de la Ley Orgánica 3/1986, en razones sanitarias de urgencia y necesidad. Es cierto que son preceptos plagados de conceptos jurídicos indeterminados, pero precisamente por ello dan margen a muchas medidas cuando existe un riesgo colectivo para la salud pública.

7. Este escenario de la Ley Orgánica de Medidas Especiales, que sirve de presupuesto habilitante para la vacunación obligatoria, se ha producido ya alguna vez. En esta ley basa la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía la solicitud de autorización judicial para proceder, ante la negativa de los padres y como consecuencia de un brote de sarampión, a la vacunación forzosa de 35 niños de un colegio público, con la finalidad de evitar los contagios. El Juzgado de lo Contencioso núm. 5 de Granada autorizó la vacunación mediante Auto de 24 de noviembre de 2010 (ROJ: AJCA 3/2010), siendo posteriormente ratificado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Sentencia de 22 de Julio de 2013 (ROJ: STSJ AND 8545/2013). Téngase en cuenta que el art. 8.6.II de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dispone que «corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas

que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

8. Por tanto, una vez exista la vacuna, y estemos o no dentro del estado de alarma, parece claro que la Ley Orgánica 3/1986 da suficiente cobertura para ir más allá de simples recomendaciones de la salud pública e imponer la vacuna con carácter obligatorio, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro.

Lógicamente, al tener implicaciones en los derechos fundamentales, habrá que procurar el cumplimiento de determinados requisitos para que la medida se encuentre constitucionalmente justificada. Entre tales requisitos, a buen seguro estará que sea proporcionada y necesaria para los fines constitucionales legítimos que se pretenden, sin implicar sacrificio desmedido. En este ámbito de la proporcionalidad, es previsible que se plantee, por quienes no quieran someterse a la vacunación, otro tipo de medidas, como el aislamiento voluntario, cuestionando así la propia eficacia de la medida propuesta por la Administración. A nuestro juicio, lo más seguro es que los Tribunales se inclinen, salvo que las circunstancias médicas de la persona no lo aconsejen, por la vacunación, una de las medidas más eficaces en materia de salud pública, confirmando así la orden adoptada por las autoridades sanitarias; los días que vivimos, hoy todavía bajo la declaración del estado de alarma y con la amenaza del riesgo de contagio, nos hacen ver con enorme claridad que el aislamiento incide sobre la libre circulación de las personas, tiene una duración incierta (habría que esperar para su finalización a la total erradicación del brote o epidemia) y no puede asegurarse su completo control por la Administración. En caso de riesgo colectivo, la vacuna es la medida más eficaz y podría ser obligatoria, por la vía excepcional de la Ley Orgánica 3/1986. La magnitud de la crisis que estamos viviendo nos da hoy otra perspectiva (en tiempos de Coronavirus) para valorar la vacunación obligatoria.

9. Para completar la visión del tema, saldremos fuera del marco de la Ley Orgánica 3/1986, pensado para situaciones de excepcionalidad. Podría parecer que, fuera de las medidas especiales, la vacunación será siempre y en todo caso facultativa, pero sería una conclusión errónea, lo cual da cuenta de la complejidad del sistema español. Hacemos, a este respecto, referencia a dos tipos de situaciones, que se desenvuelven en el ejercicio de la patria potestad y, más concretamente, en la decisión de los padres de no vacunar a los hijos. Veamos cada una de ellas por separado.

10. Por un lado, existe una vía indirecta, que no es propiamente de vacunación obligatoria, pero que resulta en la práctica muy eficaz para lograr la vacunación infantil y, por ello mismo, afecta al inicial carácter voluntario del sistema español. Se trata de exigir el cumplimiento del calendario de vacunas para acceder a guardería, centro escolar o similar. Así, podemos ver la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de Barcelona de 28 de diciembre de 2018 (La Ley 186901/2018), que inadmite el recurso presentado por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra la resolución municipal que denegaba tramitar la inscripción en una escuela cuna del hijo menor de la actora cuya cartilla de vacunación estaba en blanco; para el Juzgado, no se vulnera la libertad ideológica de la recurrente en cuanto no se le impone la obligación de vacunar a su hijo ni se le pregunta las razones para no hacerlo, añadiendo que el respeto a esa decisión unilateral y libremente adoptada no puede prevalecer sobre el derecho a la salud del resto de niños y familias usuarias de la escuela, que se verían obligados a asumir los riesgos derivados de una opción minoritaria y desaconsejada por las Administraciones Públicas y por los colectivos médicos y científicos. Con anterioridad, en esta misma dirección de confirmar la decisión de no permitir la matriculación sin acreditar el requisito de la vacunación, pueden verse también STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de marzo de 2000 (ROJ: STS CAT 4377/2000) y STSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de abril de 2002 (ROJ: STS LR 222/2002).

11. Por otro, la decisión de los padres de rechazar la vacunación de sus hijos menores tiene un recorrido mucho más corto del que podríamos imaginar. En principio, tal decisión es posible, pues está permitida en un sistema de vacunación no obligatoria, como el nuestro. Ahora bien, si analizamos detenidamente la cuestión a la luz de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia información y documentación clínica, la conclusión a la que llegamos es otra bien distinta, pues se estrecha mucho la capacidad de decisión, sobre todo si la no vacunación supone un riesgo para la salud y vida del menor.

Tratándose de menores que no sean capaces ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal, después de haber escuchado su opinión si el menor tiene suficiente madurez (se presume la suficiente madurez a los 12 años). La decisión del representante legal deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y si la decisión es contraria a dichos intereses deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible

recabar la autorización, 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.

A la vista de estos controles, tanto si el asunto se judicializa como si se resuelve dentro del ámbito estrictamente sanitario, resulta difícil pensar en la hipótesis (salvo que el menor permanezca totalmente ajeno a cualquier asistencia sanitaria) en que se lleve a efecto el rechazo a la vacunación cuando sea beneficiosa para el menor, porque el sistema prevé mecanismos para que pueda hacerse a pesar de la oposición del representante legal. Si el caso llega a sede judicial, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación, y queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de proceder a la vacunación. El inicial espacio para la autonomía de los padres queda reducido en la práctica, pues el centro de decisión se traslada a otros ámbitos. No podemos decir que desaparece, porque los padres tienen la posibilidad de recurrir las decisiones, pero sí es evidente que no gozan del amplio margen que podría pensarse que existiría en un sistema de vacunación de carácter meramente voluntario.

PANDEMIA Y DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD EN
AMÉRICA Y MÉXICO. REFLEXIONES A PARTIR DE LA
RESOLUCIÓN I/2020 DE LA OEA

PANDEMIC AND RIGHT TO LIFE AND HEALTH IN AMERICA AND
MÉXICO. REFLECTIONS FROM THE OAS RESOLUTION I/2020

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 126-135

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El mundo vive una tragedia epidemiológica pero los países han asumido cada uno su método de solución ante la Pandemia del COVID-19 , en toda América, los casos empiezan a proliferar, desde el Norte hasta el Sur, sin embargo de forma oportuna la Organización de Estados Americanos, emitió una Resolución Guía a partir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que persigue la protección del principal derecho humano que es la vida a través de la salud y cómo atender a los grupos más desprotegidos. En este artículo se hace referencia además cómo y cuándo en México se decretó normativamente la existencia de la Pandemia; desde el 28 de febrero de 2020 se produjo el primer caso. La actuación del Consejo de Salubridad General y las circunstancias que puede provocar este tipo de alarma social para una sociedad definitivamente no preparada frente a este enemigo invisible.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; derecho a la vida; bioética: Consejo de Salubridad General.

ABSTRACT: *The world is experiencing an epidemiological tragedy but the countries have each assumed their method of solution to the Covid Pandemic 19, throughout America, cases are beginning to proliferate, from North to South, however in a timely manner the Organization of States Americans, issued a Guiding Resolution from the Inter-American Commission on Human Rights, which seeks to protect the main human right, which is life through health and how to care for the most vulnerable groups. This article also refers to how and when in Mexico the existence of the Pandemic was legally decreed; Since February 28, 2020, the first case occurred. The actions of the General Health Council and the circumstances that this type of social alarm can provoke for a society that is definitely not prepared against this invisible enemy.*

KEY WORDS: Right to health; right to life; bioethics; General Health Council.

I. El alcance mundial y la gravedad que ha afectado a casi todos los países por razón de la pandemia del COVID-19 es sin duda una amenaza a la salud pública que justifica restricciones a ciertos derechos, como los que resultan de la imposición de la cuarentena o el aislamiento y que limitan la libertad de movimiento.

En el caso de México, aparecen previstas estas medidas en las normativas de salud, precisamente por estas circunstancias. Sin embargo, la atención a los derechos humanos como la no discriminación por edad, sexo, tipo de enfermedades que implica en definitiva el respeto a la dignidad humana, puede fomentar una respuesta no adecuada ante los trastornos provocados por este virus en extremo contagioso y de gran movilidad, y que está presente en estos momentos de tiempos de crisis. En Organismos de carácter regional como es la Organización de Estados Americanos se han realizado pronunciamientos advirtiendo estas situaciones y el proceder jurídico-médico ante las mismas, por otra parte, México ha trabajado en un plan socio-normativo para evitar la propagación de la pandemia a todo el país, explicar las experiencias vividas como jurista y como persona que padece la crisis a nivel social es el objetivo del trabajo ello para valorar las respuestas gubernamentales ante las situaciones que se han producido en esta etapa de caos de salud generalizado.

2. La salud como derecho fundamental en función del interés público, debe ser protegido por todos los Estados, considerando el derecho humano a la salud como un derecho de carácter inclusivo. Todas las personas sin excepción tienen el derecho a acceder a intervenciones que les salven la vida.

El derecho a la salud implica el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social de forma oportuna y apropiada que incluye los elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud en los que se incorpora y considera a los medicamentos en condiciones de igualdad y no discriminación.

En un Estado de Derecho el respeto a los derechos humanos es imperativo para conservar la democracia, sólo en casos excepcionales de una gran enfermedad contagiosa, pueden quizás limitarse ciertos derechos como el de reunión y libertad de circulación en espacios públicos en función del derecho a la salud de todas las personas.

• **Gisela María Pérez Fuentes**

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

Es importante destacar que en estos casos el rol crítico de la prensa debe ceder ante la preservación de la privacidad y la protección de datos personales de las personas involucradas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de las funciones que le son conferidas de acuerdo al artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en correspondencia con el artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, formuló una serie de recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros:

- a) Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia todas las medidas adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud, e integridad personal en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional y las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.
- b) Trabajar con un enfoque de derechos humanos en toda estrategia política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID -19 tanto desde la recuperación social como económica. Todo lo anterior insiste la Comisión, a partir de la materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversabilidad.
- c) Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias en función de proteger el derecho humano a la salud, estén en conexión como el acceso al agua potable, vivienda adecuada, e integración de servicios de salud entre otros.
- d) Proteger a las personas trabajadores en mayor situación de riesgo, si han de seguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio, asegurando además la protección de los trabajos y sus salarios y pensiones.
- e) Velar por un distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, asegurando la atención de las personas con COVID -19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, y en general a todos los grupos vulnerables al virus. *La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.*
- f) Garantizar el consentimiento previo e informado de todas las personas en su tratamiento de salud en el contexto de las pandemias, así como la privacidad y protección de sus datos personales, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento del virus.

- g) Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que pueden amenazar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos.
- h) Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los mismos ante los efectos de la pandemia.
- i) Abstenerse de suspender el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y la prohibición de tratos crueles o degradantes.
- j) Asegurar el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia y no establecer limitaciones generales por razones de seguridad u orden público.
- k) Observar un especial cuidado en los pronunciamientos de los funcionarios públicos respecto de la evolución de la pandemia. Constituye un deber de las autoridades estatales la información a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica. También deben recordar que están expuestos a un mayor escrutinio y crítica pública. Los gobiernos y las empresas de internet deben atender y combatir de forma transparente la desinformación que circula respecto de la pandemia.
- l) Proteger el derecho a la privacidad y los datos personales de la población, especialmente de la información personal sensible de los pacientes y personas sometidas a exámenes de este virus.
- m) Incluir prioritariamente a las personas mayores en los programas de respuesta a la pandemia, especialmente en el acceso a las pruebas de COVID-19, tanto en el tratamiento, como acceso a medicamento, siempre con el previo consentimiento libre e informado.
- n) Supervisar que los protocolos médicos, las decisiones sobre recursos médicos y tratamientos en relación al COVID-19 sean implementados sin discriminación en razón de la edad y prestando especial atención a las personas mayores con cierta discapacidad y afectación de salud.
- o) Informar sobre la pandemia en su idioma tradicional, así como respetar el no contacto con los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, por los impactos que el contagio del virus puede representar en el pueblo.

p) Reforzar la protección de este grupo vulnerable, especialmente en caso de aquellos que no cuenten con cuidados familiares.

q) Los Estados deben disponer mecanismos que permitan seguir con el acceso a la educación.

r) Adoptar medidas de prevención del abuso y violencia intrafamiliar.

s) Dar atención especial a los niños, niñas y adolescentes que viven en la calle o en zonas rurales.

t) Asegurar atención médica preferencial a las personas con discapacidad, sin discriminación en caso de razonamientos de recursos médicos.

u) Adoptar los ajustes razonables y apoyos necesarios para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos en condiciones de igualdad en contexto de medidas de aislamiento o contención.

Para el anterior actuar se fija por la Comisión los principios a tomar en cuenta, entre los que destaco los siguientes: a) Que cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público se abstenga de violar los derechos humanos; b) Los Estados deben adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida; c) El objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contempla la universalidad e inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, la igualdad y la no discriminación, la inclusión, la rendición de cuentas, el respeto al Estado de Derecho y d) Las medidas que los Estados adopten como restricciones de derechos, deben ajustarse al respeto del principio pro persona, considerando la proporcionalidad y temporalidad y deben perseguir el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral y un debido y oportuno cuidado a la población.

3. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el nuevo brote de coronavirus COVID-19 era una pandemia, debido a la velocidad con la que se propaga. En México la Secretaría de Salud cuenta con un reglamento específico que debería adoptar: Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Sanidad internacional, en los artículos 67 al 75, en el cual se fijan las medidas de seguridad y que competen entre las asumidas en el Estado mexicano, las siguientes:

El aislamiento: Es la separación de personas infectadas, durante el período de transmisibilidad, en lugares que eviten el peligro de contagio. El aislamiento se ordenará por escrito, previo dictámen médico y durará hasta que desaparezca el peligro.

La cuarentena: Es la limitación de libertad de tránsito de personas sanas que hubieren estado expuestas a una enfermedad transmisible, por el tiempo estrictamente necesario para controlar el riesgo de contagio.

La observación personal. Consiste en la estrecha supervisión sanitaria de los presuntos portadores, sin limitar su libertad de tránsito, con el fin de facilitar la rápida identificación de la infección o enfermedad transmisible.

La Secretaría podrá ordenar la inmediata suspensión de trabajos o de servicios cuando se ponga en peligro la salud de las personas, la suspensión puede ser total o parcial, y será levantado por la instancia que lo decretó cuando cese la causa.

Ante casos emergentes de salubridad general, existe un órgano colegiado que depende directamente del presidente de la República y es la autoridad sanitaria con funciones normativas, consultivas y ejecutivas, de carácter general y obligatorias.

La organización del Consejo de Salubridad General, está previsto en el artículo 16 de la Ley General de Salud, y sus funciones se especifican en el artículo 9 del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, entre las que destaca:

a) Aprobar los acuerdos necesarios y demás disposiciones generales de observancia obligatoria en el país en materia de salubridad general, dentro del ámbito de su competencia.

b) Definir aquellos tratamientos y medicamentos asociados a gastos catastróficos, conforme lo establece el Artículo 77 Bis 29 de la Ley General de Salud.

c) Aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria.

En las circunstancias de declaración internacional de la Pandemia de COVID-19, por Acuerdo del Poder Ejecutivo del Consejo de Salubridad General, precisamente se decretó en México la emergencia sanitaria por fuerza mayor, SARS-COV2 (COVID-19) de 30 de marzo de 2020.

4. ¿Dilema bioético en el derecho a la vida en caso de pandemia? Los casos en México han sido guiados fundamentalmente por el Subsecretario de Salud, que de forma reciente expresó estar cerca de la Fase 3 de la epidemia, donde los hospitales se saturan. Un grupo de asesores propuso una Guía de Bioética de corte anglosajón, lejos del sentido humanista por el que se lucha para caracterizar el sistema de salud en México.

La propuesta de Guía médica, aunque aludía que era un documento de carácter bioético, establecía un mecanismo médico - jurídico cuando existiera un equipo para atender a varios pacientes, en los siguientes términos: "Un principio de la justicia social es que todas las personas tienen el mismo valor y por lo tanto la distribución de recursos escasos durante una emergencia de salud pública debe de estar orientada a salvar la mayor cantidad de vidas. Esto aplica de igual manera a los recursos escasos de medicina crítica. Utilizar estos principios para asignar recursos de medicina crítica escasos genera problemas cuando nos enfrentamos a casos como el siguiente: paciente A de 80 años necesita de un ventilador, paciente B de 20 años necesita de un ventilador. Si paciente A recibe el ventilador ella vivirá 7 años más, si paciente B recibe el ventilador ella vivirá 65 años más. Ante dicho problema se tiene que introducir un principio adicional: salvar la mayor cantidad vidas-por-completarse. Una vida por completarse se debe de entender como aquella que aún no ha pasado por los diferentes estados de desarrollo bio-psico-social humanos (i.e. infancia, adolescencia, edad adulta, vejez)."

La propuesta provocó gran malestar en la población y en autoridades que forman parte del Consejo de Salubridad por lo que se hizo necesario realizar varias aclaraciones federales como la del Subsecretario de Salud de México, donde señaló que el propósito del proyecto de la Guía de Bioética fue puesto a consideración para enriquecerlo como objetivo de salvar vidas. La autoridad sanitaria insistió que no por ser diabética o mayor de 70 años, una persona estaba excluida de atención médica. Este documento se retiró del portal de internet del Consejo de Salubridad.

5. En el caso de México han primado medidas voluntarias de autoaislamiento, suspendiendo las clases y los actos masivos, pero cuidando que los estudiantes sigan en contacto con sus profesores e imparten sus materias de la manera que les resulte más fácil y adecuada.

Se ha tratado de cuidar la privacidad de los pacientes, principalmente en pequeñas ciudades como forma no solo del respeto a su intimidad, sino como forma de evitar prejuicios y discriminación contra las personas contagiadas y sus familias.

Los avances biomédicos son tan importantes en el derecho a la salud como los derechos humanos, y en especial el principal derecho humano: la vida, protegida por los principios de no discriminación en todos los sectores vulnerables que incluyen a los niños, personas con discapacidad y ancianos.

Los expertos afirmaron que antes de obligar a los médicos a decidir quién vive y quién muere, los hospitales y los gobiernos deben trabajar para aumentar la eficiencia del fracturado sistema de salud nacional.



PRESCRIÇÃO MÉDICA “OFF-LABEL” E COVID-19: UMA REFLEXÃO ÉTICO-JURÍDICA

OFF-LABEL MEDICAL PRESCRIPTION AND COVID-19: AN ETHICAL-LEGAL REFLEXION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 136-143



— — — — —
| | | | |
André
GONÇALO
DIAS PEREIRA
| | | | |
— — — — —

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A humanidade foi surpreendida com a pandemia COVID-19, para a qual não há medicamentos aprovados pelas autoridades nacionais. Todavia, alguns medicamentos para outras doenças (malaria, VIH, ébola) têm vindo a ser utilizados. Neste texto abordaremos as condições de licitude e de legitimidade ética para esta utilização “off-label” de medicamentos.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; Autorização de Introdução no Mercado (AIM); prescrição médica “off-label”; consentimento informado; transparéncia.

ABSTRACT: *Humankind was surprised by the COVID-19 pandemic, for which there are no drugs approved by authorities. However, some medicines for other diseases (e.g., malaria, HIV, Ebola) are being used. In this text we will address the conditions of legality and ethical legitimacy for the off-label use of medicines.*

KEY WORDS: COVID-19; Market Authorization; off-label medical prescription; informed consent; transparency.

1. A Constituição da República Portuguesa consagra, no artigo 64.º, o direito à saúde, dispondo que “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”. Este artigo insere-se no capítulo dos “Direitos, liberdades e garantias” e visa integrar valores tão palmares como os da dignidade humana, da equidade, da universalidade e da igualdade. O acesso ao medicamento, de qualidade, é um dos pilares importantes deste direito fundamental.

2. De entre os deveres dos médicos está o dever de respeitar as *leges artis*. No que tange à “prescrição de medicamentos”, o respeito pela AIM (autorização de introdução no mercado) e o RCM (resumo das características do medicamento) configuram o respeito pelas *leges artis*, em sentido rigoroso. Assim, o médico deve prescrever em conformidade com as indicações terapêuticas autorizadas pela Autoridade Nacional do Medicamento (INFARMED). Por seu turno, o Resumo das Características do Medicamento é a base da informação para os profissionais de saúde, indispensável a uma utilização segura e eficaz do medicamento, uma vez que o processo de aprovação de um medicamento para uso clínico obriga à prova inequívoca das suas eficácia e segurança, com base na análise dos resultados dos ensaios clínicos obrigatórios, nos quais assentará a determinação das suas indicações.

3. Em Portugal, o INFARMED é a entidade responsável pela Autorização de Introdução no Mercado nacional dos Medicamentos de Uso Humano. Esta instituição reguladora afasta expressamente a sua responsabilidade pela prescrição “off-label”. A Circular Informativa n.º 184/CD do Infarmed, de 12-11-2010 afirma:

“As indicações terapêuticas constantes nos Resumos das Características dos Medicamentos (RCM) foram objecto de apreciação e aprovação por parte destas entidades e reflectem os dados apresentados aquando do processo de avaliação do medicamento. Assim, reforça-se o seguinte:

(I) Não compete ao Infarmed pronunciar-se sobre a utilização dos medicamentos para uma indicação terapêutica diferente das que constam nos respectivos RCM.

• **André Gonçalo Dias Pereira**

Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra; Investigador do Instituto Jurídico; Diretor do Centro de Direito Biomédico. Corréu eletrónico: andregoncalodiaspereira@gmail.com

(2) A utilização de um medicamento fora do âmbito das indicações terapêuticas aprovadas é da inteira responsabilidade do médico prescritor, que entende que um dado medicamento se adequa a uma dada indicação terapêutica, face ao caso particular de um seu doente.

(3) É competência das comissões de farmácia e terapêutica e/ou de ética, de cada instituição, pronunciarem-se sobre a correcção da terapêutica prescrita aos doentes.”.

4. Também a indústria farmacêutica beneficia de uma responsabilidade legal diminuída (ou mesmo excluída) em situações de utilização “off-label” de um seu medicamento. Ou seja, a indústria farmacêutica responde, tão-somente, por qualquer problema que possa resultar da utilização estrita do seu produto em indicações que hajam merecido a autorização das autoridades competentes e que, portanto, constem do respetivo RCM. Por outro lado, a indústria farmacêutica: (1) “responde por defeitos de informação” (defeito de informação para efeitos de responsabilidade civil objetiva por produtos defeituosos, nos termos do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, que transpõe para o direito português a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos) e (2) “não pode fazer qualquer tipo de publicidade a uma utilização “off-label” do seu medicamento”, independentemente da experiência e das evidências clínicas que sobre o mesmo existam. Ao invés, a indústria farmacêutica apenas pode promover um medicamento rigorosamente para a indicação aprovada, sendo estritamente ilegal sugerir ou promover direta ou indiretamente a sua utilização para outras indicações, noutras dosagens ou para outras populações de doentes. Para que possa juntar novas indicações às inicialmente aprovadas, a indústria farmacêutica está obrigada a promover os necessários ensaios clínicos.

5. Contudo, sendo esta a regra – a da prescrição de medicamentos em indicação com a competente aprovação – “a (boa) prática médica” impõe muitas vezes outras soluções. Na verdade, em face do caso e do doente em concreto e suportado pelas evidências clínicas exibidas por múltiplos medicamentos (sem indicação terapêutica aprovada para aquela patologia, naquela dosagem ou naquela população específicas, mas que no decurso do seu uso regular e rotineiro tenham evidenciado eficácia e segurança em casos similares), quando o médico entende, ainda assim, que a sua prescrição é adequada e desejável, estamos perante a denominada prescrição “off-label”. Tal prática é muito frequente em todas as áreas da medicina, mas em especial na pediatria, dada a escassez de ensaios clínicos com

menores (crianças) e a consequente ausência de AIM de medicamentos nessa área.

6. A possibilidade da prescrição “off-label” resulta dos princípios de isenção e liberdade profissionais do médico e do princípio da liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento (ambos consagrados no artigo 7.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, Regulamento de Deontologia Médica n.º 707/2016, de 21 de julho, Diário da República 2.ª Série).

“Artigo 7.º - Isenção e liberdade profissionais.

I. O médico só deve tomar decisões ditadas pela ciência e pela sua consciência.

2. O médico tem liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutica, devendo, porém, abster-se de prescrever desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos ou de realizar atos médicos supérfluos.”

7. Por outro lado, segundo o artigo 10.º do Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento 797/2016, de 21 de julho), o médico deve abster-se de quaisquer atos que não estejam de acordo com as *leges artis*. Porém, a mesma norma prevê duas exceções. Em primeiro lugar, aceita-se a prática de “atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, “em situações em que não haja alternativa”, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer.” Segundo, excetuam-se ainda “os atos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.”

Podemos assim considerar que há uma escala de intervenções, nem sempre linear, desde a prática dos atos standard, passando pelas inovações terapêuticas, até à experimentação humana.

Às inovações terapêuticas “aplicam-se alguns dos princípios que regem o direito da experimentação com seres humanos, designadamente um reforço do controlo procedural e institucional”;

i) um “acentuado dever de informação”, por respeito ao princípio da autonomia, que mantém toda a sua vigência num período de exceção, mesmo em casos em que não há medicação autorizada para um vírus novo e, caso o paciente já esteja incapaz de consentir, seja assegurada a autorização;

- ii) o respeito pelo “princípio da beneficência”, a implicar que o médico só deve propor uma inovação terapêutica, se perante o quadro clínico que tem em mãos, não dispuser de um método seguro e eficaz já devidamente consagrado,
- iii) após uma “ponderação risco-benefício e” _
- iv) a “decisão deve ser partilhada”, ou seja, tomada em “reunião da equipa de especialistas”;
- v) em nome do princípio da transparência, deve a prescrição e sua fundamentação ser “registada no processo clínico”.

8. Com efeito, o “princípio da precaução” nos avanços terapêuticos tem relevo metodológico, na medida em que uma intervenção que se desvie dos “standards”, designadamente a utilização “off-label” de medicamentos, no âmbito das inovações terapêuticas e da experimentação humana deve ser devidamente fundamentada e deve carecer de um controle procedural justo, emergindo um paradigma “procedimentalista”.

9. A utilização “off-label” de medicamentos tem vindo a ser uma necessidade para tentar curar a COVID-19. Doença respiratória causada por um Corona vírus para a qual ainda não há medicação autorizada. Em Portugal, a Direção Geral de Saúde deu indicações para que quatro fármacos possam ser usados pelos médicos para ajudar os casos mais graves. Trata-se de um usado para o ébola (remdesivir), um antiretroviral para o VIH (lopinavir/ritonavir) e dois utilizados na malária e artrite reumatoide (cloroquina e hidroxicloroquina). Os doentes internados em enfermarias que tenham insuficiência respiratória ou evidências de pneumonia podem ser tratados com hidroxicloroquina ou cloroquina e o fármaco do VIH. Já os doentes em unidades de cuidados intensivos têm indicação para poder usar o fármaco contra o ébola: um usado para o ébola (remdesivir), um antiretroviral para o VIH (lopinavir/ritonavir) e dois utilizados na malária e artrite reumatoide (cloroquina e hidroxicloroquina).

10. Conclusão.

A prescrição “off-label” de medicamentos para tentar a cura ou debelar o sofrimento das pessoas infectadas pelo COVID-19 é lícita, numa visão ampla

das *leges artis* do médico, e eticamente legítima, pois faz face aos princípios da beneficência, da não maleficência e desde que se respeite a autonomia do doente.

Resumindo, os pressupostos da utilização “off-label” de medicamentos são:

- (1) um “consentimento informado reforçado”,
- (2) uma justificada “análise risco-benefício” da sua utilização no paciente concreto,
- (3) com referência a estudos que permitam uma cabal “fundamentação científica”.
- (4) o médico deve “registar”, pelo menos no caso de intervenções com riscos ou consequências secundárias mais graves, um esboço dessa fundamentação no processo clínico do doente;
- (5) a decisão de recurso a “prescrição off-label” resulte de uma decisão partilhada, primeiro, em “equipa médica”, segundo, com o “próprio doente”;
- (6) só em casos extremos se poderá lançar mão do “consentimento presumido”.
- (7) Só se poderá legitimar a inovação terapêutica após uma cuidadosa “ponderação custo-benefício” e
- (8) em caso algum se pode privar o doente de tratamento fundamental.

II. Dada a extrema gravidade da infecção com o COVID-19, em alguns casos, e a novidade da doença, em alguns casos estaremos já na fronteira com os “ensaios clínicos de medicamentos”. Assim, em alguns casos de maior inovação terapêutica, poder-se-ia justificar a aplicação de um procedimento mais exigente, designadamente, o exigido para a experimentação em seres humanos. Assim, deveriam considerar-se o respeito pelas exigências constantes do art. 16.º Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (em grande medida acompanham as exigências da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, designadamente:

- “i) inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável;
- ii) os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação;

- iii) o projeto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético;
- iv) a pessoa que se preste a uma investigação seja informada dos seus direitos e garantias previstos na lei para a sua proteção;
- v) o consentimento referido no art.5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado”.

Destes requisitos destacamos:

- a “aprovação por comissão de ética” – pelo que me parece adequado que as Comissões de Ética dos Hospitais e a Comissão de Ética para a Investigação Clínica vão acompanhando os casos de prescrição “off-label” mais inovadoras, que estejam já na fronteira de um verdadeiro (embora informal) ensaio clínico de medicamento, isto é, o teste de um medicamento autorizado (para certas indicações ou em certas doses) para uma nova indicação: o COVID-19.

- a exigência de um “consentimento expresso e por escrito após informação e esclarecimento exaustivo e personalizado”.

Não há evolução da medicina sem inovação, mas o “bem-estar do doente” tem que ter a primazia sobre outros valores.

PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS “OFF-LABEL” NO DIREITO BRASILEIRO: RESPONSABILIDADE MÉDICA E DESAFIOS EM TEMPOS DE COVID-19

OFF-LABEL PHARMACEUTICAL DRUG PRESCRIPTION IN BRAZILIAN
LAW: MEDICAL LIABILITY AND CHALLENGES IN TIMES OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 144-153



Flaviana
RAMPAZZO
SOARES

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Este texto apresenta algumas sugestões quanto a indicação de requisitos que podem servir para delimitar o campo de licitude da atuação médica na prescrição “off-label” de medicamentos ao tratamento da COVID-19, inclusive no que concerne ao consentimento do paciente.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidade médica, dano; medicamento; prescrição “off-label”; COVID-19.

ABSTRACT: *This text presents some suggestions regarding the indication of requirements that can serve to define the lawful use of medical practice in the off-label prescription of medications for the treatment of COVID-19, including with regard to patient consent.*

KEY WORDS: *Medical liability; damage; medication; off-label prescription; COVID-19.*

I. A expressão “uso off-label de medicamentos” é usualmente aplicada no setor da saúde, em especial na literatura especializada, sendo entendida como o emprego de um medicamento homologado por órgão regulatório de vigilância sanitária, fora das suas indicações técnicas específicas.

O uso “off-label” abrange variações que incluem a indicação terapêutica diversa; a posologia distinta; a administração para faixa etária não indicada na bula, etc. A principal vantagem dessa prática é a possibilidade de descoberta de novos usos para medicamentos já experimentados, cujos principais efeitos colaterais são conhecidos e descritos na literatura farmacológica, enquanto que o principal risco é o de que não apenas o fármaco deixe de atender a uma expectativa de eficácia (não há benefício), como cause efeito adverso ao desejado, prejudicando o paciente que dele fez uso (há malefício).

O uso “off-label” de medicamentos não é prática incomum, sendo conhecido o exemplo da administração da aspirina (ácido acetilsalicílico), que é um remédio para dores leves e moderadas, na profilaxia de doença coronariana em pacientes diabéticos. Inibidores da receptação de serotonina (v.gr., fluoxetina) são medicamentos prescritos para ejaculação precoce. E, diante das restrições na realização de pesquisas e testes em grupos vulneráveis (idosos, crianças e gestantes), o emprego “off-label” de medicamentos tem ampla atuação nesses espaços, como o uso de broncodilatadores inalatórios ou de anticonvulsivantes por pacientes pediátricos.

Este texto tem como foco um dos possíveis usos “off-label”, que é a administração, em situação de emergência, de medicamento com indicação terapêutica distinta daquela para a qual fora aprovado, e os possíveis requisitos cuja observância seja necessária para que a conduta médica possa ser considerada juridicamente admissível.

2. A necessidade dessa análise se acentua diante da pandemia do coronavírus, que chegou figurativamente como um “tsunami”, afligindo o mundo e causando grandes estragos à saúde e à economia. Veem-se os profissionais da área da saúde diante de uma grande incógnita, pois há pacientes que sucumbem ao serem contagiados, sem que se saiba efetivamente o que fazer nesse cenário,

• **Flaviana Rampazzo Soares**

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Processual Civil. Advogada e Professora. E-mail: frampazzo@hotmail.com.

e de situações que demandam difíceis decisões, pois não há estrutura de saúde suficiente e apta para atender a todos de forma adequada.

A busca de respostas e de restabelecimento faz com que profissionais da saúde intentem descobrir uma saída, a partir do que está ao alcance destes, fazendo com que o uso de medicamento “off-label” seja uma tentativa de descobrir uma solução ou um auxílio, porque a inclusão de um novo medicamento no mercado costuma ser cara, complexa e demorada.

Todavia, isso não significa que o médico tenha uma “carta branca” para fazer uso indiscriminado ou disseminado de qualquer medicamento, transformando indevidamente o paciente em “objeto de pesquisa”.

Assim, torna-se conveniente sugerir alguns parâmetros mínimos para, por um lado, permitir que essa ferramenta possa ser utilizada como alternativa emergencial para a pandemia da COVID-19 , sem que possa ser imputada ao médico a prática de um ato ilícito (pois, nesse momento, ainda não houve tempo para a realização de pesquisas com resultados efetivos, desenvolvimento de produtos eficazes e de ensaios clínicos prévios necessários para a indicação segura de um tratamento) e, por outro, assegurar que o enfermo seja beneficiado ou não prejudicado indevidamente com o uso dessa técnica, a qual não pode ser utilizada de forma desmedida, sob pena de ofender-lhe na sua dignidade.

No Brasil, essa técnica é aplicada, e não há proibição de uso de fármaco “off-label”, embora também não exista uma autorização legal explícita. Há inúmeras ações judiciais que tratam desse tema, não sob o contexto da responsabilidade médica na prescrição medicamentosa, mas, sim, na determinação de custeio e oferecimento do tratamento “off-label” indicado pelo médico, por parte das operadoras de planos de saúde.

Sob o aspecto da responsabilidade civil, pode-se afirmar que, no Brasil, os danos experimentados pelo paciente em razão da administração medicamentosa “off-label”, não podem ser imputados ao laboratório fabricante. Essa pretensão dirigir-se-á ao médico, ao hospital ou ao plano de saúde, conforme as circunstâncias concretamente consideradas. E, no tocante a relação entre médico e paciente, essa administração não é proibida, desde que, não haja outra opção com melhor eficácia ao caso específico; que os efeitos colaterais conhecidos não sejam qualitativa ou quantitativamente graves, etc., como será visto.

A responsabilidade médica no direito brasileiro, mesmo em contexto de pandemia, permanece sendo objetiva (imputação subjetiva de responsabilidade). O que muda, em cenário de crise decorrente da pandemia, é o menor rigor na

análise da correção ou incorreção da conduta profissional na execução do ato médico.

Difere pouco, em linhas gerais, da solução adotada nos EUA (conquanto as bases sejam distintas). No mencionado país, a "National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research" debateu se o uso de um medicamento pode ser classificado como uma "prática médica" ou uma "ferramenta de pesquisa". Para essa Comissão, o objetivo da prática médica é o de oferecer diagnóstico, tratamento preventivo ou terapia, enquanto que a pesquisa almeja testar uma hipótese a partir de um problema e dela extrair conclusões (veja-se que a metodologia está presente na sua finalidade). Na primeira, há a solução para a atuação concreta, e na segunda a finalidade é a de contribuir para o conhecimento generalizável.

Assim, a prescrição "off-label" não seria enquadrada na segunda opção, embora, a rigor, seja admissível no âmbito da primeira, conquanto fora do padrão prescrito pelo órgão regulador específico, no modelo utilizado para a sua autorização.

3. Não há precedente judicial, nos EUA, que tenha estabelecido ao médico um dever de divulgar, em um procedimento de escolha esclarecida do paciente, que o uso de um medicamento prescrito é "off-label". Um precedente que se aproxima do tema é o *Canterbury v. Spence* (1972), o qual analisou a pretensão indenizatória de um paciente contra um médico, por ter sido submetido a uma cirurgia que lhe causou a paralisia na metade inferior do corpo (situação possível para 1% dos casos submetidos a esse procedimento), sem ter sido previamente informado desse risco. A Corte de Apelação referiu nesse precedente que um consentimento é inútil sem a correspondente informação prévia, e um "paciente mediano tem pouca ou nenhuma compreensão das artes médicas e, normalmente, tem apenas seu médico a quem pode buscar esclarecimento para chegar a uma decisão inteligente", surgindo "a necessidade e, por sua vez, a exigência, de uma informação razoável do médico ao paciente, para tornar possível tal decisão", assim considerada aquela na qual uma pessoa razoável, ao decidir, provavelmente atribuiria significado ao risco ou conjunto de riscos existentes.

Em *Klein v. Biscup* (Ohio, 1996) especificou-se que o uso "off-label" de dispositivos médicos era uma questão de julgamento de conveniência que compete ao próprio médico, o qual, no entanto, pode estar sujeito à responsabilidade profissional por negligência envolvendo esse uso, mas não será responsabilizado unicamente por deixar de divulgar previamente ao paciente que o uso ocorre nessa modalidade.

Tudo o que acima foi referido indica um caminho em termos genéricos e, em razão dos limites deste texto, superficiais. Demanda-se, necessária e subsequentemente, uma divisão de duas situações quanto ao uso “off-label” de medicamentos: naquelas ordinárias da vida comum, nas quais é possível afirmar que o dever de cuidado do médico é mais acentuado; e nas atípicas e extraordinárias de uma epidemia com graves repercussões na saúde dos seres humanos, que demanda do médico decisões rápidas e sem a possibilidade de reflexões aprofundadas e validadas cientificamente.

Na situação de crise, como a ocasionada pela pandemia da COVID-19, não é possível exigir do médico que use medicamentos prescritos precisamente para essa doença, enquanto esses não existirem. Por outro lado, nesse caso, deve ser considerado admissível que o médico prescreva o uso específico aos pacientes sob os seus cuidados, de medicamentos existentes e aprovados pelos órgãos regulatórios, necessariamente “off-label”. Essa conduta será lícita se praticada de boa-fé, em dosagem adequada e com a segurança admissível em uma situação atípica como essa pandemia. Por isso, pode-se dizer que antivirais podem ser considerados como alternativas de possível uso, assim como medicamentos utilizados no tratamento das manifestações decorrentes da contaminação pela COVID-19, como, por exemplo, antibióticos.

Lembre-se que os médicos (e os profissionais da área da saúde, em geral) que atuam na “linha de frente” do atendimento aos doentes de COVID-19, estão sob situação não apenas de pressão, mas, igualmente, de risco à própria saúde, ao realizar um trabalho com exposição biológica, em benefício da coletividade. Trata-se de um trabalho altruísta, ainda que remunerado, a atrair o que os estadunidenses denominam de “Good Samaritan Laws”, que é uma proteção dirigida a quem pratica trabalhos de assistência em saúde nas situações de emergência, e que tem a coragem tanto de assistir, quanto de decidir, o que exige iniciativa e destemor. Assim, é justo que a análise da sua atuação (padrão de conduta admissível) não tenha o rigor que há no julgamento de uma conduta médica em situações ditas “normais” de atendimento.

4. Admitindo-se que não seria desejável uma regulamentação rígida a respeito da matéria, diante da diversidade de circunstâncias que permeiam cada situação concreta, bem como das dificuldades de avaliação no que diz respeito ao que possa ser considerado como aceitável em uma situação tão dramática e peculiar, é possível estabelecer algumas pautas que permitem uma melhor apreciação quanto às condições nas quais a prescrição e administração medicamentosa “off-label” pode ser admitida, sem que haja responsabilidade médica, tendo em vista os aspectos abaixo pontuados, conquanto seja possível verificar da leitura que muitos

casos são vinculados entre si, embora não sejam necessariamente concomitantes ou cumulativos:

- 1) a existência de evidência qualificada de possibilidade de eficácia razoável (com possibilidade de respaldo científico) para o uso “off-label” de um medicamento, seja quanto à doença em si (o ataque ao vírus) seja quanto às suas manifestações no organismo humano (uma pneumonia causada pelo vírus, por exemplo);
- 2) a existência de algum indicativo técnico no sentido de que esse uso possa ser vantajoso ao paciente;
- 3) a inocorrência de imperícia ou negligência grosseira na prescrição “off-label”;
- 4) que a indicação e o uso ocorram com a observância dos princípios da ética biomédica (que atendam a beneficência, não maleficência, autodeterminação e justiça) que possam ser identificados ao tempo da administração. O princípio da justiça da ética biomédica é pauta principiológica para evitar situações discriminatórias, impedindo que pessoas tenham atendimento diferenciado injustificável, que sejam prejudicadas ou unicamente por fundamentos não admissíveis juridicamente;
- 5) que essa prática seja executada sem a violação das normas técnicas (inclusive protocolos) emitidas pelos órgãos regulamentadores;
- 6) que ocorra na situação de inexistência de alternativas de tratamento viáveis ou menos arriscados;
- 7) que a prática não traga prejuízos qualitativamente ou quantitativamente graves ao paciente, maiores que o não uso “off-label” da medicação;
- 8) que a prescrição seja específica para o paciente individualmente considerado e que seja mantido o monitoramento, a permitir que o seu uso cesse tão logo seja constatada alguma adversidade ou ineficácia.

Toda situação de prescrição e administração de medicamento “off-label” para auxiliar no diagnóstico, na prevenção, na mitigação de danos, no tratamento ou na cura de paciente, em razão de emergência de saúde, que ocorra de acordo com as circunstâncias acima apontadas, não deve ensejar responsabilidade médica.

Na averiguação da conduta médica, os parcos recursos disponíveis (tanto de infraestrutura, quanto de materiais de uso e pessoal de apoio) constituem elemento que atenua a severidade da análise da conduta exigível do médico. Ademais, deve-se perquirir se outro médico em situação semelhante razoavelmente poderia

adotar a mesma conduta. Se a resposta a esse questionamento por positiva, não há como responsabilizar o médico pelo ato praticado.

Mesmo diante de uma situação de pandemia, o hospital pode ter uma conduta de cautela e de prevenção quanto aos riscos de ser demandado, e, se houver condições, deve informar ao paciente (ou a autorização de quem o assista ou o represente), na baixa hospitalar quanto à possibilidade de uso de medicação “off-label”. No entanto, não se pode admitir uma ampliação desmedida do dever de informar ao paciente, a ponto de trazer mais prejuízos que benefício tanto ao atendimento particularmente considerado, quanto à própria complexidade do serviço de atendimento médico, ou mesmo de gerar um desvio indevido da atenção do paciente ou do médico quanto ao que precisa ser feito.

Há, dessa forma, a necessidade de obtenção de uma solução possível, que não negue os direitos do paciente; que atenda ao princípio da não maleficência e que, igualmente, não engesse de forma inadmissível o exercício da criatividade técnica, praticada com equilíbrio e seriedade, e a busca por respostas que um medicamento possa oferecer “off-label”.

5. Adicione-se a incidência do “postulado normativo aplicativo da proporcionalidade”, seja como proibição tanto do excesso quanto da insuficiência na avaliação da conduta médica. Adequação e necessidade são vocábulos associados à proporcionalidade, de modo que é imprescindível perquirir se o meio empregado por quem ministrar medicação “off-label” permite razoavelmente o alcance do seu objetivo (se é adequado), sem que isso cause injustificável prejuízo à integridade psicofísica ao paciente, ou que lhe cause indevido gasto financeiro ou dano ao seu patrimônio para que se assegure a licitude dessa conduta profissional. Da mesma forma, há que se verificar se é necessário recorrer a esse meio, quanto ao estado de saúde desequilibrado de um paciente, que possa ser remediado sem acesso a essa modalidade (que corresponde ao critério da imprescindibilidade, pelo qual é preferível o uso de meio que possa atingir o mesmo fim que seja menos lesivo, ou seja, que não restrinja outro direito alheio ou que o atinja de forma menos lesiva). A primeira pergunta a fazer é quanto ao critério da “pertinência”, e a segunda é a das “alternativas” que possam existir.

Como visto, ao mesmo tempo em que se admite que é possível a prescrição “off-label” igualmente é necessário reconhecer que o caminho a trilhar é o de analisar as circunstâncias concretamente observáveis, incluindo as motivações tanto do uso quanto de eventual recusa do paciente ou de seu representante ou assistente; das necessidades e dos objetivos que fundam a prescrição “off-label”;

da possibilidade de se obter o resultado previsto por outros meios, dentre outros, como foi visto acima.

Os exemplos e as variáveis possíveis são abundantes e não se resumem às hipóteses antes indicadas. De toda forma, convém que as linhas gerais a respeito do tema sejam estudadas e postas, para que se verifique quando o profissional, confrontado com uma situação na qual o atendimento demande uma atuação mais criativa e técnica, não age ilicitamente, na prescrição e administração medicamentosa “off-label”.

A transparência, a boa-fé e a organização são fundamentais para que se possa atingir o equilíbrio entre o necessário atendimento, a essencial técnica, as necessidades e os limites das estruturas de atendimento em saúde, com a finalidade de superar a pandemia da melhor maneira possível.



LA DECISIÓN CLÍNICA EN UNA SITUACIÓN DE PANDEMIA

THE CLINICAL DECISION IN A PANDEMIC SITUATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 154-163



Valerio
ROTONDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El trabajo analiza el impacto de la pandemia del COVID-19 sobre el sistema nacional de salud, con particular referencia al papel de los profesionales sanitarios en la gestión del paciente durante el estado de emergencia y a la posibilidad de limitar el acceso a los tratamientos de los pacientes contagiados en atención a la escasez de recursos técnicos y humanos. Las reflexiones tienen también en cuenta las recomendaciones y dictámenes de instituciones y el papel de la profesión sanitaria en la gestión de la emergencia.

PALABRAS CLAVE: Decisión clínica; Triaje pandémico; cuidados paliativos; protección del paciente.

ABSTRACT: *The contribution analyzes the impact of the COVID-19 pandemic on the national health system with particular reference to the role of the health care professional in patient management during the emergency state and the possibility of limiting, in view of the scarcity of technical and human resources, access to treatment of sick patients. The reflection takes into account, at the same time, the recommendations and opinions provided in this regard by institutional subjects and the role of the healthcare professional in the emergency management of the patient.*

KEY WORDS: *Clinical decision; pandemic triage; palliative care; patient protection.*

I. *Delimitación del objeto de estudio.* La Organización Mundial de la Salud el 9 de enero de 2020 declaraba el descubrimiento por parte de las autoridades sanitarias chinas de una cepa de coronavirus, nunca antes identificada, denominada SARS-CoV-2, conocida también como COVID-19. El 30 de enero la misma Organización afirmaba que la epidemia del COVID-19 era una emergencia de salud pública de carácter internacional y el día posterior el Consejo de Ministros del Gobierno italiano, en virtud de los arts. 7, párrafo 1^a, letra c, y 24, párrafo 1º, del Decreto Legislativo de 2 de enero de 2018, declaraba el estado de emergencia nacional, por una duración de seis meses, en consideración del riesgo sanitario derivado de la aparición de patologías procedentes de agentes víricos transmisibles. El 11 de marzo, conocida la difusión del virus en 117 países, la OMS consideró el contagio internacional como consecuencia del nuevo coronavirus una pandemia (Boletín Oficial núm. 26, del 1 de febrero 2020; “Medidas sobre la emergencia del coronavirus-Cuadro General”, 30 abril 2020, camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf).

Más allá de la heterogeneidad de las medidas jurídicas adoptadas por cada Estado para hacer frente a la emergencia sanitaria derivada de la difusión de la pandemia, el Gobierno de Italia –de acuerdo el art. 32 Const., pero, más en general, con el principio personalista que conforma el ordenamiento jurídico italiano- ha tomado medidas de contención que, si bien han incidido de manera determinante sobre los derechos y libertades garantizados por la Constitución, se han inspirado exclusivamente en la finalidad de preservar y proteger la salud de las personas (cfr. PERLINGIERI P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1020 ss., posteriormente, en PERLINGIERI P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 101 ss.; PERLINGIERI P.: *La Personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 13; PANTALONE P. e DENICOLÒ M.: “Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze esistenziali”, *Il diritto dell'economia*, núm. 1, 2020, p. 125; CUOCOLO L.: “I diritti costituzionali di fronte all'emergenza COVID-19. Una prospettiva comparata”, *federalismi.it*, pp. 12-150).

En el aspecto sanitario la pandemia derivada del SARS-CoV-2 tiene tintes dramáticos. En Italia, desde los primeros días de su difusión, se ha puesto de manifiesto la inadecuación del sistema de salud nacional para reaccionar frente a la repentina difusión del virus entre la población. El insuficiente número de dotaciones técnicas (dispositivos de protección individual, hospitalares, camas y respiradores artificiales) y la escasez de personal sanitario para afrontar el extraordinario

• **Valerio Rotondo**

Doctor en Derecho Privado, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: vrotondo@hotmail.it

número de enfermos han sido los principales problemas con los cuales han tenido que lidiar los encargados de gestionar la emergencia sanitaria (cfr. las medidas tomadas por los Decretos-Leyes de 9 de marzo de 2020, núm. 14, y de 17 de marzo de 2020, núm. 18).

El estado de emergencia ha trastocado la organización sanitaria del país, tanto desde un punto de vista técnico-logístico (reclamando la construcción de hospitales *ad hoc* y la contratación de personal sanitario sin atenerse a la legislación vigente, como desde un punto de vista estrictamente clínico-médico), de modo que se comprende que los sanitarios hayan debido adoptar decisiones determinantes para la salud de los pacientes, dictadas, exclusivamente, por las circunstancias urgentes del momento. Dichas medidas han llevado a algunas instituciones (Comité Nacional de Bioética y Sociedades representativas del ámbito médico) a reflexionar sobre la necesidad limitar el acceso a tratamientos de enfermos, dada la escasez de recursos disponibles, contemporizando el deber de máxima protección de cada paciente con los objetivos generales de salud pública.

En consideración al impacto de la pandemia del COVID-19 sobre el conjunto del sistema sanitario nacional, este trabajo se centrará en el tratamiento de los pacientes afectados por el Coronavirus; de modo particular, en los criterios de atribución de los recursos disponibles y en el papel del sanitario al acompañar al paciente al tomar una decisión consciente en relación a recibir cuidados paliativos (art. 2, párrafo 2º, de la Ley de 22 de diciembre de 2017, núm. 219, sobre Normas en materia de consentimiento informado y voluntades anticipadas).

2. La gestión de la emergencia en el acceso a los tratamientos: las “Recomendaciones de Ética Clínica para la admisión de tratamientos intensivos” de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva: crítica. Uno de los aspectos dramáticos a los que se ha debido hacer frente durante el máximo periodo de difusión del virus, cuando los hospitales se encontraban próximos al colapso, en especial en las ciudades del Norte de Italia, ha sido el de la asignación de los recursos sanitarios disponibles para enfrentarse el creciente número de pacientes infectados. Así, la carencia de camas en unidades de vigilancia intensiva y de respiradores artificiales ha hecho surgir la pregunta de si era oportuno seleccionar las personas que debían ser atendidas y la cuestión de cuáles serían los criterios para –en su caso– realizar la selección.

Dada la inexistencia de indicaciones por parte del Estado, el problema ha sido afrontado por la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva (Siaarti), que, con el fin de “ofrecer un soporte profesional y científico a quien debe tomar decisiones difíciles y doloras”, el 6 de marzo de 2020; ha

publicado las “Recomendaciones de Ética Clínica para la admisión de tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidad y recursos disponibles”. En tales recomendaciones, teniendo en cuenta que cada sanitario puede encontrarse en la tesitura de tener que tomar inmediatamente decisiones difíciles desde un punto de vista ético y jurídico, se han definido criterios con base en los cuales efectuar decisiones relativas a la admisión en unidades de tratamiento intensivo en el caso de que los recursos disponibles no pudieran satisfacer las necesidades de todos los pacientes. (PALAZZANI, L.: “La Pandemia e il dilemma per l'etica. Quando le risorse sono limitate: chi curare”, *Biolaw journal*, núm. 2, 2020; CONTE, L.: “COVID-19; “Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale”, *federalismi.it*, 1 abril 2020, pp. 2 ss.). Dado su eco social se impone su consideración por parte del estudiioso (cfr. ANELLI, F.: “Coronavirus. Fnomceo sul documento anestesiisti: Nostra guida resta Codice deontologico. Non dobbiamo metterci nelle condizioni di applicare questi inaccettabili triage di guerra”, *Quotidiano sanità*, 8 marzo 2020; MORI, M.: “Le Raccomandazioni degli anestesiisti e la fine dell'egualianza ipocratica”, ivi, 13 marzo 2020; BALISTRERI, M.: “Gli anestesiisti e la legge del mare: Prima le donne e i bambini”, ivi, 15 marzo 2020; COZZOLI, M.: “A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siaarti”, ivi, 19 marzo 2020).

Dejando aparte las vagas y genéricas referencias a conceptos como “adecuación clínica”, “proporcionalidad de las curas”, “justicia distributiva”, que, si no se definen, resultan vacíos de contenido, parece que el desequilibrio entre las necesidades clínicas de la población y la efectividad de los recursos para los tratamientos intensivos sea resuelto por la Siiarti en clave meramente utilitarista.

En el documento, de hecho, se dice que, en un contexto de carencia de recursos sanitarios, la elección debe ir orientada en favor de garantizar los tratamientos que tengan “mayor posibilidad de éxito terapéutico”, privilegiando la “mayor esperanza de vida”, basándose en la consideración del “first come first served”. En particular, en la Recomendación núm. 3, se explicita la posibilidad de poner un límite de edad para los ingresos y en la núm. 4 que la presencia de enfermedades añadidas a la edad, potencialmente, puede dar lugar a un mayor consumo de recursos en el caso de pacientes ancianos, frágiles o con enfermedades severas.

A este este respecto no puede dejar de evidenciarse que la misma terminología empleada, de clara impronta patrimonial-consumista, se adapta mal a un discurso argumentado sobre la categoría del “ser” y no, sobre la del “tener”, pero que, si el fin último de las Recomendaciones es el de incentivar el tratamiento del paciente con mayor esperanza de vida, no se comprende el motivo por el cual se especifica la posibilidad de limitar el ingreso en virtud de la mera edad, ya que no

es razonable excluir apriorísticamente que el paciente más anciano no sea quien tiene mayor posibilidad de sobrevivir.

No pudiendo expresar en estos momentos mis propias dudas y reservas sobre la eficacia de dichas Recomendaciones y, más en general, sobre el papel de las líneas guía y de la legitimidad de sus autores (sobre este punto CARIMINI, F.: *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, p. 120), se considera que la aproximación utilitarista adoptado por la Siaarti en la solución del problema de la asignación de recursos no solo no convence, sino que, además, puede estar en contra del principio personalista que conforma nuestro ordenamiento jurídico, el cual asume que la persona es su valor máximo y su tutela el principio constitucional supremo, existiendo un derecho fundamental a la salud, ámbito inviolable de su dignidad, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (cfr. arts. 2, 3, 13, 32 Constitución italiana; PERLINGIERI P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, pp. 433 y 728; sobre la aproximación realizada por la Siaarti en relación al modelo personalista sobre el cual se funda la Constitución: di COSTANZO, C., ZAGREBELSKY, V.: "L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative", *Biolaw Journal*, núm 2, 2020; d'AVACK, L.: "COVID-19: criteri etici", iv).

La procedencia de estas consideraciones se confirma, no solo por la legislación ordinaria (Ley que instituye el Servicio Nacional de Salud, de 23 de diciembre de 1978, núm. 833), que en su art. I especifica que el mantenimiento y la recuperación de la salud física y psíquica de toda la población debe ser perseguida sin distinción de condiciones individuales o sociales, de manera que se asegure la igualdad de los ciudadanos en relación a los servicios, sino también por el código deontológico médico, conforme a cuyo art. 6 "El médico busca el uso óptimo de los recursos [...] rechazando toda forma de discriminación en el acceso a las curas". La "respuesta" a la carencia de recursos dada por la Siaarti, contenida en sus Recomendaciones, además de ser cuestionable, no puede ser compartida, si se tienen en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Ésta, en varios fallos, precisamente, en materia de asignación de recursos en el ámbito sanitario, ha declarado que "la tutela del derecho a la salud no puede no sufrir las limitaciones que el mismo legislador tiene en la distribución de sus recursos financieros y que, en la ponderación realizada por el legislador", este no puede un asumir "un peso tan preponderante que comprima el núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana", que impone una plena y exhaustiva tutela (*ex multis*, Corte cost., 16 julio 1999, núm. 309, *Giur. cost.*, 1999, p. 2500, con comentario de PRINCIPATO, L.: "Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?").

3. Sigue. *El dictamen del Comité Nacional de Bioética en materia de decisión clínica en condiciones de ausencia de recursos.* A la publicación de las Recomendaciones de la Sociedad italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva ha seguido, en fecha de 8 de abril, el Dictamen del Comité Nacional de Bioética que, sobre la misma cuestión del acceso a los tratamientos en situaciones de recursos limitados en el contexto de emergencias sanitarias, se ha expresado, con correcto fundamento en los parámetros constitucionales.

El Comité, teniendo en cuenta los arts. 2, 3, 32 Const., punto de referencia del Dictamen, incluso en situaciones de emergencia como las ocasionadas por la pandemia, identifica el criterio “clínico” como el más adecuado –y, por tanto, el único- con base en el cual poder tomar decisiones (Comité Nacional de Bioética: “COVID-19: La decisión clínica en situaciones de carencia de recursos y el criterio del Triaje en emergencia pandémica”, bioetica.governo.it, 8 abril 2020). Al mismo tiempo, no deja de precisar, a diferencia de lo indicado en las Recomendaciones Siaartt, que cualquier otro criterio basado en la “edad, sexo, condición y papel en la sociedad, raza, discapacidad, responsabilidad respecto a los comportamientos que han originado la patología y los costes” resultan “inaceptables”, conforme a nuestra Constitución. ¿Cuál es entonces la respuesta dada en la práctica por el Comité de Bioética?

El Comité, excluyendo una aproximación objetivista, no impide el tratamiento a ningún enfermo, pero, sobre la base del modelo del triaje, ya normalmente en uso en ausentica de situaciones de emergencia sanitaria, considera el “Triage en emergencia pandémica” el instrumento a través del cual se satisface razonablemente y, caso por caso, las necesidades de todos los usuarios, conciliando al mismo tiempo el deber de máxima tutela de cada paciente con los objetivos generales de salud pública (PERLINGIERI, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, Madrid, 2016, p. 14). Adecuación clínica o valoración proporcionada del tratamiento en relación con la gravedad de la manifestación de la enfermedad y la posibilidad pronosticada de sanación de cada paciente, y actualidad, o valoración individual del enfermo, desde la perspectiva más amplia de la “comunidad de pacientes” (que comprende no solo los presentes físicamente en el servicio de emergencias, sino también los asistidos con respiración artificial y los que permanecen en su propio domicilio en condiciones críticas conocidas). De lo dicho resulta que, en opinión del Comité de Bioética, cuando sea necesario graduar el acceso a los tratamientos, la prioridad será establecida siguiendo los criterios indicados, valorando respecto de qué pacientes el tratamiento puede resultar más eficaz y presenta más garantías de supervivencia, lo que no presupone la exclusión apriorística de una categoría determinada y, además, no excluye el acceso a otro tipo de tratamientos.

4. *La centralidad del papel del profesional sanitario en el acompañamiento del paciente en orden a realizar una elección consciente para hacer frente a la patología del COVID-19: el papel de los cuidados paliativos y el art. 2, párrafo 2º, de la Ley de diciembre de 2017, núm. 219.* El dictamen del Comité Nacional de Bioética llama la atención a sus interlocutores sobre la importancia de la terapia del dolor y de los cuidados paliativos para hacer frente al sufrimiento que potencialmente acompaña a la muerte de los pacientes afectados por insuficiencias respiratorias (típicas en los enfermados por el virus), pero también cuando los mismos pacientes hayan renunciado a tratamientos invasivos para salvar sus vidas.

Desde una óptica de personalización de los tratamientos, el Comité, sin citarlo expresamente, hace suyo el contenido del art. 2 de la Ley de 22 de diciembre de 2017, núm. 219, en materia de consentimiento y de disposiciones de última voluntad. Dicha norma obliga al médico a aliviar los sufrimientos del paciente, también cuando este haya rechazado o revocado el consentimiento para el tratamiento sanitario; y, en los casos en que exista un pronóstico negativo que prevea un desenlace próximo o de muerte inminente, le impide incurrir en una obstinación terapéutica, suministrando tratamientos inútiles o desproporcionados; además, cuando exista un sufrimiento que no pueda aliviarse con el tratamiento médico, le permite, con el consentimiento del paciente, proceder a su sedación paliativa profunda continua, junto a la terapia del dolor (cfr. párrafos 1º y 2º).

La norma, pensada sin duda para maximizar la tutela de la persona humana y hacer efectiva la protección prevista por los arts. 2, 3, 13, 32 Const., además de por los arts. 1 a 3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, se propone prestar asistencia al paciente no susceptible de sanación, pero sí de tratamiento, considerando, caso por caso, las necesidades concretas de quien se encuentra en una situación de indiscutible vulnerabilidad (FEMIA, P.: "Sedazione palliativa profonda continua e soggettività morente", in *Ann. Sisdic*, núm. 2, 2019, p. 93; AMATO, S.: "Abbandono terapeutico, ostinazione irragionevole e sedazione profonda", in *Nuove leggi civ. comm.*, núm. 1, 2019, p. 179; FERRARA, A.: "Eutanasia e COVID-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio", in *Biolaw journal*, núm. 2, 2020). Al garantizar la continuidad asistencial del paciente con mal pronóstico, proponiéndose suministrarle la mejor asistencia posible, remarca la prohibición de abandono terapéutico (art. 39 del Código deontológico médico) y la necesidad de proteger y promover la calidad de vida hasta su fin, imponiendo al mismo tiempo al profesional sanitario una valoración proporcionada del tratamiento en relación con la gravedad de los síntomas de la patología, lo que impide considerar al paciente un "mero objeto del tratamiento" (RESCIGNO P.: "Valori, modelli, politica", en RESCIGNO P.: *Danno da procreazione*, Milano, 2006, p. 20), sino un sujeto a quien corresponde el derecho a decidir libremente sobre su salud e integridad

psico-física (cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica: “Sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte”, *bioetica.governo.it*, 29 enero 2016; Ley de 15 de marzo de 2010, núm. 38, sobre Disposiciones para garantizar el acceso a los cuidados paliativos y la terapia del dolor; DE PANFILIS, L., TANZI, S., COSTANTINI, M.: “Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l’etica medica e le cure palliative ai tempi del COVID-19”, *Biolaw journal*, núm. 2, 2020).

5. Reflexiones conclusivas. Lejos de poder dar una respuesta resolutiva a los problemas atinentes a la asignación de recursos en tiempos de emergencia, se considera que el impacto de la pandemia originada por el COVID-19 sobre el entero sistema nacional de salud y, más en general, las dificultades surgidas en la fase de emergencia en la ponderación de los derechos constitucionalmente garantizados, plantean al jurista desafíos ineludibles, que no se agotan en la búsqueda, en el marco de los valores y principios del ordenamiento jurídico, de un razonable punto de equilibrio entre protección de la salud, personalización de los tratamientos y asignación de los recursos, sino que, más bien, se sitúan en el ámbito de la continua reflexión inherente a los derechos de la persona.

La necesidad de deber meditar “sobre a quién curar, cómo curarlo y si curarlo”, impuesta por las carencias del sistema estatal, imponen al jurista la obligación de ampliar el propio razonamiento y de reflexionar, de manera más incisiva, sobre el respeto de la personalidad de enfermo y, en el plano de la autodeterminación terapéutica, sobre la cuestión de las opciones atinentes al final de la vida. Cada vez con mayor frecuencia se plantea al estudioso la necesidad de examinar, no tanto, la eliminación del sufrimiento del paciente, sino el problema de la determinación de la propia muerte a través de una manifestación de voluntad. Esto significa preguntarse sobre la posibilidad de conferir al propio paciente la posibilidad de morir más rápidamente, con mayor serenidad y menor dolor, sin tener que sufrir un proceso terminal más lento y cargado de sufrimientos. Como es sabido, la legislación vigente no permite al personal sanitario poner a disposición del paciente tratamientos encaminados, no a eliminar sus sufrimientos, sino a producir su muerte. Se considera, pues, necesario, tal y como resulta del reciente fallo de la Corte Constitucional de 22 de noviembre de 2019, núm. 242, continuar la reflexión sobre la llamada prohibición absoluta de ayuda al suicidio y, en particular, sobre si la falta de su previsión no acabe por limitar de manera irrazonable la libertad de autodeterminación del enfermo en la elección de las terapias, comprendidas las orientadas a liberarlo de sus sufrimientos que hoy imponen una única y exclusiva forma de desprenderse de la vida (cfr. Corte cost., 22 noviembre 2019, n. 242, in *Foro it.*, 2020, I, cc. 829 ss., con comentario de ROMBOLI, R.: “La Corte costituzionale decide con sentenza il «caso Cappato» e supera l’ostacolo «insormontabile»

approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire"; FERRARA, A.: "Eutanasia e COVID-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio", cit.).

BREVES CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL MORIR EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS EN ESPAÑA

BRIEF LEGAL CONSIDERATIONS ON DYING IN CORONAVIRUS TIMES IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 164-177



Jorge
ENRIQUEZ
SORDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Las normativas que se han dictado durante el estado de alarma en aras de conformar una estadística fiable sobre los fallecimientos y con fines epidemiológicos han dejado de lado al Registro Civil y han repercutido negativamente en la sociedad española. Las presentes líneas pretenden identificar y analizar críticamente las distintas disposiciones jurídicas que se han dictado al respecto. Además, de valorar si el Registro Civil está en condiciones de contribuir a la conformación de una estadística de defunciones completa y objetiva que garantice el derecho a la información de los ciudadanos y permita tomar decisiones eficaces en sede epidemiológica respecto a la pandemia de COVID-19.

PALABRAS CLAVE: Registro Civil; COVID-19; muerte; defunción; estadísticas de fallecimientos; certificado médico de defunción; licencia de enterramiento; inscripción; derecho a la información.

ABSTRACT: *The regulations that have been issued during the state of alarm in order to establish a reliable statistic on deaths and for epidemiological purposes have neglected the Civil Registry and have had a negative impact on Spanish society. These lines are intended to identify and critically analyze the different legal provisions that have been issued in this regard. In addition, to assess whether the Civil Registry is in a position to contribute to the creation of a complete and objective death statistic that guarantees the right to information of citizens and allows effective decisions to be made in epidemiological terms regarding the COVID-19 pandemic.*

KEY WORDS: Civil registration; COVID-19; death; death statistics; death medical certificate; burial license; inscription; right to information.

I. A partir del 14 de marzo del 2020 con la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 algo cambió en la sociedad española, a decir verdad, muchas cosas cambiaron y siguen mutando en una espiral que parece no tener fin. De entre ellas “el morir”, que es lo que ocupa estas líneas.

Y no porque se muera de manera distinta (en cierto sentido sí, ya que ahora abundan las muertes en solitario, sin familia que acompañe al difunto en sus últimos momentos) pues se siguen empleando los mismos criterios para diagnosticarla y certificarla (el de muerte encefálica, el cardiorespiratorio o el médico legal, en dependencia del lugar y las circunstancias en que ésta acontezca), sino debido a todas las problemáticas que han acontecido en torno al fenómeno jurídico y social que constituye el hecho muerte y que directa o indirectamente afecta a todas las personas y ha dado lugar a la promulgación de distintas normas jurídicas de diferente jerarquía o al empleo o reinterpretación de otras vigentes sobre la materia y que invitan a la reflexión.

Ahora bien, si estar muerto sigue teniendo el mismo significado, por otro lado, el alto índice de decesos en un corto período de tiempo producto de la pandemia, el peligro de contagio dado el carácter en extremo infeccioso del virus y la facilidad con que se propaga, han suscitado un sin número de problemas y de situaciones dilemáticas. El morir sin decir adiós es una de ellas (la persona contagiada llega a la institución hospitalaria y fallece a los pocos días, más común en el caso de ancianos, y más dantesco en el caso de las residencias de mayores, en las que se suceden los fallecimientos como los segundos en un reloj). Ello genera un estado de desolación y de angustia tanto en el caso de las personas contagiadas como en el de los familiares, que no cuentan con la certeza de si lograrán vencer la enfermedad, la impotencia de no poder acompañarse en los últimos momentos, así como el simple hecho de no tener la posibilidad de despedirse.

Al estar en cuarentena el paciente infectado, al tener que permanecer también en cuarentena los familiares que han tenido contacto con él y al estar limitada la movilidad de las personas en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo cabría preguntarse: ¿hasta dónde es ello legítimo?, ¿se puede renunciar al derecho a la vida o a la salud, y escoger acompañar al padre o a la madre en vez de quedarse esperando una llamada telefónica, que tendrá lugar una vez al día para saber cómo evoluciona y que no permitirá comunicarse directamente con el ser

• **Jorge Enriquez Sordo**

Doctorando del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, Universitat de València.
Correo electrónico: jenriquezsordo@gmail.com.

querido? ¿es posible establecer otro protocolo de actuación menos restrictivo de derechos fundamentales que permita conciliar las colisiones que se producen? ¿debe ordenarse la sucesión en caso de no haberse hecho previo al ingreso o de manera concomitante? ¿puede negarse el notario a comparecer al temer por su propia salud ante un requerimiento en peligro inminente de muerte?

También se ve afectado el ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver con respecto a los posibles destinos a darle (determinar el lugar del entierro, la donación de órganos y tejidos, la disminución del tiempo para realizar el velatorio, las personas que pueden acudir, la realización de la ceremonia religiosa o el acompañamiento del cortejo fúnebre). Y lleva a cuestionarse: ¿quién puede acudir al velatorio o a despedir el cortejo fúnebre?, ¿qué criterios se han seguido para establecerlo?, ¿cabe distinguir entre contagiados, sospechosos o sanos o deben tratarse todos los casos de fallecimiento por igual?, ¿es posible cumplir con la última voluntad del finado o con la de los sujetos legitimados en orden a disponer sobre el cadáver?, ¿qué límites deben ser tenidos en cuenta respecto a la preparación del cadáver?, ¿qué medidas tomar con vistas a prever que no se acumulen los cadáveres y los efectos negativos que ello trae consigo?, ¿cómo actuar ante funerarias, cementerios y crematorios colapsados?, ¿es posible o necesario incrementar la capacidad de congelación? en resumen ¿es posible en situación de crisis sanitaria epidemiológica respetar la memoria pretérita del fallecido?

Por otra parte, está la cuestión relacionada con la fiabilidad en el cómputo de fallecidos y la polémica generada en las últimas semanas sobre la discordancia entre las cifras oficiales y las ofrecidas por otras comunidades autónomas. ¿Cuál es el mecanismo idóneo para obtener una estadística confiable al respecto? ¿Por qué existe discrepancia entre la cantidad de defunciones y las licencias de enterramiento expedidas por los Registros Civiles? ¿Cómo se está recabando dicha información? ¿Es posible que el Registro Civil brinde una información objetiva y completa sobre este particular?

Aquí juega un papel muy importante lo que algunos llaman la “numerocaracia” o “dictadura del número”, se conforma un paquete estadístico, a partir de determinadas fuentes y siguiendo determinados criterios que siempre encierran una intencionalidad discriminatoria y que desde luego afectan al resultado. En ello se deben apreciar dos cuestiones: a) la fuente de la información seleccionada y b) qué variables van a ser tenidas en cuenta para recogerla.

El primer aspecto está relacionado con el sujeto que brinda la información y el segundo con la calidad de ésta (entendida para este propósito en el sentido de si es suficiente para realizar un estudio epidemiológico profundo acorde con la magnitud de la pandemia y si es respetuoso con el derecho a la información del que son titulares los ciudadanos). Para ello se ha de analizar, y es a lo que se van

a circunscribir estas líneas, (no dejando de reconocer la riqueza de las incógnitas enunciadas más arriba) cómo se ha suscitado el problema de la diferencia entre los datos ofrecidos por el Gobierno y los brindados por las comunidades autónomas en cuanto a la cantidad de fallecidos a causa del virus. Y se han de identificar las fuentes seleccionadas por el Estado y cuáles han sido los criterios escogidos. También interesa analizar qué papel han desempeñado los Registros Civiles en la conformación de esta estadística, amén de valorar si los mismos están en condiciones de tributar a la conformación de una información más objetiva y completa que la que es ofrecida actualmente y contribuir a garantizar el derecho a la información.

2. Según se explica en nota de prensa que aparece en la web oficial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y a la que se accede a través de la del Poder Judicial, se tramitó expediente gubernativo número 49 de 2020 y se dictó por el Presidente de dicho órgano D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez acuerdo de fecha 6 de abril, adjuntándose a la nota de prensa el mismo, donde están contenidos además la exposición y justificación del expediente gubernativo, así como el resumen general de los Partidos judiciales de cada provincia y de las Agrupaciones y Juzgados de Paz disponibles a la fecha sobre el número de fallecimientos tanto en casos de COVID-19 confirmados como de aquellos sospechosos. Según se refiere, ello arrojó que: “(...)el número total de licencias de enterramiento expedidas en los registros civiles de la región por muerte por COVID-19 --o sospecha de que sea el motivo-- eran de 1.921 en el mes de marzo, lo que supone el 57% del total de muertes. Ese número no concuerda con la estatal, que cifra los fallecimientos por COVID-19 en la región en 708 al cierre de marzo”.

Además, en la exposición y justificación del acuerdo se expone que: “Dichas actuaciones se iniciaron a raíz de las informaciones solicitadas para garantizar el correcto funcionamiento de los registros civiles, en las que se apreciaba un desproporcionado incremento del número de licencias de enterramiento y defunciones con las consiguientes dificultades en la gestión de los trámites para la inhumación de los cuerpos”.

A partir de esta discrepancia (se ha de apuntar que no fue Castilla-La Mancha la única), que partió de un cambio de mirada de la autoridad jurisdiccional con respecto a los sujetos que brindaban la información (ahora dirigida al Registro Civil) y ampliando los criterios de recogida de la misma, se aprecia que algo estaba distorsionando la conformación con exactitud del “big picture” sobre la epidemia de COVID-19 en España.

La Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, del Ministerio de Sanidad referente a la remisión de información relacionada con la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 estableció en su apartado Quinto que: “Las comunidades autónomas deberán remitir al Ministerio de Sanidad la información epidemiológica...” y para ello incorpora un anexo con las tablas e instrucciones para ello. En el mismo se establece que debe ser remitida de forma agregada por comunidad autónoma y por ciudades autónomas el número de casos dados de alta por defunción en supuestos confirmados de COVID-19.

Desde aquí se comienzan a vislumbrar las deficiencias en el modelo estadístico seguido por el Gobierno: a) no especifica los centros dónde se deba recabar dicha información (se infiere que al menos deban ser los hospitalarios, tanto públicos como privados, que son los que cuentan con la capacidad de hacer pruebas diagnósticas de COVID-19); b) no están incluidos los fallecimientos ocurridos en residencias de ancianos o domicilios particulares (los decesos que en ellos han tenido lugar no cuentan con dicho diagnóstico, sólo pueden considerarse sospechosos acorde con la sintomatología que hayan presentado, quedando sesgada la información que se recaba al emplear un criterio estadístico restrictivo) y c) no se encuentra mención alguna al Registro Civil como institución capaz de ofrecer una información más completa y objetiva que permita hacer un correcto diagnóstico epidemiológico. En relación con otros bloques de información que conforman dicho anexo si se hace referencia expresa a los hospitales públicos y privados.

Posteriormente en virtud de la Orden SND/267/2020, de 20 de marzo, se modifica la anterior, específicamente su apartado Quinto que queda redactado de la siguiente manera: “Las comunidades autónomas y los centros hospitalarios públicos que atiendan casos de COVID-19, deberán remitir la información contenida en los anexos de la presente orden”. Y añade seguidamente: “Asimismo, deberán remitir la información contenida en los anexos los centros hospitalarios privados, que atiendan casos de COVID-19 y dispongan de camas de UCI, reanimación o recuperación post-anestesia”. A ello se le agrega un anexo II a fin de que sean enviados los datos de identificación y contacto de los centros hospitalarios ubicados en cada comunidad autónoma y las ciudades de Ceuta y Melilla que atiendan casos de COVID-19 así como en su anexo III los datos de la persona responsable de recabar esa información y trasladarla.

Lo anterior confirma la hipótesis que se había sostenido al comentar la primera disposición. La práctica demostró la necesidad de esclarecer y ordenar mejor la recogida y el envío de la información al gobierno central, aunque, persisten el resto de las limitaciones expuestas.

Por último, la Orden SND/352/2020, de 16 de abril (casi un mes después), modifica nuevamente la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, en el sentido

de que su anexo I recoge ahora una tabla más completa en la que se incorporan otros criterios estadísticos como la diferencia de casos acumulados confirmados (tanto asintomáticos como sintomáticos). Y en el total acumulado de casos confirmados fallecidos se aclara que son aquellos con infección por SARS-CoV-2 independientemente del lugar de fallecimiento.

A pesar de que la información que se interesa resulta algo más completa, al mismo tiempo es restrictiva y adolece de las deficiencias planteadas al analizar la primera Orden. Además, cabe hacer un alto y cavilar sobre el siguiente particular: ¿cuál es el significado de “independientemente del lugar de fallecimiento”? ¿Acaso quiere ello decir que deberán ser reportados los fallecimientos ocurridos en residencias de ancianos y domicilios? ¿Cómo sería ello posible si en esos supuestos generalmente existen sospechas de la enfermedad y no constatación mediante prueba PCR o test de anticuerpos? ¿O qué al diagnosticarse el deceso en una residencia o domicilio por el facultativo, que pertenece a determinado centro hospitalario, tal fallecimiento se computa como perteneciente a ese centro? Y surgen todas estas inquietudes toda vez que, en los anexos que conforman la Orden no se hace referencia a enviar información en la que queden identificadas las residencias de mayores o los domicilios, tampoco se hace mención a casos sospechosos y sigue limitado el criterio de recogida a casos confirmados.

Ergo, resulta en extremo confusa la referencia a “independientemente del lugar de fallecimiento” y sobre todo qué puede aportar ello desde el punto de vista epidemiológico. Y nuevamente a fecha 16 de abril la institución del Registro Civil sigue ausente. Es importante señalar que paralelamente a estas órdenes que se comentan, los Registros civiles se encontraban operando, ya se presentaban diferentes problemáticas relacionadas con el alto número de fallecidos, la saturación del servicio, la necesidad de que no fuera respetado el límite de 24 horas que establece la Ley para expedir la licencia de enterramiento y que se aplicara la excepción contemplada en el art. 87 de la LRC.

3. De forma concomitante a las disposiciones analizadas se dicta la Orden SND/272/2020, de 21 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales para expedir la licencia de enterramiento y el destino final de los cadáveres ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En ella se establece que “... resulta de aplicación a todos los fallecimientos que se produzcan en España durante la vigencia del estado de alarma, independientemente de su causa, a excepción de los fallecimientos en los que hubiera indicios de muerte violenta, en cuyo caso se estará al criterio de la autoridad judicial correspondiente” (art. 2), asimismo en su art. 3 apartado I se dispone que: “La inscripción en el Registro Civil y la posterior expedición de la licencia de enterramiento podrán realizarse por la autoridad

competente sin que tengan que trascurrir al menos veinticuatro horas desde el fallecimiento" y en el apartado 2 que: "Asimismo, el enterramiento, incineración o donación a la ciencia del cadáver, podrán realizarse sin tener que esperar a que se cumplan veinticuatro horas desde el fallecimiento, siempre y cuando este hecho no sea contrario a la voluntad del difunto o a la de sus herederos".

Son medidas que se dictan a fin de facilitar y agilizar el funcionamiento de los Registros Civiles, posibilitar el adecuado ejercicio del derecho de disposición sobre el cadáver, evitar el colapso del sistema de funerarias, morgues, crematorios y cementerios, así como la acumulación de cadáveres, sobre la base del respeto a la memoria pretérita del finado y en aras de proteger la salud pública.

Posteriormente la Resolución del Ministro de Justicia de fecha 23 de marzo de 2020 y en aplicación de la anterior Orden, establece el servicio esencial de la Administración de Justicia para la inscripción de la defunción y la expedición de la licencia de enterramiento durante todos los días de la semana, dispone los horarios y hace referencia en su apartado Tercero a que: "Las licencias de enterramiento podrán ser firmadas por el Juez que esté de Guardia en cada partido judicial o por el Juez encargado del Registro Civil. En aquellos partidos judiciales en los que existe más de un Registro Civil exclusivo, la inscripción se llevará a cabo por los funcionarios del Registro Civil. En aquellos otros en los que no existe Registro Civil exclusivo o existe sólo uno, el funcionario que preste este servicio podrá ser sustituido por uno de los que presta el servicio de juzgado de guardia, cuando las particularidades de las sedes lo hagan posible".

Esta Resolución debe ser analizada en consonancia con el Protocolo de actuación para la cobertura de los servicios esenciales del Registro Civil relativos a la expedición de las licencias de enterramiento durante el estado de alarma y firmado en fecha 27 de marzo por el Ministro de Justicia. En el mismo se establecen los pasos, requisitos y documentación que se debe cumplimentar; ya sea de forma presencial o telemática, y ante quien debe ser presentada a fin de inscribir la defunción y obtener la correspondiente licencia de enterramiento o mejor dicho, para disponer el destino final del cadáver, pues puede incluir la inhumación o la incineración o la donación para fines científicos.

Es interesante destacar el apartado 4 de este protocolo en el que se regula que: "En las localidades que no tengan más de un Registro Civil exclusivo, será posible la sustitución del funcionario del Registro Civil por uno de los que presta el servicio del juzgado de guardia, para la expedición de la licencia de enterramiento, debiendo en este caso proceder a la inscripción, si no se hubiese podido realizar antes por cualquier medio, por los funcionarios del registro civil en los términos del apartado sexto".

En el apartado 5 se recoge de igual manera que: "Para la expedición de las licencias en jornada de tarde o durante el fin de semana, podrá también acudirse al Juzgado de guardia, procediéndose a la inscripción con posterioridad(...)" También en el apartado 6 se establece la posibilidad de diferir la inscripción en consonancia con el art. 83 de la LRC y el art. 44.4 del RRC y dice que: "...a estos efectos, se adjunta como anexo V modelo de acta para diferir la inscripción. En este caso, para que el Juez pueda expedir la licencia de entierro se requiere que se haya levantado el acta y que conste el parte y comprobación de la muerte en los términos exigidos para la inscripción. Cuando por algún motivo extraordinario, no sea posible proceder a la inscripción de la defunción con arreglo a las cláusulas anteriores, y en cumplimiento del artículo 282 del Reglamento del Registro Civil, debidamente justificado el fallecimiento, la licencia también podrá expedirse por el Encargado del lugar en que ha de llevarse a efecto la inhumación, si es distinto de aquel en que haya de extender la inscripción y antes o después de extendida. Cuando en aplicación de estos preceptos, haya sido necesario para permitir el enterramiento expedir la licencia antes de la inscripción, esta deberá practicarse a la mayor brevedad posible, y sin perjuicio del plazo establecido en el artículo 44.4 RC, la inscripción se realizará siempre que sea posible en el día siguiente hábil".

Aquí es dónde se encuentra el germen de la discordancia denunciada en diferentes comunidades autónomas entre el número de fallecimientos y el número de licencias de enterramiento y que pudiera afectar prima facie el papel del Registro Civil como sujeto idóneo en cuanto a brindar una información objetiva y completa, aconteciendo en la práctica que en aquellos casos en que fungía un sustituto ya sea en horario de tarde o fines de semana, no se procedía a la inscripción previa de la defunción pues materialmente no era posible en ese momento(entiéndase que los libros correspondientes no estaban disponibles, pues aún prima la inscripción en papel y los libros no pueden extraerse de la sede en que se encuentran salvo para su salvaguarda o otros casos en que el sistema Inforeg estaba caído y no era viable realizar la inscripción telemática), se levantaba la correspondiente acta y se procedía a expedir la licencia de enterramiento.

Ello traía consigo que a pesar de la previsión de que fueran inscritos al día siguiente, ésto no ocurría, y se acumulaban los fallecimientos pendientes de inscripción (dado el alto volumen de trabajo que presentaban las oficinas registrales). En consecuencia, a la hora de remitir las informaciones que les eran solicitadas, existía un desfase y era mayor en muchos lugares el número de licencias de enterramiento que el de defunciones; pues aunque el hecho de la muerte se constata con el certificado médico de defunción, su probanza no queda acreditada mientras que no sea revestido de la publicidad Registral mediante la correspondiente inscripción.

Hasta aquí, y a pesar de que el Registro Civil condensa todas las solicitudes de inscripción de fallecimiento, y a él se remiten todos los certificados médicos de defunción, ninguna de las normas analizadas solicita información de dicha institución a fin de elaborar las estadísticas generales de fallecidos por COVID-19.

No es hasta fecha 4 de abril de 2020 que se dicta Instrucción por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre remisión de datos de los Registros Civiles (no se puede asegurar con certeza que dicho cambio de actitud responda a los problemas planteados y a las distintas notas de prensa que aparecieron en los distintos medios denunciando la diferencia entre las cifras brindadas por el Gobierno central y las ofrecidas por las comunidades procedentes de la vía registral, pero tampoco parece ser un cambio ingenuo, téngase en cuenta las fechas de las resoluciones estudiadas hasta ahora). Esta disposición plantea que para ser eficaces en la lucha contra la pandemia es necesario tener perfectamente definido el número de defunciones y los lugares donde se producen, "...datos que deben conocerse con el mayor grado de exactitud posible y con la inmediatez que exige la realidad, una vez comprobado que por el aumento del número de defunciones y la reducción del personal en los Registros civiles no es posible tener actualizada a diario la plataforma Inforeg."

Y más adelante agrega que: "Todos los Registros Civiles, tanto exclusivos como con competencias en otras materias, así como los registros civiles de los Juzgados de paz, remitirán a esta Dirección General a la dirección de correos sgnac.estadocivil@mjusticia.es, una vez finalizada su jornada laboral, una relación en la que conste el número de defunciones que han tenido acceso al Registro, número de licencias de enterramiento que se han concedido, y el lugar de la defunción, especificando la localidad y si la misma se ha producido en un hospital, residencia o vivienda habitual".

Días después se dicta la Circular de 11 de abril de 2020 de la misma Dirección en aras de perfeccionar el mecanismo para remitir la información mediante la cumplimentación de un formulario on-line como única vía de remisión de la información relativa a las licencias de enterramiento y defunciones y así darle también solución al colapso que había sufrido el sistema por el empleo del mecanismo implementado en virtud de la Instrucción.

Es necesario señalar que en estas disposiciones no se hace referencia a que la información que ha de enviarse sea sólo sobre casos contagiados confirmados o sobre confirmados y sospechosos, es más, no se especifica qué tipo de fallecimiento es el que se debe reportar, lo que hace pensar que se trata de informar de todos los fallecimientos que accedan a los Registros Civiles y de todas las licencias de enterramiento. Dichas normas resultan un contrasentido en sí mismas, pues en su propio texto se fundamentan en la importancia del Registro como institución

capaz de brindar información objetiva que permita tomar decisiones eficaces en materia epidemiológica y al mismo tiempo no son capaces de establecer criterios discriminatorios que tributen a cumplir dicho cometido. ¿Para qué intento reconocer la importancia del Registro sino lo utilizo acorde con su valor? Ello lleva a pensar de una intención subyacente de controlar el flujo de información y que no se repitan casos como los de Castilla-La Mancha o Cataluña. Además en ellas se establece el dato del lugar de fallecimiento, que sólo permite obtener una información global.

A esta altura del análisis sigue prevaleciendo la utilización de un mecanismo que posibilita la obtención de información incompleta, que hace más caótico el sistema imperante al incluir al Registro Civil como nueva fuente, pero sin establecer criterios estadísticos certeros que permitan agotar todo su potencial. A ello se le suma que posteriormente se dicta la Orden SND/352/2020, de 16 de abril, ya comentada, y que ratifica la vía establecida para recoger la información estadística de los fallecidos con diagnóstico positivo de COVID-19, con las deficiencias ya apuntadas supra.

4. A pesar de las problemáticas que se han presentado en su funcionamiento (las cuales son perfectamente salvables) se ha de insistir en que el Registro Civil se posiciona como la Institución que mejor puede condensar y ofrecer una información veraz y objetiva con trascendencia epidemiológica, que permita adoptar políticas certeras en la lucha contra la actual pandemia y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. Y ello se fundamenta en las razones que se expondrán a continuación:

La Institución Registral (a diferencia de las otras posibles fuentes que puedan ser utilizadas por el Gobierno para obtener información) y su dinámica de funcionamiento están sujetas a determinados principios como el de legalidad, oficialidad, publicidad, exactitud y eficacia probatoria de la inscripción. Es dable destacar como el principio de legalidad caracteriza la función calificadora de los Encargados de los Registros Civiles, los cuales están obligados a comprobar de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende y para ello deben además examinar la legalidad y exactitud de los documentos que los certifiquen.

b) Cuando se consulta el texto de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, en su art. 1 se incluye entre su objeto la inscripción de la defunción. Y en su art. 2 se establece que el Registro Civil constituye la prueba de lo inscrito. Por su parte el art. 81 preceptúa que: “La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece”.

c) El funcionario del Registro cuenta con la posibilidad material de conocer las causas de la muerte, tanto iniciales o fundamentales como intermedias e inmediatas. El art.85 de la LRC prescribe que: "Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de defunción". Y en el Reglamento se establece que: "El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviará inmediatamente al Registro parte de defunción en el que, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación del que lo suscriba, constará que existen señales inequívocas de muerte, su causa y, con la precisión que la inscripción requiere, fecha, hora y lugar del fallecimiento y menciones de identidad del difunto..." (Art. 274. RRC).

d) La Vocalía Nacional de Administraciones Públicas del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) emitió comunicado de fecha 28 de marzo del 2020 en el que informaba acerca del procedimiento a seguir sobre las Certificaciones de Defunción en general y en los casos con COVID-19. En su punto 4 especificaba que: "Para la emisión de los correspondientes certificados de defunción, en los casos de probable infección por COVID-19 en el medio comunitario sin confirmación analítica, una vez consultados, si ello es posible, los antecedentes médicos del fallecido con especial atención a la sintomatología descrita de la infección, se procederá a certificar de la siguiente manera. -Causa inicial o fundamental de la muerte: COVID-19 no confirmado o sospecha de infección por coronavirus. -Causa Inmediata: la causa última que se considere correcta, sirva como ejemplos "fallo multiorgánico", "distrés respiratorio" o "insuficiencia respiratoria aguda". Y añade en el quinto que: "En los casos de COVID-19 confirmado mediante test de laboratorio, la Causa Fundamental deberá recogerlo de la siguiente manera: COVID-19 confirmado".

Ello demuestra que al menos desde el 28 de marzo del 2020 existe una metodología uniforme sobre cómo proceder para elaborar los certificados médicos de defunción y consignar las causas de la muerte ante casos confirmados o sospechosos de COVID-19. Documento que con posterioridad será enviado al Registro Civil correspondiente y del que se puede extraer una información útil para tomar decisiones en el orden epidemiológico.

e) El Registro Civil de forma habitual envía una serie de informaciones a distintos órganos oficiales. El reglamento del Registro Civil en su art. 20 dispone que: "Los Encargados comunicarán a los órganos oficiales, sin necesidad de petición especial, los datos exigidos por Ley, Real Decreto o por la Dirección General. Igualmente remitirán al Instituto Nacional de Estadística, a través de sus Delegaciones, y a los servicios de Estadística Municipal los boletines sobre nacimientos, abortos, matrimonios, defunciones u otros hechos inscribibles. Los

órganos competentes suministrarán, antes de que los hechos se hagan constar en el Registro, los impresos de boletines redactados de acuerdo con la Dirección General. Serán extendidas por el promotor o titular del asiento, Médico, Sanitario o Encargado, según prescriba el modelo y el Encargado consignará en ellos con el sello del Registro el tomo, página y fecha de la inscripción, y en los de abortos, los números del legajo correspondiente. No se consignarán en los boletines datos de identidad de los particulares afectados por los hechos, para cuya publicidad se requiere autorización especial”.

De entre ellos es necesario destacar que los registros civiles informan mensualmente al Instituto Nacional de Estadísticas las defunciones y una serie de datos relacionados con ellas, entre los que se encuentran las causas del fallecimiento y para ello existen modelos oficiales de remisión de la información y que han sido conformados siguiendo los criterios establecidos por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), que recoge más de 12.000 enfermedades. Los datos sobre causas de muerte se obtienen a través de tres cuestionarios: Certificado Médico de Defunción/Boletín Estadístico de Defunción, Boletín Estadístico de Defunción Judicial y Boletín Estadístico de Parto.

La causa de la muerte no se recoge en el asiento principal ni forma parte de la certificación que se expide ni de la licencia de enterramiento, pero si queda archivado en el registro el certificado médico de defunción y en el asiento la referencia al legajo en que se encuentra.

f) En España ya existen dos grandes centros estadísticos que se nutren de la información que pueden facilitar los registros civiles y que reconocen implícitamente la valía de estos últimos: a) el Sistema de Monitorización de la Mortalidad (MoMo) que es un sistema de vigilancia de la mortalidad gestionado por el Centro Nacional de Epidemiología (CNE) y que depende del Ministerio de Sanidad y b) el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) el que publica los datos de todos los Registros Civiles y conforma la estadística de defunciones según la causa de muerte que constituye una de las fuentes de información más importantes en el campo de la Sanidad.

g) La información que recaba el Gobierno central a efectos epidemiológicos a través del mecanismo implementado actualmente en las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla respecto a los fallecimientos no es completa, pues sólo se tienen en cuenta los datos obtenidos en centros hospitalarios y limitado a los casos confirmados de COVID-19.

Por todo lo anterior se puede defender que el Registro Civil está en mejores condiciones de brindar una información más completa y objetiva sobre el cómputo de los fallecidos a fin de informar adecuadamente en orden a tomar

decisiones más eficaces de corte epidemiológico. En la medida que se pueda seleccionar mejor la fuente (Registro Civil) y afinar los criterios estadísticos de lo que pretende recabarse (que incluya tanto los casos confirmados como los sospechosos, con independencia del lugar de fallecimiento y de si se ha podido practicar o no la inscripción, pero siempre que exista certeza de la muerte), los ciudadanos podrán hacerse una idea mucho más acabada de cómo es morir en tiempos de Coronavirus en España y tendrán verdadero valor las palabras de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública cuando dice en su Instrucción de fecha 4 de abril de 2020 que "...es la única forma de poder ofrecer a los ciudadanos una información veraz, contrastada y lo más objetiva posible, que permitirá también a las autoridades sanitarias poner el foco en aquellos lugares donde los índices de mortalidad se han visto incrementados".

**ABITAZIONE E “CONFINAMENTO”. COVID-19, DIRITTO DI
VISITA DEL GENITORE NON AFFIDATARIO E SUCCESSIONE
MORTIS CAUSA NEL DIRITTO ABITATIVO**

**HOUSING AND “CONFINEMENT”. COVID-19, VISITING RIGHT OF
THE NON-CUSTODIAL PARENT AND SUCCESSION MORTIS CAUSA
IN HOUSING LAW**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 178-189



Giampaolo
FREZZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza gli effetti del COVID-19 in rapporto all'obbligo di coabitazione e al diritto di visita del genitore non affidatario dei figli. Particolare attenzione è poi dedicata ai problemi applicativi della morte del coniuge per coronavirus e al diritto abitativo del superstite.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; coabitazione; convivenza; diritto di visita; casa di abitazione.

ABSTRACT: *The essay analyses the effects of COVID-19 in relation to the cohabitation and the rights of visitation of the non-custodial parent of the children. Particular attention is then focused on the application problems of the death of the spouse due to coronavirus and the right of the survivor to live in the family home.*

KEY WORDS: *Coronavirus; housing; cohabitation; visitation and custody.*

I. Le misure adottate in Italia dal 30 gennaio 2020 ad oggi hanno generato una variegata normativa (<http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>, per la loro sequenza temporale) che, in modo più o meno intenso, ha contribuito a denotare e connotare un nuovo rapporto giuridico fra la persona (o i gruppi di persone) e la casa di abitazione. Si può pensare, a tal proposito, ad una relazione che genera una sorta di “confinamento”.

Può essere interessante, allora, indagare quale significato assuma oggi tale concetto relazionale nelle esperienze di vita familiari. Ovviamente si terrà conto delle modifiche che il governo italiano ha introdotto nel passaggio dalla c.d. fase I, ove le restrizioni alla libera circolazione erano molto significative, alla c.d. fase 2, ove, invece, il “confinamento” assume contenuti (forse) meno stringenti.

Si rende opportuno, innanzitutto, riferire una questione emergente nelle fasi patologiche del *ménage* familiare o parafamiliare (sulle quali, in generale, GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, t. II, *Separazione personale e divorzio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 2011, pp. 200 ss. e pp. 315 ss.) e che attiene all’analisi dei rapporti fra genitori e figli: si tratta della tutela, in simili situazioni di emergenza, del diritto di visita del genitore non affidatario o di quello che non convive con i figli. Il caso prospettato non è solo teorico: come chiariremo, in un solo mese sono stati emessi dai giudici di merito italiani ben quattro provvedimenti (a nostra conoscenza e secondo quanto edito) aventi ad oggetto proprio la tutela del diritto di vista, nel rispetto del principio, immanente nel sistema ordinamentale, della c.d. bigenitorialità.

Cercheremo, inoltre, di analizzare, con specifico riguardo alla c.d. fase I, il significato che ha assunto la dimora forzata nell’ambito di qualsivoglia forma di relazione affettiva: quelle fondate sul matrimonio, quelle libere, così eterosessuali come omosessuali, quelle parafamiliari formalizzate nelle unioni civili e nelle convivenze *more uxorio* (l.n. 76 del 2006). L’idea che permea di per sé questa parte dell’analisi sarà, dunque, quella di analizzare il significato giuridico dell’“obbligo di stare in casa” in relazione alle comunioni di vita e familiari latamente intese (FREZZA, G.: “I modelli familiari”, in AA.VV.: *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, pp. 413 ss.).

Infine, ci occuperemo delle sorti del diritto abitativo in caso di morte del titolare del diritto di proprietà sulla casa o di quello che possa qualificarsi parte del contratto di locazione.

• **Giampaolo Frezza**

Ordinario di diritto privato Lumsa-Palermo. Correo electrónico: frezza@lumsa.it

2. Secondo il piano di lavoro appena illustrato, occorre riferire il contenuto di quattro provvedimenti di merito in tema di diritto di visita del genitore al tempo del coronavirus, che sono stati emanati nella c.d. fase I.

Una prima decisione del Tribunale di Milano ha garantito la tutela di questa situazione giuridica, ritenendola non incompatibile con le previsioni di cui all'art. I, comma I, lettera *a*), del D.P.C.M. 8 marzo 2020 n. II, ovvero con le norme che limitavano, a certe condizioni e con riguardo a specifici casi, la mobilità finalizzata a spostarsi e a rientrare presso la propria abitazione: secondo il giudice del merito, tale normativa non precludeva l'attuazione delle disposizioni di affidamento e di collocamento dei minori, con particolare riguardo al diritto di visita del genitore non collocatario. L'argomentazione è stata, poi, ritenuta coerente con le risposte alle F.a.q. diramate dalla Presidenza del C.D.M. in data 10 marzo 2020, che al punto 13 consentivano gli spostamenti per raggiungere i figli minori presso l'altro genitore o presso l'affidatario, secondo le modalità previste, di volta in volta, dal giudice con i provvedimenti di separazione e divorzio (Trib. Milano, sez. IX, descr. 11 marzo 2020, il quale concludeva, peraltro, affermando che, in relazione alle contingenze determinate della diffusione epidemica COVID-19 , non sussistevano ragioni per considerare gravi, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., i comportamenti tenuti dal genitore collocatario).

Non diversa è stata la soluzione cui è giunto il Tribunale di Brescia con il decreto 31 marzo 2020, ove il padre di un minore collocato nell'abitazione della madre, convivente con un nuovo *partner*, lamentava difficoltà nell'esercizio in concreto del suo diritto di visita, causate dal comportamento attuato dalla coppia, e chiedeva l'applicazione delle misure di cui all'art. 709-ter c.p.c. e la collocazione del figlio presso la propria abitazione. Per converso, la madre domandava al giudice la sospensione delle visite paterne in presenza e la sostituzione con quelle in videochiamata, anche a causa del fatto che, nonostante la situazione di emergenza sanitaria, il padre aveva condotto, durante la sua visita, a passeggio il figlio per recarsi dal tabaccaio.

Secondo il giudice del merito, "le limitazioni alla circolazione per la grave emergenza sanitaria, a tutela della salute personale e collettiva, non incidono sulle disposizioni dei Tribunali quanto alla frequentazione dei figli con il genitore non collocatario, a garanzia del rispetto del principio della bigenitorialità; certo, fatta salva poi la valutazione di ogni singola situazione familiare e la necessità o meno di tutelare i figli dal pericolo di contrarre il COVID-19 ". In rapporto al caso concreto, dunque, il giudice ha, correttamente, confermato il diritto di visita del genitore non collocatario, escludendo, dunque, ogni modalità alternativa di frequentazione, e, al tempo stesso, ha ritenuto che il nuovo rapporto di convivenza *more uxorio* della madre non pregiudicasse l'interesse del figlio di sei anni allo sviluppo corretto della

sua personalità, secondo il ben noto, e fin troppo abusato, concetto di *best interest of the child* (MOSCATI, E.: "Il minore nel diritto privato da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore"), in *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1141 ss.; GIACOBBE, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma Bianca", *ivi*, 2014, pp. 817 ss.; CORAPI, G.: "La tutela del superiore interesse del minore", in *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 777 ss.; DELLI PRISCOLI, L.: "*The best interest of the child* nel divorzio fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", in *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 262 ss.).

Interessante notare come tale decisione, nella parte finale delle argomentazioni, si sia atteggiata a monito promozionale, latamente moralizzatore, affermando che "in questo momento di grave emergenza sanitaria che ha cambiato la vita e le abitudini dei cittadini, [il giudice] invita le parti a mettere in atto quel grande senso di responsabilità genitoriale, ancor più auspicato ora, al fine di garantire, pur con modalità diverse, il rispetto della bigenitorialità".

Di segno opposto è stata, invece, un'ordinanza del 26 marzo 2020 del Tribunale di Bari, che escludeva, con provvedimento *certus quando* (valevole, cioè, fino al 25 maggio 2020), il diritto di visita del padre. Si argomentava che "gli incontri dei minori con genitori dimoranti in un Comune diverso da quello di residenza dei minori stessi, non realizzano affatto le condizioni di sicurezza e prudenza di cui al D.P.C.M. 9 marzo 2020, ed all'ancor più restrittivo D.P.C.M. 11 marzo 2020, dal D.P.C.M. 21 marzo 2020, e, da ultimo, dal D.P.C.M. del 22 marzo 2020, dal momento che lo scopo primario della normativa che regola la materia, è una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio, (attualmente con divieto di spostarsi in comuni diversi da quello di dimora), tesa al contenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini ed anche dei minori". Si aggiungeva che, riguardo alla peculiarità del caso concreto, non appariva verificabile, se, nel corso del rientro del minore presso il genitore collocatario, egli potesse essere "esposto a rischio sanitario, con conseguente pericolo per coloro che ritroverà al rientro presso l'abitazione". Da qui, il bilanciamento dei contrapposti interessi: "il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.", onde l'interruzione delle visite paterne fino al 29 maggio 2020 e la sostituzione delle stesse, secondo il calendario già stabilito, attraverso lo strumento della videochiamata o *Skype*, per periodi di tempo uguali a quelli già fissati.

La tecnica del bilanciamento degli interessi è sottesa anche al ragionamento del Tribunale di Terni nel provvedimento del 30 marzo 2020, ove si doveva valutare il riavvicinamento, tramite i Servizi sociali, fra il padre e i figli minori conviventi

con la madre in altra abitazione. Quest'ultima, invero, si era allontanata dalla casa familiare a causa dell'asserita violenza del padre nei confronti dei figli, onde, con ordinanza presidenziale, l'attivazione di un percorso volto a ripristinare, con l'ausilio dei responsabili del Servizio socio-assistenziale, le relazioni tra il padre e i tre figli minori in un ambiente neutro, reso, però, impossibile dall'emergenza socio sanitaria.

Secondo il Tribunale di Terni, “nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla tutela della bigenitorialità (fondato sull'art. 30 Cost. e sull'art. 8 Conv. C.E.D.U.) e quello alla tutela della salute (fondato sull'art. 32 Cost.), occorre individuare una modalità di frequentazione padre figli che pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psico-fisica dei minori”. Tenuto, altresì, in considerazione che alcuni dei figli minori si opponevano a qualsivoglia forma di contatto con il padre, si è previsto che “tali incontri potranno avvenire con modalità da remoto, quali ad esempio video chiamate (skype ovvero con chat, whatsapp, ovvero con ogni altra modalità compatibile con le dotazioni nella disponibilità degli operatori e dei genitori), previa idonea preparazione dei figli, attuata con le medesime modalità, e assicurando che sia l'operatore a mettere in contatto il padre con ciascuno dei figli, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata”.

Dall'analisi descrittiva di questi provvedimenti, possono trarsi alcune conclusioni destinate ad operare, per certi aspetti, anche su un piano metodologico.

In materia di affidamento (e di diritto di visita, per quanto qui rileva) occorre, di necessità, riconoscere all'autorità giudiziaria ampia libertà, tenuto conto della peculiarità e della specificità del caso concreto (PERLINGIERI, P: “Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto”, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 7 ss.).

Nel rispetto della tecnica del bilanciamento dei valori (PERLINGIERI, P.: “Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione”, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 593 ss.), appare in ogni caso necessario un rigoroso controllo sulle “*restrizioni supplementari*” — ovvero quelle apportate alla visita dei genitori — e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare, di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, allo scopo di scongiurare il rischio di troncare le relazioni familiari tra un figlio in tenera età ed uno dei genitori (Corte EDU 9.2.2017, Solarino c. Italia; Cass. 8 aprile 2019 n. 9764, in *Dir. fam. pers.*, 2019, pp. 1052 ss.; Cass. 8 aprile 2016 n. 6919; Trib. Milano, sez. IX, 11 marzo 2016).

In tal modo, può sperarsi che la battaglia dei genitori non affidatari dei figli, che ha visto coinvolte molte associazioni di padri in Europa, con la quale si è arrivati al riconoscimento e all'attuazione del principio della bigenitorialità, non sia

compromessa dal “confinamento” oggi imposto, se non per ragioni davvero gravi ed eccezionali.

Si badi che la previsione a favore dei c.d. “congiunti”, introdotta dall’art. I, lett. a) del D.P.C.M. del 26 aprile 2020, può indubbiamente agevolare la decisione del giudice verso il riconoscimento “ pieno ” del diritto di visita in presenza del genitore non affidatario, ma non esclude, in assoluto, il rischio che tali provvedimenti possano — in base alla peculiarità caso concreto rapportata all’emergenza sanitaria — limitare provvisoriamente tali incontri o prevederli in modalità telematica.

3. In relazione all’obbligo di “stare in casa”, nella c.d. fase I dell’emergenza, è interessante notare come, nelle relazioni familiari e nelle comunioni di vita, esso abbia assunto connotati quanto mai variegati, rendendo innanzitutto “coercitivo” il diritto alla coabitazione disciplinato dagli artt. 143 e ss. c.c. e 11 l.n. 76 del 2016. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che tale coercizione era già insita nell’obbligo legale tipizzato nelle fattispecie normative richiamate, ma, come di qui a breve sintetizzeremo, la coabitazione è stata intesa, fino ad oggi, in modo molto elastico, tanto che in dottrina si parla persino della sua totale derogabilità (TOMMASINI, R.: “I rapporti personali nella famiglia”, in *Trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di FREZZA, G., Milano, 2005, pp. 31 ss.). Quanto alla convivenza *more uxorio*, poi, la coabitazione è un coelemento (oggettivo) costitutivo della fattispecie, insieme a quello soggettivo dell’*affectio*, onde, con l’emanazione della normativa qui indagata, essa si è dovuta intendere nel significato più ristretto del termine.

Per converso, tale obbligo in alcuni casi è apparso del tutto vanificato, come in quello in cui il coniuge, il *partner* o l’unito civilmente si siano trovati, al tempo dell’emanazione dei D.P.C.M. afferenti c.d. fase I, in una dimora diversa da quella abituale e abbiano avuto difficoltà — come informa la stampa d’opinione — di ritornare nella propria casa di abitazione principale.

Tale normativa, allora, ha determinato effetti giustapposti: ha obbligato alla coabitazione, anche oltre la volontà dei partner e, al contrario, ha reso tale convivenza irrealizzabile.

Nulla è stato lasciato alla libera scelta autodeterminativa degli interessati, contrariamente all’opzione valoriale alla quale sembra essere improntato, entro certi limiti, il sistema delle relazioni familiari.

Si pensi alle norme sulla “residenza della famiglia”, concetto quanto mai vago, e qualificato persino come metafora del diritto di famiglia riformato nel 1975, perché il sostantivo “residenza” si riferisce, sul piano giuridico, alla sola persona fisica e non

ai gruppi di persone: per questa ragione la dottrina, di volta in volta, ha collegato tale nozione a quella dell'unità familiare, alla coabitazione e, infine, alla mera scelta determinativa dei soggetti interessati. Ma gli esiti qualificativi sembrano essere tutti insoddisfacenti, come in altra sede abbiamo argomentato e a cui rinviamo per gli approfondimenti (FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, pp. 72 ss.).

Il discorso non cambia là dove si voglia definire la nozione di indirizzo della vita familiare volto a fissare tale residenza: esso segue la regola dell'accordo fra coniugi o partner (si veda, per il matrimonio, l'art. 144 c.c., applicabile, ex art. 11 l.n. 76 del 2006, alle unioni). Tale accordo, però, almeno secondo il nostro punto di vista, non può essere qualificato né come negozio giuridico, né come atto giuridico in senso stretto, ma, all'opposto, rileva quale fatto giuridico caratterizzato dal c.d. *ius poenitendi* (indicazioni in FREZZA, G., *op. cit.*, pp. 86 ss.) e dal suo costante divenire in rapporto alla libera autodeterminazione dei soggetti interessati, senza alcuna forma di vincolatività o disposività della relativa scelta.

Anche la definizione della coabitazione non appare poi così lineare. Accanto ad una concezione minoritaria che la intende nel suo significato letterale, equivalente a vivere sotto lo stesso tetto, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie e dominanti, invece, accedono ad un'idea, come dire, più elastica: coabitare è sinonimo di convivere o di tensione a vivere insieme, nel rispetto delle esigenze fattuali dei membri della famiglia. Una nozione, dunque, relativa e frutto della scelta autodeterminata dei soggetti interessati (indicazioni in FREZZA, G., *op. cit.*, pp. 80 ss.).

Quanto sin qui sommariamente descritto porta alla conclusione secondo cui il luogo abitativo nelle convivenze di vita e in quelle familiari — almeno se ci si riferisce alla fase fisiologica del *ménage*, perché il discorso cambia radicalmente in quella patologica (vedi l'art. 337 *sexies* c.c.; in dottrina: CARAPEZZA FIGLIA, G., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2015, vol. 752, pp. 3389 ss.) — è legalmente caratterizzato dalla scelta autonoma degli interessati, onde andrebbe indagato come vari D.P.C.M. possano, sul piano delle fonti, aver mutato il contenuto tipico di regole dettate dalla legge, comprimendo le libertà personali.

Se la tutela della salute pubblica e privata (art. 32 Cost.) è destinata a prevalere, di necessità, sulla libera determinazione del singolo (art. 2 e ss. Cost.), la limitazione di quest'ultima, nella sua estrinsecazione rappresentata dalla libertà di circolazione (che nel nostro caso cagiona la compressione anche della dimensione di vita familiare), dovrebbe avvenire solamente tramite fonte primaria (art. 16 Cost.).

Il riconoscimento, di cui all'art. I lett. *a*) del D.P.C.M. 26 aprile 2020, del diritto di ritornare nel proprio domicilio e nella propria residenza appare idoneo a superare i problemi segnalati in ordine al concetto di coabitazione, ma non supera, sul piano delle fonti del diritto, l'*impasse* da ultimo focalizzata.

In questo decreto del Presidente del Consiglio, peraltro, si introduce la nozione di "congiunti prossimi", ai quali, con autodichiarazione e alle condizioni indicate dalla norma, si può oggi fare visita.

Senza entrare nel merito delle modalità concrete con cui tale visita si può attuare (distanze da rispettare in casa, uso della mascherina, ecc.), non è sfuggito ai più la difficoltà di definire la locuzione "congiunti prossimi".

Essa è del tutto sconosciuta al codice civile, mentre si rinviene un riferimento in quello penale, segnatamente all'art. 307, comma 4, c.p., nell'ambito del reato di favoreggiamiento dei "prossimi congiunti" che danno asilo o assistenza ai ricercati, presunti criminali. Ai sensi della legge penale, sono tali gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti. Non sono, invece, ricompresi gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.

Poiché la norma penale è, però, eccezionale, essa appare insuscettibile di applicazione analogica, tanto più che non comprende, irragionevolmente ai nostri fini, i conviventi *more uxorio* e le relazioni d'amore non formalizzate o formalizzate, ad esempio, attraverso una promessa di matrimonio. Anche per queste categorie di soggetti, all'evidenza, deve ammettersi l'applicabilità della norma che prevede il diritto di visita, onde, volendo sintetizzare, quella in esame è una disposizione che potrà trovare un contenuto applicativo solo attraverso la valutazione del caso concreto, rapportato al parametro della ragionevolezza (PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 4 ss.).

Se il codice civile non conosce la nozione di "congiunto", la giurisprudenza civile ne fa, invece, un uso davvero generalizzato, talvolta intendendolo in termini generici, altre volte come sinonimo di genitori, fratelli e sorelle; altre volte ancora come sinonimo di suocera e nonna. In alcuni casi i congiunti coincidono con le categorie di obbligati agli alimenti (art. 433 c.c.) e loro eredi; infine, tanto per esemplificare, essi sono individuati in base allo *ius sanguinis* oppure allo *ius successionis* (giurisprudenza copiosissima: fra le più recenti, Cass. 8 aprile 2020 n. 7748, intende come prossimi congiunti: i genitori, i fratelli e le sorelle, relativamente alla prova per presunzioni del danno non patrimoniale in un incidente stradale; Cass. 25 febbraio 2020 n. 5099, intende come congiunta la madre, ai fini della liquidazione del risarcimento del danno; App. Ancona 17 febbraio 2020 n. 13, con riguardo all'obbligo di fornire i mezzi di sussistenza al figlio minore che ricorre

anche quando vi provveda in tutto o in parte l'altro genitore con i proventi del proprio lavoro o con l'intervento di altri congiunti, genericamente intesi; Trib. Rieti 10 febbraio 2020, intende, ai fini del risarcimento dei danni, come congiunti il coniuge, la madre, la suocera e la nonna; App. Milano 14 gennaio 2020 n. 117, in tema di azione di rivalsa, avente contenuto di indebito arricchimento, proposta contro i congiunti del ricoverato che sono obbligati agli alimenti e contro gli eredi di tali congiunti, onde sarebbero congiunti le categorie previste dall'art. 433 c.c. e i loro eredi; Trib. Modena 4 gennaio 2020, intende congiunti i rapporti fra nonni e nipoti; Cass. 14 novembre 2019 n. 29548, in tema di scelta del luogo per la sepoltura fatto dai prossimi congiunti, da individuarsi nel *ius coniugi*, nel *ius sanguinis* e nel *ius successionis*).

Il ricorso al metodo casistico, secondo ragionevolezza, è però un parametro che può, a rigore, applicare il giudice che argomenta la sentenza, ma può ingenerare confusione là dove sia utilizzato dall'autorità di pubblica sicurezza.

Le c.d. F.a.q. chiarificatrici del D.P.C.M. 26 aprile 2020, pubblicate sul sito web della Presidenza del consiglio, circoscrivono la nozione di congiunto ai seguenti casi: "i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, nonché i parenti fino al sesto grado (come, per esempio, i figli dei cugini tra loro) e gli affini fino al quarto grado (come, per esempio, i cugini del coniuge)". Spetterà, di volta in volta, ai soggetti appartenenti all'autorità di pubblica sicurezza, come per esempio i carabinieri, i poliziotti e i vigili urbani, verificare il rispetto della previsione, sul presupposto che tali soggetti conoscano i concetti giuridici di parentela e affinità e siano in grado di calcolarne i gradi. Gli esiti saranno, di necessità, incerti.

Incertezza che appare ulteriormente complicata dal fatto che l'autodichiarazione necessaria allo spostamento conterrà soltanto l'indicazione del coniunto senza dati sensibili che lo riguardano, allo scopo di evitare la violazione della *privacy* (come, per esempio, l'indirizzo).

4. Si rendono, infine, necessari degli approfondimenti conseguenti alla morte del coniuge in rapporto al diritto abitativo.

Occorre distinguere l'ipotesi in cui egli sia proprietario dell'immobile da quella ove, invece, sia locatario e, in quanto tale, parte del relativo contratto.

Nel primo caso, soccorre l'art. 540, comma 2, c.c. (FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.", in *Dir. pers. fam.*, 2008, pp. 955 ss.), e, di conseguenza, opera il collegamento con la vocazione a titolo universale, onde il diritto abitativo

e quello di uso dei mobili saranno subordinati agli stessi presupposti della chiamata all'eredità.

L'orientamento dominante, tenuto conto dell'autonomia fra la riserva nella quota del patrimonio di cui all'art. 540, comma 1, c.c. e quella di cui al comma successivo, ravvisa nel diritto in analisi una vocazione a titolo particolare, intesa quale legato *ex lege* di specie ad efficacia reale. Deve, di conseguenza, escludersi la necessità della sua accettazione, ma sorge, sul piano pratico, il problema di come il chiamato possa, invece, rinunciarvi, tenuto conto delle difficoltà che potrebbe incontrare a livello operativo (tempi di lavoro contingentati degli uffici pubblici e dei notai, difficoltà di reperire i cancellieri, ecc.); tutto ciò, ovviamente, anche a tacere dei problemi che possono emergere, più in generale, nel caso in cui il coniuge voglia accettare l'eredità con il beneficio di inventario (PERLINGIERI, G.: "L'acquisto dell'eredità", in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, 2 ed., a cura di CALVO, R. e PERLINGIERI, G., Napoli, 2013, pp. 179 ss.), potendo egli essere nel possesso dei beni, questione questa ultronea rispetto all'economia della presente indagine, ma che non dovrebbero essere trascurati dagli studiosi del diritto delle successioni.

Sempre sul piano pratico, poi, emergono problematiche relative alla trascrizione del diritto reale abitativo: trattandosi di un legato *ex lege*, l'onere della segnalazione non può ricavarsi dall'art. 2648 c.c., il cui comma 4 individua il titolo formale per la trascrizione in un estratto autentico del testamento, qui certamente assente. Né il notaio sarebbe tenuto a provvedervi ai sensi dell'art. 2671 c.c., non essendo i diritti in esame contenuti in un atto ricevuto o autenticato dal pubblico ufficiale, salvo ovviamente l'ipotesi in cui il *de cuius* istituisca il coniuge nella sola quota a lui riservata.

La mancata o ritardata trascrizione verrebbe, però, a contrastare con il principio della continuità, onde sarà necessario provvedere facendo riferimento al certificato di morte, unitamente all'indicazione nella nota di trascrizione del vincolo coniugale con il *de cuius*, oppure ad un atto di accettazione del legato, ma l'uno e l'altro degli atti detti sarebbero oggi pressoché impossibili da ottenere e da realizzare, tenuto conto dell'eccezionalità e dell'emergenza in cui versa il Paese.

Al di là delle problematiche connesse al titolo, nel conflitto tra il coniuge superstite, titolare *ex lege* dei diritti in esame, e il terzo acquirente dall'erede nudo proprietario non potrà farsi riferimento alla regola di cui all'art. 2644 c.c., perché erede e legatario acquistano contemporaneamente dal *de cuius* i diritti, onde possono tra loro ben coesistere. Da qui, l'applicabilità dell'art. 534 c.c., dal momento che l'erede nudo proprietario ben può qualificarsi apparente in relazione al diritto di abitazione sulla casa, acquistato dal coniuge superstite *ipso iure*: la norma, fra l'altro, si considera applicabile anche ai rapporti tra legatario vero

ed aventi causa dall'erede apparente. Affinché il terzo acquirente dall'erede possa far salvo, dunque, il proprio acquisto, saranno necessarie non solo la prova della sua buona fede, la natura onerosa dell'acquisto, la c.d. apparenza di diritto circa la titolarità del diritto abitativo in capo all'erede stesso, ma anche che la trascrizione dell'acquisto di quest'ultimo e del terzo acquirente siano eseguite anteriormente alla trascrizione dell'acquisto *ex lege* da parte del coniuge.

L'art. 6, comma 1, l.n. 392/1978, prevede, infine, un'ipotesi di subentro nel contratto di locazione a favore del coniuge, degli eredi, dei parenti e degli affini abitualmente conviventi con esso, determinando il sorgere di una particolare successione anomala a favore del coniuge. Si tratta, come noto, di un acquisto a titolo particolare, avente ad oggetto una cessione *ex lege* nella titolarità del rapporto locatizio a favore non già (solo) del coniuge superstito, quanto della massa congiunta degli aventi diritto: in analogia con il diritto abitativo sulla casa già adibita a residenza della famiglia di cui all'art. 540, comma 2, c.c., tale situazione va qualificata come legato *ex lege*.

Può accadere, sul piano pratico, che la morte per coronavirus del titolare del contratto determini la necessità di chiarire chi fra i legatari indicati dalla norma, nell'ipotesi che siano più di uno, debba formalmente intestarsi il contratto.

Ciò, a rigore, imporrebbe una scelta da comunicarsi con lettera raccomandata, considerato che la forma del contratto di locazione è scritta ai fini della registrazione, pena la sua nullità: se tale modalità, per ipotesi, dovesse oggi apparire troppo onerosa, il locatore dovrà, all'occorrenza, accettare una comunicazione attraverso qualsivoglia strumento informatico idoneo, anche ai fini della ulteriore informazione da indirizzare all'Agenzia delle entrate.

CUIDADO DE LOS HIJOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA.
APUNTES PARA REPENSAR LA EXPERIENCIA ARGENTINA

*CHILD CARE IN TIMES OF PANDEMIC. NOTES TO RETHINK THE
ARGENTINE EXPERIENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 190-201



Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: En la Argentina, el aislamiento dispuesto para evitar la propagación del COVID-19 provocó la suspensión del cuidado compartido de los hijos y de los regímenes de comunicación. Esta medida intensificó la inequidad de la distribución de las responsabilidades domésticas, que recaen mayormente sobre las mujeres. El artículo rescata la oportunidad que proporciona el paréntesis global para reflexionar sobre la subsistencia de los estereotipos de género y sus nefastas consecuencias en el marco de la pandemia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, cuidado de los hijos; perspectiva de género; pandemia.

ABSTRACT: *The quarantine to prevent the spread of the COVID-19 caused the suspension of shared childcare and communication regimes. This measure intensified the inequity in the distribution of domestic responsibilities, which are assumed mainly by women. The article highlights the opportunity provided by the coronavirus to reflect on the persistence of gender stereotypes and their dreadful consequences in the context of the pandemic.*

KEY WORDS: *Family Law; child care; gender perspective; pandemic.*

I. El 31 de diciembre de 2019, las autoridades de la República Popular China comunicaron a la OMS varios casos de neumonía de etiología desconocida en Wuhan, una ciudad situada en la provincia china de Hubei. Una semana más tarde confirmaron que se trataba de un nuevo coronavirus que ha sido denominado SARS-CoV-2. Este virus causa diversas manifestaciones clínicas englobadas bajo el término COVID-19. Los síntomas varían desde malestar general y fiebre, hasta cuadros de neumonía grave con síndrome de distrés respiratorio agudo, shock séptico y fallo multi-orgánico.

Cuatro meses después, aquella denuncia se convirtió en una pandemia; la propagación superó rápidamente los pronósticos, los infectados se cuentan por millones, y aunque se diga que el índice de letalidad no sería tan alto como el de otros virus, lo cierto es que más de doscientas mil personas ya han fallecido.

Fue así como la humanidad descubrió que no hay estrato social que sirva de escudo protector. Y, que, por el momento, la única forma de evitar los contagios masivos es aislarse. De igual modo que lo sucedido en otras épocas de la historia, aún en pleno Siglo XXI, la naturaleza nos puso en aprietos y nos conminó a un paréntesis inesperado. Otra vez tenemos la obligación y la responsabilidad de mantenernos replegados en nuestros hogares.

El fenómeno, que quizás sea una bisagra en la historia de la humanidad viene siendo estudiado por investigadores de todas las disciplinas. Muy probablemente en los próximos años se publiquen cientos de artículos científicos que analicen sus consecuencias económicas, políticas, psicológicas, así como también las modificaciones en el comportamiento humano y en las relaciones familiares y sociales. Dejando de lado las urgencias y prioridades que demandan la medicina y la salud pública, de inmediato surgen interrogantes de orden sociológico, ético y jurídico que invitan a la reflexión.

2. La alerta global y la llegada de los primeros casos a la Argentina determinó que el día 20 de marzo se dispusiera el aislamiento social, preventivo y obligatorio en todo el país (DNU 297/20), que al tiempo de escribir estas líneas ha sido prorrogado varias veces, y todavía se mantiene vigente.

• **Mariel F. Molina de Juan**

Prof. Titular Universidad Nacional de Cuyo, Cátedra Derecho de las familias. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

Desde entonces, casi a diario, distintos organismos del Estado han venido dictando un cúmulo de resoluciones destinadas a reglamentar o aclarar el alcance de los límites a la circulación de las personas y al ejercicio de los derechos restringidos. Alineado con ese propósito, el 21 de marzo pasado, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación se ocupó de un tema que había tomado un cariz controvertido en los medios periodísticos. Me refiero, a las cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, que, por regla, en la Argentina, es compartida (conf. art 638 y siguientes Cód. Civ. y Com). En ese documento se determinó la suspensión de los cuidados compartidos de hijos e hijas y de los regímenes de comunicación presenciales, debiendo el progenitor que quedara confinado con los niños y niñas, llevar adelante todo lo que esté a su alcance para asegurar una fluida comunicación con el progenitor no conviviente. En este contexto excepcional, tal fluidez implica profundizar los medios tecnológicos. Solo se habilitaron los trasladados de hijos cuando: a) al momento de la entrada en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado. Este traslado debe ser realizado por única vez; b) uno de los progenitores, por razones laborales autorizadas, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor; deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo; y c) por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior, se pueda trasladar al niño o niña al domicilio del otro progenitor.

3. La emergencia sociosanitaria presenta una buena oportunidad para poner sobre la mesa un efecto diferencial de la pandemia, que, al menos en buena parte de la sociedad argentina permanece en las sombras. Me refiero a las devastadoras consecuencias que trae aparejada la (in)equitativa distribución de las responsabilidades del hogar (cuidado y educación de los hijos, atención de los adultos mayores, tareas domésticas, etc.).

Aquí, al igual que en otros países de la región, el mayor componente de la “economía del cuidado” está a cargo de las familias, y, en su interior, son las mujeres quienes históricamente asumieron esas tareas en forma no remunerada, lo cierto es que, de ordinario, esa carga se complementa con los servicios provistos por el sector público y privado que componen la economía del cuidado remunerada, así como también, con las redes informales que proporciona la familia extensa o la comunidad. Sigue que, en tiempos de pandemia, todas esas redes han desaparecido. No hay a quién ni adonde recurrir fuera de las paredes el hogar.

Ninguno de estos servicios públicos o privados funciona; no hay colegios, ni clubes, ni vecinos o vecinas solidarios, ni abuelos con los que contar para alivianar la carga.

En verdad, el problema no es nuevo, sea que se trate de hogares monoparentales o biparentales, lo cierto es que, en buena parte de las familias argentinas, los estereotipos de género vigentes determinan que el peso de las funciones relativas a la economía del cuidado recaiga mayormente sobre las mujeres. Lo que sí es nuevo es que, con motivo del virus, se suprimieron todos los mecanismos de apoyo formal e informal disponibles (comunitarios, educativos, formales o informales). La loable finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad mantiene a los niños en sus hogares y entonces las madres, además de “teletrabajadoras”, han devenido en servidoras domésticas sin relevo y exigidas gestoras de la educación formal, con independencia de los pocos o muchos recursos con los que cuenten. Y, si no conviven con el padre de sus hijos, en sus exclusivas cuidadoras 24x7, debido a la supresión de los planes de parentalidad compartidos y de los regímenes de comunicación.

4. La llamada “economía del cuidado” se define como el trabajo realizado, primordialmente en la esfera doméstica, que se complementa con trabajo asalariado en el hogar, trabajo asalariado en los servicios públicos y privados y trabajo social voluntario. Su estudio enfoca la distribución de roles y responsabilidades entre el Estado, el mercado, las familias y la comunidad. Existe, por lo tanto, una esfera de esa actividad que es remunerada y otra que no lo es.

La faz no remunerada familiar mantiene un rol preponderante. Y está mayoritariamente a cargo de las mujeres. Son ellas quienes se ocupan de todas aquellas actividades que importan una contribución al desarrollo físico, cognitivo y emocional de los miembros del grupo, e involucran la cocina y limpieza, mantenimiento general del hogar y cuidado de los hijos e hijas, de las personas enfermas y con discapacidad. Se trata de un trabajo experto, responsable y cualificado en su dimensión emocional que tiene un gran impacto sobre la socialización de sus integrantes. Así las cosas, representa una suerte de “economía oculta” de producción de bienes necesarios para la subsistencia y salud de las personas (alimentación, higiene, etc.), además de la gestión de los afectos. Cuando esas mujeres se incorporan al trabajo remunerado, la fusión suele traer consigo una doble jornada laboral.

En la Argentina, esta “economía del cuidado” estuvo prácticamente silenciada por el Derecho hasta el año 2015. Ese año entró en vigencia el Código Civil y Comercial que incorporó normas de enorme valor simbólico que asignan contenido económico a las tareas de cuidado de los hijos y al trabajo doméstico. Las primeras

se computan como contribución al sostenimiento alimentario. En efecto, el art. 660 Cód. Civ. y Com. indica que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención. Las segundas se contabilizan como aporte a las cargas del hogar. Según el art. 455 Cód. Civ. y Com. "los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos...El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas". Idéntica disposición rige para los convivientes (conf. art. 520 Cód. Civ. y Com). De esta manera aparecen los primeros indicadores de su reconocimiento formal en los textos legales.

Sin embargo, este importante avance que rompe con el estereotipo del deber moral asociado al género y naturalizado como contraprestación debida por la provisión de recursos económicos por parte del varón, no significa que se haya modificado la distribución de los roles institucionalizados. La división sexual del trabajo permanece casi inamovible.

Superar las injusticias que origina este desequilibrio demanda una transformación profunda de los patrones culturales dominantes.

5. Una forma de contribuir al logro de este impostergable objetivo reside en diseñar un sistema jurídico de responsabilidad parental acorde.

Ello es lo que intenta la noción de coparentalidad incorporada al Cód. Civ. y Com. argentino, según la cual ambos padres comparten no solo su ejercicio, en el sentido de detentar la representación legal de sus hijos, sino, lo que es más importante, las tareas cotidianas de cuidado. Para ello deben diagramar un plan de parentalidad adecuado a su realidad, donde organizan las responsabilidades que cada uno asume.

El anclaje constitucional convencional es sólido. Del lado de los niños y las niñas, el art. 18 de la Convención de Derechos del Niño impone a los Estados el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos e hijas. A ellos incumbe la responsabilidad primordial de su crianza y desarrollo. Del lado de las mujeres, el art. 16 de la Convención contra la Eliminación de toda forma de discriminación de la mujer (CEDAW) expresa el compromiso del Estado argentino de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio

y las relaciones familiares y, en particular, según el inc. d), asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos e hijas.

Este paradigma trasunta la idea de un sistema familiar democrático en el que cada uno ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco. De modo que, uno de los mayores desafíos que enfrentan los padres y madres argentinos de hoy, es aprender a compartir el cuidado de sus hijos e hijas. *Compartir* implica colaborar, participar, comunicar, acompañar la crianza. En una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños, niñas y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno.

Durante los primeros años de vigencia del Cód. Civ. y Com., el principio de coparentalidad en la Argentina parece haber impactado de modo diverso según que los padres convivan o no convivan.

En los casos en que conviven, es posible que las estructuras colaborativas sigan siendo bastante endebles de modo que, la aportación de las mujeres a las tareas de cuidado, se mantengan como preponderantes en buena parte de los hogares.

En cambio, entre los padres separados, las reglas del cuidado compartido estarian contribuyendo a modificar ciertos estándares, con un progresivo involucramiento del varón en la crianza de los hijos e hijas. Lo que, de alguna manera, viene siendo asumido como un alivio por muchas mujeres, que han comenzado a percibir las bondades de la crianza compartida. No solo en beneficio del interés superior de sus hijos e hijas (art. 3 CDN), sino también, en sintonía con su derecho a la realización personal y profesional.

6. Los sucesos de la emergencia sanitaria son dinámicos; día a día se evalúan los índices de contagio y el gobierno nacional ajusta sus decisiones. Fue así como, en el marco del shock inicial, parecía razonable abordar la cuestión casi como si se tratara de "un estado de guerra". Y entonces, no había margen; tratándose de un tema de salud pública, los niños no debían moverse del lugar donde se encontraban el día uno del confinamiento. De alguna manera se tuvo presente el acuerdo alcanzado por los juzgados de familia de Barcelona cuya cláusula cuarta expresaba: "Fuera de los casos de síntomas de contagio o resultado positivo en el test del COVID-19, y en aras al más efectivo cumplimiento de los acuerdos de las autoridades sanitarias, que aconsejan reducir al máximo la movilidad de las personas, y salvo supuestos excepcionales justificados documentalmente, el sistema de responsabilidad parental deberá ser ejercido por el progenitor

custodio (en supuestos de custodia exclusiva) o por el progenitor que ostenta la guarda en este momento (en supuestos de custodia compartida)"; y la quinta: "A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whastApp) el contacto del/los hijo/os con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores". (https://www.icab.es/files/242-501508-DOCUMENTO/Acuerdo-unificacion-criterios-Familia-Barcelona-COVID-19-18-marzo-2020_.pdf)

Fue en este contexto cuando se dictó la Resolución del Ministerio de Desarrollo Social Argentino que suprimió los cuidados compartidos, que, como se dijo, son la regla en los hogares argentinos.

Pero habiendo transcurrido más de cuarenta días desde entonces, sin abandonar el objetivo prioritario de preservar la salud, parece vislumbrarse una necesidad imperiosa de comenzar a compartir las responsabilidades de cuidado. De lo contrario es probable que el agobio en el que se encuentran muchas mujeres que han duplicado, triplicado, hasta cuadruplicado su jornada laboral, termine agotándolas o enfermándolas.

Como anticipamos, a la conocida sobrecarga de funciones, vino a sumarse la ausencia de recursos públicos o rentados colaborativos. Además de cumplir su trabajo remunerado, si se encuentra dentro del margen de quienes pueden implementar el denominado "Teletrabajo" o más precisamente, Home Office con horarios descontrolados, o sin horarios y con los niños siempre alrededor, se han intensificado las funciones domésticas, pues las autoridades sanitarias han dejado en claro que la higiene del hogar y las tareas de limpieza son un mecanismo preventivo del contagio. Pero para ellas no cuenta con ninguna asistencia externa.

Se agrega también el deber de mediar la educación formal, con nuevas exigencias que vienen de la mano del uso de las tecnologías. De ordinario, las trayectorias educativas de niñas, niños y adolescentes transcurren principalmente en las escuelas, y las familias cumplen un rol importante pero subsidiario en la formación curricular. Pero el brote de COVID-19, que obligó a suspender las clases apenas una semana después de haber comenzado el ciclo escolar, trastocó totalmente esas reglas de juego. La emergencia puso a las familias argentinas como responsables prioritarios y en los hogares donde prima la división del sexual del trabajo, son las madres quienes también conducen el proceso de formación pedagógica y curricular de sus hijas e hijos.

Y, como si todo esto fuera poco, es posible que se acople la responsabilidad de atender a los adultos mayores (padres, suegros), que, por su edad (o enfermedades preexistentes), se encuentran dentro del segmento de alto riesgo.

7. Una mirada a la Guía Práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de Derechos ante el COVID -19 en las Américas (OEA), destaca la importancia de incorporar la igualdad de género en las respuestas a emergencias, desastres y cualquier otro tipo de crisis. Señala que es esencial que el distanciamiento y el aislamiento como medidas públicas consideren la conciliación de la familia y el trabajo para aquellas personas que deben continuar atendiendo sus responsabilidades profesionales y laborales, particularmente en el caso de hogares monoparentales, y a la luz del cierre de centros educativos y de cuidado de niños/as. El documento resalta la importancia de la promoción de políticas sobre la corresponsabilidad y la distribución equitativa del trabajo doméstico y del cuidado, para que las mujeres puedan seguir participando de sus actividades productivas, aún con el incremento en el trabajo del hogar debido a la pandemia.

A esta altura, sin descuidar la prevención, parece razonable incluir dentro de las excepciones a la circulación, el traslado de los niños, niñas y adolescentes y sus progenitores y cuidadores principales para garantizar, además del imperioso contacto con ambos padres, la dinámica cooperativa en las tareas de cuidado.

Por otro lado, urge revisar la situación de las madres de hogares monoparentales, donde no hay un “otro” a quien recurrir. La absoluta imposibilidad de buscar ayuda en las redes de colaboración de tiempos “normales” (informales gratuitas, asistencia rentada, o formales e institucionalizadas como jardines, colegios, clubes, etc.) las coloca en una situación de vulnerabilidad tal, que hasta encuentran dificultades para aprovisionarse de alimentos (no pueden salir con los niños, ni dejarlos solos si son pequeños, las compras por internet requieren contar con tecnología que no siempre existe, los servicios de delivery funcionan irregularmente y las esperas son eternas).

8. ¿Qué papel ha jugado en la emergencia el Poder Judicial?

Salvo excepciones, la intervención de los tribunales es absolutamente restringida; atiende casi exclusivamente denuncias de violencia de género, cuyo recrudecimiento es realmente preocupante por la combinación de una serie de factores que funciona como una suerte de olla presión. Al agobio económico y social provocado por la pandemia, se suman las restricciones de movimiento que dejan a muchas mujeres atrapadas con sus victimarios.

Sin embargo, demandas como las que aquí se plantean no han estado ajenas a las pretensiones intentadas por los operadores jurídicos, que están a la espera de que las plataformas digitales ofrezcan mecanismos de acceso a la justicia. Las pocas respuestas dadas hasta ahora no son concluyentes. Pero una intervención eficaz

podría asegurar ciertos estándares de cooperación que eviten o disminuyan estas otras formas explícitas o implícitas de violencia de género.

Merecen destacarse dos antecedentes que dan alguna respuesta al problema que vengo señalando. En el primero la madre, que contaba con un permiso de trabajo y debía ausentarse del hogar, interpuso una medida cautelar para que se cumpla el régimen de comunicación establecido (sábado y domingo) y que el progenitor cuide del hijo durante el tiempo asignado. El padre se opuso alegando las razones de emergencia sanitaria; invocó el riesgo que podría representar para su otra hija, aunque se ofreció a cuidar al niño en el hogar materno, siempre que, durante esos días él no tenga que trabajar. El juez rechazó los argumentos del progenitor resaltando la falta de razonabilidad de la contrapropuesta y sus argumentos. Luego de analizar la situación especial en la que se encontraba la progenitora, quien contaba con permiso de trabajo, admitió la demanda (Jugado de Paz de Coronel Pringles, 08/04/2020, autos Nro. 15.804/16 "M., A. M. C/ A. V. S/ INCIDENTE Mod. Derecho de comunicación" Citar: elDial.com - AABB32 Publicado el 13/04/202).

En el segundo, la mujer pidió que mientras que no tenga que asistir al colegio, el hijo permanezca -de manera alternada- una semana en el domicilio de cada progenitor. El padre no se opuso, aunque depositó la carga de los trasladados (San Isidro- Ciudad Autónoma de Buenos Aires) a la madre. El juez hizo lugar parcialmente a lo peticionado; con fundamento en el mejor interés del niño y su derecho a la coparentalidad, admitió la alternancia. Con respecto a los trasladados, con buen criterio distribuyó las cargas y resolvió que quede en manos de quien tenga al hijo y deba entregarlo en la casa del otro progenitor. (Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, 23/04/2020, Expte. I2516/2020 – "C., E. M. B. c/ G., J. N. s/ Denuncia por violencia familiar" Citar: elDial.com - AABB6C, pub. 27/04/2020)

Aunque no lo digan expresamente entre sus fundamentos, en ambas decisiones subyace la idea de repartir responsabilidades de cuidado entre ambos adultos, resistiendo en todo caso el ejercicio abusivo de los derechos.

9. Vivimos tiempos paradójicos, para conservar nuestra salud y la de otros, nos encerramos. Migramos del lugar de trabajo y nos refugiamos en el hogar.

Cuenta la historia que la temporada de aislamiento de Isaac Newton durante la peste de 1665, trajo consigo el mayor regalo que una catástrofe pudo hacer al avance del conocimiento. Entonces, cuando la Universidad de Cambridge cerró sus puertas ante aquella amenaza mortal, este joven recién licenciado tuvo que volverse a su pueblo natal, Woolsthorpe (Reino Unido). Habría sido durante ese

largo confinamiento cuando se sentaron las bases de las leyes físicas que fundaron la ciencia moderna. Sea o no cierta esta anécdota, un viejo proverbio chino dice, no sin una buena dosis de optimismo: “crisis son oportunidades”.

Esta gigantesca emergencia sanitaria, que de manera brutal nos enfrenta a nuestra vulnerabilidad como especie, también nos ofrece una inesperada oportunidad para repensar ciertas dinámicas relacionales que impactan en forma decidida en la vida personal y familiar. El paréntesis en el que nos encontramos vino a proporcionarnos un tiempo “extra” para rescatar algunos valores intrínsecamente humanos, que subyacen en las estructuras del Derecho de las familias contemporáneo.

No sabemos aún si la pandemia cambiará para siempre nuestras vidas, pero de ninguna manera podemos asumir que la capacidad de las mujeres de realizar todo el trabajo adicional que requiere una emergencia sanitaria sea infinitamente elástica. Si no cuidamos a las que cuidan, el punto de quiebre de su salud no quedará tan lejos.

No hay dudas que, en el juicio de ponderación de los derechos, la salud pública es prioritaria. Y por eso no se cuestiona el cierre de los colegios, clubes, plazas, lugares de esparcimiento, ni las restricciones a la circulación de las personas.

Lo que sí se cuestiona, aprovechando la visibilidad que la crisis vino a dar a esta realidad que, día a día agobia a muchas mujeres argentinas, es la débil conciencia social sobre los persistentes patrones culturales de asignación de roles en la sociedad argentina. Nombrar las situaciones injustas ayuda a quebrar los estereotipos que reproducen esa desigualdad; tarea ardua, pero imprescindible. Y detectar la incidencia consciente o inconsciente que tienen las reglas del Derecho de las familias, así como la responsabilidad de los operadores jurídicos en la reproducción o el replanteo de uno y otro modelo, es una obligación moral de toda persona comprometida con los Derechos humanos de las mujeres.



IL “DIRITTO DI VISITA” TRA MISURE DI CONTENIMENTO DEL CONTAGIO E INTERESSE DEI FIGLI

THE “VISITING RIGHTS” OF PARENTS BETWEEN LOCKDOWN AND CHILD’S INTEREST

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 202-213



Loredana
TULLIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza come l'emergenza pandemica abbia determinato una serie di limitazioni all'esercizio delle libertà fondamentali, comportando, conseguentemente, una compressione anche del "diritto di visita" del genitore non collocatario della prole. In particolare, ampia attenzione è rivolta alla giurisprudenza la quale, nel bilanciare ragionevolmente la tutela del diritto alla salute con l'esigenza di preservare la relazione genitore-figli, giunge a soluzioni non univoche dirette a salvaguardare il prevalente interesse della prole.

PALABRAS CLAVE: Libertà fondamentali; diritto di visita; pericolo di contagio; diritto alla bigenitorialità; prevalente interesse del menor.

ABSTRACT: The article analyzes how the pandemic emergency has triggered a series of limitations to the exercise of fundamental freedoms, thereby causing impairment to the "visiting rights" of those parents who do not have custody of their children. In particular, considerable attention shall be paid to the legal cases. While striking a reasonable balance between the protection of the right to health and the preservation of the parent-child relationship, Courts have come up with a variety of solutions seeking to safeguard the child's best interest.

KEY WORDS: Fundamental freedoms; visiting rights; risk of infection; right to both parents; best interest of the child.

I. La rapida diffusione del COVID-19 nei diversi Continenti e la successiva qualificazione del fenomeno quale “pandemia” da parte dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, avvenuta lo scorso 11 marzo 2020, hanno spinto i governi dei vari Stati ad adottare una serie di misure dirette a tutelare la salute dei cittadini e a disporre il contenimento del contagio. Ampio è il novero delle libertà esistenziali poste “in quarantena” e molteplici sono le questioni sollevate, in diversi àmbiti disciplinari sia sulla legittimità degli atti volti a imporre tali restrizioni sia sulla idoneità e ragionevolezza dei loro contenuti. (Per un quadro dell’impatto delle diverse misure disposte nei vari Stati membri dell’Unione europea, cfr. Bollettino n. 1 dell’Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA), *Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications*, 20 marzo 2020).

Nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità dinanzi al rischio di diffusione del contagio, esistente nelle diverse parti del territorio nazionale italiano, tali misure hanno inciso (e continuano tuttora a produrre i loro effetti) su quasi tutti i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. A subire limitazioni “per ragioni sanitarie” sono stati non soltanto “la libertà di circolazione” – come inizialmente ha inteso far credere il Preambolo del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, e dunque gli spostamenti da un luogo all’altro del territorio nazionale (art. 16 cost.) – ma, a cascata, tutta una serie di altri diritti: non potendo circolare non ci si riunisce, non si va nei luoghi di culto o al cinema, né a lavorare; soppresso temporaneamente è il diritto allo sciopero mentre talune attività commerciali, la maggior parte, fermano la loro produzione; lo stesso diritto all’istruzione e alla cultura si plasmano di nuove modalità “a distanza” e, intanto, la quarantena individuale impone di restare in casa limitando di fatto la libertà personale in assenza di un atto dell’autorità giudiziaria che la giustifichi.

Nuovi vincoli circondano quell’esigenza prioritaria di tutela della salute umana sul piano “strettamente sanitario, ma anche [...] comportamentale [e] sociale” (PERLINGIERI, P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, in PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 105). E altri diritti, qui non menzionati, restano, “di riflesso”, ingessati da tali limitazioni; persi nel generale dovere di distanziamento sociale che impone ad ognuno di operare nel rispetto di quell’inderogabile dovere di solidarietà adottando comportamenti idonei a salvaguardare, accanto alla propria salute, quella degli altri.

• **Loredana Tullio**

Associato di diritto privato, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: loredana.tullio@unimol.it

2. A "patire" le conseguenze di tale isolamento sono stati anche i genitori non collocatari i quali, da un giorno all'altro, si sono visti non soltanto "confinati dal contagio", lo stesso che ha ingabbiato i tanti rapporti sociali esistenti nel Paese, ma ancor più latamente privati da quelle dinamiche relazionali volte a preservare il legame affettivo con la prole.

Il collocamento materiale del figlio rappresenta da sempre tema centrale in tutte le questioni sorte durante la crisi del rapporto di coppia: la dislocazione fisica del minore, a seguito della dissoluzione del nucleo familiare, impone al giudice di vagliare attentamente e in maniera equilibrata gli interessi in gioco, favorendo l'attuazione di quei diritti fondamentali alla cura, educazione e istruzione che ognuno dei due genitori è chiamato ad attuare (ex art. 30 cost.) (SESTA, M., ARCERI, A.: *La responsabilità dei genitori e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (fondato da CICU, A. e MESSINEO, F.), Giuffrè, Milano, 2016; SESTA, M.: "Filiazione (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 445 ss.). La scelta, consensuale o giudiziale, di chi tra i due genitori debba essere l'affidatario – di là dall'esercizio della responsabilità genitoriale che può presentarsi in forma congiunta o esclusiva – costituisce un importante passaggio durante la fase patologica del rapporto, giacché determina evidenti conseguenze per tutti i componenti della disgregata famiglia. Il figlio, infatti, sarà chiamato, da quel momento in poi, a condividere gli spazi della casa familiare con una sola figura genitoriale, la presenza della quale diverrà più assidua e, talvolta, sobillatrice di ostilità verso colui (o colei) che è indotto ad allontanarsi da quell'*habitat* domestico. Allo stesso tempo, il genitore non collocatario sarà tenuto a mantenere relazioni personali e contatti diretti e regolari con il figlio, conservando quella continuità del rapporto indispensabile per l'armonioso sviluppo della personalità di tale soggetto in formazione. Còmpito, quest'ultimo, di per sé non semplice, in quanto, pur volendo garantire la "qualità" dei tempi di frequentazione nonché l'espletamento delle migliori "modalità" di presenza con ciascun genitore (art. 337 ter, comma 2, c.c.), non sempre le stesse appaiono facilmente praticabili per ragioni legate al lavoro o alla distanza fisica che separa le due residenze (si pensi, ad es., all'ipotesi in cui la casa familiare ove vive il figlio sia in un altro Comune o in un altro Stato rispetto alla residenza del genitore non collocatario). Il provvedimento giudiziale nell'imporre tale collocamento dovrà, dunque, tener conto delle peculiarità del caso concreto, disporre un contenuto più o meno dettagliato su quel "progetto educativo e di cura del figlio, comune anche se separatamente attuato", e stabilire le modalità di presenza dei figli presso ciascun genitore, definendo un programma 'gestionale' della prole che tenga conto di esigenze, abitudini, stili di vita, età, personalità di tutte le persone coinvolte nella fattispecie (PALAZZO, A.: *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (fondato da CICU, A., MESSINEO F.), 2 ed., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 714 ss.; BASINI, G.F.: "I provvedimenti relativi alla prole"; in AA.VV.: *La separazione personale tra coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza*

more uxorio, t. III, *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da BONILINI, G.), Giuffrè, Milano, 2016, pp. 3101 ss.).

Il genitore non convivente con il figlio, dovendo materialmente abitare in luogo diverso dalla casa familiare è, di fatto, relegato ad un ruolo “secondario”: difficilmente egli inciderà nelle scelte quotidiane della prole, ossia sugli atti di ordinaria amministrazione (ad es. guardare determinati programmi in televisione, mangiare alcuni cibi, giocare con taluni amici, ecc.), pur restando, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, coinvolto nelle decisioni di maggior interesse relative all'istruzione, all'educazione e alla salute della stessa (ad es. frequentazione di una scuola pubblica o privata, professione di una fede religiosa, sottoposizione a interventi chirurgici o visite odontoiatriche, ecc.). Ad ogni modo, spetta ad egli il diritto di visita, ossia “il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo” (art. 5, lett. b, Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980), intrattenendo con egli “regolarmente relazioni personali e contatti diretti” (art. 24, comma 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 9, comma 3, l. 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica e esecuzione della Conv. di New York sui diritti del fanciullo). Tale diritto-dovere del genitore si pone in stretta relazione con la situazione giuridica dell'interesse del figlio “di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori” (art. 337 ter, comma 1, c.c.). Delicata e complessa risulta tuttavia questa attuazione affidata alla collaborazione di entrambi i genitori i quali, possibilmente, concordano tali incontri col figlio scegliendo tempi e luoghi compatibili con gli obblighi scolastici o altre situazioni di godimento del tempo libero filiale.

Tale diritto è stato profondamente condizionato dal diffondersi dell'emergenza pandemica la quale, imponendo divieti e prescrivendo distanziamenti obbligatori ha, di riflesso, ingenerato una sorta di “sospensione” delle frequentazioni tra figli e genitori non collocatari. Sì che, gli spostamenti per raggiungere la prole presso l'altro genitore affidatario oppure per condurli presso di sé, secondo le modalità previste dal giudice a seguito della separazione o del divorzio, pur essendo, in linea di principio, teoricamente consentiti (giacché la decretazione emergenziale non ha previsto una preclusione dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori) nella pratica sono stati, il più delle volte, limitati con provvedimenti volti a salvaguardare il diritto alla salute.

3. In una situazione come quella attuale è apparso, *prima facie*, ragionevole valutare come prioritario e prevalente il diritto alla salute psico-fisica – del figlio e anche dei genitori – a parziale detimento del diritto di visita; quasi a riconoscere che, per poter garantire il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu), bisogna innanzitutto proteggere e tutelare la stessa esistenza umana. La salute è

intesa, dunque, non solo e non tanto quale diritto costituzionalmente garantito ex art. 32 cost., ma aspetto della persona e, quindi, valore esistenziale posto all'apice della gerarchia assiologica; come tale, da preservare e realizzare (PERLINGIERI, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", in *Annali SISDiC*, 2020, 5, pp. 1 ss.). Tale "centro di gravità" dell'intero sistema ordinamentale "ne ridisegna il volto e le finalità", propugnandosi quale valore fondativo di un nuovo giudizio di meritevolezza degli enunciati normativi e degli atti volti a regolamentare i rapporti intersoggettivi (SCALISI, V.: *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 65). È sulla base di tali premesse che la "rilevanza della persona e l'obbligo di rispettarla", presenti "nel secondo comma dell'art. 32" (RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 149), si fanno misura di legittimità dell'agire, guidando il giurista-interprete nella scelta da adottare per la migliore composizione dei conflitti esistenti nella materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato e nelle relazioni sociali che lo caratterizzano.

Con tale intento, si è cercato di far luce nella eterogenea rete di limitazioni rovesciate sui rapporti parentali: su quelle libertà fondamentali compresse e sugli effetti che tali restrizioni hanno causato nei delicati aspetti del diritto di famiglia, e più precisamente, sui tempi di permanenza dei minori presso ciascun genitore e sul diritto alla bigenitorialità (SCALISI, A.: "Il diritto del minore alla "bigenitorialità" dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", in *Famiglia e diritto*, 2007, pp. 526 ss.; PANEBIANCO, M.: "La bigenitorialità tra contrasti interpretativi ed approdi recenti della Corte di Cassazione", in *Comparazione e diritto civile*, 2019, pp. 959 ss.).

3.1. A fomentare incertezza e ingenerare dubbi sull'idoneità del comportamento da seguire nei rapporti familiari è stato il convulso susseguirsi dei decreti emergenziali adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri i quali, spinti dall'intento di "contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19", nella voracità di disciplinare l'emergenza, hanno nel silenzio inteso 'autorizzare' e di poi 'ridimensionare' la portata degli incontri volti a garantire la conservazione del legame affettivo tra figli e ascendenti.

Invero, inizialmente sono stati consentiti i soli spostamenti finalizzati a rientri presso il "proprio domicilio, abitazione o residenza" (v. d.P.C.M. 9 marzo 2020, art. I, che estende all'intero territorio nazionale le misure dettate nel d.P.C.M. 8 marzo 2020, art. I, comma 1, lett. a): formulazione largamente ritenuta non in contrasto con l'attuazione dei provvedimenti preesistenti relativi ai figli. In seguito, adottando misure più restrittive, è stata eliminata la previsione dell'ammissibilità di spostamenti per il rientro presso il proprio domicilio o residenza (d.P.C.M. 22 marzo 2020, art. I, comma 1, lett. b; efficacia della disposizione prorogata, con d.P.C.M. 1 aprile 2020, sino al 13 aprile) lasciando intendere che lo spostamento

del minore/genitore da un Comune ad un altro potesse subire delle limitazioni (a tali disposizioni vanno ad aggiungersi il D.l. n. 19 del 2020, art. I, comma 2, lett. *a* e *b*, e – con lo stesso tenore – quelle del d.P.C.M. 10 aprile 2020, art. I).

Nel limbo di tale situazione è intervenuta la stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri la quale – in risposta alle domande frequenti sulle misure adottate – ha puntualizzato che “[g]li spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l’altro genitore o comunque presso l’affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all’altro” e devono, in ogni caso, avvenire “scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario”, nonché secondo “le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o [...] secondo quanto concordato dai genitori” (v. FAQ 25 aprile 2020, in governo.it/it/faq-iorestoacasa).

Inoltre – in risposta ad altra domanda, sempre in tema di spostamenti, e in linea generale – si precisa che “è vietato trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso, salvo che per comprovate esigenze lavorative, per motivi di assoluta urgenza o per motivi di salute”. Tale precisazione ingenera una palese incoerenza poiché, nel quadro così delineato, vengono a mescolarsi in maniera confusa, da un lato, i diritti dei “genitori separati e/o divorziati” non conviventi con i propri figli e, dall’altro, i diritti dei “genitori non separati” i quali, dopo il 22 marzo 2020, svolgono un lavoro agile o un’attività sospesa in Comune diverso dal luogo di residenza o domicilio. I primi, infatti, possono recarsi presso le abitazioni dei figli e condurli presso di sé, essendo ciò espressamente consentito; i secondi, invece, non possono fare rientro presso la casa familiare e, quindi, incontrare i loro figli che lì abitano.

3.2. Nel tentativo di sciogliere il dilemma su quale potesse essere la soluzione da adottare dinanzi all’affastellarsi di innumerevoli ricorsi presentati da genitori separati, la giurisprudenza ha mostrato, con altalenanti pronunce, di prediligere ora un rigoroso rispetto delle direttive di isolamento al fine di salvaguardare l’immunità degli stessi soggetti coinvolti nella vicenda, ora una meticolosa osservanza degli accordi presi precedentemente dalla ex coppia al fine di non minare la relazione affettiva tra genitore non collocatario e figlio.

Sì che, non sono mancate decisioni volte a considerare il diritto di visita “recessivo” rispetto al primario interesse dei minori a non esporsi al rischio di contagio (App. Bari, 26 marzo 2020): l’emergenza in atto impedirebbe gli spostamenti che – in specie se diretti a consentire incontri dei minori con genitori dimoranti in Comuni diversi da quelli di residenza dei figli – non realizzano le condizioni di sicurezza e prudenza imposte a livello nazionale (Trib. Napoli,

26 marzo 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020). La pandemia renderebbe, dunque, doverosa l'applicazione di canoni di massima prudenza e sicurezza prescrivendo la riduzione degli incontri (ad esempio, prevedendo un solo giorno settimanale di visita: così, Trib. Bari, 15 aprile 2020) o la loro sospensione (Trib. Matera, 12 marzo 2020; App. Milano, 9 aprile 2020). Ciò, ancor più, là dove sia prescritto che gli stessi avvengano con la necessaria presenza degli operatori del servizio socio-assistenziale e in “spazi neutri”, ossia in strutture pubbliche esposte all'accesso di numerosi utenti, così aumentando considerevolmente il rischio del contagio (Trib. Terni, 30 marzo 2020). In altri casi, ancora, la rimodulazione del regime di collocamento è sembrata la scelta più idonea (forse non proprio ragionevole) per salvaguardare la salute dei figli (così, Trib. Velletri, 8 aprile 2020, ha invertito il collocamento della prole, preferendo l'abitazione paterna, essendo la madre operatrice sanitaria seppur non in prima linea nei reparti Covid).

Diversamente, si è inteso prediligere la continuità del rapporto affettivo genitori-figli in quei provvedimenti mediante i quali, rigettando l'istanza di un genitore volta ad ottenere la limitazione del diritto di visita dell'altro in ragione della situazione derivante dalla pandemia di COVID-19, si è puntualizzato che il rispetto degli accordi presi sul tempo da trascorrere con i figli sia più vincolante delle direttive sull'isolamento (Trib. Milano, 11 marzo 2020; nello stesso senso Trib. Brescia, 31 marzo 2020). Pertanto, “nessuna chiusura di ambiti regionali può giustificare la violazione di provvedimenti di separazione o di divorzio vigenti”, spettando ai genitori, di volta in volta, vigilare responsabilmente per la migliore tutela della salute del minore, adottando tutti gli accorgimenti e le misure igieniche richieste dall'emergenza sanitaria (così, Trib. Roma, 7 aprile 2020, che ammette tali frequentazioni sulla base delle considerazioni che Roma, città di residenza del padre, sia “zona meno a rischio del Trentino Alto Adige”, dove la minore coabita con la madre). Tali spostamenti rientrerebbero, dunque, tra quelli consentiti per “situazioni di necessità” (Trib. Vallo della Lucania, 26 marzo 2020; Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020; Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020).

3.3. In tale convulso dipanarsi di divieti e confinamenti, di provvedimenti autorizzativi o meno, non va dimenticato come la fine dell'unione tra due ex coniugi, o ex conviventi, sia spesso accompagnata da forti contrasti i quali, reverberandosi sul rapporto genitore-figlio, innescano una serie di condotte ritorsive a danno della prole. Là dove acceso sia l'antagonismo poi, il risentimento che anima tali divisioni può addirittura condurre il genitore domiciliatario ad ostacolare, direttamente o anche indirettamente (con comportamenti di manipolazione o con l'induzione di sentimenti di avversione verso l'altra figura parentale), i prescritti incontri. La situazione emergenziale ben potrebbe dunque offrirsi, al riguardo,

quale giustificazione “mascherata” per impedire le visite e realizzare, a danno del genitore non affidatario, l’epilogo dei suoi (se non diritti) contatti con i figli. Con tali disposizioni governative si è voluto, pertanto, evitare situazioni di prevaricazione di un genitore sull’altro – già sanzionate ex art. 709 ter c.p.c. – e, nel rispetto delle prescrizioni e cautele sanitarie, ammettere la continuità di tali incontri.

Resta ovviamente al senso di responsabilità dei genitori prevedere, in relazione allo specifico caso concreto, l’attuazione o il divieto degli stessi; divieto che ben si giustificherebbe, ad esempio, nel prevalente interesse morale e materiale del minore (CORAPI, G.: “La tutela dell’interesse superiore del minore”, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, pp. 777 ss.), là dove uno dei genitori sia particolarmente esposto al rischio di contagio per ragioni sanitarie, abitative (es. proveniente dalle inizialmente delineate “zone rosse”), lavorative (es. medico o operatore socio-sanitario), perché convivente con soggetti appartenenti alle categorie più vulnerabili ovvero perché sottoposto alla misura della quarantena dopo aver intrattenuto contatti con persone risultate positive al tampone del COVID-19.

4. Nella consapevolezza del pericolo del contagio nonché dell’importanza assunta – per il corretto e armonioso sviluppo della personalità del minore – dagli incontri con la figura genitoriale non affidataria, da più parti è stata sottolineata l’esigenza di preservare tale relazione anche ponendo in essere incontri “telematici” o “da remoto” (App. Lecce, 20 marzo 2020). In varie occasioni, di là dall’esistenza della pandemia, tali “incontri on line sul web” sono stati riconosciuti dall’autorità giudiziaria quali utili e opportune modalità attraverso le quali consentire a un genitore di mantenere una relazione stabile e continuativa con il proprio figlio, là dove non possa essergli fisicamente vicino (Trib. Nicosia, 22 aprile 2008, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 803 ss., con nota di MASCIA, K.: “Affidamento della prole e “diritto di visita on line” del genitore non affidatario”).

Molto spesso, come rilevato dalla stessa Corte di Strasburgo, il “fattore tempo” assume una funzione imponente nei rapporti genitori-figli: l’intempestività o l’inadeguatezza di talune condotte ovvero la mancata o incongrua attuazione dei provvedimenti assunti per garantire tali incontri possono contribuire a far radicare fenomeni quali l’alienazione dal genitore non convivente, la disaffezione da lui, comportando gravi danni allo sviluppo psico-fisico del minore (Corte edu, 2 novembre 2010, n. 36168/09, Pazzi c. Italia; Corte edu, 29 gennaio 2013, 25704/11, Lombardo c. Italia; Corte edu, 23 marzo 2017, n. 71660/14, Endrizzi c. Italia; Corte edu, 4 maggio 2017, n. 66396/14, Improta c. Italia). Un ruolo dunque prezioso è offerto dalla rete: mediante collegamenti in video-ripresa su Internet è

possibile annullare le distanze fisiche rafforzando il diritto di visita del genitore non affidatario.

È noto, tuttavia, che tali strumenti messi a disposizione dalla tecnologia possono “tamponare le assenze” ma di cento non sostituire integralmente agli incontri periodici tra figli minori e genitori. Le visite virtuali non sostituiscono la presenza fisica, ma il digitale può concorrere a mantenere un senso di prossimità e di vicinanza: rimedio di estrema utilità in un momento come quello attuale in cui i genitori sono chiamati a mantenere vivo il dialogo con i propri figli, delimitando gli effetti nocivi della distanza sul precario equilibrio delle famiglie (Trib. Trento, 6 aprile 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit.). Inutile ribadire che trattasi di una soluzione da privilegiare soltanto occasionalmente e per brevi periodi, senza sostituire *in toto* il diritto di visita del genitore. Come puntualizzato dalla stessa giurisprudenza, nel momento di emergenza sanitaria, l'esercizio del diritto di visita attraverso le videochiamate si pone come un *munus* rispetto alle modalità ordinarie che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite (Trib. Terni, 30 marzo 2020, cit.).

5. La legge non tutela soltanto il rapporto tra figlio e genitore, ma garantisce anche quello con gli avi e gli altri parenti di ciascun ramo genitoriale, così proteggendo le relazioni significative per la formazione della personalità del minore (artt. 315 bis, comma 2, e 337 ter, comma 1, c.c.). Complementare a tale situazione giuridica è il diritto dei nonni, ai quali si riconosce la legittimazione attiva davanti al tribunale per i minorenni (ex art. 317 bis c.c.) qualora sia loro impedito di “mantenere rapporti significativi con i nipoti”.

L'emergenza sanitaria ha preso in esame tali disposizioni sia pur ammettendo inizialmente la continuità di tali rapporti come *extrema ratio*, ossia nelle sole ipotesi in cui i genitori fossero impossibilitati a restare in casa con i figli non potendo usufruire né di modalità di lavoro agile né di congedi. In tali casi, ecco delinearsi la possibilità di “accompagnare i figli dai nonni”, percorrendo “il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro” (FAQ 25 aprile 2020, cit.), pur nell'avvertenza di star attuando un comportamento “fortemente sconsigliato”, essendo gli anziani tra le categorie di persone più esposte al rischio di contagio. Non sono mancate decisioni, al riguardo, volte a sottolinearne la pericolosità, invitando i genitori (entrambi lavoratori e già coadiuvati dall'ausilio dei nonni per la parziale permanenza dei loro figli) a rimodulare volontariamente il diritto di visita a tutela della neutralizzazione del rischio di pregiudizio alla salute dei propri cari, avvalendosi, anche e preferibilmente, di altre figure ausiliarie, come ad esempio *baby-sitter*, da remunerare mediante gli eccezionali sussidi statali varati dal Governo (Trib. Bari, 1 aprile 2020).

Alla luce della progressiva normativa emanata in questi giorni – nell'esaminare anche l'ammissibilità, nella c.d. Fase 2, delle visite ai c.dd. congiunti (d.P.C.M. 26 aprile 2020, art. I, lett. a) – emerge l'attenzione manifestata nei confronti dei rapporti familiari “in senso lato”. Tali relazioni affettive, già prima dell'emergenza pandemica, erano state sottoposte all'attenzione dei giudici di legittimità; in particolare, era stato precisato che “il diritto degli ascendenti di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente”, ma anche “ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile”, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psicofisico (Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in *Foro italiano*, 2018, I, cc. 3565 ss.; v., inoltre, Corte edu, 20 gennaio 2015, n. 107/10, Manuello e Nevi c. Italia). Diritto che, in ogni caso – come in altro contesto precisato – non è incondizionato e assoluto, ma strumentale alla realizzazione del sereno sviluppo della personalità del minore (Cass., 19 gennaio 2015, n. 752): agli ascendenti spetta, infatti, non un vero e proprio diritto di visita, disciplinato con tempi e modalità come per genitori, essendo sufficiente la frequentazione con i nipoti quando questi si trovano con il genitore di riferimento (così, Trib. Venezia, 9 novembre 2016; v., inoltre, BASINI, G.F.: “La nonna, Cappuccetto Rosso le visite: del c.d. “diritto di visita” degli avi”, in *Famiglia persone e successioni*, 2006, pp. 433 ss.; ARCIERI, A.: “Il diritto dei nonni a mantenere i rapporti con i nipoti minorenni al vaglio della Corte Costituzionale”, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 810 ss.).

Si è giunti così a delineare, in questa “strana primavera 2020”, dapprima una considerevole riduzione degli incontri *in presenza* nelle famiglie, accompagnati spesso da un ampio utilizzo dei mezzi di comunicazione *a distanza*, validi sostegni per la conservazione di quei rapporti significativi; di poi, all'attuazione di una atipica estensione del diritto di visita ai “congiunti”, contrassegnata da avvertenze e raccomandazioni. Non sapendo quando avverrà il “ritorno alla “normalità”, giacché “incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell’invisibile nemico”, non resta che vigilare attentamente sulla “nostra vita, domestica ed economica, privata e sociale” (IRTI, N.: “Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione”, in *Il Sole 24 ore*, 5 maggio 2020), risolvendo i problemi dell’oggi a garanzia di quelle libertà e diritti che – lo si ricorda – “non nascono tutti in una volta”, ma “quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini”, giunge a “crea[re] nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza” (BOBBIO N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. XV).



EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA, CORRETTO ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE E TUTELA DELLA BIGENITORIALITÀ

**EPIDEMIOLOGICAL EMERGENCY, CORRECT EXERCISE OF PARENTAL
RESPONSIBILITY AND PROTECTION OF BIGENITORIALITY**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 214-227



— — — —
| | | |
Filippo
ROMEO
| | | |
— — — —

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza gli effetti del COVID-19 in rapporto al corretto esercizio della responsabilità genitoriale. Particolare attenzione è dedicata al c.d. diritto alla bigenitorialità che, in questa fase emergenziale, deve essere correttamente bilanciato con il diritto alla salute.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; responsabilidad genitorial; derecho a la bigenitorialidad.

ABSTRACT: *The essay analyses the effects of COVID-19 in relation to the correct exercise of parental responsibility. Particular attention is dedicated to the so-called right to bigenitoriality which, in this emergency phase, must be properly balanced with the right to health.*

KEY WORDS: *COVID-19; parental responsibility; right to bigenitoriality.*

I. A seguito dell'emanazione del d.p.c.m 8 marzo 2020 e del d.p.c.m 9 marzo 2020 sono state imposte, a tutti i cittadini italiani, delle rilevanti (*rectius abnormi*) limitazioni alla libertà di circolazione sull'intero territorio nazionale con il precipuo fine di contenere l'emergenza epidemiologica denominata COVID-19. Invero, la lotta all'imperscrutabile nemico ha determinato il materializzarsi di un rinnovato quadro valoriale che ha posto, dal punto di vista sostanziale oltre che formale, il diritto alla salute in posizione predominante rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti.

È di tutta evidenza che, in questo drammatico frangente, il diritto alla salute – la cui preminente tutela assurge a presupposto indefettibile per il godimento degli altri diritti – ha rappresentato la stella polare che ha guidato ed orientato tutti gli interventi governativi e legislativi di queste settimane. Si è assistito ad un riposizionamento valoriale che, sia pur nell'ottica di contrastare la diffusione dell'epidemia, ha posto il giurista di fronte a molteplici interrogativi. Si dischiudono nuovi orizzonti che, tuttavia, cominciano a disvelare non poche zone d'ombra: basti pensare che le scelte fatte per contenere l'emergenza da COVID-19 hanno determinato, in molti casi, una drastica compressione di taluni diritti costituzionalmente garantiti, non risparmiando neanche i soggetti minori di età. Dubbi, inoltre, sono stati avanzati in relazione alla tecnica di normazione utilizzata per imporre limitazioni e divieti.

Vacillano acquisite certezze e principi consolidati: l'emergenza sanitaria in corso, infatti, ha determinato una serie di processi normativi ed elaborazioni giurisprudenziali che hanno investito taluni istituti giuridici, rimodulato i rapporti tra i privati e interferito nelle dinamiche relazionali interpersonali. Si pensi, al riguardo, alla relazione tra genitori e figli nel caso di coppie separate o in fase di separazione. Nell'attuale fase emergenziale, infatti, il diritto–dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi tende sovente ad essere considerato recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone. È questo il dato che si ricava dalla copiosa giurisprudenza «emergenziale» che si è materializzata in queste convulse settimane.

Ben si comprende, pertanto, come i minori di età – insieme ad un'altra categoria di soggetti strutturalmente vulnerabili, gli anziani – stiano pagando a caro prezzo il rispetto delle prescrizioni sanitarie e amministrative varate negli ultimi due mesi: i bambini, già deprivati di molteplici figure significative (i.e. insegnanti,

• Filippo Romeo

Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Enna "Kore". Correo electrónico: filippo.romeo@unikore.it

amici, nonni, zii, cugini), rischiano seriamente di veder messo in discussione anche il rapporto con i genitori non collocatari o non conviventi nel caso di coppie legalmente separate ovvero di coppie che hanno troncato la loro relazione di fatto. Tale rischio, come avremo modo di verificare, risulta ancora più concreto nel caso di genitori il cui rapporto è connotato da elevata conflittualità. La questione è estremamente delicata. Se molti genitori palesano una strutturale inidoneità ad esercitare correttamente (*rectius* nell'esclusivo interesse dei figli) la responsabilità genitoriale in condizioni di normalità è plausibile ritenere che il perdurare di questa situazione possa impattare in modo fortemente negativo sul rapporto con i figli minori di età. Al riguardo, i numerosi provvedimenti emessi dai giudici in queste settimane mettono in luce – sia pur in una situazione di straordinarietà che ha stravolto le abitudini di vita delle persone – uno scarso rispetto dei ruoli e una carente capacità collaborativa. Il tutto, ovviamente, a discapito del superiore interesse del minore.

In quest'ottica, peculiare rilievo assume il monito contenuto in un meritorio provvedimento del Tribunale di Torre Annunziata del 6 aprile 2020 ove si sottolinea come “anche nella situazione emergenziale attuale non possono essere la legge, le ordinanze del Presidente della Regione o i provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria a proteggere la salute dei bambini, ma il comportamento dei genitori» e che quindi «la responsabilità genitoriale impone, in primo luogo, ai genitori nell'esercizio del munus loro demandato di individuare le misure adeguate a tutelare la salute della prole in un contegno che non può che essere ispirato da reciproca e qualificata collaborazione e da fiducia nell'altro, in assenza di effettivi e concreti elementi indicatori di atteggiamenti inadeguati” (Tribunale di Torre Annunziata, 6 aprile 2020, in www.osservatoriofamiglia.it).

Altrettanto significativo risulta l'invito alle parti, contenuto in un provvedimento del Tribunale di Brescia, ad esercitare correttamente la responsabilità genitoriale al fine di garantire – soprattutto in questo momento di emergenza sanitaria – il rispetto della bigenitorialità (Trib. Brescia, decreto 31 marzo 2020). Del resto, l'emergenza sanitaria non consente di sospendere – *sic e simpliciter* – i rapporti tra genitori e figli ovvero di derogare alle norme ordinarie. Anche in piena emergenza epidemiologica, ad esempio, si impone l'obbligo di comunicare al genitore non collocatario lo spostamento del minore in altro domicilio. Muovendosi in questa direzione, una recente ordinanza del Tribunale di Roma del 7 aprile 2020 – sul presupposto che il genitore non collocatario non è subalterno (*rectius* non ha un diritto inferiore o condizionato) rispetto all'altro nell'esercizio della genitorialità – ha stabilito che la partenza improvvisa per un luogo più consono alla tutela della salute non esime il genitore collocatario, né dall'obbligo di comunicazione, né dall'assumersi le conseguenze legate alla decisione presa. Invero, la modifica delle circostanze determina – come avvenuto nel caso di specie – la facoltà del

giudice di rimodellare tempi, luoghi e modalità di affidamento (Tribunale di Roma, sez. I, ordinanza 7 aprile 2020, n. 3692, in www.ilquotidianogjuridico.it. L'ordinanza in esame, bilanciando l'interesse alla bigenitorialità con l'interesse alla salute, sia sotto il profilo individuale che collettivo, ha ritenuto che l'esercizio del primo non pregiudicasse il secondo né con riguardo alla "moltiplicazione dei rapporti" dei figli con entrambi i genitori, né con riguardo ai viaggi ed agli spostamenti del padre tra il comune di residenza e il comune in cui si trovava domiciliato il figlio, ovviamente sul presupposto del rigoroso rispetto delle prescrizioni sanitarie legate all'emergenza COVID-19).

Risulta fondamentale, pertanto, contenere il conflitto ed evitare strumentalizzazioni legate alle limitazioni – soprattutto quelle di spostamento – finalizzate a contenere la diffusione del virus. Al riguardo, occorre sempre tenere presente che l'espressione "genitore non collocatario" non equivale a "genitore non affidatario". Il collocamento preferenziale del minore presso uno dei genitori risponde all'esigenza di dare allo stesso un punto di riferimento abitativo stabile, senza per ciò intaccare il principio di bigenitorialità. Fondamentale, infatti, risulta l'esigenza di attribuire al minore adeguati tempi di frequentazione con ciascuno dei genitori (al riguardo, occorre ricordare che la regolamentazione dei tempi di permanenza con i genitori non collocatari non può mai avvenire in base ad una simmetrica e paritaria ripartizione dei tempi. Da ultimo Cass. civ. ord., 13 febbraio 2020, n. 3652, in www.ilquotidianogjuridico.it).

In questo scenario, sin dall'entrata in vigore dei sopra richiamati d.p.c.m., le restrizioni agli spostamenti dei cittadini hanno determinato molteplici ripercussioni pratiche nella vita di tutti i giorni e, in taluni i casi, hanno posto numerose questioni interpretative di non poco momento. Si pensi, a tal riguardo, alla possibilità di considerare legittimi (*rectius* giustificati da "situazione di necessità") gli spostamenti dei genitori separati con figli minori e la possibilità di garantire – anche in tempi di emergenza epidemiologica – una frequentazione adeguata con entrambe le figure genitoriali, nel pieno rispetto del diritto del minore alla bigenitorialità.

Proprio nell'ottica di salvaguardare il superiore interesse del minore, infatti, occorre ricordare che l'articolato normativo tracciato dagli artt. 337 bis ss. c.c. ha puntualizzato quali siano i diritti dei figli che devono essere salvaguardati nonostante l'intervenuta crisi della coppia genitoriale. Paradigmatica, al riguardo, risulta la previsione contenuta nell'art. 337 ter, comma 1º, c.c. laddove si sancisce il diritto del figlio minore di età a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Altrettanto rilevante, inoltre, risulta il comma

2° dell'art. 337 ter c.c. che impone al giudice, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole, di fare riferimento esclusivo all'interesse morale e materiale dei figli.

In questa prospettiva, per attuare al meglio l'interesse del minore, il giudice deve valutare prioritariamente la possibilità che la prole resti affidata ad entrambi i genitori. Al riguardo nell'elaborazione dell'affidamento condiviso si coglie un concetto di interesse del minore profondamente innovato. Prioritario è il perseguitamento del benessere del figlio che, a ben vedere, passa attraverso la salvaguardia delle relazioni affettive ivi comprese quelle con i componenti della "famiglia allargata". Peraltro, nella prospettiva dell'affidamento condiviso risulta essenziale – oltre all'esercizio in comune della responsabilità genitoriale – garantire tempi di frequentazione e di cura del figlio adeguati a preservare la partecipazione affettiva, morale e materiale alla vita del minore.

Ciò detto, non si può fare a meno di evidenziare che talune incertezze interpretative dei provvedimenti governativi sopra richiamati hanno determinato l'acuirsi del conflitto all'interno delle coppie separate, rendendo non facile l'esercizio della responsabilità genitoriale. Conseguentemente, come meglio vedremo, si è registrato un frequente ricorso ai Tribunali, costretti a pronunciarsi d'urgenza con provvedimenti *inaudita altera parte*. In questa sede, pertanto, appare importante stigmatizzare quei comportamenti ostruzionistici dei genitori collocatari che rischiano di avere un impatto devastante sull'equilibrio psicofisico dei figli minori, già esposti al sacrificio e alla situazione di stress contingente. Viceversa, in una situazione così drammatica risulta fondamentale garantire ai minori il sostegno di entrambi i genitori. Pur consapevoli che l'emergenza sanitaria, in taluni peculiari casi, può essere invocata per giustificare la temporanea sospensione del diritto–dovere di visita del genitore non collocatario non si può disconoscere che, soprattutto in assenza di un provvedimento modificativo di quello già in essere, il genitore deve sempre potersi rapportare adeguatamente con il figlio minore. In particolare, i genitori separati, pur muovendosi in quadro normativo apparso sin da subito poco chiaro e problematico, dovrebbero sforzarsi – anche al fine di non incappare in possibili provvedimenti sanzionatori ex art. 709 ter c.p.c. – di smorzare il conflitto e, al contempo, garantire una “cogestione genitoriale” funzionale al diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori anche in questa incessante fase emergenziale. Al riguardo, nonostante nel passaggio dalla c.d. fase 1, alla c.d. fase 2, le restrizioni alla libera circolazione assumono contenuti meno stringenti, non si può fare a meno di rilevare che l'emergenza sanitaria rischia di condizionare ancora a lungo il nostro *modus vivendi*.

Delicata, infine, appare la situazione dei figli minori di genitori che non risultino formalmente separati o i quali non abbiano ancora regolato davanti all'autorità giudiziaria le modalità di affidamento e visita dei figli. In questi casi, ancor più

importante risulta la capacità di autoregolamentarsi al fine di raggiungere un accordo idoneo a garantire – ovviamente nel prioritario interesse del minore – un corretto esercizio della bigenitorialità.

2. Una delle maggiori problematiche emerse a seguito dell'emanazione dei provvedimenti governativi che hanno imposto limitazioni agli spostamenti delle persone, sia all'interno che tra comuni diversi, se non per comprovate ragioni di necessità, salute o urgenza, ha riguardato proprio gli spostamenti dei genitori per incontrarsi con i figli collocati presso l'altro genitore. Al riguardo, occorre ricordare che il già richiamato d.p.c.m. del 9 marzo 2020 ha esteso all'intero territorio nazionale le disposizioni già previste per numerose province italiane dal d.p.c.m. 8 marzo 2020 che, all'art. I impone di "evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza". Pertanto, con riferimento al c.d. diritto di visita del genitore non collocatario ci si è interrogati in ordine alla possibilità di considerare "necessari" gli spostamenti dei genitori per prendere e riportare i figli presso la casa del genitore collocatario.

In data 10 marzo 2020 il la Presidenza del Consiglio dei Ministri sul suo sito istituzionale ha chiarito che "gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio" (FAQ – punto 13). Conseguentemente, occorre cooperare per agevolare (*rectius rendere possibile*) il normale alternarsi dei figli presso ciascuno dei genitori.

In linea con i chiarimenti forniti dal Governo – pur consapevoli che il rinvio alle FAQ può valere, al più, quale mero canone interpretativo – si colloca il decreto reso in via d'urgenza, *inaudita altera parte*, dal Tribunale di Milano in base al quale le disposizioni limitative degli spostamenti legate al COVID-19 "non sospendono il calendario dei tempi di frequentazione fra genitori e figli, che dunque deve proseguire con le modalità previste dai provvedimenti di separazione o divorzio" (Trib. Milano, sez. IX, decreto 11 marzo 2020, in www.ilquidianogijuridico.it). Sulla stessa linea si colloca Trib. Brescia, decreto 31 marzo 2020, ove si evidenzia che "le limitazioni alla circolazione per la grave emergenza sanitaria, a tutela della salute personale e collettiva, non incidono sulle disposizioni dei Tribunali quanto alla frequentazione dei figli con il genitore non collocatario, a garanzia del rispetto del principio della bigenitorialità").

Ovviamente, muovendosi in un mutato quadro valoriale che, come già sottolineato, pone il diritto alla salute in posizione di assoluta preminenza, gli spostamenti dei genitori con i figli devono risultare compatibili, con le esigenze di sicurezza e di tutela della salute dei minori, di entrambi i genitori e dei familiari (soprattutto se anziani). Conseguentemente, possono presentarsi situazioni concrete idonee a porsi in contrasto con la regolare alternanza delle frequentazioni. Peraltra, la questione di cui si sta discutendo è stata resa ancor più incerta e complessa dal convulso susseguirsi dei d.p.c.m. che hanno scandito le nostre vite nelle ultime settimane. Significativo, al riguardo, il d.p.c.m. 22 marzo 2020 che – in piena c.d. fase I – ha stabilito nuove e significative restrizioni alla libertà di circolazione, prevedendo, in particolare “il divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute”.

In questo scenario si colloca un'ordinanza emessa dal Tribunale di Bari in data 26 marzo 2020 che – con provvedimento valevole fino al 25 maggio 2020 – ha accolto l'istanza presentata dal genitore collocatario per la sospensione delle visite paterne presso la casa di residenza del minore, trovandosi il padre in un comune diverso da quello del minore. Il giudice, al riguardo, con provvedimento emesso *inaudita altera parte*, ha sospeso le visite del padre fino al 29 maggio 2020, facendo salva, in ogni caso, la possibilità di rapportarsi con il figlio attraverso contatti audio-video (videochiamata *Skype*) secondo il calendario in precedenza stabilito (Trib. Bari, decreto 26 marzo 2020, in www.ilquotidianogiuridico.it. Nella medesima direzione si collocano Trib. Napoli, decreto 26 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it; Trib. Trento, 31 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it; Trib. Cagliari, decreto 9 aprile 2020 e Trib. Monza, ordinanza, 17 aprile 2020, in www.lfamiliarista.it laddove, ritenendo comunque necessario garantire la continuità del rapporto genitore–figlio si ordina al genitore collocatario di favorire il contatto videotelefonico giornaliero con il genitore non collocatario).

Il Tribunale di Bari, pertanto, rispettoso del dettato dell'art. I del d.p.c.m. 22 marzo 2020, operando un bilanciamento dei contrapposti interessi, ha considerato il diritto–dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale fase emergenziale, recessivo rispetto «alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie adottate dal Governo per fronteggiare l'emergenza sanitaria ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.». Ad avviso del Tribunale, infatti, non è verificabile, se il minore, durante l'incontro con l'altro genitore, «sia stato esposto a rischio sanitario, con conseguente pericolo per coloro che ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario».

Invero, anche a voler prescindere dalla circostanza che successivamente al d.p.c.m. 22 marzo 2020 sul sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri è stato chiarito che «gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori», non si possono sottovalutare gli effetti pregiudizievoli che una simile decisione può comportare sul minore. Il bilanciamento dei contrapposti interessi operato dal giudice barese, infatti, finisce con il porre il minore – peraltro per un lasso di tempo significativo – in una posizione di accentuata vulnerabilità. Resto molto dubioso sulla possibilità di surrogare il diritto–dovere di visita del genitore non collocatario – nel rispetto del principio della bigenitorialità – attraverso una presenza virtuale realizzata tramite sistemi di videochiamata, soprattutto se questa situazione emergenziale dovesse durare ancora a lungo.

Tutti, indistintamente, stiamo patendo il c.d. distanziamento sociale e la limitazione del contatto fisico con gli affetti più cari. Invero, tale patimento risulta amplificato nella dimensione relazione del rapporto tra genitori e figli, specialmente se si tratta di minori in tenera età. Non ci sono dubbi che la moderna tecnologia può essere di grande aiuto quando le residenze dei genitori sono lontane ovvero uno quando dei genitori, per ragioni lavorative, è costretto a trascorrere molto tempo in un altro paese. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che l'utilizzo giornaliero di sistemi di videochiamata è cosa ben diversa dall'interazione fisica tra genitori e figli. Non è possibile assimilare una giornata passata insieme al proprio figlio «in presenza» ad una giornata passata danti ad uno schermo.

La questione è estremamente delicata e continua a far discutere gli addetti ai lavori anche perché – in assenza di accordo tra i genitori – continuano a susseguirsi provvedimenti emessi *inaudita altera parte* dai vari Tribunali chiamati ad esprimersi sulla questione del «quando» e, soprattutto, «*in che modo*» il diritto–dovere di visita del genitore non collocatario possa essere esercitato a fronte della necessità di salvaguardare la salute pubblica e rispettare le limitazioni (sempre più stringenti durante la c.d. fase 1) alla circolazione delle persone, stabilite dai vari provvedimenti governativi che si sono susseguiti in modo convulso durante le ultime settimane (i.e. d.p.c.m. 9 marzo 2020, d.p.c.m 11 marzo 2020, d.p.c.m 21 marzo 2020, d.p.c.m 10 aprile 2020 <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>, per passare in rassegna tutti i provvedimenti adottati nella c.d. fase 1 e nella c.d. fase 2 dell'emergenza epidemiologica). Emerge un quadro giurisprudenziale non sempre uniforme, probabilmente anche in conseguenza di una situazione epidemiologica

variegata sul territorio nazionale, che ha portato il giudicante a spostare di volta in volta il baricentro degli interessi in gioco.

Interessante, al riguardo, appare un provvedimento del Tribunale di Vasto del 2 aprile 2020 che nel bilanciamento dei diversi diritti coinvolti ha sospeso (in linea con quanto previsto dal decreto del Tribunale di Bari del 26 marzo 2020) il diritto–dovere di visita del genitore non collocatario, nei limiti dell'incontro «*in presenza*» sul presupposto che, nel caso di specie, il padre proveniva da un luogo ad alto tasso di contagio virale e non sempre aveva rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente; inoltre, non appariva chiaro se nell'abitazione del padre fossero presenti altre persone. Purtuttavia, il Tribunale di Vasto ha sottolineato che “il diritto del padre a mantenere rapporti significativi e costanti con la figlia può essere esercitato attraverso strumenti telematici che consentano conversazioni in videochiamata, con cadenza anche quotidiana” (cfr. Tribunale di Vasto, decreto 2 aprile 2020, in www.ilquotidianogijuridico.it).

In contrapposizione con i provvedimenti da ultimo richiamati si pone il decreto del Tribunale di Busto Arsizio del 3 aprile 2020 (www.ilquotidianogijuridico.it). Il provvedimento prende le mosse dal ricorso di un padre separato che si doleva della sospensione degli incontri con i figli (sostituiti con le videochiamate) disposta dai Servizi Sociali in virtù della situazione emergenziale. Il Tribunale, asseverando le considerazioni svolte dal padre istante, osservava che il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non ha subito limitazioni a seguito della normativa emergenziale per fronteggiare l'epidemia da COVID-19, in quanto certamente rientrante nelle “situazioni di necessità” che, in base alla normativa vigente, legittimano lo spostamento sul territorio (v. art. I, comma 2, lett. a, D.L. 25 marzo 2020, n. 19). Quanto detto, peraltro, trova ulteriore specifica conferma nel modello di autodichiarazione, pubblicato sul sito del Ministero degli Interni dopo il D.L. n. 19/2020 che richiama gli “obblighi di affidamento di minori” tra le motivazioni che consentono gli spostamenti individuali nonché nelle FAQ inserite sul sito della Regione Lombardia, a partire dal 27 marzo 2020.

Il Tribunale di Busto Arsizio propende per una (convincente) interpretazione estensiva delle disposizioni normative volta ad ammettere gli spostamenti durante l'epidemia, così da ricomprendervi anche quelli “necessari” per ottemperare agli obblighi di visita dei figli disposti in precedenza dal Giudice. Si tratta, pertanto, di un'opzione ermeneutica in forte contrasto con l'impostazione recepita, alcuni giorni prima, dal Tribunale di Bari e che, per di più, matura in un contesto territoriale in cui l'emergenza epidemiologica si è manifestata in maniera drammatica. Nel decreto del Tribunale di Busto Arsizio, pertanto, il diritto–dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, non è recessivo

rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone poste dai provvedimenti governativi.

Sempre più concreto appare il rischio che si pervenga, in modo irragionevole, a soluzioni difformi a seconda del luogo in cui sono ubicati i figli ed i genitori e della relativa normativa regionale o, addirittura, comunale, di volta in volta applicabile. Ciò detto, appare di tutta evidenza che ogni singola situazione familiare impone di essere valutata specificatamente e al di là di ogni previsione normativa astratta. Peraltra, oggi più che in passato, le modalità di esercizio di visita vanno coniugate non solo con le disposizioni generali ma vanno altresì interpretate alla luce del buon senso: evitare gli spostamenti con mezzi pubblici, evitare di mettere in contatto i minori con situazioni potenzialmente a rischio, evitare il contatto tra i minori e i nonni o con altri soggetti maggiormente esposti al rischio di contrarre il COVID-19.

Da ultimo si pone l'esigenza di svolgere qualche riflessione sul tema degli "incontri protetti" tra genitori e figli. In questi casi le valutazioni in punto di rischio sanitario sono molto stringenti a causa dell'esigenza di preservare un ambiente collettivo ed a forte rischio di diffusione del contagio al suo interno (si pensi, ad esempio, all'ipotesi dell'incontro protetto da svolgersi all'interno di una comunità di accoglienza per minori). I provvedimenti che si è avuto modo di esaminare, al riguardo, evidenziano una certa rigidità: le suddette esigenze di tutela della salute sembrano essere incompatibili – anche solo sotto un profilo squisitamente logistico, con la possibilità di garantire un'adeguata sicurezza.

Si collocano in questa direzione il provvedimento, *inaudita altera parte*, del Tribunale di Matera del 12 marzo 2020 che ha reputato opportuno sospendere gli incontri protetti padre-figlio "essendo contrario al superiore interesse del minore uscire di casa e frequentare luoghi e persone diversi dal proprio domicilio" (Trib. Matera, 12 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it.) nonché il provvedimento della Corte d'Appello di Lecce del 20 marzo 2020 che, preso atto della sospensione dei servizi garantiti dalla struttura in precedenza individuata per gli incontri protetti con la madre del minore, ha imposto al padre di garantire lo svolgimento dei previsti incontri attraverso contatti giornalieri in videochiamata (C. App. Lecce, 20 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it). In posizione mediana si pone un'interessante provvedimento, *inaudita altera parte*, del Tribunale di Terni del 30 marzo 2020 che nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla tutela della bigenitorialità e quello alla tutela della salute individuale e pubblica, non ha ritenuto attribuire priorità assoluta all'uno o all'altro: preso atto "dell'impossibilità a causa dell'emergenza sanitaria di attivare incontri in spazio neutro", si ravvisa nella possibilità di organizzare degli incontri da remoto organizzati dai responsabili del Servizio Socio assistenziale del Comune (che dovrà garantire la propria presenza e

vigilanza per l'intera durata della chiamata) la modalità operativa – con riferimento alle specificità del caso concreto – più efficace per salvaguardare entrambi gli interessi (Trib. Terni, 30 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it).

3. Il nuovo d.p.c.m. 26 aprile 2020, nel dettare molteplici regole per la gestione della c.d. fase 2 dell'emergenza sanitaria da COVID-19, ha segnato un primo graduale allentamento delle misure di “confinamento”. Invero, si pongono nuove questioni interpretative (paradigmatica risulta la vicenda legata ai c.d. “congiunti”) e permangono talune incertezze. Del resto, la trasposizione della dicotomia “urgenza-necessità” da un livello comunale a un livello regionale attenua, ma non elide, la questione legata al regime di frequentazione genitori-figli. Anche in questa c.d. fase 2, infatti, si impone grande accortezza ed equilibrio per evitare di dover assistere – sia pur in una logica emergenziale – a nuove torsioni del modello costituzionale.

Pur nel rispetto della tecnica del bilanciamento dei valori appare insopprimibile l'esigenza di assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare. Da più parti, non a caso, si sono sollevate preoccupazioni sulle attuali modalità di esercizio del diritto–dovere di visita del genitore non collocatario – con tutte le ricadute che ne discendono sul piano delle relazioni familiari – nonché sul delicato tema del reinserimento socio–relazionale del minore. Al riguardo, in stretta aderenza con quanto evidenziato, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza ha presentato, nei giorni scorsi, la richiesta al Presidente del Consiglio dei Ministri di istituire un comitato di esperti per valutare le conseguenze dell'emergenza epidemiologica sui bambini e gli adolescenti e per gestire al meglio la c.d. fase 2.

Nell'impossibilità di prevedere cosa potrà accadere nelle prossime settimane occorre provare a fissare alcuni punti fermi. In primo luogo, occorre ribadire che il genitore collocatario non può decidere unilateralmente di sospendere la frequentazione del figlio con l'altro genitore, schermandosi dietro la decretazione emergenziale; inoltre, non si può pensare – anche nella logica di non esasperare il conflitto – di ricorrere sempre al giudice. Infine, occorre prendere atto che non esiste mai una regola unica ma molteplici situazioni diversificate che impongono di risolvere la singola questione tramite il ricorso a plurimi criteri guida. Sarà compito dell'avvocato spiegarli ai clienti.

Nella prospettiva da ultimo richiamata, si segnala che il Consiglio Nazionale Forense – sotto la spinta della “Commissione Diritto di famiglia” – già all'indomani delle prime misure di “confinamento” e di distanziamento sociale ha avvertito l'esigenza di avviare una riflessione attenta sul tema del diritto–dovere di visita

del genitore non collocatario e del diritto del minore di età alla bigenitorialità in questa fase “straordinaria” di emergenza epidemiologica. Ne è scaturito un documento – condiviso e sottoscritto da tutte le associazioni specialistiche in materia di diritto di famiglia – che, nella consapevolezza dell’alta responsabilità sociale riconnessa alla professione forense, consegna all’avvocato familiarista un ruolo di centrale rilievo nell’orientare e nel consigliare i clienti nell’individuazione della soluzione migliore nell’interesse dei figli minori.

Prioritario compito dell’avvocato sarà quello di ricordare ai genitori l’importanza di anteporre la piena promozione dei diritti dei loro amati figli – oggi resi più vulnerabili dalle misure di “confinamento” – a qualsiasi conflitto e lacerazione.

Invero, in un momento così fuori dall’ordinario, per i figli risulta fondamentale mantenere un legame saldo con entrambi i genitori. Neanche le più marcate restrizioni, soprattutto in questa fase 2, possono essere interpretate apoditticamente in senso lesivo del diritto alla bigenitorialità. La compressione di un tale diritto può giustificarsi solo in presenza di oggettive ragioni di tutela riconducibili alle peculiarità del caso concreto (*i.e.* specifica attività lavorativa del genitore; provenienza da zone o contesti abitativi esposti in misura rilevante al pericolo di contagio; mezzi utilizzati per gli spostamenti). Pertanto, sarà compito degli avvocati consigliare i propri clienti nella fase “pre-patologica”, evitando così che il conflitto tracimi nelle aule di tribunale e avendo sempre come obiettivo il primario interesse del figlio minore di età.



EL RÉGIMEN DE VISITAS EN TIEMPO DE EPIDEMIA: LOS CRITERIOS JUDICIALES A RAÍZ DEL COVID-19

THE VISITING ARRANGEMENT IN TIME OF EPIDEMIC: THE JUDICIAL CRITERIA BECAUSE OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 228-235

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad analizar los acuerdos judiciales que, en los últimos meses, han establecido las Juntas Sectoriales de Jueces, así como el Consejo General del Poder Judicial, para fijar los criterios a seguir en el ámbito del régimen de visitas a causa del COVID-19.

PALABRAS CLAVE: Criterios judiciales; régimen de visitas; coronavirus; COVID-19; suspensión del régimen de visitas; comunicación y estancia; cambio de custodia; epidemia, menores.

ABSTRACT: *This paper pretends to analyse the judicial criteria that have been settled down by the Judicial Boards and the Judicial Council in the last months, in order to determine the measures about the visiting arrangement because of COVID-19.*

KEY WORDS: *Judicial criteria, visiting arrangement, coronavirus, COVID-19, suspension of the visiting arrangement, stay and communication, custody change, epidemic, minors, children.*

I. La pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2, también llamado COVID-19, ha afectado seriamente a gran parte los ámbitos de la sociedad actual. Como es sabido, el estallido de la enfermedad en España obligó al Gobierno de la Nación a la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el cual se declaró el Estado de Alarma previsto en el art. 116.2 CE.

El Real Decreto limitó en gran medida los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (especialmente, los arts. 17 y 19), con el objeto de proteger la integridad de las personas y la salud pública. Entre las medidas acordadas destacó la obligación de las personas a permanecer en sus domicilios, de los cuales solo podrían salir para llevar a cabo actividades esenciales, tales como ir a comprar alimentos o productos farmacéuticos.

De todos modos, dentro de las actividades permitidas también se contemplaba: “Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.” (art. 7.1.e). En ese sentido, se podía deducir que era y es posible ir a recoger a menores para desempeñar deberes de cuidado derivados tanto del derecho de custodia, como de comunicación y estancia reconocidos a los progenitores por sentencia judicial. A mayor abundamiento, el propio art. 7.2 señala que: “Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior”.

2. No obstante, no todo el mundo entendió lo mismo y, tan solo dos días después de la publicación del Decreto, el Juzgado de Primera Instancia de Alcorcón en Auto de 16 de marzo de 2020, estableció, en relación con un asunto planteado, que: “durante el período de vigencia del estado de alarma no es posible el traslado por el progenitor paterno al domicilio del menor para el ejercicio del régimen de visitas al no hallarse incluido en ninguno de los supuestos previstos”.

Dicho pronunciamiento causó un gran revuelo entre la abogacía, pues abría la puerta a que los incumplidores habituales del régimen de visitas tuvieran la excusa perfecta para no permitir al otro progenitor poder ver a sus hijos. De hecho, la propia AEAFA (Asociación española de abogados de familia) declaró que, desde su punto de vista, el mencionado Decreto no amparaba la suspensión del régimen de visitas y se podía interpretar que “contempla la necesidad de un progenitor de

• **Gonzalo Muñoz Rodrigo**

Abogado. Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: gonmuro@idibe.org

tener que circular por la vía pública para recoger a un menor y entregarlo después de terminar las visitas".

Ante esta situación de dudas generalizadas, el Consejo General del Poder Judicial decidió reunir a la Comisión Permanente en sesión extraordinaria el 20 de marzo para acordar, entre otras cuestiones, una serie de extremos sobre la forma de actuar ante este tipo de situaciones. Así, indicó que: "las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia en relación con el régimen de custodia, visitas y estancias de los menores sujetos a la patria potestad, y en particular, su ejecución, no se encuentran en sí mismas entre las excepciones al régimen general de suspensión de plazos procesales, y, por tanto, no se encuentran entre aquellas actuaciones esenciales cuya actuación ha de asegurarse." Sin perjuicio de lo anterior, el Órgano de Gobierno pone de manifiesto, que dichas medidas [una vez adoptadas], se encuentran "en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales", y por tanto, "entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio...". Por consiguiente, "no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones judiciales".

De todas formas, el CGPJ también puso de relieve que, si bien, con carácter general se debe seguir con el régimen de visitas acordado, esto no impide que de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso concreto y la finalidad prevista en el Real Decreto 436/2020, se pueda modificar o alterar en cierta medida el sistema establecido por sentencia o convenio.

En este sentido, indica que, siempre teniendo presente el interés del menor, su salud y bienestar, así como la salud de los propios progenitores e incluso la pública, los padres y madres pueden llegar a consensos sobre cómo llevar a cabo las visitas en estos momentos (lo cual será lo más recomendable), con la posibilidad de pactar que el tiempo no disfrutado se recupere con posterioridad a la pandemia. En todo caso, en defecto de acuerdo, serán los jueces y magistrados los que podrán adoptar "la decisión pertinente sobre la suspensión, alteración o modulación del régimen de custodia, visitas y estancias". Sigue diciendo, que estas intervenciones quedarían fuera de la suspensión generalizada de plazos y actuaciones judiciales, en la medida que sirven para cumplir los objetivos del Decreto, aunque las mismas no se correspondan con las disposiciones recogidas en el art. 158 CC, cuya plena vigencia si que se encuentra expresamente prevista en el Decreto de Alarma.

3. La solución a la que llega el Consejo General del Poder Judicial merece un juicio positivo, habida cuenta que conjuga todos los elementos en liza. Por un

lado, mantiene en todo momento el respeto a las resoluciones judiciales, puesto que el contenido de las mismas no debe verse afectado, por regla general, a causa del Estado de Alarma. De hecho, de la propia interpretación del Reglamento se puede entender que, de la misma forma que los menores pueden acompañar a sus progenitores a realizar actividades básicas y necesarias como hacer la compra, también pueden trasladarlos al domicilio del otro progenitor. Y, por otro lado, advierte, con sentido común, que, si dadas las circunstancias no resulta recomendable que el sistema establecido continúe en sus estrictos términos, las partes puedan acordar una modificación temporal del mismo, con la posibilidad de recabar auxilio judicial si, a causa de la gravedad de la situación, es necesaria su intervención.

Lo expuesto cobraría relevancia, en el caso típico de que el progenitor con derecho de visitas hubiese contraído la enfermedad, lo que nos llevaría, lógicamente, a una restricción del mismo hasta que la superase, compensando posteriormente el tiempo no disfrutado. Del mismo modo, parece conveniente que si el progenitor custodio o uno de los progenitores, en caso de custodia compartida, tuviese el virus debería tener lugar un cambio temporal de la custodia, más aún si se produce el ingreso hospitalario.

Otro supuesto que podría ser especialmente conflictivo, sería el caso de que alguno de los progenitores sea personal sanitario o pertenezca a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Evidentemente, esto implicaría un gran riesgo de contagio para los menores y sería motivo, desde mi punto de vista, para adoptar cambios en el régimen de visitas. Lo óptimo, al fin y al cabo, sería que los progenitores llegasen a un acuerdo y aquel progenitor que estuviera en mejores condiciones de salvaguardar a los menores asumiese temporalmente la labor íntegra de cuidado de los mismos, por el peligro que dicha situación pueda generar. Pues no olvidemos que aquello que nos ha de guiar en todo momento es el interés superior de los menores. En caso de que alguno de ellos se negase, considero que nada impediría la intervención de los tribunales de justicia para garantizar la integridad de los menores, la cual estaría fundamentada en los mismos objetivos del Reglamento, como hemos señalado antes. Incluso, en ciertos supuestos extremos, se podría argumentar que se daría el caso previsto en el art. 158.6º CC.

Siguiendo lo descrito en los dos párrafos anteriores, en mi opinión, la eventual alteración del régimen de visitas o custodia también debería aplicarse en caso de que las circunstancias indicadas afectasen a los convivientes de los progenitores. Sin perjuicio de que, con posterioridad, se vuelva a la situación que fue establecida en la sentencia o por convenio regulador.

Respecto a la modificación del régimen de visitas, cabe señalar que, en las últimas semanas, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre un asunto especialmente palmario que afectaba a la salud e integridad de los menores. Se trata de la sentencia del Juzgado de Primera de Instancia de Santa Cruz de Tenerife, 7 abril 2020 (rec. nº 200/2020), que ha resuelto suspender el régimen de visitas a favor de la progenitora, ya que “carece de domicilio, frecuenta con el menor una playa con casetas o tiendas de campaña y el menor juega en descampados sin condiciones de seguridad y salubridad.” En este sentido, el juzgado ha decidido acordar la suspensión hasta la finalización del Estado de Alarma, lo que no obstante a que se facilite “por medios telemáticos (Skype, Facetime, o video llamada de WhatsApp) el contacto del hijo con la madre, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor.” Además, el tribunal añade que la madre tendrá derecho a compensar los períodos de tiempo no disfrutados.

4. Pues bien, si volvemos a los Acuerdos tomados por el CGPJ sobre este ámbito, faltaría comentar que todo lo mencionado queda a salvo de los posibles acuerdos a los que puedan llegar las Juntas Sectoriales de Jueces a efectos de unificar criterios y determinar pautas de actuación.

Dicho lo cual, así ha sido y a día de hoy ya se han pronunciado diversas juntas en todo el territorio nacional. Estas han llegado a conclusiones dignas de mención y, al mismo tiempo, dispares en más de una ocasión. En realidad, lo más destacable es la existencia de grandes divergencias por parte de alguna de ellas respecto a lo sentado por el Consejo General del Poder Judicial. Es el caso del Acuerdo de los Jueces del Partido Judicial de Málaga, de 18 de marzo de 2020, que han considerado que el cumplimiento del régimen de comunicación y estancia no está amparado por el Real Decreto 463/2020 y que tales contactos ponen en riesgo no solo la salud pública, sino también la de los menores. En consecuencia, señalan que no despacharán ejecución por los incumplimientos que puedan tener lugar durante el confinamiento, lo que no empece a que se pueda compensar en un futuro a los progenitores y, mientras tanto, se lleven a cabo comunicaciones por medio de dispositivos electrónicos o telefónicos.

En la misma línea, se pronuncian los Jueces de Torrejón de Ardoz, en Acuerdo de 23 de marzo de 2020, los cuales, si bien, no indican que deban suspenderse los regímenes de visitas. Ponen de relieve que tampoco despacharán ejecución por los incumplimientos que puedan producirse durante la vigencia del Estado de Alarma.

No obstante, no todos los partidos judiciales han seguido los mismos criterios y la mayoría se ha decantado por seguir, en términos generales, lo dispuesto por

el CGPJ. Antes que nada, brillan por su ausencia algunos Acuerdos que hubieran sido muy interesantes de analizar como los de la Junta Sectorial de Madrid, que hasta el momento no se han pronunciado. Para evitar reiteraciones, me centraré en los Acuerdos tomados por la Junta Sectorial de Jueces de Valencia y Barcelona.

5. Por lo que respecta al Acuerdo de la Junta Sectorial de Juzgados de Primera Instancia de Familia de Valencia, de 25 de marzo de 2020. En primer lugar, señalan que las medidas del Estado de Alarma no justifican el incumplimiento de las resoluciones judiciales, eso sí, quedan a salvo los consensos a los que puedan llegar las partes en interés del menor. Por lo que se mantendrán los regímenes acordados, poniendo énfasis en lo beneficioso que resulta para los menores poder convivir con ambos progenitores. Sin embargo, los Jueces de Valencia consideran acertado hacer una excepción consistente en la suspensión de las visitas intersemanales de corta duración que cursan sin pernocta, para evitar ese mayor número de desplazamientos. Esto se traducirá en que el progenitor custodio deba garantizar que el menor pueda comunicarse con el otro progenitor en dichos períodos, preferentemente por vía telemática (WhatsApp, Facetime, Skype...).

Los Jueces de Valencia también indican expresamente que no se llevarán a cabo las visitas que normalmente tienen lugar en los Puntos de Encuentro Familiar, pues permanecen cerrados durante el Estado de Alarma. No obstante, no se establece si se podrán seguir realizando las visitas que se sirven de dicho espacio como lugar de recogida y entrega, habida cuenta que muchas veces cumple esa función cuando la relación entre los progenitores es especialmente tensa o difícil. La solución podría consistir en que fuese un tercero (recomendablemente un familiar) el que realizase el traslado entre los domicilios de los progenitores.

En relación con esto último, puede surgir la duda de cómo se llevarán los desplazamientos cuando habitualmente se utiliza el propio centro escolar como punto de referencia a la hora de realizar los intercambios (es decir, muchos convenios reguladores señalan que los períodos de visita comenzarán con la salida del menor/es el viernes y finalizarán con la entrega del menor/es en el colegio el lunes). Lógicamente, se deberá cambiar el punto de referencia a los domicilios de los progenitores siendo lo más sensato que sea el progenitor que vaya a ejercer el derecho de visitas quién acuda al domicilio del custodio y luego el custodio haga lo propio cuando finalice el período de visitas, pues es el esquema que también se suele repetir en los convenios reguladores.

El Acuerdo igualmente pone de manifiesto que, en ningún caso, el lapso de tiempo que comprenda la limitación de circulación por el Estado de Alarma tendrá la consideración de “vacaciones escolares de los hijos menores de edad”. Esto es

particularmente importante, ya que, como es sabido, la sentencia o el convenio regulador que haya establecido el régimen de visitas suele implementar una distribución específica del tiempo de comunicación y estancia durante las mismas. Por ello, según el criterio de los jueces de familia de Valencia, no se podrán aplicar dichas previsiones durante el período del confinamiento.

6. Para terminar, en cuanto al Acuerdo de Unificación de Criterios de los Juzgados de Familia de Barcelona, de 24 de marzo de 2020, este sigue una línea similar de actuación. Lo más destacable sería como recoge expresamente una de las ideas que se han manejado en el presente artículo, concretamente, que: “si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test COVID-19, en interés de los hijos menores (art. 9.2 LOPJM) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiéndose entenderse que, automáticamente, concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente, las medidas acordadas en el proceso que se acordaron”.

Resulta curioso que el criterio diga que el contagio por COVID-19 hace “preferible” que la guardia y custodia la ostente el otro progenitor, pero al mismo tiempo señale que supone una causa de fuerza mayor que, automáticamente, suspende provisionalmente las medidas acordadas. Por tanto, si contraer la enfermedad es motivo suficiente para suspender el régimen de visitas, también lo deberá ser, en todo caso, para implicar un cambio temporal de custodia, si no hay otro motivo de más peso que lo desaconseje.

De todos modos, aquello en lo que todos los jueces coinciden es en la importancia de que las partes lleguen, con sentido común y en interés del menor, a acuerdos amistosos con los que eventualmente resolver las dificultades que surjan, en función de las circunstancias que afecten a cada familia. Para ello, la labor de sus abogados será crucial y pueden facilitar en gran medida la necesidad de mediación y consenso tan fundamental en estos momentos.

MISURE DI CONTENIMENTO DELLA PANDEMIA E RAPPORTI CONTRATTUALI

COVID-19 EMERGENCY CONTAINMENT MEASURES AND CONTRACT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 236-249



Andrea
FEDERICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio affronta l'incidenza delle misure di contenimento della pandemia sui rapporti contrattuali mettendo in evidenza l'opportunità dell'affidamento al legislatore del governo della solidarietà al fine della soddisfazione delle oggettive necessità dell'emergenza.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; emergenza; misure di contenimento; contratto; rimedi.

ABSTRACT: *The essay analyses the effects of COVID-19 in relation to the contractual relations. Particular attention is then focused on the civil remedies and application of the general principles.*

KEY WORDS: *Coronavirus; emergency; containment measures; contract; remedies.*

I. Nel prisma del diritto privato, le misure di contenimento della pandemia pongono complessi problemi relativi, da un lato, alla riformulazione normativa della socialità e dell'esercizio delle libertà fondamentali, con particolare riguardo al ruolo ascrivibile alle nuove tecnologie; dall'altro, all'enucleazione di una idonea disciplina della sopravvenienza sui rapporti contrattuali di un evento straordinario e imprevedibile determinante la sospensione del patto europeo di stabilità. La crisi economica prodotta dall'emergenza sanitaria ha altresí generato la diffusa insostenibilità delle condizioni economiche dei contratti perfezionati prima della pandemia, imponendo di affrontare anche il problema della diffusa difficoltà di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

La pandemia ha alimentato di nuova linfa il dibattito sul valore normativo dei principi generali nel sistema ordinamentale italiano. Sorprende, tuttavia, la diffusa evocazione del principio di solidarietà e/o della buona fede per conseguire, anche mediante l'attribuzione al giudice di un potere correttivo del regolamento contrattuale, la soluzione di problemi economici complessi non generati dalle peculiarità di singoli rapporti.

Nelle applicazioni giurisprudenziali *ante COVID-19*, il ricorso ai principi generali ha consentito, all'esito del bilanciamento dei principi richiamati dalla concreta fattispecie, la selezione della regola più adeguata agli interessi in gioco, suscettibile di essere generalizzata in altri futuri casi. L'applicazione dei principi generali è stata sovente contestata mettendo in evidenza i pericoli derivanti da un diritto di fonte giurisprudenziale fondato sull'equità e idoneo a derogare al diritto scritto in ragione dell'inadeguatezza alle peculiarità del caso concreto.

L'emergenza sanitaria e economica, lungi dal consolidare la diffidenza verso l'utilizzazione dei principi generali, ha sollecitato l'attribuzione al giudice di un ruolo a lungo contestato nell'àmbito contrattuale (sulla destabilizzante incertezza derivante dall'applicazione dei principi, v., per tutti, D'AMICO, G.: *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in AA.VV.: *Correzione e integrazione del contratto* (a cura di F. VOLPE), Bologna, 2016, p. 36). Fermo restando la piena condivisione del valore normativo dei principi generali (sia consentito rinviare a FEDERICO A.: "Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica", in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 798 ss.), non persuade l'attuale evocazione della solidarietà e della buona fede quali tecniche di governo delle vicende originate dalle misure di contenimento della pandemia e delle conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria (v., tra gli altri, BENEDETTI, A.M. e NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza

• **Andrea Federico**

Ordinario di diritto privato, Università di Salerno. Correo electrónico: afederico@unisa.it

sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito”, in www.dirittobancario.it; DOLMETTA, A.A.: “Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell’obbligazione”, in www.ilcaso.it; MATTEI, U. e QUARTA, A.: “Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti”, in Giustiziacivile.com; FEDERICO, G.: “Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un’ermeneutica della dignità”, in www.questionejustizia.it).

Non si tratta soltanto di prendere atto che l’eccezionalità dell’attuale situazione richiede l’affidamento del governo della solidarietà al legislatore piuttosto che alla concretizzazione giurisdizionale (SCOGNAMIGLIO, C.: “L’emergenza COVID-19 : quale ruolo per il civilista?”, in Giustiziacivile.com, 15 aprile 2020), ma di riconoscere che i riferiti orientamenti non costituiscono l’esito di un bilanciamento dei diversi principi coinvolti nella concreta fattispecie e configgono con le oggettive necessità dell’emergenza, risultando esclusivamente strumentali a sostenere esiti ermeneutici condizionati da un certo grado di precomprensione.

Il numero dei giudizi pendenti (cfr. GUERRINI, L.: “Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia”, in Giustiziacivile.com, 7 maggio 2020) e l’attuale durata del processo civile sconsigliano la generale rimessione alla decisione giudiziaria della definizione dei problemi (sociali e) economici derivanti dalla pandemia, imponendo la formulazione di regole suscettibili di essere applicate nell’immediatezza ai rapporti contrattuali nonché inidonee ad accrescere il normale grado di litigiosità. In particolare, la crisi di liquidità delle imprese può essere governata efficacemente soltanto dal legislatore con interventi ora diretti, ora indiretti come la generale e temporanea sospensione delle azioni esecutive e delle procedure contro le imprese insolventi, per tacere della moratoria di fatto derivante dalla sostanziale chiusura degli uffici giudiziari (cfr. MAFFEIS, D.: “Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, in Giustiziacivile.com, 10 aprile 2020).

2. La pandemia e le relative misure di contenimento, anche in difetto di una espressa considerazione normativa da parte della disciplina dell’emergenza, sono suscettibili di integrare l’impossibilità sopravvenuta definitiva o temporanea (art. 1256 s. c.c.), totale o parziale (art. 1258 c.c.), in ragione delle peculiari caratteristiche della prestazione, nonché delle modalità esecutive dedotte nel rapporto obbligatorio, con conseguente applicazione delle previsioni degli artt. 1463 ss. c.c. Si pensi all’adempimento di prestazioni vietate o ostacolate dalle misure di contenimento ovvero all’impossibilità della prestazione discendente da comportamenti di terzi in attuazione delle misure di contenimento. In questa prospettiva, l’esecuzione del contratto è sospesa allorché una delle due prestazioni diventa temporaneamente impossibile, esonerando il debitore da responsabilità

da ritardo nell'adempimento, che tuttavia resta dovuto (art. 1256, comma 2, c.c.). L'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto operano soltanto se l'impossibilità perdura fino a quando il debitore non può più essere considerato obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

La giurisprudenza (Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corriere giur.*, 2008, p. 921 ss.; Cass. 24 luglio 2007, n. 1635, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1008, p. 531) ha altresì distinto l'impossibilità totale o parziale della prestazione dall'impossibilità di utilizzazione della prestazione che non si sostanzia in un impedimento preclusivo dell'attuazione dell'obbligazione, non presupponendone di per sé l'obiettiva ineseguibilità da parte del debitore, riconoscendo, per tale eventualità, la risoluzione del contratto per irrealizzabilità della causa concreta con conseguente esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni, sì che il debitore non è più tenuto a eseguire la prestazione e il creditore non ha l'onere di accettarla.

La riferita impossibilità di utilizzazione di una prestazione astrattamente ancora eseguibile, ma inidonea alla realizzazione dello scopo perseguito con la stipulazione del contratto, tuttavia, non sembra potersi distinguere dell'impossibilità sopravvenuta (sulla questione, v., per tutti, FERRANTE, E.: "Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio", in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.). Né può tacersi dell'astratta configurabilità anche della riconduzione nell'alveo della risoluzione per eccessiva onerosità ai sensi dell'art. 1467 c.c. La pandemia può configurare un evento straordinario e imprevedibile, non riconducibile nella normale alea del contratto, idoneo a rendere, con riferimento ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa, come nel caso della sostanziale irreperibilità e conseguente incremento generale dei prezzi delle materie prime nonché della contrazione dei servizi di trasporto.

La pandemia e le misure di contenimento, tuttavia, non sembrano suscettibili di fondare ipotesi di inesigibilità (in argomento, v., in particolare, ROMANO, G.: "Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio. (A proposito della inesigibilità della prestazione)", in AAVV.: *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, III, Atti del 2° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 2007, p. 35 ss.; CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 141 ss.). Come è noto, nel caso di sopravvenienze di natura esistenziale, ove l'esecuzione della prestazione pregiudichi interessi non patrimoniali e gerarchicamente prevalenti del debitore, l'obbligazione è incoercibile e il creditore non può esercitare la pretesa creditoria (*amplius*, v. PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento* (1975), rist. Napoli, 2019, p. 452 ss.). La Corte costituzionale

ha affermato l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie (Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, I, p. 137 ss.; sul punto, cfr. sempre PERLINGIERI, P.: "L'interesse non patrimoniale e i contratti", in *Ann. Fac. econ. Benevento*, 16, Napoli, 2012, p. 39 ss.; PERLINGIERI, P.: "Sugli atti di autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale", in *Corti salernitane*, 2019, p. 52 ss.) asserendo che l'interesse del creditore all'adempimento degli obblighi dedotti in obbligazione deve essere inquadrato nell'ambito della gerarchia dei valori rinvenibili in norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia in considerazione.

La previsione di misure di contenimento e la pandemia *in re ipsa* attenuano l'ambito di applicazione dell'inesigibilità perché i divieti di spostamento e la sospensione delle attività economiche giustificano il mancato adempimento delle obbligazioni, consentendo, anche indirettamente, la soddisfazione degli interessi esistenziali (del debitore) suscettibili di prevalere su quelli patrimoniali (del creditore). In ogni caso, le limitazioni dei diritti fondamentali poste dalle misure di contenimento e la necessità dello svolgimento dei servizi essenziali impediscono di affermare la prevalenza delle esigenze della persona rispetto agli interessi creditori nei medesimi termini fissati *ante Covid*. La temporanea limitazione e/o riarticolazione dei diritti fondamentali – posta inderogabilmente mediante i provvedimenti della fase emergenziale – esclude una generale operatività dell'inesigibilità, fondata sulla buona fede, *melius* sull'applicazione dei principi costituzionali, in ragione della conseguente limitazione o esclusione degli interessi esistenziali suscettibili di essere realizzati con prevalenza sugli interessi creditori.

3. Come è stato rilevato, il principio di conservazione del contratto assume un ruolo fondamentale nella realizzazione dell'interesse meritevole di tutela dedotto nel contratto, mettendo in evidenza la necessità di scegliere il rimedio più adeguato a governare le peculiarità del caso concreto (PERLINGIERI, P.: "Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata", (2000), in PERLINGIERI, P.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 466). L'inadeguatezza del sistema dei rimedi previsti dal codice civile, infatti, discende dalla sostanziale prevalenza dei rimedi ablativi diretti a liberare le parti dagli impegni contrattuali cancellando il contratto rispetto ai rimedi manutentivi (ROPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, p. 964).

La necessità di un ampliamento dell'ambito di operatività dei rimedi manutentivi, correttamente rilevata con riferimento al contesto economico *ante COVID-19*, non può essere riferita anche alla straordinaria situazione generata dalla pandemia. CL'ipotizzata applicazione di rimedi manutentivi – in virtù dei doveri costituzionali di solidarietà (art. 2 cost.) – con l'apertura ad un intervento

giudiziale diretto alla modifica delle clausole contrattuali e dell'allocazione del rischio effettuata dalle parti è suscettibile di incentivare comportamenti speculativi al pari del riconoscimento della legittimità della autotutela per ottenere una rimodulazione del rapporto contrattuale, producendo conseguenze devastanti sia nella fase emergenziale sia nella fase iniziale della ripresa delle attività economiche (per l'affermazione dell'obbligo di rinegoziare i termini del rapporto contrattuale sulla base della buona fede contrattuale integrativa BENEDETTI, A.M. e NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", cit.; ma v. BENEDETTI, A.M.: "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020).

In particolare, il superamento dei rimedi demolitori, mediante l'affermazione del diritto del debitore alla modifica delle condizioni economiche nei confronti di creditori meno stabili e attrezzati degli intermediari finanziari, genera il rischio di incontrollata propagazione della gravissima crisi economica. Nella prospettiva creditoria, infatti, l'impatto sul sistema economico del differimento dell'adempimento ovvero della rinegoziazione dell'ammontare del credito è diverso a seconda che si tratti di debiti nei confronti degli intermediari finanziari, dei fornitori, dei dipendenti, dei professionisti. Né può tacersi degli incalcolabili costi transattivi della rinegoziazione (SCOGNAMIGLIO, C.: "L'emergenza COVID-19", cit.).

Pertanto, le sopravvenienze negative dell'emergenza epidemiologica e delle relative misure di contenimento devono essere governate dal legislatore anche in considerazione delle notevoli difficoltà di individuazione del contraente meritevole di una maggiore protezione rispetto all'altro in un contesto di sostanziale paralisi economica che consente di considerare debole ogni parte contrattuale. Pur apprezzando il rilievo secondo il quale la vita non può certo soccombere innanzi alla dogmatica, non si può ipotizzare una nullità del patto originario non rinegoziato sopravvenuta e transeunte, sì da legittimare l'impresa vittima immediata della crisi sanitaria al rifiuto di adempiere le originarie obbligazioni contrattuali (BENEDETTI, A.M. e NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", cit.). Tale posizione non considera che la prevalenza dell'interesse protetto può essere affermata soltanto valutando in concreto, in sede di bilanciamento, la preminenza rispetto agli interessi tutelati dagli ulteriori principi coinvolti, senza comunque sovrapporre l'obbligo di rinegoziazione e la riconduzione ad equità, le quali svolgono distinte funzioni.

4. I problemi giuridici sollevati dalle misure di contenimento della pandemia riscontrano numerosi rimedi nella disciplina offerta dal codice civile. Tuttavia, come è stato rilevato (FRANCO, R.: "Emergenza, diritto, umanità", in *Giustiziacivile*.

com), non si è in presenza di eventi che incidono su di una singola relazione giuridica ovvero su di una serie di rapporti geograficamente delimitati, come nel caso di un terremoto ovvero di un'eruzione vulcanica. La pandemia e le misure di contenimento, infatti, si ripercuotono su ogni rapporto giuridico, patrimoniale e non patrimoniale, esigendo pertanto specifici interventi normativi in ordine ai rimedi civilistici.

Invero, il diritto privato al tempo del coronavirus non può essere esclusivamente condizionato dalla dimensione della pandemia, giacché deve recare un'angolazione prospettica diretta ad assicurare sia l'attuazione del libero sviluppo della persona umana nella riformulazione della socialità, evitando di incorrere nell'abolizione del prossimo (AGAMBEN, G.: "Contagio", in www.quodlibet.it), sia la ripresa del sistema economico nella disciplina dei rimedi utilizzabili dai singoli contraenti. In altri termini, i rimedi azionabili con riguardo ai contratti pendenti devono soddisfare anche interessi generali che trascendono gli interessi dei contraenti.

In questa prospettiva, si colloca in modo adeguato la statuizione, ex art. 88, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, della ricorrenza, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 c.c., della «sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura», con la contestuale previsione dell'obbligo del venditore di provvedere “alla emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione”. La legge di conversione ha esteso, con l'inserzione dell'art. 88 bis, la ricorrenza della sopravvenuta impossibilità della prestazione, nei limiti fissati dal medesimo articolo, ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terreste, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico, prevedendo altresì, entro trenta giorni dall'istanza, il rimborso del corrispettivo versato o l'emissione, da parte del vettore o della struttura ricettiva, di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Come è evidente, il legislatore non si è limitato a riscontrare l'impossibilità della prestazione, suscettibile di essere evocata anche in difetto delle riferite disposizioni, ma ha regolamentato il diritto al rimborso, prevedendo la facoltà del venditore di rilasciare un voucher spendibile entro l'anno sia allo scopo di non aggravare la crisi degli operatori del settore, sia al fine di evitare la proposizione di azioni giudiziarie dirette all'ottenimento del rimborso. Con specifico riferimento alle difficoltà economiche derivanti dalla sospensione delle attività economiche e dalla conseguente crisi economica, la tradizionale sottrazione alla previsione dell'estinzione per impossibilità sopravvenuta delle obbligazioni pecuniarie (*genus numquam perit*) condiziona ogni riflessione.

Pertanto, il legislatore può intervenire disponendo la sospensione temporanea dell'esigibilità del credito pecuniaro e attribuendo al debitore il diritto al pagamento rateale degli importi dovuti al termine del periodo di sospensione delle attività economiche. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'art. 72 *bis*, d.l. cit., relativo alla sospensione dei pagamenti delle utenze e alle modalità di rateizzazione delle fatture e degli avvisi di pagamento sospesi; all'art. 72 *ter* d.l. cit., in ordine alla sospensione annuale del pagamento delle rate dei mutui agevolati concessi dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa Spa-Invitalia; all'art. 56, comma 2, lettere *b*) e *c*), d.l. cit., in ordine alla moratoria delle esposizioni nei confronti del sistema creditizio; all'art. 95, d.l. cit., in ordine alla sospensione del versamento dei canoni di affitto, alle federazioni, società associazioni sportive, per la concessione e l'affidamento di impianti sportivi pubblici.

Nella medesima direzione, la giurisprudenza civile (Trib. Napoli, 16-17 aprile 2020, Giudice De Gennaro, in www.ilcaso.it) ha affrontato il caso della sopravvenuta impossibilità di esecuzione del piano omologato del consumatore derivante dalla situazione emergenziale causata dalla diffusione del COVID-19; con riferimento ad un piano non omologato, v. Trib. Napoli, 3 aprile 2020, Giudice Graziano, in www.ilcaso.it) si è confrontata con gli effetti della gravissima crisi sociale, sanitaria ed economica provocata dalla diffusione del COVID-19 e, in particolare, con l'impossibilità di adempiere le obbligazioni contrattuali in ragione delle rigide restrizioni imposte dall'autorità governativa. Si riscontra, infatti, l'applicazione dell'art. 13, comma 4 *ter*, l. 27 gennaio 2012, n. 3 ai debitori, nei confronti dei quali sia già intervenuta la omologazione di un piano o di un accordo, per rimodulare le modalità e le tempistiche della esecuzione avvalendosi dell'ausilio dell'O.C.C. (v. anche Trib. Venezia, 14 aprile 2020, Giudice Bruni, in www.quotidianogjuridico.it).

I dubbi sulla generale affermazione dell'obbligo di rinegoziazione sono confermati dall'art. 103, comma 2 *ter*, d.l. n. 18 del 2020, in forza del quale «nei contratti tra privati, in corso di validità dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020, aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, i termini di inizio e fine lavori si intendono prorogati per un periodo pari alla durata della proroga di cui al comma 2. In deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti sino alla data di sospensione dei lavori». Come è evidente, la sopravvenienza della pandemia e delle misure di contenimento non può essere posta a fondamento di alcun obbligo di rinegoziazione in ordine alle condizioni economiche, perché il governo della solidarietà può essere spinto dal legislatore anche nella direzione opposta alla sospensione dei pagamenti, vale a dire derogando ex *lege* alle diverse previsioni contrattuali del termine di adempimento.

5. L'art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni con l. 5 marzo 2020, n. 13, come introdotto dall'art. 91, d.l. n. 18 del 2020, statuisce che “[i]l rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

Come rilevato in precedenza, il *factum principis* è suscettibile di escludere la responsabilità da inadempimento perché l'art. 1256 c.c. è attuazione di un principio generale immanente nel sistema (Cass., Sez. un., 23 aprile 2020, n. 8094, in *Pluris online*) secondo la quale non può essere preteso un comportamento quando lo stesso sia divenuto impossibile senza colpa di chi vi sia tenuto e gli eventi in esame siano riconducibili a una causa di forza maggiore che, per definizione, rappresenta una causa di non imputabilità dell'inadempimento (Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, c. 214 ss.). Fermo restando che il d.l. n. 18 del 2020, come rilevato in precedenza, reca una pluralità di disposizioni che riguardano specifici rapporti contrattuali, la disposizione in esame, nella formulazione linguistica, sembra limitarsi ad affermare ciò che era desumibile anche dalla disciplina codicistica, vale a dire l'idoneità delle misure di contenimento ad escludere la responsabilità del debitore in caso di inadempimento e la necessità di considerare, nella verifica dei danni derivanti dall'inadempimento, la riferibilità dei medesimi alle misure di contenimento anziché alla condotta del debitore.

Nella medesima direzione sospinge il richiamo a “decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”, diretto alla rappresentazione dell'obbligatorietà della valutazione dell'incidenza delle misure di contenimento ai fini: sia della verifica dell'impossibilità sopravvenuta, temporanea o definitiva, della prestazione anche in presenza di clausole contrattuali di aggravamento della responsabilità, assai diffuse nei contratti internazionali, per affermare la responsabilità anche in caso di *factum principis*; sia della valutazione dell'eccessività della penale.

Al riguardo è stato affermato che la disposizione in esame configura una disciplina “a ventaglio (positivamente) aperto” affidante al giudice il compito di individuare il rimedio più opportuna a seconda della fattispecie concreta (DOLMETTA, A.A.: «Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione”, cit.). Tale orientamento suscita non poche perplessità anche in considerazione del rilievo che l'impossibilità definitiva o temporanea opera automaticamente e il giudice non può sostituirsi alle parti contrattuali nella scelta dei rimedi.

Come rilevato in precedenza, le misure di contenimento sono suscettibili di determinare, sulla base della disciplina codicistica, sia l'impossibilità definitiva che l'impossibilità temporanea. Pertanto, le disposizioni dell'emergenza, per evitare il proliferare di contenziosi, stabiliscono espressamente, per alcune contratti, la ricorrenza della sopravvenuta impossibilità della prestazione ex art. 1463 c.c., con la conseguenza che il contratto deve essere considerato risolto per impossibilità sopravvenuta, la quale come è noto opera automaticamente ed è azionabile da entrambe le parti. Fatta eccezione per questi casi, nelle altre ipotesi occorre valutare la specificità dei singoli rapporti con la probabile presenza di una pluralità di ipotesi riconducibili nell'ambito dell'impossibilità temporanea, con la conseguenza che, una volta rimossa la causa di impossibilità della prestazione, il debitore è tenuto ad adempiere, salvo il disposto del secondo comma dell'art. 1256 c.c.

6. L'infondatezza della sostanziale affermazione dell'obbligo di rinegoziazione di modifiche contrattuali idonee a ripristinare un impreciso equilibrio economico del contratto è palese nelle riflessioni relative all'incidenza delle misure di contenimento sui contratti di locazione commerciale. Il legislatore, ex art. 65, comma 1, d.l. n. 18 del 2020, ha riconosciuto, al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa un credito d'imposta, per l'anno 2020, nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/I. Tale previsione assume rilievo esclusivamente sotto il profilo tributario, sì che non può essere utilizzata né per affermare né per escludere il mantenimento del canone *ante Covid* (sulla questione, v., tra gli altri, DOLMETTA, A.A.: "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico", in www.blog.ilcaso.it, 23 aprile 2020). La sopravvenuta difficoltà economica derivante dalla crisi economica generata dalle misure di contenimento della pandemia certamente integra i gravi motivi per recedere dal contratto ex art. 27, l. 27 luglio 1978, n. 392. Tale forma di tutela, tuttavia, è considerata insufficiente quale rimedio di annientamento del rapporto contrattuale e di possibile aggravamento della condizione del conduttore anche in considerazione della perdita dell'indennità di avviamento.

Fermo restando che la sospensione delle attività economiche non impedisce al conduttore l'utilizzazione dei locali per il mantenimento e la conservazione delle attrezzature, macchinari, i prospettati obblighi di rinegoziazione per la riduzione del canone non sembrano ancorati alle misure di contenimento, bensì alla difficoltà economica del conduttore generata dalla crisi economica prodotta dalla pandemia.

Esclusa la riconduzione nell'alveo della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (GENTILI, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus", in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020), la situazione eccezionale non può costituire l'occasione per dare anticipata attuazione al progetto di disegno di legge delega presentato dal Governo con riguardo all'introduzione nel sistema del Codice di una regola generale che nei contratti di durata imponga la rinegoziazione delle condizioni contrattuali in presenza appunto di sopravvenienze eccezionali e imprevedibili, in attuazione del più generale "principio" di buona fede che sovrintende i rapporti contrattuali (v., tra gli altri, CUFFARO, V.: "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", in *Emergenza COVID-19, Speciale n. 1*, p. 213 ss.).

Altro è ipotizzare, sulla base di un'espressa previsione di legge, l'applicazione di obblighi di rinegoziazione seguiti, in difetto di accordo, da una rimodulazione da parte del giudice in condizioni di normalità e con riferimento a singoli casi; altro è, nell'attuale fase *post Covid*, modificare le condizioni economiche con conseguente propagazione della crisi economica, consentendo ai contraenti tenuti al pagamento di canoni di locazione di tentare la strada giudiziale per procrastinare il pagamento e/o ridurre l'esposizione debitoria.

La consapevolezza dell'inettitudine della difficoltà economiche del conduttore a fondare il diritto alla riduzione del canone ha sollecitato il richiamo a disposizioni in materia di locazione palesemente inconferenti come la previsione degli artt. 1584 ss. c.c. (in argomento, v. NAPOLITANO, A.: "Le locazioni commerciali al tempo del COVID-19", in *Il diritto vivente*, 2020, numero speciale, *L'emergenza COVID-19: le risposte della giustizia*, p. 131 ss.).

Né persuade l'evocazione dell'art. 1575, n. 2, c.c., là dove obbliga il locatore a «mantenere» la cosa locata «in istato di servire all'uso convenuto» con conseguente riconduzione nell'alveo di una impossibilità temporanea, con salvezza dell'applicazione della parte finale dell'art. 1256, comma 2, e dell'art. 1464 c.c. con riconoscimento del diritto a una corrispondente riduzione della prestazione. Tale disposizione non disciplina la distribuzione del rischio della sopravvenienza Covid, ma stabilisce che il locatore deve garantire la destinazione d'uso del bene sulla quale non incidono le misure di contenimento. Tali misure, infatti, sono dirette alla sospensione e/o alla limitazione dell'attività del conduttore senza incidere sul rapporto contrattuale in modo che alle perdite di una parte corrispondano vantaggi dell'altra, vale a dire senza alterare l'equilibrio complessivo che le parti avevano raggiunto nel contratto.

La pandemia e le misure di contenimento possono incidere sulla responsabilità da ritardo o da inadempimento nel periodo di sospensione. La crisi economica generata dalle misure di contenimento invece non può incidere sulla congruità

delle condizioni, né la controparte contrattuale può essere chiamata a condividere il rischio contrattuale perché la liquidità manca e i mezzi per surrogarla non sono stati predisposti (GENTILI, A.: “Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus”, cit.). Il tempo attuale non costituisce occasione per attribuire al giudice il compito di assicurare la conservazione del contratto mediante un controllo giudiziale sul regolamento negoziale, volto ad adeguare *ex post* le condizioni economiche alla mutata situazione economica. Legittimo, invero, appare, sulla base della buona fede (artt. 2 cost., 1175 e 1375 c.c.), soltanto ipotizzare un obbligo di negoziare le modalità dell’adempimento dei canoni maturati nel periodo di sospensione dell’attività.



O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA. DOS “CORONATION CASES” AOS “CORONAVÍRUS CASES”

LAW AS EXPERIENCE. FROM “CORONATION CASES” TO
“CORONAVIRUS CASES”

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 250-257



Nelson
ROSENVALD

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: O objetivo do artigo é demonstrar como ao longo de quase dois séculos o direito inglês criou um conjunto de precedentes que nos auxiliam a entender como os tribunais possivelmente decidirão casos relacionados à pandemia da COVID-19.

PALABRAS CLAVE: Alteração das circunstâncias; força maior; frustração, dificuldade.

ABSTRACT: *The objective of the article is to demonstrate how, over almost two centuries, English law has created a set of precedents that help us understand how the courts will possibly decide cases related to the COVID-19 pandemic.*

KEY WORDS: *Change of circumstances; force majeure; frustration, hardship.*

"It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for... It was not this that I promised to do".

(Lord Radcliffe, *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] UKHL 3

I. Em 26 de junho de 1902 ocorreria a coroação de Eduardo VII da Inglaterra. O Sr. Krell era proprietário de uma casa no caminho da procissão da coroação, alugando-a para o Sr. Henry por um dia. A procissão foi cancelada em razão de uma cirurgia de urgência sofrida pelo futuro monarca. Consequentemente, o contratante se recusou a pagar o preço fixado. O tribunal entendeu que não houve violação do contrato com direito à indenização ("breach of contract"), porém uma impossibilidade que atingiu a raiz da avença por frustração da finalidade contratual almejada. Vale dizer, mesmo que o fim específico de locação para festejos da coroação não estivesse expresso em cláusula contratual, esvaiu-se a razão pela qual o demandado realizaria a sua prestação. O julgado *Krell v. Henry* (1903), serviu como uma espécie de um segundo capítulo de uma novela, a partir do precedente *Taylor v. Caldwell*. No *leading case* de 1863, *Caldwell & Bishop* era o titular do *Surrey Gardens & Music Hall*, concordando em alugá-lo para *Taylor & Lewis* por 100 libras por dia. Taylor havia planejado utilizar o *Music Hall* para quatro shows e festas diurnas e noturnas de junho a agosto de 1861, oferecendo ao público uma variedade de entretenimento. Então, em 11 de junho de 1861, uma semana antes do primeiro concerto, o auditório foi totalmente destruído. Os demandantes processaram os proprietários do *Music Hall* por quebra de contrato, pela não concretização da locação. O juiz Blackburn argumentou que a existência continuada do *Music Hall* em *Surrey Gardens* era uma condição implícita essencial para o cumprimento do contrato. A destruição do auditório não foi culpa de nenhuma das partes e impossibilitou a execução do contrato, sendo

• Nelson Rosenvald

Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre (IT). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO). Professor Visitante na Universidade de Oxford (UK). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: Nelson.rosenvald@me.com

que ambas as partes estavam dispensadas de suas obrigações contratuais. No precedente a discussão sobre impossibilidade de cumprimento por eventos supervenientes de um contrato decorreu da própria cessação da existência física do objeto do contrato, enquanto no segundo julgado (*coronation case*), a extinção por impossibilidade foi ampliada para a inviabilização da performance da parte pela não existência de um estado de coisas que justifica a essência do contrato.

O terceiro capítulo se deu em casos de direito marítimo ao longo da segunda metade do século XIX, em tempos de guerra. Processos originados do fato de que proprietários de embarcações eram incapazes de entregar o frete no tempo e local ajustados, pois sem qualquer culpa de sua parte, o barco era requisitado pela marinha ou o porto ajustado para a entrega havia fechado em razão do conflito. Estas hipóteses de impossibilidade jurídica foram condensadas com àquelas de impossibilidade factual e frustração de propósito, alcançando então as hipóteses em que a alteração das circunstâncias modifica a tal ponto a natureza da performance devida, que, caso cumprida, seria algo completamente diferente do que fora originariamente previsto pelas partes. Com base em seguidas decisões, as distinções se deram conforme a alteração das circunstâncias tornasse a prestação impossível (“impossibility”), extremamente dificultada (“impracticability”) ou inútil (“frustration”), não se permitindo que as partes contratantes simplesmente se furtassem ao cumprimento utilizando um evento extremo (v.g uma guerra) como escusa para se eximir de uma “bad bargain”. Se em uma primeira fase prevaleceu a teoria pela qual juízes deveriam decidir tais casos construindo um hipotético contrato, com base em cláusulas implícitas, em uma segunda etapa, cortes e magistrados passaram a decidir conforme o que lhes parecesse razoável e justo nas circunstâncias do caso individual, observando se a mudança de circunstâncias é um daqueles riscos que empresários razoáveis imputariam à contraparte que buscasse evitar o contrato.

2. Com base na experiência angariada desde meados do século XIX, o que impressiona o observador estrangeiro não é apenas a cuidadosa análise dos fatos e dos casos individuais, mas a clara deferência jurisprudencial às necessidades do comércio. Quando se constata que as cortes inglesas são menos suscetíveis que as alemãs a admitir que uma alteração de circunstâncias conduza um contrato ao seu encerramento, isto certamente é atribuível ao fato de que os tribunais da Inglaterra estão prontos para compreender as demandas dos contratos internacionais, nos casos em que homens de negócios manteriam o contrato em execução. A confiança em princípios e cláusulas gerais pode negligenciar o fato de ser o contrato a lei adotada pelas partes e, portanto, direitos devam ser analisados tendo como ponto de partida as cláusulas nele consubstanciadas, seja conforme

a expressa gestão de riscos antecipada pelos contratantes ou, em sua falta, pelo preenchimento das lacunas com relação ao evento imprevisto e causador da alteração das circunstâncias, conforme os *standards* desenvolvidos por homens com reputação comercial para contratos desta natureza, na extensão necessária para que se descubra a alocação de riscos típica de contratos semelhantes.

O respeito à historicidade do conceito de contrato e de sua interpretação não é a única variável em jogo. Diante de uma pandemia de coronavírus, é necessário vislumbrar o seu impacto na execução de contratos pela lente de uma tradição jurídica diversa daquela em que estamos imersos. A globalização impôs o receituário contratual das jurisdições da *common law*, um misto entre a tradição inglesa depurada pelo pragmatismo norte-americano. Os contratos internacionais pressupõem a paridade entre atores de diversos países. Nada obstante, a despeito da presunção de simetria das relações interempresariais, a assimetria econômica entre os países de origem e, sobremodo institucional, perante ordenamentos jurídicos que oferecem uma longa história de previsibilidade e segurança jurídica, normaliza os instrumentos, práticas e remédios contratuais norte-americanas e ingleses. Se após a edição da LLE o direito brasileiro tende a entender o contrato não apenas como uma espécie de negócio jurídico, porém como instrumento jurídico de alocação de riscos, é da tradição anglo-saxônica o significado do contrato como instrumento econômico para as partes, baseado em um modelo comercial de “*bargain*”. A privacidade do contrato é sustentada pelo princípio do “*at arm's length*”, promovendo-se acordos equitativos do ponto de vista legal, nos quais cada parte não se sujeita à pressão ou influência indevida da outra. Atribui-se à cada parte a faculdade de buscar a melhor barganha, cuja tutela demanda restritas e cirúrgicas limitações à liberdade contratual, relutando os tribunais em interferir na substância do ajuste, mesmo quando circunstâncias supervenientes perturbem severamente o contrato. Não há um princípio geral de revisão de contrato ou a imposição de um dever de renegociar, pois mesmo diante de significativas dificuldades, prevalece a noção de que o contrato é para as partes e não para os tribunais.

3. Na tradição brasileira, o Código Civil é um instantâneo dos contratos e “saber o direito” significa uma ávida busca pela mais recente decisão das cortes superiores. Contudo, na *common law*, onde inexiste uma estrutura legislativa sistemática, o regramento contratual se encontra em livros nas prateleiras das bibliotecas. Ingleses e norte-americanos não se afeiçoam a amplos princípios e cláusulas gerais. Com exceção do princípio da força obrigatória dos contratos, prevalecem as provisões particulares, pois juízes desconfiam de regras indefinidas. As noções fundamentais provêm de precedentes de meados do século XIX, que

determinam uma forte noção comercial dos contratos. Tal como preconizado no “chain novel” de Dworkin, para responder a novas perguntas, ao invés de princípios, parte-se dos “cases” – dos mais antigos aos mais atuais – atribuindo-se às cortes o papel de escrever novos capítulos do romance, tendo como base a racionalidade e coerência com os capítulos anteriores. Fora dos casos, vêm as regras. Estatutos são excepcionais e existem para preencher as lacunas, lidando com problemas específicos (como o consumer rights act de 2015).

4. Todos os sistemas jurídicos modernos enfatizam que de certa forma um contrato é “agreement”, e esta é a regra na *common law*. A peculiaridade é a de que cada contratante é uma espécie de garante de sua promessa e será responsabilizado por uma indenização por seu eventual descumprimento - “breach of contract”. O contratante só se exonera da “guarantee liability” caso determinadas circunstâncias obstaculizem a performance subsequentemente à contratação. Sendo objetiva a responsabilidade por descumprimento na *common law*, a avaliação da impossibilidade do cumprimento será aferida conforme as razoáveis expectativas de um homem honesto, caracterizados como “empresários sensatos” em contratos comerciais. Partindo da premissa de que “contract is for the parties, not for the courts”, ao contrário do que ocorre na maior parte das jurisdições da *civil law*, a tradição da *common law* não comunga com juízes que intervêm no contrato para adequá-lo à alteração das circunstâncias que rompem a sua base objetiva, ou magistrados que impõem às partes uma fase de renegociação contratual. Para sistemas nos quais inexiste um princípio geral de agir conforme a boa fé, a renegociação ou a revisão são aspectos comerciais que concernem exclusivamente aos contratantes.

5. Propositalmente, omiti a razão pela qual o título do post se relaciona aos “coronation cases”, quando apenas relatei um único litígio relacionado ao adiamento da coroação. Na verdade, houve um segundo “coronation case”, no qual não se suprimiu a eficácia do contrato. Em *Herne Bay Steamboat v. Hutton (1903)*, o demandado alugou o barco do demandante para o dia da coroação, pois Edward VII iria passar a marinha naval em revista na localidade de Spithead. Apesar do evento ter sido suspenso, foi mantido o pagamento do valor estipulado, pois o propósito contratual fora parcialmente alcançado, já que o demandado aproveitou o dia viajando de barco até o porto, mostrando a frota aos seus convidados. Esta comparação entre resultados diversos oriundos do mesmo evento, aplica-se à “enxurrada” de processos que terão a pandemia como gênese. Trazendo as repercussões para o direito brasileiro, as situações fáticas oscilarão e consequentemente a repercussão jurídica. Por vezes surgirão casos de *hardship*,

outras vezes de força maior, por vezes haverá uma simples desculpa para alguém se eximir de um contrato incômodo. Em alguns casos uma alteração imprevisível de circunstâncias incidirá em certos contratos de forma a tornar impossível o cumprimento, em outros contratos, contudo, a performance ainda será possível, mas extremamente dificultada ou dispendiosa, com uma distorção de paridade. No que tange ao Coronavírus, o cenário ideal seria aquele em que as partes previamente gerissem o risco de definir se uma pandemia representaria uma impossibilidade ou uma dificuldade e quais as consequências se extraem em termos remediais (resolução contratual, suspensão, renegociação). Na omissão do contrato, se a parte invoca força maior, terá em vista o desejo de que a sua inexecução seja escusada. Todavia, caso alegue *hardship*, esta será a primeira instância para a proposição da renegociação dos termos do contrato, permitindo a sua sobrevivência em termos revisados. Em termos pragmáticos, o coronavírus poderá se manifestar como um *hardship* e alteração fundamental no equilíbrio contratual de duas diferentes maneiras. A primeira será caracterizada por um substancial acréscimo no custo do cumprimento do contrato para uma das partes. Este contratante será normalmente aquele que deve efetivar a prestação não monetária. O substancial acréscimo de custos poderá resultar, ilustrativamente, do vertiginoso aumento do preço da matéria prima necessária para a produção da mercadoria, a prestação de serviços, ou mesmo a introdução de novas regulamentações que demandam procedimentos de segurança mais onerosos. A segunda manifestação do *hardship* será caracterizada pela substancial redução do valor da performance recebida por uma das partes, incluindo casos em que objetivamente a prestação já não terá qualquer valor para o destinatário, seja em razão de drásticas alterações nas condições do mercado ou a frustração do propósito para o qual a prestação foi solicitada (v.g. como efeito da proibição de pessoas em cidades/países em razão da pandemia ou a proibição de abertura de estabelecimentos comerciais no mercado em que o contratante se insere). Evidente que quanto à frustração do propósito da performance, o *hardship* requer que o dito propósito seja conhecido ou presumivelmente teria que ser conhecido por ambas as partes.

6. Os aprimoramentos jurídicos da segunda metade do século XX alteraram tanto o direito inglês como o direito europeu continental, de forma a criar uma grande convergência. O nascimento de uma doutrina jurídica tornou o direito inglês muito mais acadêmico. Na área dos contratos o legislador intervém para trazer maior racionalidade às decisões dos juízes. Por outro lado, a influência doutrinária na Europa (e Brasil) está em declínio e a influência do judiciário cresceu enormemente. Assim, não é mais possível relacionar a *civil law* ao direito codificado e a *common law* com a jurisprudência: a realidade das fontes legais é muito mais

complexa em ambos os lados. É claro que subsistem diferenças significativas, mas o antigo ideal das diferenças irreconciliáveis em termos de mentalidades jurídicas, torna-se cada vez mais insustentável. O título do post é uma homenagem a Miguel Reale que sustentava a posição transcendental pela qual o direito é inconcebível como valor em si, desvinculado do processo histórico ou sem referibilidade à experiência, havendo em todo fenômeno jurídico dois aspectos a serem analisados: um quanto à sua gênese, outro quanto as suas condições de possibilidade e de validade. No momento em que O CPC/15 verteu a noção de experiência para o respeito aos precedentes, espera-se que os tribunais individualizem as origens dos julgados, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto. Talvez, em 100 anos possam os acadêmicos de direito citar os casos de Coronavírus “de cor”, como primeiro capítulo de um romance, com coerência e integridade.

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS DA
PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

**BRIEF CONSIDERATIONS ON THE IMPACTS OF CORONAVIRUS
PANDEMIC IN PRIVATE RELATIONSHIPS**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 258-265



Marcos

EHRHARDT JR.

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: O texto procura ilustrar os diversos impactos que a pandemia do coronavírus e as medidas de distanciamento social provocam nas relações privadas, especialmente no campo obrigacional e das relações familiares, sustentado a impossibilidade de adoção de medidas genéricas para o enfrentamento de questões que dependem da análise do caso concreto, bem como a necessidade do emprego de uma hermenêutica comprometida com os valores fundamentais do sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; COVID-19; impactos nas relações privadas.

ABSTRACT: *This paper seeks to illustrate the various impacts that the coronavirus pandemic and the measures of social distance have on private relations, especially in the contract field and in family relationships, sustained the impossibility of adopting generic measures to address issues that depend on the individual case analysis, as well as the need to use a hermeneutics committed to the fundamental values of the legal system.*

KEY WORDS: Pandemic; COVID-19; impacts on private relations.

I. Não é fácil a tarefa de analisar as consequências de um evento de grande impacto social enquanto estamos vivenciando a própria situação a ser examinada. Falta-nos o distanciamento necessário quando novas informações surgem a todo o momento, graças a uma revolução tecnológica que reduziu distâncias e o tempo necessário para as interações sociais. Nesse cenário, o crescente fenômeno das “fake news” apenas agrava o problema.

Na verdade, não temos um único problema, mas sim uma origem comum (pandemia) para questões e litígios de várias ordens e graus de complexidade. É bem fácil sucumbir à falsa noção de que é possível encontrar uma única saída, vale dizer, uma solução padrão para todos os desafios que estamos a enfrentar.

Os últimos dias, com imposição de distanciamento social, não encontram precedentes na história de nosso país. Vivemos um teste decisivo para instituições democráticas e poderes constituídos, ao tempo que nossa própria compreensão de solidariedade social vem sendo colocada à prova, quer seja na fila do supermercado, quer seja nas decisões sobre o que fazer com empregados ou, ainda, nas relações com nossos vizinhos em um condomínio.

Ainda não temos informações suficientes para avaliar se as medidas tomadas serão efetivas ou precisarão ser revistas, quer seja para serem intensificadas ou abrandadas. Viver num país de dimensões continentais, no qual os efeitos da pandemia ocorrem em ritmos diferentes e as decisões tomadas por cada governo local apresentam importantes variações, não ajuda muito na tarefa de quem se propõe a examinar, sob o ponto de vista jurídico, o momento atual da crise.

Ademais, este é um bom momento para lembrar que o Direito não trará todas as respostas, pois o enfrentamento da questão necessitará de uma abordagem multi e transdisciplinar. É preciso a exata compreensão desta última constatação para que os julgadores que se deparam com questões urgentes sobre os efeitos da pandemia evitem ignorar a realidade dos fatos sociais em seus comandos judiciais, como, por exemplo, decisões sobre quem deve ter acesso a tratamento em UTI nos hospitais, uma vez que não é possível suprir toda a demanda. A escolha do tratamento, dentro das possibilidades, não pode ignorar critérios médicos baseados em evidências.

• **Marcos Ehrhardt Jr.**

Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC.
E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

2. Na Teoria Geral do Direito Civil, podemos nos socorrer das regras acerca da impossibilidade de manifestação de vontade, ainda por causa transitória (inciso III do art. 4º do CC/02), que ensejam incapacidade para decidir questões atinentes a pacientes graves que, por estarem entubados e sedados, não apresentem condições de adotar providências em relação ao atendimento de saúde e demais atos da vida civil. Destacam ainda, as delicadas questões envolvendo a terminalidade da vida e diretivas antecipadas de vontade.

É ainda no campo da teoria geral e da presunção geral de capacidade, a ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 9º da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que podemos extrair a diretriz para garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

3. No campo das titularidades, as limitações impostas para o acesso aos bens de uso comum do povo, como parques e praias, atrai atenção para o disposto no art. 103 do CC/02, que estabelece a prerrogativa da administração de regular a forma de utilização desses bens, no interesse de todo a sociedade. Interessante e urgente reflexão há de ser formulada em relação aos espaços comuns em condomínios residenciais, a partir da constatação de que, nos termos do disposto no § 3º do art. 1.331 do Código Civil vigente, a unidade autônoma é parte inseparável das áreas comuns do prédio. Sendo, por conseguinte, o proprietário da unidade imobiliária, também o é das áreas comuns na proporção prevista na instituição condominial.

É preciso colocar em discussão os limites e as possibilidades das decisões de síndicos em todo o país sobre a utilização das áreas comuns, desde questões atinentes ao uso de academia, piscinas e quadras, até problemas relativos ao uso do elevador por condôminos que estão infectados pelo COVID-19 ou são profissionais da saúde e necessitam transitar pelas áreas comuns, até para terem acesso às suas unidades privativas.

Decisivo para o deslinde da questão é saber se decisões unilaterais do síndico configuram (ou não) medidas urgentes no benefício da coletividade de condôminos e se necessitam ser ratificadas ou, ainda, se podem ser alteradas pela Assembleia. Em princípio, parece que o melhor encaminhamento é avaliar se a adoção de tais medidas configura impedimento reflexo e abusivo ao uso das áreas privativas, sendo necessário, em qualquer contexto, bom senso para se perceber que existirão situações excepcionais que precisam ser avaliadas individualmente.

Ainda no campo das titularidades, é possível constatar que as limitações de acesso e funcionamento impostas a estabelecimentos privados (lojas, restaurantes, cinemas, teatros, academias, entre outros) implicaram diversas situações conflituosas no universo do direito obrigacional. Juntem-se a isso as restrições ao transporte público e os cancelamentos de voos, pelos mais variados motivos, que passam inclusive pelo fechamento das fronteiras para viajantes de localidades atingidas mais gravemente pela pandemia.

4. São inúmeras as situações em que obrigações contratuais se tornaram inúteis ao credor, ou hipóteses em que o cumprimento da avença se tornou impossível ou extremamente oneroso. Diante da escolha entre revisar, resilir ou resolver, resta aos operadores jurídicos lidar com esses problemas utilizando as ferramentas disponíveis em nosso ordenamento.

De início, há que se estabelecer uma premissa essencial: não se pode adotar a mesma perspectiva para contratos paritários e contratos massificados de consumo. O caminho para a construção de soluções negociais passa pela análise do caso concreto, sem perder de vista que a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, introduziu importante alteração no art. 421 do Código Civil, que passou a conter um parágrafo único com a seguinte redação: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A leitura do dispositivo citado permite extrair a conclusão da impossibilidade de soluções genéricas, apontando para a revisão contratual de modo indistinto e uniforme a diversas espécies contratuais sem análise das peculiaridades do caso concreto, o que demandará bastante do Poder Judiciário nos próximos meses.

Dante de um quadro no qual o ritmo das decisões judiciais costuma estar em descompasso com os interesses e as necessidades empresariais, alternativas para a resolução extrajudicial de tais conflitos devem ser priorizadas em prol da conservação dos negócios jurídicos, o que configura um momento importante para a celebração de compromissos arbitrais e a adoção de técnicas de mediação empresarial inspiradas pelo dever geral de boa-fé objetiva; esta impõe às partes a obrigação de adotar um comportamento colaborativo e legal com o objetivo de se alcançar o melhor adimplemento possível para todos os figurantes da relação negocial.

No que diz respeito aos contrários paritários, há quem enquadre a pandemia do coronavírus como uma questão de força maior, portanto, um evento natural,

e , como tal, “externo, inevitável e alheio às ações de uma das partes”, que tem por consequência eliminar ou limitar a responsabilidade por danos ou outras perdas resultantes de tais eventos. Contudo, a mera alegação de força maior, sem demonstração concreta do impacto efetivo no negócio, não é suficiente para a eficácia exoneratória pretendida.

Desse modo, as técnicas de hermenêutica contratual passam a ocupar posição fundamental, sobretudo diante da nova redação do art. 113 do Código Civil, introduzida pela já citada Lei nº 13.874/19. Merece destaque o teor do inciso V do referido dispositivo, a preconizar que a interpretação deve corresponder “a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da rationalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”.

O cenário da pandemia do COVID-19 será um importante referencial para compreender como os tribunais brasileiros aplicarão a Lei de Liberdade econômica num cenário em que a denominada “rationalidade econômica das partes” será ponderada com a necessidade de sobrevivência ou não do próprio figurante no mundo negocial, expondo significativas assimetrias entre pequenos e grandes empresários.

Para o julgador que deverá decidir pela intervenção ou não na avença negocial, será importante levar em consideração se a pandemia do COVID-19 foi a causa exclusiva do inadimplemento contratual e, para tanto, poderá investigar se outros contratos congêneres também deixaram de ser cumpridos no mesmo período. Assume relevância, no momento de surgimento da pandemia, a análise do comportamento posterior de ambos os contratantes, para se perquirir se medidas necessárias e indispensáveis à mitigação dos danos ao objeto contratual foram adotadas.

Merece destaque o dever de informar, dada a exigência de transparência e cooperação, que encontra fundamento no dever geral de boa-fé objetiva. Será que foi adotado pelo contratante algum plano de contingência? Seria efetivamente e/ou economicamente possível a adoção de alguma medida de tal natureza? A outra parte foi ao menos notificada das dificuldades e das medidas adotadas? Tais medidas foram adotadas em tempo hábil? Qual o impacto da intervenção do Poder Público na liberdade de agir dos figurantes do negócio?

5. O raciocínio apresentado até este ponto é adequado para as situações em que um dos contratantes não consegue adimplir com suas obrigações, que continuam sendo do interesse do credor. Mas é possível vislumbrar situações em

que se verificará a frustração do objeto negocial. Nesses casos, a premissa seria que a impossibilidade do objeto ocorreu por fato que não pode ser imputado a nenhum dos contratantes. Uma vez demonstrada a “perda superveniente do objeto” ou, ainda, a “impossibilidade jurídica” deste, v. g., por proibição legal (vide atos governamentais que proibiram funcionamento de casas de show e teatros para evitar aglomerações e prevenir contágio), resolver-se-ia a avença, retornando as partes ao *status quo ante*, conforme prescrevem os arts. 248 e 250 do Código Civil.

Há ainda situações em que a impossibilidade do objeto será apenas parcial ou temporária, devendo-se ter em consideração se se está diante de hipótese de contratos de longa duração, para verificação da adequação da pretensão de quem procurou o Judiciário por não conseguir uma solução negocial para a questão.

Voltando os olhos para o contexto das relações de consumo, não se pode deixar de considerar que muitos fornecedores de produtos e serviços estão impossibilitados de cumprir com suas obrigações contratuais, ao tempo que consumidores deixam de ter interesse no objeto do negócio contratado ou experimentam dificuldades para efetuar pagamento de obrigações contraídas antes do início da pandemia.

A disciplina legal do Código de Defesa do Consumidor parece insuficiente para lidar com todas as possibilidades de questões atinentes à pandemia do COVID-19, sendo importante não confundir as hipóteses de recusa ao cumprimento da oferta, descritas no art. 35, com a impossibilidade superveniente do objeto, desde que adequadamente demonstrada no caso concreto. Uma alternativa possível seria dialogar com as soluções previstas no Código Civil, aqui já referidas, atentando para as peculiaridades de uma relação em que a vulnerabilidade de uma das partes costuma ser fundamento para a integral imposição do risco da atividade aos fornecedores.

6. Para além do campo obrigacional, resta concluir estas primeiras reflexões com alguns comentários sobre questões relativas ao direito de família, mais precisamente, sobre a convivência entre pais e filhos. Em tempos de isolamento e/ou distanciamento social, a pandemia não pode servir de subterfúgio para a adoção de medidas de alienação parental, prejudicando os superiores interesses de crianças e adolescentes, sob o pretexto de preocupação com a saúde e segurança, sem demonstração concreta e objetiva da impossibilidade de acesso de um dos genitores aos seus filhos, ainda que a distância e por meios eletrônicos.

Os interesses que devem prevalecer são aqueles dos próprios menores, que têm direito de conviver com ambos os genitores, sempre que isso for possível, sem colocar a sua própria vida em risco ou a de pessoas ao seu redor, em especial idosos e grupos de vulneráveis, por apresentarem alguma doença crônica. Em tempos de pandemia, não podemos esquecer a diretriz do art. 694 do Código de Processo Civil, que dispõe que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia. É preciso exercitar os verbos dialogar, compreender, refletir e proteger, colocando interesses e conveniências estritamente pessoais em segundo plano, porquanto se trata de um problema da entidade familiar, e não do indivíduo.

A palavra de ordem deve ser bom senso. Dias de visita que não forem concretizados podem ser compensados num futuro próximo; comunicação por redes sociais e informes periódicos da situação dos menores podem ser adotados, quando o exercício de guarda compartilhada ou outros arranjos, como dias de visita, não puderem ocorrer sem prejuízo à saúde e à segurança dos envolvidos.

Há de se considerar que numa situação de excepcionalidade, as regras sobre convivência, guarda e visitas estabelecidas por acordo ou em juízo podem necessitar de uma adaptação temporária, a ser estabelecida de comum acordo, sempre que possível. A diversidade de situações e os objetivos deste texto não permitem maiores digressões sobre o tema, mas não se pode deixar de considerar a importância de tais reflexões num cenário no qual muitos trabalhadores autônomos não conseguirão honrar as obrigações alimentares, total ou parcialmente. A mudança das circunstâncias econômicas e de dinâmica de interação social, em tempos de teletrabalho e de novas rotinas em todos os lares brasileiros, deve ser sopesada no caso concreto, não sendo possível a aplicação de soluções abstratas definidas *a priori*.

O ano começou de um modo diferente do que todos pensavam. Teremos de construir respostas para os novos desafios que se tornaram parte do nosso cotidiano, tendo como ponto de partida uma ética de alteridade e respeito aos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro de nossas preocupações. Que possamos superar essas dificuldades reafirmando nossa resiliência para enfrentar os problemas através do diálogo que leva ao convencimento do próximo, e não à sua submissão através da força.

**OBBLIGAZIONI E CONTRATTI AL TEMPO DELL'EMERGENZA:
L'ESPERIENZA ITALIANA (ART. 3, COMMA 6-BIS, D.L. N. 6/2020)**

**CONTRACTS AND OBLIGATIONS IN THE TIME OF EMERGENCY: THE
ITALIAN CASE**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 266-273



Alberto Maria
BENEDETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio si sofferma sulla legislazione italiana dello stato di emergenza e, in particolare, su una disposizione che rende “immune” il debitore dalle conseguenze dell’inadempimento: l’Autore si interroga sulle interazioni possibili tra questa disciplina e il diritto civile generale.

PALABRAS CLAVE: Clave: contratto; responsabilità contrattuale; debitore; emergenza.

ABSTRACT: *The essay focuses on the Italian legislation issued at the time of the global emergency; in particular, it deals with the rule under which the debtor is not subject to the outcomes usually stemming from the non-performance. The Author questions the interactions between those special regulations and the general law of contracts and obligations.*

KEY WORDS: *Contractual liability; debt; emergency.*

I. Nello “stato di guerra” il diritto civile, come dimostra l’esperienza storica, cerca di adattare le proprie regole alla situazione straordinaria, soprattutto in materia di obbligazioni e contratti (sono note le leggi speciali emanate durante la prima guerra mondiale: in Francia, ad esempio, la *loi Faillot* del 21 gennaio 1918); inevitabilmente, le situazioni straordinarie chiamano disposizioni eccezionali, anche in situazioni in cui il diritto civile ha, in sé, gli strumenti per reagire all’imprevisto.

Oggi, in Italia, si può affermare con certezza l’esistenza di uno “stato di emergenza” (dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, per la durata di sei mesi), in ragione del quale molti diritti costituzionali di rango fondamentale trovano, a voler essere benevoli, una sorta di riarticolazione transitoria, in un bilanciamento con l’interesse collettivo alla prevenzione dell’epidemia.

In questo clima, è naturale domandarsi se le condizioni in cui stiamo vivendo possano avere, e se sì in che limiti, effetti sulle regole operative dei contratti e della responsabilità contrattuale (la rivista www.giustiziacivile.com ha ospitato diversi contributi di civilisti italiani su questi temi); come, appunto, accadrebbe (ed è accaduto in passato) nello “stato di guerra”.

Da una parte, le declamazioni solidaristiche – una costante negli ultimi decenni – trovano un terreno in cui, seriamente, il contratto può e deve fare solidarietà; dall’altra, la riduzione, se non il totale venir meno, del contatto (anche fisico) tra le persone pone problemi che investono tutti i “rapporti” giuridici, nella misura in cui l’essenza stessa della nozione di “rapporto” implica un’interazione tra (almeno) due soggetti: dallo scambio di due dichiarazioni di volontà, alla cooperazione per il conseguimento di interessi comuni e individuali; dall’osservanza di doveri verso gli “altri” alla cura degli interessi di una persona debole etc..

“Rapporto” è infatti “relazione tra i titolari di una situazione attiva e di una corrispondente situazione passiva” (ROPO, V.: *Diritto privato*, Torino, 2018, p. 57); senza possibilità di azione e interazione (anche in una dimensione fisica), l’intero assetto del diritto delle obbligazioni (e non solo di esso) entra in sofferenza, specie se si riflette sulla dimensione dell’obbligo del soggetto passivo dell’obbligazione (“dovere di tenere un certo comportamento”: Di Majo, A.: *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 7), sempre rivolto verso qualcuno (sulla “destinatarietà”

• **Alberto Maria Benedetti**

Professore ordinario nell’Università di Genova – Italia Consigliere – Consiglio Superiore della Magistratura.
Correo electrónico: alberto.benedetti@unige.it

dell'obbligazione: IRTI, N.: *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 49).

Se, però, l'emergenza impedisce, anzi vieta, azioni, comportamenti e attività aventi una dimensione relazionale, il rapporto obbligatorio non può non risentirne e il legislatore dell'emergenza, saggiamente, se n'è accorto.

2. In Italia, l'art. 91 d.l. n. 18/2020, dedicato alla responsabilità del debitore, reca la seguente rubrica: "Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento (...)" ; nel contenuto, la disposizione introduce un comma 6-bis all'art. 3 del d.l. n. 6/2020: "Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti" (su questo può vedersi anche BENEDETTI, A.M.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto *cura Italia*", in *Contratti*, 2020, pp. 213 ss.).

Nel d.l. n. 6/2020 le misure di contenimento possono incidere sull'adempimento di innumerevoli specie di obbligazioni e delle prestazioni che ne formano oggetto, basti pensare alla disposta sospensione delle attività commerciali e alle altre misure che, più semplicemente, impediscono gli spostamenti se non per determinate ragioni legislativamente identificate.

Se la dimensione relazionale entra in una sorta di sospensione emergenziale, il comma 6-bis dell'art. 3 del d.l. n. 6/2020 (d'ora in poi: comma 6-bis), volendo valorizzare il senso della sua rubrica, è dedicato alla disciplina degli inadempimenti emergenziali, e, cioè, di quegli illeciti contrattuali dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato.

Se, cioè, è la misura di contenimento che spezza il rapporto obbligatorio, sopprimendone la dimensione relazionale che ne è il cuore, l'inadempimento che ne deriva è, per così dire, di natura esclusivamente formale, ma non dà luogo a quegli effetti sostanziali (in punto responsabilità) che discenderebbero in una situazione di normalità.

Questa disposizione può prestarsi a diverse considerazioni:

i. l'inadempimento deve derivare dal "rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto": se dipende da altre ragioni (ad esempio da cautele specifiche adottate dal debitore di sua iniziativa, anche nell'esercizio della sua autonomia imprenditoriale o da sue letture "originali" del senso delle misure) la disposizione non trova applicazione e il debitore è normalmente responsabile ex art. 1218 c.c.;

ii. l'osservanza delle misure di contenimento deve essere "valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore"; questo dovrebbe significare che non vi è automatismo tra "osservanza delle misure di contenimento" ed "esclusione" della responsabilità del debitore, ma che, piuttosto, il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; perché – anche in omaggio alla rubrica della disposizione, che si esprime in termini di inadempimenti "derivanti" dall'attuazione delle misure di contenimento – se non lo è stata, la responsabilità del debitore segue le regole ordinarie.

Questo può verificarsi, ad esempio, quando il debitore avrebbe potuto, secondo ordinaria diligenza da valutare anche in ragione della natura professionale della prestazione, adempiere nonostante il rispetto della misura di contenimento, per esempio adottando un sistema di comunicazione a distanza o altri strumenti tecnici in grado di superare (ma non eludere o aggirare!) l'effetto impeditivo della misura, tenendo conto, ovviamente, delle caratteristiche e della natura della prestazione da eseguire; essendo certamente pacifico che, anche nel regime speciale del comma 6-bis, alcune prestazioni, per la loro natura, possono essere normalmente eseguite senza porre in essere comportamenti lesivi della misure di contenimento (per esempio le obbligazioni pecuniarie, per le quali è sufficiente l'accesso alla rete internet), mentre altre (per es. alcune prestazioni di fare o dare) sono più ostacolate dall'allentamento della libertà di movimento e di interazione con gli altri; o, ancora, quando il debitore si trovava già in uno stato di inadempimento (perché, ad esempio, già diffidato dal creditore o già destinatario di un'eccezione di inadempimento), sulla quale le misure di contenimento non hanno realmente inciso, se non consolidando una situazione preesistente;

iii. il comma 6-bis prevede che "il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c della responsabilità del debitore (...)" ; ora, non pare che il richiamo alle due disposizioni debba essere letto come generico in quanto da riferirsi al "sistema" della responsabilità contrattuale in quanto tale, con lo strumento del richiamo alle sue due disposizioni-cardine (gli artt. 1218 e 1223 c.c., appunto). Sembra preferibile, piuttosto, un'interpretazione che valorizzi l'espressa menzione anche dell'art. 1223 c.c. (disposizione che, appunto, introduce il sistema delle regole dedicate ai danni derivanti dall'inadempimento). Al giudice (alla cui

“valutazione” il comma 6-bis espressamente fa riferimento) è consentita una scelta così articolata: o ritiene che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo in radice la responsabilità del debitore, possa incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso, il comma 6-bis funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all'art. 1227 c.c.;

iv. il comma 6-bis consente di valutare il rispetto delle misure di contenimento “anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”. Se il giudice ha ritenuto che l'inadempimento del debitore derivi dal rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia, tutte le clausole contrattuali legate alla situazione di inadempimento imputabile del creditore non possono essere applicate; la disposizione elenca (clausole che dispongono) “decadenze o penali”, ma, onde evitare effetti irragionevoli, se non assurdi, la regola va estesa anche alle altre clausole comunque connesse all'inadempimento del debitore (per es. una clausola risolutiva espressa, salvo che risulti la volontà delle parti di non legarne gli effetti a un inadempimento imputabile) o al ritardo nell'adempimento (e, dunque, tutte le clausole sugli *interessi moratori* o, anche, gli interessi da ritardato pagamento disciplinati dal d.lgs. n. 231/2002, così come modificato dal d.lgs. n. 192/2012); sono temporaneamente inutilizzabili anche altri rimedi (mora del debitore, diffida ad adempiere), nella misura in cui presuppongono un inadempimento imputabile;

v. se il debitore, per l'osservanza delle misure contenitive, non è incorso in un inadempimento “imputabile” (ma, anzi, è coperto da un causa di giustificazione legislativamente tipizzata), va da sé che il contratto non può essere giudizialmente risolto in forza di un inadempimento, che, pur se esistente, rileva solo come mero fatto, essendo privo di illiceità per l'operare della causa di giustificazione di cui al comma 6-bis; a maggior ragione, ovviamente, il creditore non può agire per l'adempimento ex art. 1453 c.c., salva la possibile operatività della risoluzione ex art. 1463 c.c.;

vi. il creditore – privo di azione nei confronti del debitore protetto dal comma 6-bis – può avvalersi dell'*exceptio inadimplenti contractus* per sospendere la controprestazione? La risposta deve essere positiva; sia perché, notoriamente, l'eccezione di inadempimento può essere attivata anche nei confronti di inadempimenti incolpevoli, perché derivanti, ad esempio, da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (per le necessarie integrazioni giurisprudenziali: BENEDETTI, A.M.: *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, p. 54); sia perché, se si ritenesse il contrario, il creditore finirebbe gravato di tutte le

conseguenze economiche dello stato emergenziale, dovendo eseguire nei confronti di chi si trova nell'impossibilità (fattuale e giuridica) di farlo; il rapporto contrattuale, allora, entra in una fase di *sospensione legale* perdurante per l'intero stato emergenziale, cessato il quale il debitore può, eseguendo la propria prestazione, riattivarne la regolare esecuzione;

vii. il comma 6-bis, disciplinando un causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento, introduce contestualmente una causa legale di sospensione dell'adempimento ovviamente estranea, quanto ai presupposti, al contesto proprio dell'*exceptio inadimplenti contractus ex art. 1460 c.c.*; nel senso che il debitore può dichiarare al creditore di sospendere il proprio adempimento in vista dell'osservanza della misure di contenimento, e per tutta la durata di queste.

viii. il comma 6-bis alleggerisce l'onere della prova del debitore; nel senso che la disposizione eccezionale accerta in via legislativa una causa di forza maggiore [qui fusa, per così dire, col (e nel) *factum principis*], esonerandolo dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi (forza maggiore, caso fortuito) che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare;

ix. il comma 6-bis non richiama l'art. 1256 c.c., specie nella figura dell'impossibilità temporanea regolata dal 2º comma; nei casi in cui il debitore non può adempiere per effetto dell'osservanza delle misure emergenziali, detta norma potrebbe trovare applicazione fino a determinare l'estinzione dell'obbligazione del debitore [“se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”], in caso di prolungata protrazione delle misure di contenimento.

3. Volendo abbozzare qualche conclusione: il legislatore dello stato d'eccezione ha voluto evitare che i debitori si trovino a subire gli effetti di impedimenti non imputabili alla loro sfera di rischio, prevenendo azioni e richieste dei creditori insoddisfatti attraverso una disposizione (il comma 6-bis) che, saggiamente evitando automatismi eccessivi, va ricondotta alla *ratio* di favorire l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio; certamente mancano disposizioni dedicate alla difficoltà ad adempiere legata non già all'osservanza delle misure di contenimento, ma alla crisi finanziaria che colpisce, per il calo o l'azzeramento dei consumi, soprattutto chi esercita un'attività economica e commerciale; per costoro, l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria rimane ingiustificato e imputabile, salvo a voler ragionare in termini di “inadempimento necessitato” (argomento certamente affascinante, in situazioni come quella odierna, ma sostenibile, con

qualche speranza di successo, solo in un contesto giudiziale, non certo utile a gestire i problemi immediati di gestione di un rapporto contrattuale).

Il diritto civile dell'emergenza, dunque, deve essere orientato con la bussola del principio di solidarietà; se il legislatore non provvede con disposizioni speciali, o se lo fa in modo non sufficiente, oggi l'interprete ha a disposizione tutti gli strumenti ermeneutici per adattare le regole tradizionali allo stato emergenziale, al fine di favorire l'attuazione, a tutti i livelli, di quella reciproca solidarietà tra gli esseri umani che è fondamento, costituzionale ed etico, delle nostre società; si tratta, per concludere, di una delicata operazione di bilanciamento che non deve trascurare le esigenze di sopravvivenza dell'economia, la cui importanza è vitale per la "dignità" della vita di tutti noi.

PANDEMIA, EQUILIBRIO DELLE POSIZIONI CONTRATTUALI E GIUSTO RIMEDIO. BREVI ANNOTAZIONI

PANDEMIC, BALANCE OF CONTRACTUAL POSITIONS AND FAIR REMEDY. SHORT NOTES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 274-283



Erika GIORGINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza gli effetti del COVID-19 sui contratti. Particolare attenzione è dedicata alle diverse ipotesi riscontrabili ora di inesigibilità, ora di impossibilità, ora di necessaria riconduzione a proporzioni delle posizioni contrattuali.

PALABRAS CLAVE: coronavirus; sopravvenienze contrattuali; inesigibilità/impossibilità; proporzionalità; rimedi.

ABSTRACT: *The essay analyses the effects of COVID-19 on contracts. Particular attention is focused on the various hypotheses found. Uncollectable, impossibility, and / or necessary tracing back to proportion of the contractual positions.*

KEY WORDS: *Coronavirus: contractual contingencies; uncollectable/impossibility; proportionality; remedies.*

I. Tra le plurime conseguenze che l'intero globo si trova ad affrontare a seguito della pandemia da COVID-19 sono di notevole importanza quelle relative alle inevitabili ripercussioni sull'esatta esecuzione delle prestazioni dedotte in obbligazione. In particolare, l'attuale situazione sanitaria integra senza dubbio sopravvenienze (per tutti MACARIO, F.: *Le sopravvenienze*, in *Rimedi*, 2, *Trattato del contratto* ROPPO, Milano, 2006, p. 498) che pongono all'interprete interrogativi in merito al destino dei rapporti contrattuali, anche quando, giova precisarlo sin da subito, siano fonte di obbligazioni pecuniarie (in tema ora GENTILI, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", in *Giustiziacivile.com*).

La ricostruzione giuridica rimessa all'interprete si complica poi ulteriormente ove soltanto si ponga mente al fatto che nel contesto odierno sono coinvolti anche provvedimenti dell'autorità tesi a mitigare il contagio e che impediscono determinate condotte. All'operatore giuridico, a fronte dell'accadere del fatto naturale epidemia, unitamente ai successivi e conseguenti atti dell'autorità, si pone innanzi, infatti, la qualificazione del comportamento del debitore, qualora non dovesse tenere una condotta conforme a quanto dedotto in obbligazione e, cioè, in estrema sintesi se il mancato adempimento sia da intendersi legittimo o illegittimo.

Fornire una compiuta risposta a simile interrogativo richiederebbe scandagliare, alla luce della situazione attuale, l'intera disciplina del rapporto obbligatorio e del contratto quale sua fonte, attività ovviamente impraticabile in questa sede. Quel che si può sostenere sin da subito e, che costituisce la premessa del presente lavoro, è la consapevolezza che ogni regolamento contrattuale richiede una risposta diversa al mutato contesto. I tradizionali concetti di impossibilità, imputabilità, responsabilità patrimoniale e di sopravvenienza "quantitativa" e "qualitativa" possono avere latitudini variabili tanto da rendere il regolamento contrattuale conforme o no rispetto all'unitario e complesso sistema ordinamentale.

Proprio la conformità all'unitario e complesso sistema ordinamentale e, dunque, prima di tutto ai suoi principi identificativi, deve essere la via da seguire e, preme sottolinearlo con forza, non soltanto in momenti di emergenza. Stupisce, invero, come parte della letteratura formatasi a seguito della pandemia sembri avere improvvisamente (ri)scoperto la portata applicativa (diretta) dei principi (GUERRINI, L.: "Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia", in *Giustiziacivile.com*; BENEDETTI, A.M.: "Il «rapporto» obbligatorio al tempo

• Erika Giorgini

Ordinario di diritto privato Università Politecnica delle Marche. Correo electrónico: erika.giorgini@univpm.it

dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", *ivi*). L'eccezionalità dei tempi attuali impone probabilmente ponderazioni a livelli diversi dei principi costituzionali che tuttavia sono sempre in campo.

La suddetta eventuale non conformità potrebbe declinarsi in impossibilità sopravvenuta totale o parziale, in eccessiva onerosità sempre sopravvenuta ma anche in una sproporzione ingiustificata del quadro degli interessi regolati dalle parti. Sì che gli eventi dei giorni attuali, pur apparente una sicura causa di impossibilità sopravvenuta, non possono e non devono necessariamente condurre all'applicabilità dei rimedi tipici dell'impossibilità come del pari attente riflessioni vanno svolte anche rispetto a quelle specie di obbligazioni che tradizionalmente non dovrebbero risentire della impossibilità quali quelle generiche e/o pecuniarie.

È stata, peraltro già ben sottolineata la necessità di rinunciare a una disciplina unitaria per accedere invece all'idea che non tutti i crediti sono uguali e che, soprattutto, non lo sono tutti i debitori (Di RAIMO, R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", in *Giustiziacivile.com*).

2. Entrando nel merito, occorre in primo luogo tentare di definire, seppur per sommi capi, quando l'impossibilità da Codiv, una volta ritenuta rilevante per la fattispecie contrattuale in esame (v. *infra*), conduca ad impossibilità o a inesigibilità della prestazione. In una considerevole mole di casi (ancorché dunque non sempre), il fenomeno in parola non integra un mancato adempimento legittimo inquadrabile nell'alveo della discussa categoria della "inesigibilità". A tal proposito, sono, infatti, da seguire le più recenti riflessioni sul tema che qualificano la richiesta creditoria di adempimento nei termini di inesigibile soltanto se sopravvenienze non patrimoniali impongano, nel rispetto dei principi costituzionali, che queste prevalgano sugli interessi patrimoniali sottesy all'esatto adempimento tanto da provocare una vicenda modificativa del rapporto obbligatorio non operante su eccezione del debitore e consistente nella sottrazione al creditore della pretesa di adempimento della prestazione principale (pressoché testualmente CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 23, alla quale si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Sulla prevalenza delle situazioni esistenziali v., in maniera immutata e da sempre, la posizione di PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento civile*, Camerino-Napoli, 1972).

Stante quanto sopra sussistono senza dubbio anche ipotesi in cui debba invece configurarsi l'inesigibilità della prestazione e, cioè, quando la esatta esecuzione comporti anche soltanto la messa in pericolo della salute propria, dei propri collaboratori e della collettività in generale. In tali fattispecie la preminenza

gerarchica di tali valori, proprio in ragione dell'applicabilità diretta dei principi costituzionali (in densa sintesi, PERLINGIERI, P.: "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile", in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.), fa sì che non ci si trovi innanzi neppure ad ipotesi di bilanciamento tra principi posto che questo ne postula al suo fondamento eguale rango di quelli rilevanti nella fattispecie concreta (sul punto, sia consentito il rinvio a GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; GIORGINI, E.: "Ragionevolezza, proporzionalità e bilanciamento", in PERLINGIERI G., D'AMBROSIO M. (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 81 ss.). Dalla compromissione dell'integrità psico-fisica e, dunque, del più ampio diritto alla salute consegue l'inesigibilità della prestazione.

Esempi concreti di simili ipotesi sono tutte quelle esecuzioni che implicano direttamente esporsi o esporre a situazioni di contagio di tal ché andrebbero tacciate di inesigibilità le prestazioni lavorative non svolte in sicurezza o tutte quelle prestazioni dedotte in obbligazione relative agli spettacoli da svolgersi in pubblico e ai viaggi. In quest'ottica, infatti, il legislatore dell'emergenza (v. artt. 88 e 88 bis d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. in l. con modifiche 24 aprile 2020, n. 27) proprio per titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, nonché per l'acquisto di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici ha espressamente statuito che trattasi di impossibilità della prestazione (*rectius* inesigibilità) e ha indicato quale principale rimedio non quelli restitutori, ai quali la risoluzione da impossibilità sopravvenuta avrebbe dovuto tipicamente condurre, ma all'emissione di voucher in sostituzione della pregressa prestazione.

Non sfugge che la casistica da ultimo evocata richiama anche quegli orientamenti giurisprudenziali che indicano "l'impossibilità sopravvenuta del creditore di usufruire della prestazione quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione" (Cass., 20 dicembre 2007, n. 26959, in *Vita not.*, 2008, p. 236; più di recente Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, in *Corr. Giur.*, 2019, 5, p. 717).

3. Diversamente, come si è già anticipato, non sempre l'esecuzione delle prestazioni dedotte in obbligazione, anche in momenti emergenziali, compromette a priori i principi sovraordinati: sia sufficiente immaginare il pagamento di forniture quali energia elettrica, gas, merce già consegnata o già ultimata e pronta per la spedizione, contratti di servizi già svolti e che possono essere svolti anche a distanza. Tra l'altro dal considerevole complesso di norme emergenziali si ricava che la spedizione di merce già pronta è quasi sempre sostanzialmente stata praticabile anche nei periodi di c.d. *lockdown*. Ancora. Alcune attività, contraddistinte con

specifici codici ATECO, non sono state colpite dai provvedimenti di chiusura e, dunque, potrebbero a stretto rigore invocare le ipotesi di inesigibilità di cui al paragrafo precedente, ma non *de plano* quelle di impossibilità, anorché anche queste attività possano aver subito significativi problemi di approvvigionamento o, comunque, avere relazioni commerciali con soggetti sottoposti ai provvedimenti autoritativi.

Sì che difficilmente potranno darsi risposte unitarie. Diverso dovrà essere il destino di una obbligazione di pagamento di fornitura di merce già consegnata nei mesi precedenti e che soltanto il termine di adempimento, magari a favore del debitore, scadeva durante l'emergenza rispetto all'obbligazione di consegna di merce con termine di adempimento all'inizio dell'emergenza e di cui è ragionevole presumere che la produzione sarebbe dovuta già avvenire, rispetto ancora a obbligazioni di pagamento per, ad esempio, attività professionali richieste proprio per fronteggiare l'emergenza. In queste innumerevoli ipotesi, tutte difformi, occorre un significativo apporto dell'interprete al fine di individuare il rimedio più adeguato anche in ragione della non irrilevante considerazione che spesso si tratta di negozi intercorrenti nell'ambito dell'attività d'impresa (GENTILI, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", cit.).

L'estrema varietà di casistica riscontrabile induce ad osservare in prima analisi che la pandemia COVID-19 potrebbe più spesso dare luogo a situazioni attinenti all'eseguibilità della prestazione piuttosto che di totale inesigibilità o ancora più incisivamente di stretta impossibilità (per la distinzione dei concetti v. PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sub artt. 1230-1259, in Comm. c.c. SCIALOJA e BRANCA*, Bologna-Roma, 1975, p. 485).

Un utile ausilio alla corretta qualificazione potrebbe essere la comparazione con il sistema tedesco ove mentre l'inesigibilità di cui si è detto, andrebbe ricondotta nell'alveo del § 275 (3) BGB, le altre casistiche dovrebbe essere collocate ora nel § 275 (1 e 2), ora nel § 313 BGB con evidenti diversi riflessi sugli apparati rimediali possibili.

4. La ricerca del rimedio più giusto da applicare impone riflessioni ulteriori sulla imputabilità. Se non possono esservi dubbi in ordine alla non imputabilità al debitore né dell'evento pandemia (possibile causa di forza maggiore), né del pari dei provvedimenti anche di natura limitativa delle libertà individuali ed economiche (*factum principis*) occorre comunque valutare se il debitore ha utilizzato la diligenza necessaria, in ragione del singolo caso concreto, per impedire (e/o limitare) il mancato adempimento.

La considerazione ha dell'ovvio ma giova ribadirla la non imputabilità del fatto pandemico al debitore non si specchia in automatico sul diverso profilo della non imputabilità del mancato adempimento tanto da escluderne l'inadempimento. Per essere ancora più esplicativi la non imputabilità al debitore dell'evento naturale non è sufficiente, nel vigente regime della responsabilità, ad inferire la non imputabilità e, dunque proprio l'assenza di responsabilità, del mancato adempimento.

Il giudizio da compiere si snoda allora su due diversi ma collegati piani. Occorre verificare se vi sia una diretta incidenza del complesso fenomeno in parola (pandemia e provvedimenti dell'autorità) sull'articolato atteggiarsi della relazione negoziale e, dunque, sul contenuto della prestazione alla luce del canone di diligenza che segna il limite della responsabilità (non si intende in alcun modo né evocare, né prendere parte al concetto, per certi versi ormai del tutto superato, tra concezione soggettive o oggettiva dell'impossibilità, ma imprescindibile sul tema della centralità della diligenza v. almeno GIORGIANNI, M.: *Inadempimento (dir. priv.)*, XX, Milano, 1970).

Non può sfuggire che tale verifica – incentrata giustappunto sugli eventuali limiti alla pretesa creditoria – comporta ovviamente riflessioni diverse in ragione, come già sopra sottolineato, della natura degli interessi e dei principi coinvolti unitamente agli effetti ai quali sono protesi i rapporti negoziali in questione, siano essi reali o meramente obbligatori ponendo particolare attenzione ai contratti a prestazioni corrispettive siano essi ad esecuzione differita o di durata.

In particolare, analizzare gli effetti della pandemia nell'ambito dei contratti sinallagmatici risulta un utile banco di prova proteso a dimostrare che la ricerca del giusto rimedio, ora più che mai necessario, comporta anche svincolarsi dalle più strenue costruzioni dogmatiche in merito alle tradizionali visioni sull'in allora innovativo istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e sulle sue cause (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»", in *Giustiziacivile.com*).

5. Ogni utile ragionamento, infatti in tema di sopravvenienza da Coronavirus deve necessariamente muovere dalla premessa secondo la quale il rischio della pandemia non può genericamente essere attribuibile ad alcuna delle parti, di conseguenza non può automaticamente gravare esclusivamente su una parte traslandone *sic et simpliciter* il danno (WELLER, M.P.: "Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 1021 ss.). Diviene, pertanto, evidente una volta per tutte che la categoria dell'eccessiva onerosità per eventi straordinari e imprevedibili (una sorta di impossibilità "economica" sopravvenuta e non imputabile), tanto più

se conduce alla risoluzione, non è di per sé sola idonea a dare risposte adeguate a situazioni, quale quella attuale, ove non è affatto certo che si possa rintracciare una parte svantaggiata a fronte di una avvantaggiata.

Esempio sin troppo banale, ma in grado di rappresentare efficacemente lo stato delle cose, è il contratto di locazione ad uso commerciale. Ben, infatti, potrebbe non esserci stato il pieno godimento del bene sia a causa delle imposte chiusure, sia nondimeno della comunque sovraordinata necessità di preservare la salute dei frequentatori dei locali, ma il rimedio risolutorio condurrebbe ad esiti contro-funzionali per entrambe le parti: il conduttore perderebbe la disponibilità del bene anche per il futuro (oltre ad averne usufruito, almeno a scopo di deposito, per il periodo di chiusura) e il locatore perderebbe il canone e, anche a voler ipotizzare la praticabilità, in quanto non abusiva, procedura di sfratto, sarebbe comunque complicato immaginare una riallocazione in tempi relativamente brevi del bene presso altri conduttori (CARANCI, A.: "Coronavirus e locazione ad uso commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone?", in *Cedam pluris*).

La stringente necessità, tuttavia, di tutelare il conduttore non potrebbe giustificare la ricaduta dell'intero rischio dell'evento pandemico in capo al proprietario. L'impossibilità di accedere a una simile impostazione sarebbe peraltro confermata da quelle disposizioni di emergenza che hanno proprio previsto l'intervento dello Stato con una concessione, per ora limitata al mese di marzo 2020, di un credito d'imposta pari al 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione (art. 65, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. in l. con modifiche 24 aprile 2020, n. 27).

6. L'assenza di qualsivoglia automatismo – che necessariamente riverbera i suoi effetti sulla necessaria non tipicità dei rimedi e del quale lo stesso legislatore dell'emergenza ha dato ampia prova – è del resto corroborata dall'ulteriore disposizione normativa predisposta *ad hoc* secondo la quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (art. 91, d.l. n. 18 del 2020, conv., con modificazioni, in l. n. 27 del 2020 che ha aggiunto il comma 6 bis all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020, conv., con modificazioni, in l. n. 13 del 2020).

Tale disposto normativo, nel ridurre significativamente il raggio di operatività dei criteri cardine della responsabilità contrattuale, ha senza dubbio prescritto un bilanciamento in concreto dei rispettivi interessi in gioco che tenga conto degli

effetti delle misure di contenimento. Come si è già evidenziato queste ultime hanno avuto differente portata nelle varie tipologie di obbligazione, sì che graverà comunque sul debitore dover dimostrare quanto le misure di contenimento hanno inciso sul mancato adempimento (SPARANO, G.: “Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell’unitarietà”, in *Giustiziacivile.com*), soprattutto quando l’obbligazione è generica non essendo sufficiente, in quest’ultimo caso, limitarsi ad addurre una sommaria mancanza di liquidità (Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Cedam Pluris* nella quale si legge che in materia di obbligazioni pecuniarie la mera impotenza economica non esonera da responsabilità il debitore).

L’esito del prescritto bilanciamento, necessariamente in concreto, potrebbe nondimeno condurre ad un giudizio di non proporzionalità, anche economico, tra le prestazioni che esonererebbe (totalmente o parzialmente), in tempi di pandemia, il debitore dalla responsabilità per inadempimento, salvo che il creditore non accetti o non proponga un diverso assetto degli interessi che riconduca giustappunto a proporzionalità, più che meramente ad equità, le prestazioni dedotte in obbligazione (sia consentito richiamare GIORGINI, E.: “Equità e bagaglio culturale”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 867 ss., ove si rinvia anche per i riferimenti di tutta quella giurisprudenza che si carico degli interessi sottesi alle dinamiche contrattuali).

La ricerca della proporzionalità è quanto mai necessaria e non può e non deve stupire stante proprio l’impossibilità di far ricadere il rischio pandemico su di una soltanto delle parti (da rileggere, specialmente oggi, PERLINGIERI, P.: *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, AA.VV.: *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di L. FERRONI), Napoli, 2002, p. 51, il quale afferma che “l’egualanza, la solidarietà, la ragionevolezza costituiscono da un lato il terreno culturale e normativo costituzionale dal quale trae origine il principio di proporzionalità, dall’altro impongono un atteggiamento negativo verso l’approfittamento dello stato di difficoltà, di bisogno e di necessità e, quindi, verso l’eccessivo squilibrio contrattuale”).

In quest’ottica, peraltro, pare che finalmente si muova anche il governo che ha proposto già circa un anno fa un disegno di legge per la revisione del codice civile nei termini proprio di “prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzionalità tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti” (art. I, comma I, l. i) Ddl n. 1151).

Un’ultima telegrafica annotazione deve essere dedicata alla ragionevolezza dei tempi nei quali può eventualmente essere ottenuta una statuizione da parte del giudice ordinario, vista anche la pressoché totale sospensione dei procedimenti

giudiziali non urgenti. In momenti di assoluta carenza di liquidità, rendere incerti a lungo i pagamenti, non può che pregiudicare ulteriormente la tenuta del sistema economico. Sarebbe pertanto auspicabile che il giudizio prescritto dall'evocato comma 6 bis all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020 possa essere devoluto ad arbitrati amministrati quali quelli istituiti presso le camere di commercio. In tal modo, sarebbe possibile ottenere lodi, secondo diritto, in tempi certi e a costi contenuti (propone commissioni tecniche di arbitratori per le controversie che nasceranno a seguito di rinegoziazione tra le parti IRTI, N.: "Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione", in *Sole24 ore*, 5 maggio 2020).

EL RIESGO DEL CONFINAMIENTO Y LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

THE RISK OF CONFINEMENT AND CONTRACT FRUSTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 284-291

* Muy sinceramente, quiero agradecer, por esta extraordinaria invitación, al Profesor José Ramón de Verda y Beamonte. Representa para el autor de estas líneas un verdadero honor participar en este proyecto.



Francisco José
TERNERA
BARRIOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: En este trabajo se pretende hacer unas breves reflexiones sobre el riesgo del confinamiento y su incidencia sobre la economía contractual a luz del concepto de la fuerza mayor, tanto desde la perspectiva de la obligación correlativa, como desde la de la extinción del entero contrato.

PALABRAS CLAVE: Confinamiento; riesgo contractual; fuerza mayor; frustración del contrato.

ABSTRACT: *This paper aims to make brief reflections on the risk of confinement and its impact on the contractual economy in light of the concept of force majeure, both from the perspective of the correlative obligation, as from the extinction of the entire contract.*

KEY WORDS: *Confinement; contractual risk; force majeure; contract frustration.*

I. Estamos confinados. Por circunstancias ampliamente conocido, un segmento importante de la población mundial, con diferentes dinámicas, está compelida “a vivir en lugar que parece destierro” (Cuervo, R., Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana, Casa Cuervo, Bogotá, 1954, p. 362). En efecto, el verbo “confinar” equivale a “desterrar a alguien a un sitio determinado, no permitiéndole salir de ciertos límites (Molinero, M., Diccionario del uso del español, Gredos, Madrid, 1994, p. 718). Cada uno de nosotros se encuentra “confinado en un taller”, en donde se “suda gotas como el puño, y en su casa y en la ajena su destino es siempre zurdo” (Bretón de los Herreros, M., Obras escogidas, Baudry, París, 1845, p. 453). Esta es pues la panorámica de nuestro mundo en los tiempos del *Covid*. En las siguientes líneas pretendemos relatar algunos aspectos y consecuencias jurídicas del *Riesgo del confinamiento* respecto del mundo de los contratos.

El *Covid*, en efecto, hay confrontado nuestro mundo, nuestra vida. Además de los saldos lamentables en vidas humanas perdidas, en despidos, en negocios malogrados, etc.-, el *Covid* ha tenido un fuerte impacto en el universo de del Derecho privado -especialmente, respecto de los Derechos patrimoniales-.

Así, por ejemplo, en el universo de las *propiedades*, hemos sido testigos de lo siguiente: las ortodoxas clasificaciones de los *bienes* (muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, universales y singulares, etc.) parece no ser suficiente para dar cuenta de las dinámicas socioeconómicas actuales. Hoy, prácticamente todas las operaciones se concentran respecto de bienes *producidos en serie* (consumibles o no- consumibles). En este orden de ideas, es posible imaginar un universo de bienes “finitos”, o mejor aún “*limitados*”, por un lado, e “*ilimitados*”, por otro. Unos y otros, están expuestos a dinámicas de producción y distribución muy distintas. Para nosotros, de alguna manera, con el concepto de bien “*ilimitado*” se evidenciaría lo siguiente: la riqueza, más exactamente la *propiedad*, puede crearse o replicarse una y otra vez, incluso en escenarios tan complejos como el presente.

Desde luego, en el universo de los contratos, las vicisitudes tampoco son menores, a propósito del *riesgo del confinamiento*. A todo nivel escuchamos hablar de despidos, suspensiones de los contratos, su renegociación y, por supuesto, de eventos o hipótesis asociados con la *fuerza mayor*.

• **Francisco José Terner Barrios**

Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor de la Universidad del Rosario de Colombia. Correo electrónico: franciscoternerbarrios@yahoo.com.

Proverbialmente se proponen tres características de la fuerza mayor: *irresistibilidad* (como se infiere de su nombre mismo fuerza mayor, es decir, la imposibilidad en que se encuentra el contratante de impedir la realización del hecho), *exterioridad* (es una *causa extraña*, un evento externo, ajeno a la actividad del contratante y su esfera de control) e *imprevisibilidad* (hablamos de un caso *fortuito*, que no se puede conjeturar). Sin embargo, para nosotros el elemento preponderante es la *irresistibilidad*. En efecto, los eventos irresistibles, incluso siendo previsibles (v.gr. como algunos problemas de orden público) o internos (p.e. la enfermedad), no pueden ser superados.

Para entrar en materia presentamos los siguientes ejemplos. Imaginemos que un local comercial, en un importante centro comercial o en una zona privilegiada de una ciudad, fue arrendado hace varios meses. Su canon, como es razonable, es cuantioso. Desde hace dos meses, por cuenta del *confinamiento*, no puede operar. Otro ejemplo: se contrata con una empresa la venta de determinados productos perecederos. Los mismos, también por cuenta del *confinamiento*, no han podido ser entregados al comprador. De nuevo, otros ejemplos: un prestador de servicios no ha podido ofrecer a su contraparte su comportamiento prometido, un mandatario tampoco ha podido extender al mandante su encargo, un corredor no ha podido finiquitar un contrato entre dos extremos negociales, etc. Todo por cuenta del *confinamiento*.

Respecto de estas hipótesis, desde luego, nos preguntaríamos lo siguiente: ¿El *confinamiento* puede recibirse como una fuerza mayor? ¿debe el arrendatario o el comprador o los otros contratantes cumplir con sus respectivas obligaciones? ¿Se entiende terminado el contrato con la ocurrencia del *confinamiento*? Naturalmente, como ya se ha anticipado, la única respuesta posible no podría ser la siguiente: todos estos convenios -inevitablemente- se entienden aniquilados por fuerza mayor. En las siguientes líneas, exclusivamente, nos ocuparemos de esta eventual consecuencia: El *confinamiento* recibido como una fuerza mayor. Hablaremos de sus consecuencias respecto de la obligación correlativa (A) y sobre el contrato mismo (B).

2. (A). De manera concreta, dado el carácter estrecho de estas líneas, debemos plantearnos lo siguiente: el reconocimiento del *Confinamiento* como fuerza mayor -en el caso concreto- no solamente significa la liberación de un deudor contractual. También impone que el Riesgo sea asumido por alguno de los contratantes.

Así, por ejemplo, si el acreedor de esta frustrada obligación es mantenido en su compromiso, el riesgo del *confinamiento* correría por su cuenta. De acuerdo

con esta regla, el acreedor estaría obligado a cumplir su prestación sin recibir nada a cambio (puesto que la obligación del deudor se extinguió). Hablamos de la regla *res perit creditoris* (en este caso la *res* sería la obligación frustrada). Si, por el contrario, el acreedor es liberado de su respectiva obligación, los Riegos de la fuerza mayor los asumiría el deudor, que perdería la oportunidad de lucro, los actos preparatorios, las ejecuciones previas, etc. Se trataría pues, de la regla *res perit debitoris*.

En primer lugar, la regla *res perit creditoris*, además de estar vinculada con la entrega de cuerpos ciertos -traslatica o no traslatica de dominio-, también puede estar relacionada con fuerzas mayores que no constituyen destrucciones de bienes materiales. Por ejemplo, respecto del contrato de fletamiento, se suele determinar que el fletero estará obligado a pagar el flete cuando por hechos fortuitos, como el riesgo de mar o las órdenes de autoridad nacional o extranjera, el fletante no pueda realizar el viaje o los viajes establecidos en el contrato.

Como se sabe, la regla *res perit creditoris* adoptada por el legislador revela una política legislativa. Fue establecida tanto respecto de casos generales como particulares. Con ella, el legislador ha decidido -sin perjuicio de que sea cambiado por el clausulado contractual- mantener vigente la obligación que no sufrió vicisitud alguna y, por consiguiente, la convención misma.

En segundo lugar, según la regla *res perit debitoris*, el acreedor de la obligación que se extinguió por la fuerza mayor queda también exonerado de cumplir su propio compromiso.

En esta dinámica, se asegura que, siempre que el deudor esté en mora de entregar un cuerpo cierto, asumiría el riesgo de la pérdida del bien, a menos que la fuerza mayor que destruyó el bien también lo hubiese destruido en las manos del acreedor. Respecto de la compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Viena adopta soluciones análogas (ídem arts. 67-69).

Ahora bien, en el contrato de arrendamiento, en las normativas se suele prever que, desde el momento de la destrucción total del bien o la extinción fortuita del derecho real del arrendador, cesan las obligaciones de las partes. Es decir, el arrendatario, acreedor de la obligación imposible —la permisión del goce del bien—, es liberado de su respectivo compromiso.

Naturalmente, para el caso por ejemplo del arrendamiento de locales comerciales, el Riesgo del confinamiento propone retos plurales, incluso diferentes de los planteados. Así, por ejemplo, cabrían las siguientes cuestiones: la transformación de la naturaleza del local ¿puede recibirse como su destrucción?

Las restricciones de su vocación comercial ¿pueden recibirse como hipótesis de destrucción?

Al mismo tiempo, en el contrato de arrendamiento de servicios materiales, en las normativas se suele determinar que la destrucción de los materiales por el caso fortuito priva al artífice de su remuneración. En este caso, también, el acreedor de la obligación imposible -la confección de la obra material-, quien encargó la obra, es exonerado de su obligación. Estas soluciones se podrían extender a contratos como el depósito civil remunerado.

Por lo demás, con esta regla de la teoría de los riesgos se extienden al acreedor los mismos efectos liberatorios que se ofrecen al deudor de la obligación destruida por la fuerza mayor. Su justificación principal se encuentra en la noción de la *causa de la obligación*.

3. (B) Los riesgos pueden ser vistos, en algunos casos, como normas extintivas del contrato. Nos corresponde, pues, examinar cuándo su aplicación impone la destrucción del contrato y cuándo sus efectos no imponen la terminación de la convención.

Por un lado, en algunos casos, los riesgos se nos presentan como normas extintivas del contrato. Esta terminación opera de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaración judicial, diferenciándose de la nulidad y resolución. Esta terminación del contrato se impone siempre que se acoja la regla *res perit debitori*. Desde luego, en el caso concreto, el juez siempre podría verificar la realización de la *fuerza mayor* que dio lugar a la aplicación de la norma extintiva.

Por otro lado, en los casos en los cuales se acoge la regla *res perit creditoris* la extinción de la obligación del deudor por fuerza mayor no tiene como consecuencia la terminación del contrato, pues el acreedor continúa obligado. Es decir, en estas hipótesis, el *confinamiento* no constituiría una *norma extintiva* del contrato. La convención seguiría existiendo entonces hasta que se extinga la obligación pendiente del acreedor.

Sobre el particular, nos preguntamos si el acreedor de la obligación que se extinguío por fuerza mayor podría servirse de mecanismos de justicia privada como la excepción de inejecución o exceptio non adimpleti contractus -con sus efectos dilatorios-. Al respecto, pensamos que estas medidas sancionan el incumplimiento de una de las partes. En el caso concreto, en el escenario presentado, no se verificaría este relatado incumplimiento.

Para terminar, de manera excepcional, puede suceder que la fuerza mayor no extinga la obligación. Hablamos de las denominadas *obligaciones de garantía*. En esta hipótesis, las normas del Riesgo no se aplicarían (en su lugar, seguirían vigentes las normas de la estructura obligacional y responsabilidad civil). A guisa de ejemplo, podríamos hablar de las obligaciones relacionadas con bienes fungibles o de género, que no se ven afectadas por la realización de la fuerza mayor (*genus nunquam perit o genus perire non censem*). La fuerza mayor tampoco tiene efectos extintivos cuando se concentra exclusivamente sobre alguno de los cuerpos ciertos o de las conductas plurales no traslaticias que se deben de manera alternativa. En efecto, existiendo por lo menos algún objeto *in obligatione*, el deudor siempre podrá cumplir con su obligación.

4. Algunas de las dinámicas que hemos relatado se sintetizan así. Si en el caso concreto, el *confinamiento* es recibido como una fuerza mayor, la obligación que deviene como imposible se destruye. En este escenario, el deudor de esta obligación imposible no es señalado como responsable. Hay, desde esta óptica, una dinámica “plural” de consecuencias.

Los efectos son *totales* cuando varias normas contractuales operan: normas relacionadas con la estructura obligacional, sobre la responsabilidad y la fuerza mayor. Al lado de la obligación imposible –cuyo objeto se destruyó sin responsabilidad del deudor–, también se extingue la obligación correlativa. De manera puntual se produce la *liberación* de uno de los contratantes porque su obligación se extinguió, su exoneración de toda responsabilidad y la derivada muerte de la obligación correlativa. La liberación del primer contratante es refrendada con la emancipación de su contraparte. En esta dinámica, las normas de la *responsabilidad civil* son de “primer orden” y aquellas del del Riesgo de “segundo orden”. Si no hay exoneración del primer contratante no puede operar la segunda liberación. Es el caso, precisamente, de las obligaciones de *garantía* (v.gr. obligaciones alternativas).

Los efectos son *parciales* cuando el riesgo del *confinamiento* únicamente produce efectos sobre la obligación imposible. En efecto, el deudor de la obligación imposible se libera. Por el contrario, la obligación correlativa y el contrato mismo perviven. Las consecuencias son, pues, destrucción de la obligación imposible, exoneración de responsabilidad del deudor de la obligación imposible y regla del riesgo *res perit creditor*.



CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: DESCUMPRIMENTO E FORÇA MAIOR

CONTRACTS IN PANDEMIC TIMES: NONCOMPLIANCE AND FORCE MAJEURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 292-299

Carlos Edison
DO RÊGO
MONTEIRO
FILHO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Diante dos efeitos devastadores da crise mundial, faz-se necessário tomar a alteridade como chave da resolução de problemas, conforme os influxos da boa-fé objetiva, expressão da solidariedade constitucional. As soluções devem ser preferencialmente construídas entre as próprias partes, em processo de autocomposição espontâneo ou encorajado pelo Estado (nudge). Evidenciado o conflito, todavia, a apreciação da dirimente de força maior não deve conduzir a um resultado único. Em sentido oposto, cada solução levará em conta os diferentes graus de impossibilidade da prestação, em função das circunstâncias e fatores que incidem, em concreto, na relação negocial em análise, à luz das previsões de seu próprio regulamento de interesses e dos valores do ordenamento jurídico brasileiro.

PALABRAS CLAVE: Impossibilidade; gradações; força maior; requisitos; controle funcional; autonomia privada e atividade legislativa de emergência.

ABSTRACT: *Facing the devastating effects of the global crisis, otherness (alterity) must be taken as a key for problem solving, according to the influxes of objective good faith, expression of constitutional solidarity. The solutions ought to be built between the parties themselves, in a spontaneous process of self-composition or encouraged by the state (nudge). In case of conflict, however, the appreciation of the force majeure must not lead to an only result. In an opposite sense, each solution will take into account the different degrees of inability to fulfill the installment, according to the circumstances and the factors that fall upon, specifically, the analyzed contract, in the light of the terms of the agreement and the values of the Brazilian law system.*

KEY WORDS: *Impossibility; gradations; force majeure; requirements; functional control; private autonomy and emergency legislative activity.*

I. Em tempos de crise, natural que as atenções convirjam para o momento patológico do negócio jurídico e, em especial, para as diferentes espécies de impossibilidade – tema, de resto, pouco desenvolvido, até a disseminação da peste, pela doutrina brasileira, salvo poucas exceções. Assiste-se, a partir de então, à proliferação de textos sobre variabilidades do descumprimento, nos quais se verifica certo consenso em torno da ideia de que os efeitos negativos provocados pela COVID-19 nas relações contratuais não conduzem a único resultado.

De fato, a depender da composição de interesses atingidos, no concreto programa contratual em análise, diversa será a qualificação do fato jurídico pandemia (a deflagrar, conforme o caso, hipóteses de resolução, resilição, revisão, redução, suspensão, sub-rogação, negociação, mediação etc). Em outras palavras, apenas tendo em mente a causa, a função negocial aferida no dinamismo da relação em concreto, é que se pode delinear o exato efeito do lamentável evento sobre a base do pacto em foco.

Na prática, uma vez invocada a excludente pelo devedor que descumpre a obrigação, à indagação de a pandemia constituir força maior não se responde, como se vê, em unívoco. Claro que, dadas as dimensões superlativas do problema, os requisitos necessariade e inevitabilidade muito provavelmente ter-se-ão por cumpridos (como se verá a seguir), algumas vezes por fato do princípio. Porém, somente em concreto pode-se construir resposta adequada às circunstâncias de cada espécie, em especial levando-se em consideração a “pluralidade de fatores vinculados ao deslinde do caso”. A enumeração é aberta e as circunstâncias são indissociáveis de apreciação global, mas, para fins didáticos, apresento-os divididos aqui em três blocos: (i) suporte fático, (ii) regramento contratual e, em particular, (iii) disciplina legislativa emergencial.

Quanto ao primeiro grupo, o intérprete deverá observar: o modo e o tempo em que os efeitos do ciclo epidêmico alcançam as prestações pactuadas; os possíveis meios alternativos de execução da prestação; os abalos do mercado em que se insere a atividade em análise; o eventual aumento do custo de insumos necessários à produção convencional, ou sua possível substituição por equivalentes (cujo exemplo de destaque tem-se nas obrigações genéricas – art. 246, Código Civil do Brasil - CCB) etc. Do segundo, tomará em consideração a presença de cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade; cláusulas de “hardship”; cláusulas

• **Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho**

Professor Titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: carlosedison@cerm.adv.br

de garantia; cláusulas de força maior; cláusulas penais; cláusula resolutiva expressa; cláusulas de mediação, conciliação e arbitragem; entre outras. Na síntese dialética fatualidade-normatividade (indissociáveis), o operador analisará os termos da estipulação contratual e sua natureza (contrato benéfico, paritário, de consumo), em meio às circunstâncias irrepetíveis que individualizam cada pactuação (eventual mora de uma ou de ambas as partes; os limites de sacrifício exigível do devedor), sem descurar da equação negocial no equilíbrio funcional do contrato.

O itinerário se completa com um terceiro fator a ser levado em conta no processo interpretativo, particularmente relevante no período pandêmico. Regimes legislativos emergenciais têm formulado políticas públicas que aportam benefícios às relações privadas, tais como empréstimo subsidiado, flexibilização do ambiente regulatório, subvenção de capital público, isenção fiscal, ou mesmo indenização securitária. Nesse quadrante, saber-se se um dos contratantes recebeu vantagem direta ou indireta constitui variável *sine qua non* na apreciação funcional do caso, sob pena de enriquecimento sem causa (CCB, art. 884) – situação ordinariamente normatizada em ordenamentos europeus que a denominam *commodum* de representação.

2. Ainda no ponto de vista aplicativo, regra geral das hipóteses de caso fortuito e força maior no ordenamento brasileiro firma a isenção de responsabilidade do devedor pelos prejuízos sofridos pelo credor decorrentes do incumprimento involuntário (CCB, art. 393). Trata-se de causas de exoneração que – diferentemente da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular do direito, aptos a afastar a culpa – atuam no âmbito do nexo de causalidade, provocando seu rompimento, alheio à vontade do devedor, na cadeia normal de acontecimentos, razão pela qual caso fortuito e força maior mostram-se eficientes mesmo em ambientes de responsabilidade objetiva.

Seja como for, para configuração das aludidas excludentes, o ordenamento brasileiro elenca dois requisitos a partir do comando normativo do parágrafo único do mesmo artigo 393. O primeiro requisito consiste na “necessariedade” e se relaciona ao “modo de produção do fato impositivo em si”, que deve ser externo em relação à situação subjetiva das partes contratantes, as quais não concorrem para sua configuração. A pandemia da COVID-19 parece preencher o requisito da necessariedade, vez que se trata de acontecimento superveniente de origem externa à relação jurídica travada.

O segundo requisito, a “inevitabilidade”, sede de mais acirradas discussões, diz respeito aos “efeitos da ocorrência superveniente” na relação jurídica em concreto. Dessarte, havendo meios razoáveis e exigíveis de o devedor impedir

que o fato necessário provoque efeitos prejudiciais na escorreita execução da prestação, deverá assim agir sob pena de inadimplemento. Como mencionado anteriormente, a pandemia da COVID-19 em princípio parece preencher também o requisito da “inevitabilidade”, dado que os efeitos se projetarão na relação negocial independentemente da atuação diligente das partes em evitá-los ou atenuá-los, ressalvadas circunstâncias avaliadas em concreto que indiquem o contrário.

Isso não significa, no entanto, que eventual impossibilidade de prestação será sempre causa de extinção da obrigação. Em breve esboço de uma teoria, as impossibilidades de cumprimento parecem apresentar, no rigor técnico, “diferentes graus” de incidência na concreta relação negocial. Pondo-se em escala, em primeiro plano tem-se a impossibilidade subjetiva em obrigações fungíveis, a resultar em eventual desempenho da prestação por terceiro, substituto do devedor, às expensas deste (CCB, art. 249); nas infungíveis, passo adiante, aflora o debate do “limite de sacrifício/exigibilidade” impostos ao devedor, à luz dos princípios contratuais contemporâneos. Em seguida, passa-se às impossibilidades temporárias, as quais, por atuarem como “fatores de diferimento de eficácia”, podem indicar redução da contraprestação, prorrogação de prazos, ou eventualmente suspensão de pagamento. Em nível mais avançado, encontram-se as impossibilidades parciais que, a depender da gravidade, à luz e em função do interesse útil do credor, podem sinalizar distintas consequências, desde a redução do programa contratual à parte aproveitável (CCB, art. 184) até a revisão (CCB, art. 317), ou mesmo a resilição, e a resolução dos contratos (CCB, art. 478). E, finalizando a graduação, destaca-se a impossibilidade definitiva, apta a exonerar o devedor, libertando-o de quase todas as consequências do inadimplemento (CCB, art. 393).

O debate que aqui se trava, a rigor, para além do cumprimento estrito dos requisitos de deflagração das excludentes – “necessariedade” do fato e “inevitabilidade” dos efeitos – gira em torno do “controle funcional do negócio em sua integralidade” diante do grau da impossibilidade e da atuação das partes no mister de evitar ou minorar possíveis efeitos prejudiciais em cada situação jurídica subjetiva. Ganha relevo, em particular, a função de regra de conduta que emana do princípio da boa-fé objetiva, no controle dinâmico do processo obrigacional.

3. A matéria de riscos, responsabilidades e sua gestão encontra-se no seio da autonomia privada, cabendo precipuamente às partes contraentes o modo pelo qual decidem se autorregular. A quem se imputarão riscos, a troco de que, é decisão que compete aos autores de cada negócio, na elaboração do concreto regulamento de interesses, e não ao legislador ou ao juiz.

Tal processo, de todo modo, não se dá ao alvedrio absoluto das partes. O operador do direito não pode descurar aqui da natureza dos valores e interesses em jogo em cada negócio. Assim, precisará distinguir entre contratos paritários e desiguais; entre vulnerabilidade patrimonial e existencial; entre bens e direitos disponíveis e indisponíveis; entre titularidades públicas e privadas; entre pessoas jurídicas e naturais; entre contratos de adesão ou de livre negociação e assim por diante.

Ademais, deve pautar-se pela observação das cautelas previstas em lei. Nesse sentido, o *caput* do artigo 393 do Código Civil, corolário dos princípios da boa-fé objetiva e da solidariedade social, exige que a assunção do risco de fortuito e de força maior seja expressa.

A gestão não pode, também, afastar normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor, que, com o fim de corrigir desequilíbrio existente na relação consumerista, reputa nulas cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor”. Em casos “justificáveis” e que o consumidor seja “pessoa jurídica”, a indenização poderá ser “limitada” (CDC, art. 51, inciso I e 25, *caput*).

Acrescente-se, ainda, que apenas os “riscos patrimoniais” podem ser distribuídos pela autonomia privada, pois admitir que a vítima assuma potenciais “riscos existenciais” que fossem objeto de barganha durante a negociação representaria manifesta violação à dignidade da pessoa humana (Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, art. 1º, inciso III).

Por fim, a imputação de riscos deve dar-se de molde a observar o “equilíbrio funcional” da relação em concreto, com fundamento na solidariedade social (CRFB, art. 3º, inciso I), à luz da complexidade da relação em sua inteireza e para além da caracterização econômica, cuja vertente mais comum diz respeito aos binômios clássicos preço-serviço ou preço-coisa. Desse modo, para que seja merecedora de tutela à luz dos valores do ordenamento, fundamental que a equação contratual que dela resulta, independentemente do mérito de se ter efetivado uma melhor ou pior negociação, atue “no sentido de repelir o desequilíbrio disfuncional”.

4. A contingência do novo coronavírus, de outro turno, fez eclodir, tanto no plano interno como nas experiências estrangeiras, iniciativas legislativas a regular, no direito público e no privado, o problema da pandemia. No Brasil, vigora, desde 7 de fevereiro de 2020, data da publicação da Lei 13.979/2020 (que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública), conjunto de dispositivos específicos acerca do problema, (o Decreto Legislativo nº 6, de

20.3.2020, reconhece “estado de calamidade pública”, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000), havendo outros tantos em tramitação.

O Projeto de Lei nº 1.179, de 2020, por exemplo, aprovado no Senado Federal e em trâmite na Câmara, institui regime jurídico emergencial transitório para o direito privado. Da louvável iniciativa parlamentar, colhe-se a preocupação do projeto e bem assim do substitutivo que lhe sucedeu em não revogar leis vigentes, mas tão só normatizar pontualmente relações de direito privado, no interior dos limites temporais assinalados. Com tal desiderato, destacam-se, de suas previsões específicas, a suspensão ou impedimento, conforme o caso, dos prazos prescricionais, assim como dos prazos de aquisição de propriedade por usucapião, a partir da vigência da lei até o dia 30 de outubro de 2020.

O indigitado projeto cuida, ainda, dos temas da resilição, resolução e revisão dos contratos (arts. 6º e 7º). A proposta de exclusão, “tout court”, de revisão e resolução dos contratos em hipóteses de aumento da inflação, de variação cambial, de desvalorização ou de substituição do padrão monetário, embora calcada em posicionamentos que se extraem de decisões judiciais prevalecentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e de parecer tentar conter uma esperada hiper judicialização, esbarra no problema da inviabilidade de o legislador, em abstrato, classificar fatos futuros e definir aprioristicamente o que seja fator capaz de deflagrar revisão, resolução do negócio ou o que constitui caso fortuito ou de força maior. Como demonstrado, apenas à luz das circunstâncias do caso concreto será possível averiguar se a superveniência desses fatos se mostra capaz de preencher os requisitos previstos no artigo 478 do Código Civil Brasileiro a ensejar resolução por onerosidade excessiva, ou revisão judicial dos contratos (art. 317, CCB), ou, ainda, caso fortuito e força maior (art. 393, CCB). A preocupação em marcar a não retroatividade dos efeitos do fortuito e da força maior destina-se a evitar o aproveitamento oportunista da invocação das excludentes, o que de certa forma reforça a regra, relativa ao devedor moroso, da *perpetuatio obligationis* (art. 399, CCB).

Editada em 8 de abril, a Medida Provisória 948 dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura por conta do estado de calamidade. A dicção dos comandos normativos articulados pela MP privilegia e incentiva a realização de acordos entre fornecedores e consumidores – como a remarcação de serviços e eventos, e disponibilização de crédito para uso posterior. Enorme preocupação tem causado, no entanto, a dicção de seu artigo 5º, com a seguinte redação: “as relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Trata-se de dispositivo de todo criticável. Em primeiro lugar, constata-se certa atecnia do texto ao estabelecer que relações de consumo “caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior”. A relação jurídica, por definição, jamais constituirá caso fortuito ou força maior. Tais são qualificações de eventos supervenientes cujos efeitos em concreto projetam-se sobre a relação, como visto. Ainda mais grave, porém, é a inconstitucional tentativa de afastamento de direito fundamental à reparação de danos morais, por meio de Medida Provisória. A estapafúrdia previsão vai de encontro à tutela preferencial da pessoa humana e ao princípio da reparação integral.

5. Enfim, a administração dos efeitos devastadores da crise mundial impõe pauta que tome a alteridade como chave da resolução de problemas, conforme os influxos da boa-fé objetiva, expressão da solidariedade constitucional, e preferencialmente por meio de soluções construídas entre as próprias partes, em processo de autocomposição espontâneo ou encorajado pelo Estado (*nudge*).

Para as demandas não alcançadas pela incentivada desjudicialização, e em que se discuta a configuração da força maior e seus limites, o intérprete não deverá proceder de modo abstrato em busca de simples soluções apriorísticas, próprias dos raciocínios subsuntivos – não há mesmo como fixar em lei (ou, pior ainda, em medida provisória) o que seja evento de força maior. Na direção oposta, construirá sua convicção sobre a invocação da dirimente atento aos diferentes graus de impossibilidade da prestação, em função das circunstâncias e fatores que incidem, em concreto, na relação negocial em análise, à luz das previsões de seu próprio regulamento de interesses e dos valores do ordenamento jurídico brasileiro.

PANDEMIA E CONTRATTO. ALCUNE PROPOSTE PER IL CONTENIMENTO DELL'INCERTEZZA

PANDEMIC CONTRACT LAW. SUGGESTIONS FOR REDUCING LEGAL UNCERTAINTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 300-313



Edoardo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il diritto dei contratti ambisce sempre a preservare continuità e certezza dei rapporti. La pandemia è però un'emergenza senza precedenti (per lo meno contemporanei) e chiede all'interprete uno sforzo supplementare perché la soglia di continuità e certezza resti alta, tanto per i rapporti instaurati nel corso della crisi, quanto per quelli già in atto ma destinati a perdurare. Le risposte devono fondere le regole in vigore per i tempi ordinari con quelle imposte dall'emergenza, senza incrinare ma anzi rinsaldando il valore del contratto come ordinamento dei privati.

PALABRAS CLAVE: Pandemia fonte del diritto; buona fede; conclusione del contratto; trattative; annullamento; impossibilità.

ABSTRACT: Contract law always aims at ensuring the continuity and certainty of relationships. Pandemic, though, is an unprecedented emergency (at least nowadays) and demands an extra effort to maintain such values at a high threshold, both in before-the-crisis and in during-the-crisis relationships. The answers must merge the rules in force in ordinary times with the ones imposed by emergency, by strengthening rather than undermining the role of contract as private ordering.

KEY WORDS: Pandemic as a law source; good faith; formation of contract; negotiations; voidability; impossibility to perform.

I. L'emergenza in atto sembra rendere ogni domanda più scoperta, spogliare ogni problema dei suoi filtri, parlare direttamente allo spirito dell'interprete. Alle prese con una realtà naturale e sociale improvvisamente mutata, egli è nudo dinanzi all'enormità del fatto. La pandemia è pur sempre un fatto, ma assai diverso da tutti gli altri per quantità e qualità, una repentina e radicale metamorfosi dell'io e del noi: sospensione, paura, abbandono. La vita è sospesa perché la pandemia ha creato un non-tempo e un non-luogo, sicché il "dopo", a volerlo immaginare, pare più un ritorno al passato che non un procedere verso il futuro; paura perché il nemico è invisibile e sconosciuto, terrore del contagio ma anche delle conseguenze economico-sociali, ancora incalcolabili ma sicuramente gravi; abbandono perché sembra che ognuno debba salvarsi da solo, che la politica, il *welfare*, il prossimo possano troppo poco (e cade l'illusione "di rimanere sempre sani in un mondo malato": così Papa Francesco il 27 marzo 2020, <https://www.vaticannews.va/it/papa/news/2020-03/papa-francesco-omelia-testo-integrale-preghiera-pandemia.html>). Il distanziamento sociale imposto dalle misure di prevenzione dà riscontro visivo a queste sensazioni negative e le ingigantisce (CARDINI, F.: "Il potere e l'emergenza", in <https://www.ariannaeditrice.it/articoli/il-potere-e-l-emergenza>), anche se non mancano sorprendenti appelli alla normalità o alla normalizzazione (come la recente "Lettera aperta al Presidente del Consiglio", https://generazionifuture.org/bacheca/lettera_aperta.php).

Tutto ciò parla all'interprete senza fronzoli né tecnicismi, lo interroga perché dia risposte altrettanto scoperte, lo mette faccia a faccia con l'enormità naturale e sociale della pandemia. Ecco che la sua reazione dev'essere proporzionata, i suoi arnesi numerosi ed incisivi, il metodo perfettamente commisurato alla materia (per tutti, PERLINGIERI, P.: "Colloquio su [Scienza del] Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri [Napoli, 27 giugno 2017]", in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1130 ss., in particolare pp. 1172-1173). Se quest'esigenza è condivisa, si conceda alla pandemia il rango che le spetta, vale a dire quello di fonte-fatto, muta sì ed informale, ma pur sempre fonte (ORLANDI, M.: "Forza normativa della descrizione", in AAVV.: *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA), Torino, 2016, pp. 176-177 e 179 ss.; tema sterminato: SACCO, R.: "Il processo ermeneutico", in ALPA, G., GUARNERI, A., MONATERI, P.G., PASCUZZI, G. e SACCO, R., *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1999, pp. 243 ss.). A meno di non ripetere, col "legismo" tramontato del secolo scorso, che fonte è solo ciò che compare nella gerarchia istituzionale degli atti normativi o che non c'è fonte senza scrittura

• **Edoardo Ferrante**

Associato di diritto privato dell'Università di Torino. Correo electrónico: edoardo.ferrante@unito.it

o senza mediazione politica (approccio desueto, come denuncia PERLINGIERI, G.: *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 23 ss.).

La pandemia è fonte perché attraverso la lente dell'interprete induce *omissio medio* alla costruzione di norme, che devono amalgamarsi col resto ma non mancano per questo d'innovare l'ordinamento. Ebbene, che cosa deve restituire la lente dell'interprete una volta posata sulla fonte-pandemia? Regole capaci di governare la transizione riempiendo il tempo sospeso, attuttendo la (possibile) degenerazione del vivere associato e dell'economia, avvicinando i soggetti malgrado il distanziamento sociale. E qui spicca il diritto privato, custode della continuità dei rapporti, che vivono e crescono comunque, anche nella catastrofe, anche nella pandemia.

Le pagine che seguono sono dedicate a qualche proposta in tema di contratto. Per ragioni di brevità il discorso punterà alla parte generale, dove la fonte-pandemia può dispiegarsi in tutta la sua ampiezza e profondità. Un primo gruppo di proposte attiene al contratto stipulato nel corso dell'emergenza, altro gruppo al contratto preesistente ma destinato ad essere eseguito durante la crisi.

Per l'attuale emergenza sanitaria da COVID-19 questa linea di demarcazione può coincidere con la dichiarazione ufficiale di pandemia resa dal Direttore Generale dell'OMS il giorno 11 marzo 2020 (<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-COVID-19---11-march-2020>). Altrettanto stipulativamente l'emergenza potrà dirsi conclusa quando l'OMS riterrà di pronunciare una contro-dichiarazione di esaurimento del fenomeno. Inizio e fine della pandemia segnano come una parentesi entro cui collocare le proposte, le quali non hanno alcuna pretesa di valere per il "dopo".

2. È quasi scontato muovere dalla buona fede oggettiva e trarvi qualche spunto utile alla ricucitura dello strappo. Meglio di qualsiasi altra norma la clausola generale mette in comunicazione diritto scritto e diritto "vivo", ordine formale e ordine ancora informe (AA.VV.: *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto* (a cura di F. Ricci), Milano, 2018). Guardando all'art. 1337 c.c., si provi a divaricare il ragionamento lungo i due distinti profili del negoziato e del procedimento di conclusione del contratto.

Quanto alla conclusione, la pandemia fa entrare nell'itinerario dell'accordo occasioni più numerose ed iniezioni più massicce di buona fede. Solo qualche esempio.

La proposta dovrebbe stimarsi in linea di principio irrevocabile, per lo meno quando caratterizzata dall'assegnazione di un termine per accettare. In tempi ordinari il dato non è predicabile ed anzi la lettera di legge lascia intendere il contrario: l'irrevocabilità è subordinata dall'art. 1329, comma 1, c.c. ad un'espressa rinuncia alla facoltà di revoca, anche in forma non sacramentale – *rectius* all'obbligo di “mantenere ferma la proposta per un certo tempo” –, mentre la pura fissazione di un termine è resa compatibile dall'art. 1326, comma 2, c.c. con la revocabilità della proposta (Cass. 11 gennaio 1990 n. 41, in *Corr. giur.*, 1990, pp. 842 ss.). Se dunque occorre un termine perché la proposta divenga irrevocabile – ma non è pacifico (BENEDETTI, A.M.: *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, pp. 120 ss.) –, non tutte le proposte a termine potrebbero dirsi, per ciò stesso, irrevocabili. Regole dibattute già in linea generale, ma che divengono irragionevoli in caso di contratto perfezionato durante la pandemia.

L'aspirazione alla maggiore sicurezza del traffico, alla rafforzata comprensione reciproca, al più saldo affidamento in contesti comunicativi ed emotivi disagiati, in poche parole alla buona fede, depongono a favore di un *délai moral*, per lo meno quando la proposta contenga un termine per l'accettazione o abbia altrimenti indotto l'oblato a confidare senza colpa nella sua stabilità (e i modelli non mancano, come l'art. 16, § 2, della Convenzione di Vienna e l'art. 32, comma 3, lett. b e c, CESL: già HENRICH, D.: “Unwiderrufliches Angebot und Optionsvertrag. Eine rechtsvergleichende Betrachtung”, AA.VV.: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (a cura di ZIMMERMANN, KNÜTEL, MEINCKE), Heidelberg, 1999, pp. 210 ss.; e poi FERRANTE, E.: *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, Napoli, 2018, pp. 171 ss.). Detto altrimenti in tempo di pandemia la proposta si presume negozio di configurazione, anche quando occorra forzare moderatamente la volontà del proponente per salvaguardare appieno l'affidamento dell'oblato. D'altro canto l'emergenza sanitaria ha fatto esplodere il commercio elettronico, ove la revoca della proposta (così come dell'accettazione) è senz'altro “vietata” per ragioni tecniche – ancora dominanza della τέχνη (IRTI, N.: “Destino di Nomos”, in CACCIARI, M. e IRTI, N.: *Elogio del diritto*, Milano, 2019, pp. 126-129) –, un contrarre inibito da assetti materiali inconciliabili col mutamento di vedute.

Come noto se la proposta è a termine e l'accettazione tardiva, il contratto non è concluso, a meno che il proponente non ritenga efficace pure l'accettazione tardiva e ne dia immediato avviso a controparte (art. 1326, comma 3, c.c.). Ora, posto che in tempeste pandemica la proposta a termine deve sempre stimarsi irrevocabile, buona fede vuole che la tardività dell'accettazione sia sempre seguita da un avviso del proponente: o per comunicare all'oblato che il contratto è concluso malgrado il ritardo; o per confermare che il ritardo ha impedito al contratto di formarsi. Il dialogo, l'interazione, lo scambio informativo fra le parti si fanno disagi evoli, l'indugio nel dichiarare può facilmente dipendere da circostanze

impellenti ed ingovernabili, dal cattivo funzionamento dei mezzi di comunicazione e trasporto ma ancor prima dal caos organizzativo che investe l'impresa e la persona. La fonte-pandemia, mediata dalla buona fede *in contrahendo*, incita il proponente a "parlar chiaro", sia quando voglia fare propria l'accettazione tardiva, sia quando preferisca confermarne il definitivo rigetto.

Discorso analogo varrà per l'asimmetria della forma, cui allude l'art. 1326, comma 4, c.c. Se la proposta richiede una forma determinata per l'accettazione e questa giunge al proponente in una forma diversa, il proponente medesimo dovrà comunque esprimersi, sia quando reputi di fare propria l'accettazione carente di forma, cosa che non può rimanere sottaciuta (per analogia a quanto prescritto dall'art. 1326, comma 3, c.c.), sia quando occorra attestare a controparte l'inconcludenza dell'accettazione per ragioni di forma. La pandemia esige una parola in più, in un senso o nell'altro, per rimuovere dubbi che in contesti fisiologici possono tollerarsi ma che nell'emergenza devono sparire una volta per tutte.

Qualche esempio può riguardare anche i metodi semplificati di conclusione, vale a dire l'esecuzione prima della risposta dell'accettante ex art. 1327 c.c. ed il silenzio-assenso impersonato dall'art. 1333 c.c.

I presupposti alternativi dell'accettazione semplificata, vale a dire richiesta del proponente, natura dell'affare ed usi, dovrebbero ridursi a due: per ovviare alla loro caratteristica indeterminatezza, la richiesta del proponente dovrebbe ammettersi soltanto quando in linea con la natura dell'affare o con gli usi (in tale direzione, cautamente, SACCO, R.: in SACCO R. e DE NOVA, G.: *Il contratto*, Milano, 2016, pp. 306-307); detto diversamente, la fonte-pandemia sconsiglia richieste "a sorpresa", formulate quando natura dell'affare ed usi non legittimino già *a priori* l'applicazione dell'art. 1327 c.c. La richiesta servirebbe allora a garantire che il contratto può realmente concludersi in forma semplificata, non ad includere ipotesi estranee. Resta fermo che quando l'oblato, anziché eseguire senza preventiva risposta, renda un'accettazione espressa, il contratto dovrà dirsi comunque concluso, se non in forza dell'art. 1327 c.c., certamente in forza dell'art. 1326 c.c. (e questo varrà a maggior ragione quando non vi sia stata alcuna richiesta: Cass., 9 giugno 1997, n. 5139; ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1^a ed., 2001, p. 122). Comportamenti cavillosi e di comodo in tempo di pandemia sono ancor meno accettabili.

Infine – ma gli esempi potrebbero multiplicarsi – un apporto chiarificatore deve cadere sull'art. 1333 c.c. È ben vero che nei contratti unilaterali alla chiusura dell'itinerario basta l'inerzia dell'oblato, ma la fonte-pandemia consiglia che questi rompa quanto prima l'indugio esplicitando la sua volontà di non rifiutare. Nell'ipotesi corrente della fideiussione bancaria la banca ha un onere positivo di reagire, per evitare che l'instaurazione del rapporto resti sospesa come sospeso

è il non-tempo dell'emergenza: non un'accettazione tecnicamente intesa, che renderebbe lo schema indistinguibile da quello base ex art. 1326, comma 1, c.c., ma un obbligo di pronto avviso, simile a quello disposto dall'art. 1327, comma 2, c.c.

Queste dosi aggiuntive di correttezza nella formazione del vincolo presidiano l'interesse bilaterale ad una maggiore certezza sull'*an* e sul *quomodo* dell'accordo, in risposta all'incertezza recata dall'emergenza sanitaria; regole minute che da sole non bastano, ma che coadiuvano la pratica degli affari agevolando e definendo il buon esito del negoziato. Nell'ipotesi di loro violazione, segnatamente quando il contratto si riveli non concluso, si profilerà una responsabilità da mancato avviso riconducibile allo schema dell'art. 1327, comma 2, c.c.; una responsabilità non tanto "pre-" quanto piuttosto "trans-contrattuale", perché chiamata a coprire fatti collocabili a monte e a valle della stipulazione.

D'altro canto un sensibile alleggerimento meriterebbe, su di un piano più trasversale, la regola di specularità perfetta tra proposta ed accettazione ex art. 1326, comma 5, c.c.: il contratto dovrebbe darsi per concluso quando la conformità copra il nucleo centrale delle dichiarazioni, rimanendo ininfluenti discrepanze marginali o virtuali, spesso fatte valere a bella posta in epoca successiva alla stipulazione o persino dopo l'esecuzione (e i modelli non mancano, come l'art. 19 della Convenzione di Vienna e l'art. 38, comma 3, CESL: BAYERN, S.J.: "The Nature and Timing of Contract Formation", in AA.VV.: *Comparative Contract Law: British and American Perspectives* (a cura di L. Di MATTEO e M. Hogg), Oxford, 2015, in particolare pp. 77 ss.; qualche apertura in Cass., 8 febbraio 2006, n. 2676). Sennonché l'attenuazione della regola di conformità piena è desiderabile a prescindere dall'emergenza, sicché pare fuorviante trattarne ora.

3. Quanto invece al negoziato – ovviamente per quei contratti che lo richiedano – la pandemia impone un obbligo di trasparenza assoluta. Si prescinda in questa sede dai doveri informativi previsti in gran copia dalla legislazione speciale e dai codici di settore (GALLO, P.: "Il contratto", in GALLO, P.: *Trattato di diritto civile*, V, Torino, 2017, pp. 304 ss. e 320 ss.), e si prenda in carico la sola parte generale incardinata nell'art. 1337 c.c.

Evidentemente le informazioni che una parte deve all'altra secondo correttezza, perché anche l'altra giunga ad un consenso pieno e maturo, dipendono dalla concretizzazione della clausola generale, dalla separazione di ciò che in buona fede occorre dire da ciò che in buona fede è lecito tacere (SACCO, R.: *Il contratto*, cit., pp. 545 ss.; BETTI, E: *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 [rist.], pp. 447-448; e BIGIAVI, W.: "Dolo e «sorpresa» nell'imputazione dei pagamenti", in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 81 ss. e in particolare pp. 89 ss.); si tratta cioè di selezionare informazioni

dovute e non, sulla base di un precetto elastico, consegnato all'interprete perché giunga a soluzioni equidistanti. Non tutto si deve dire, non tutto si può tacere (in questi termini GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I°, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 2004, pp. 400-401, sulla scia di VISINTINI, G.: *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pp. 97-98 e 133 ss.; di recente GALLO, P.: "Il contratto", cit., pp. 289-291; e COPPO, L.: *Contract As a Tool for Getting-To-Yes: A Civil Law Perspective*, Napoli, 2018, in particolare pp. 73 ss.).

Nel regolamento di questo confine entrano in gioco valutazioni di medio-lungo periodo (PERLINGIERI P.: "L'informazione come bene giuridico", in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 326 ss.; AA.VV.: *Information Rights and Obligations* (a cura di G. HOWELLS, A. JANSEN, SCHULZE), London, 2005): l'informazione è davvero essenziale per i progetti imprenditoriali o personali di chi ne è privo? La sua rivelazione frustra investimenti specifici di chi la possiede, al punto da disincentivarne, in prospettiva, la stessa ricerca? Comunicare il dato può segnare il fallimento della trattativa? Pare che questi scrupoli – comprensibili (celebre KRONMAN, A.T.: "Mistake, Duty of Disclosure, Information and Law of Contracts", in *J. of Leg. Stud.*, 1978, pp. 4 ss.; e WOLF, M.: "Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Terms Directive", in AA.VV.: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (a cura di S. GRUNDMANN, W. KERBER e S. WEATHERILL), Berlin-New York, 2001, in particolare pp. 319-324) – perdano qualsiasi rilievo nella fase pandemica. Con la sua dote di non-tempo e non luogo, essa non lascia spazio a proiezioni, anche quando esse, in tempi normali, promettano risultati negativi. È invece il momento della disclosure, che sola contrasta sospensione, paura, abbandono.

Dunque, quand'anche una data informazione non sia esplicitamente richiesta, rientri nel pubblico dominio o presenti dubbia attinenza secondo le stime di parte – circostanze altrove rilevanti (PIRAINO, F.: *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, pp. 333-334; e SACCO, R.: *Il contratto*, cit., pp. 551 ss.) –, in tempo di pandemia i contraenti devono scambiarsi il loro intero patrimonio informativo, sebbene questo in chiave macro-economica possa preconstituire esiti subottimali (contraria, in genere, la giurisprudenza: Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 1454 ss.; ma ci sono fermenti di segno diverso: Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 2007, c. 166, commentata da FERRANTE, E.: "Il dolo omissione nella giurisprudenza: fine dell'esilio?", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 317 ss.; e Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Contratti*, 2013, pp. 173 ss., con nota di DELLA NEGRA). La fonte-pandemia, integrativa del precetto di buona fede negoziale, esaspera la trasparenza perché all'incertezza del momento non si sommi l'incertezza del rapporto, il suo sottendere valutazioni imperfette perché viziare dall'ignoto (paternalismo forse, ma ragionevole: CATERINA, R.: "Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato", in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 771 ss.).

Se poi a dispetto degli auspici permanga un'area d'opacità, fatti intenzionalmente taciti, meglio un annullamento per dolo omissivo determinante (art. 1439 c.c.) od un risarcimento per dolo omissivo incidente (art. 1440 c.c.), che non un vincolo non voluto o non voluto nella conformazione data (Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, pp. 1063 ss., con nota di SCAGLIONE; Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1192 ss.; nella soft law significativo l'art. 3.2.5 dei Principi-Unidroit 2016; in dottrina AA.VV.: *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire* (a cura di R. SCHULZE, M. EBERS e H.C. GRIGOLEIT), Tübingen, 2003, in particolare pp. 49-84 e pp. 245-290). Nel contratto concluso in tempo di pandemia nessun dolo può essere *bonus*.

Nei contratti per adesione invece, dove la buona fede nelle trattative neppure viene in rilievo e l'asimmetria cognitiva è la regola (RAKOFF, T.D.: "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", in *96 Harvard L. Rev.*, 1983, pp. 1173 ss.), la trasparenza è già stata elevata ad elemento irrinunciabile e "sconfinato" (GRUNEWALD, B.: "Aufklärungspflichten ohne Grenzen?", in *AcP*, 1990, pp. 609 ss.), sicché il pieno disvelarsi informativo non subisce particolari incrementi in caso di pandemia. Qui il rimedio prediletto non è l'annullamento per dolo omissivo, ma l'interpretazione *contra proferentem* dell'art. 1370 c.c. (o dell'art. 35, comma 2, c. cons.), tecnica che, se ben governata, rende superflua la ricerca d'altri percorsi (basti pensare alle recenti Corte di Giustizia UE, 26 febbraio 2015, causa C-143/13, *Matei & Matei c. Volksbank*, e Corte di Giustizia UE, 23 aprile 2015, causa C-96/14, *van Hove c. CNP Assurances*, a proposito delle quali FERRANTE, E.: "Transparency of Standard Terms as a Fundamental Right of European Law", in AA.VV.: *EU-Grundrechte und Privatrecht* (a cura di C. HEIDERHOFF, S. LOHSE, R. SCHULZE), Baden-Baden, 2016, pp. 115 ss.).

4. L'annullamento del contratto può dipendere più in radice da violenza morale, "anche se esercitata da un terzo", precisa l'art. 1434 c.c. Ma qui la controparte o il terzo non agisce in circostanze abituali bensì nell'èra dell'allarme sociale, quasi uno stato di minaccia ambientale permanente, che esige una valutazione rigorosa del comportamento tenuto a scapito del minacciato. Quest'ultimo dev'essere sì "persona sensata", ma avuto riguardo "all'età, al sesso e alla condizione", dice l'art. 1435 c.c. Con pochi tratti il codice del '42 ritaglia le categorie o stagioni della vulnerabilità, norme che tornano inaspettatamente in auge (cfr. già ALLARA, M.: "Dolo ed errore inescusabile" [nota ad App. Milano, 24 settembre 1930], in *Foro Lombardia*, 1931, cc. 875 ss. e in particolare c. 882): i caratteri della violenza pandemica sono diversi per l'anziano prima vittima del virus (la malattia fa più paura e più danni), per la donna prima vittima della crisi economico-sociale (il lavoro è meno sicuro e peggio retribuito, con l'aggravio dato dalla saturazione dello stato

sociale) e anzitutto per il malato di COVID-19, la cui condizione di sofferenza psico-fisica e di forzato isolamento è stata finora tralasciata dall'opinione pubblica e dalla letteratura giuridica.

Insomma, la fonte-pandemia favorisce un pronto ricorso all'annullamento per violenza, quando il contratto sia stato stipulato dopo la dichiarazione dell'OMS sotto l'influsso della minaccia emergenziale sfruttata da controparte (anche involontariamente: MENGONI, L.: «*Metus causam dans*» e «*metus incidunt*», in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pp. 26 ss.; d'altro canto MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, t. 2°, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, p. 367, personifica la “pressione politica” scaturente dall'occupazione bellica o dall'agire di un governo autoritario).

Nel soppesare l'influsso pandemico il codice invita a costruire sotto-categorie di soggetti compulsati dal morbo e dalle sue conseguenze, per differenziarne la tutela in base al grado di vulnerabilità (“secondo un criterio oggettivo ponderato, avuto riguardo cioè non alle reazioni che ha suscitato in concreto nella vittima, ma a quelle che era atta a suscitare in una persona normale, che si fosse trovata [...] nelle stesse condizioni della vittima”: così SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966 [rist. 2012], p. 167; il punto tornerà centrale in prosieguo: *infra*, par. 6).

Nella stessa ottica la fonte-pandemia rivitalizza la rescissione, altro rimedio genetico che ben s'attaglia al contratto consentito durante l'emergenza (in tema, di recente, NAPOLI, G.: *La rinnovata fisionomia della rescissione per lesione*, Napoli, 2018, in particolare pp. 59 ss.); ed anche qui il “pericolo attuale”, il “danno grave alla persona” (art. 1447 c.c.) o lo “stato di bisogno” (art. 1448 c.c.) devono incontrare una rilettura orientata all'enormità del fatto. Se ne ricorrono gli ulteriori presupposti, la lesione sarà *ultra dimidium* a mente dell'art. 1448, comma 2, c.c. anche quando monetariamente inferiore alla soglia, perché a varcare questa soglia cospira l'inasprirsi del bisogno e la maggior spregevolezza etico-sociale di chi ne profitti. E ovviamente la lesione dovrà perdurare non “fino al tempo in cui la domanda è proposta” ex art. 1448, comma 3, c.c., bensì fino alla dichiarazione dell'OMS di chiusura della pandemia.

Deviazioni che si giustificano finché perduri l'emergenza e non un minuto di più (poiché l'emergenza deve rimanere tale, e non può costituire occasione per ripensare il sistema, come auspica MACARIO, F.: “Sopravvenienze e rimedi al tempo del ‘coronavirus’: interesse individuale e solidarietà”, in *Contratti*, 2020, pp. 130-131).

5. Molto altro vi sarebbe (e vi sarà) da dire sul contratto stipulato nel corso dell'emergenza. È tempo però di dedicare qualche breve nota all'altro ordine di problemi, non meno scottante, vale a dire al contratto stipulato prima ma destinato ad essere eseguito dopo la dichiarazione dell'OMS. L'indagine prende una torsione diversa perché non è più in discussione la genesi, che si dà per regolare, ma l'attuazione, che improvvisamente entra nel cono d'ombra dell'emergenza. E per sgombrare subito il campo dagli equivoci occorre mettere in chiaro che il contrasto alla pandemia, la capacità delle norme di dare continuità e forza ai rapporti in essere, non passa attraverso un allentamento o smantellamento del vincolo. Esattamente l'opposto: c'è bisogno di stabilità e di fiducia, non di vie brevi per alterare o demolire quanto sapientemente costruito, in tempi normali, dall'autonomia delle parti. La ricetta non può essere cioè una correzione "facile" del contratto e men che meno una "facile" risoluzione, tenuto conto che l'anormalità è tale per entrambe le parti ed entrambe devono, per quanto possibile, continuare a produrre, distribuire e consumare.

Ora, non c'è bisogno di molta dottrina per riconoscere che la miglior risposta è sempre la rinegoziazione. Le parti tornano sul loro accordo per rettificarlo, aggiornarlo, ripensarlo, con un nuovo atto d'esercizio della loro autonomia che rispecchia una rivalutazione dei rispettivi interessi; e nessun terzo potrà mai avere la stessa virtù nel riportare in equilibrio il rapporto, pur dopo e nonostante la pandemia. Ovviamente questa rinegoziazione sarà soggetta al medesimo statuto valido per tutti i patti della crisi: le linee-guida di contenimento dell'incertezza, poc'anzi proposte (parr. 1-4), dovrebbero estendersi alle rinegoziazioni, poiché anch'esse alterate dalle circostanze.

Che invece una rinegoziazione possa essere imposta, è lecito dubitare; per lo meno è lecito dubitare che una supposta condanna a rinegoziare, al momento priva di fondamento positivo, serva davvero a qualcosa. La parte restia, ipoteticamente condannata a questo fare infungibile, dovrebbe eseguire un provvedimento a contenuto aperto, la condanna a rinegoziare, ove proprio in ragione di quest'indeterminatezza sarebbe arduo verificare *a posteriori* se abbia adempiuto oppure no; a meno di non affermare che la parte debba rinegoziare purchessia, non importa a quali condizioni e con quali esiti.

Si potrebbe allora pensare ad una coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c., ma nuovamente interverrebbe la necessità di dettagliare che cosa il condannato debba esattamente fare per adempiere, non essendo bastevole una formula riassuntiva o di rinvio (sul punto, MAZZAMUTO, S.: *Esecuzione forzata*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2020, in via di pubblicazione). Quando invece la condanna a rinegoziare contenga una descrizione analitica del procedimento e dei contenuti della rinegoziazione, al punto da prefigurare come e "quanto" il contratto

debba essere modificato, ed alla condanna si coniughi per giunta un'*astreinte*, si tratterebbe non tanto di una rinegoziazione (indirettamente coartata) ma di un emendamento autoritativo; una sorta di correzione in forma obbligatoria, mediata dal dovere del condannato di provvedervi sotto la scure dell'*astreinte*. A questo punto tanto varrebbe rompere ogni indugio e discorrere senz'altro di correzione giudiziale (come fa il DDL Senato n. 1151).

Sennonché pure su quest'ultimo profilo non mancherebbero ragioni di perplessità. Il discorso di principio è difficile da sintetizzare in poche battute. Ma posto che l'adeguamento giudiziale imporrebbe l'ennesima innovazione legislativa – assai delicata, per il rapporto tormentato che lega e divide autonomia e controllo –, le esperienze fatte all'estero, in tempi ordinari, non hanno dato prova incoraggiante. Si citi un solo esempio: il “nuovo” § 313 BGB in tema di turbamento (e caduta) del fondamento negoziale, sbocco della riforma del 2001 ma rimasto pressoché sulla carta, a quanto è dato sapere (per tutti, KÖTZ, H.: *Vertragsrecht*, Tübingen, 2009, pp. 412 ss.). Che sia dipeso dai suoi stretti requisiti d'accesso – ma non possono essere larghi, pena la negazione dell'autonomia contrattuale – o dal suo ostico ambientamento nella pratica, che pur già lo conosceva, sta di fatto che in Germania l'*Anpassung* continua ad essere rimedio del tutto eccezionale (da ultimo, KUMKAR, L.K. e Voss, W.: “COVID-19 und das Institut der Geschäftsgrundlage”, in ZIP, 2020, pp. 893 ss.). E lo stesso dicasi per le limitrofe eccezioni codificate nel 2001, come l'*hardship* di cui al § 275, comma 2, BGB o l'inesigibilità personale ex § 275, comma 3, BGB, anch'esse pressoché ignote al diritto vivente (a ben vedere sottospecie più larghe d'impossibilità: FERRANTE, E: “L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano”, in *Contr. impr./Europa*, 2004, pp. 745 ss.).

Vero è che la pandemia cambia le carte in tavola, inasprisce l'urgenza dei rimedi, incita a battere tutte le strade. Ma v'è da dubitare che la risposta possa consistere nell'obbligo di rinegoziare, più o meno definito con sentenza, nella correzione giudiziale o nell'*hardship* (al contrario “possibilisti”, WELLER, M.P., LIEBERKNECHT, M. e HABRICH, V.: “Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung”, in NJW, 2020, pp. 1017 ss.). *De jure condendo*, ad una riscrittura della nostra risoluzione per onerosità (art. 1467 ss. c.c.), da sempre criticata per le conseguenze troppo drastiche ed i margini troppo esigui, sembra doversi preferire una sua abrogazione.

6. L'ordinamento italiano conosce già la risposta. La prestazione contratta prima ma da eseguirsi durante la pandemia può senz'altro risultare impossibile, temporaneamente o definitivamente (art. 1256 c.c.), in tutto o in parte (art. 1258 c.c.), come sempre. Anzi no: non come sempre, ma con un metro di giudizio

“pandemico”. Qui entra in scena la fonte-pandemia per rivisitare ed abbassare la soglia di rilevanza dell’impedimento, e adattarlo così a tempi straordinari, ove l’interprete è chiamato a combattere sospensione, paura, abbandono; senza distruggere o manipolare l’accordo ed anzi preferendo la dilazione alla liberazione, la liberazione parziale a quella totale, ed anche la conferma inalterata del dovere, quando, ad un esame ponderato, l’emergenza si riveli ininfluente od un mero pretesto per non adempire.

Sono considerazioni ancora immature, ma al centro del dibattito promosso da *Actualidad*. Numerosi studi della sezione *Obligaciones y contratos* vertono infatti sull’impossibilità da pandemia, sui suoi requisiti e sulle sue conseguenze, sicché a questi studi può riannodarsi il presente contributo. Con una proposta di metodo, utile forse a ricalibrare i caratteri dell’impedimento (in sintonia con quanto stabilito, di recente, dall’art. 3, comma 6-bis, D.L. 6/2020, introdotto dall’art. 91 D.L. 18/2020: BENEDETTI, A.M.: “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto ‘cura Italia’”, in *Contratti*, 2020, pp. 213 ss.).

Il metro pandemico dell’impossibilità è mediamente estensivo, nel senso che, rispetto ai tempi ordinari, dovranno crescere le ipotesi di dilazione ed esonero dall’obbligo di prestare; ed in questa crescita è giusto, anzi indispensabile personalizzare il responso, renderlo prossimo ai casi umani con le loro peculiarità. Ma sarebbe invece illusorio ed anzi controproducente frammentare il giudizio fino a renderlo individuale, soggettivizzare il verdetto fino a renderlo irriconoscibile al di fuori del rapporto in esame. La risposta è invece forte e chiara se comprensibile e riproducibile su vasta scala. Si pensi al debitore di fare che al momento dell’esecuzione sia affetto da COVID-19 conclamato, dunque in stato non solo di sofferenza psico-fisica, ma anche d’isolamento ospedaliero o domiciliare. Si pensi al conduttore di immobile non abitativo cui per provvedimento dell’autorità sia vietato esercitare l’impresa. Ma si pensi anche al genitore richiamato al lavoro da un giorno all’altro, malgrado la perdurante chiusura delle scuole e degli asili. Sono *Fallgruppen* drammaticamente “chiare”. Certo le particolarità del caso potrebbero rendere il metro impreciso, ma proprio la pandemia-fonte chiede semplicità, approssimazione e ripetibilità del giudizio. Dunque ben venga il cliché.

Anche così si contiene l’incertezza, facilitando la sospensione dell’obbligo di prestare o l’esonero, ma per categorie di casi anziché per casi singoli (con un ritorno alla dimensione “istituzionalizzata” delle situazioni protette: POLETTI, D.: *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano, 2014, in particolare pp. 974-975). Così affrontata, la pandemia non retrocede a fatto minùto da sussumere, ma sussume essa stessa le fatispecie entro insiemi omogenei, che agevolano il procedimento applicativo; insiemi che rispondono a percezioni differenziate ma *standard* degli impedimenti, come differenziata (e al contempo *standard*) è la società attraversata

dal virus. Ecco, in ordine sparso, la prospettiva degli studi di genere, che valorizzano diversità e gender gap, o quella femminista, che denuncia l'imperante maschilismo nella moderna teoria dell'impossibilità (FRUG, M.J.: "Rescuing impossibility doctrine: a postmodern feminist analysis of contract law", in *140 Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 1992, pp. 1029 ss.); ecco il vaglio di debolezza soggettiva e quasi "emotiva" della persona-debitore, ad esempio dell'anziano (WEDEMANN, F.: "Ältere Menschen im Zivilrecht", in *AcP*, 2014, pp. 664 ss.), l'idea marxiana che fa leva sul lavoratore o proletario e ne rilegge in chiave classista gli impedimenti ad adempiere, o ancora quella di matrice cattolico-giusnaturalista che bada all'armonia trascendente fra uomo e creato e su queste basi traccia il confine fra debito e non-debito (fra i molti, BIXIO, A.: "Riflessioni sul diritto naturale e sulla naturalità del diritto", in AA.VV.: *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo* (a cura di E. BILOTTI, D. FARACE e M.C. MALAGUTI), Città del Vaticano, 2015, pp. 9 ss.; ed è giusto, ora ancor più, aprire al non-patrimoniale: CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, in particolare pp. 31 ss. e 141 ss.). Una gamma di stimoli per declinare l'impossibilità a contatto della pandemia ed allargarne gli effetti dilatori e liberatori, ragionando per stereòtipi meritevoli, anziché caso per caso.

DALL'EMERGENZA SANITARIA ALL'EMERGENZA ECONOMICA:
L'ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA TRA BUONA FEDE E
OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE

FROM THE HEALTH EMERGENCY TO THE ECONOMIC EMERGENCY:
CONTRACT RESCISSION BETWEEN GOOD FAITH AND DUTY OF
RENEGOTIATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 314-325



Mauro

GRONDONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto si sofferma sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, sottolineando come l'attuale situazione di difficoltà economica derivante dalla pandemia in corso, dal punto di vista rimediale, trovi nella buona fede il più opportuno strumento di tutela del contratto.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; eccessiva onerosità sopravvenuta; buona fede; rinegoziazione.

ABSTRACT: *The paper focuses on the remedy of the rescission of the contract, underlining how the current situation of economic difficulty resulting from the pandemic, from a remedial point of view, finds in the good faith the most appropriate instrument for the protection of the contract.*

KEY WORDS: COVID-19; rescission of contract; good faith; renegotiation.

I. La premessa di queste mie considerazioni è che l'emergenza sanitaria (da cui la riflessione sullo stato di salute dello stesso diritto dei contratti era precipitosamente partita: BENEDETTI, A.M., NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020) è, ormai, sufficientemente sotto controllo per pensare a un immediato futuro largamente e gravemente caratterizzato dalla necessità di far fronte alle conseguenze economiche dell'emergenza. Conseguenze che è verosimile andranno a colpire soprattutto i rapporti contrattuali di impresa, cui dunque occorre prestare primaria attenzione anche nella prospettiva della tenuta economica nazionale (mossi da questa specifica preoccupazione, tanto l'Accademia Nazionale dei Lincei, in un documento intitolato 'Covid e contratti', <https://www.lincei.it/it/article/covid-e-contratti>, quanto GAMBARO, A.: "La necessità di una regolamentazione che permetta l'adeguamento dei contratti di durata business-to-business a circostanze eccezionali come l'epidemia Covid", https://www.huffingtonpost.it/entry/regolamentare-i-contratti-a-circostanze-eccezionali-como-COVID-19_it_5eb152c5c5b60a92778203ec, hanno espressamente sostenuto che è urgente introdurre strumenti normativi che consentano la modifica dei contratti B2B, sì che essi possano continuare a vivere).

Se non è dubbio che occorra favorire in ogni modo la ripresa economica, di fronte a questa esigenza le strade naturalmente si biforcano, dato che la prima va ricondotta a un solidarismo paternalistico ostile e sospettoso nei confronti del mercato, laddove la seconda guarda invece con piena fiducia al mercato (e a un contratto saldamente ancorato al mercato) quale principale strumento di progressivo avanzamento tanto economico quanto sociale, tanto dell'individuo quanto della collettività.

A seconda che si segua la prima o la seconda alternativa, il quadro normativo sarà arricchito di disposizioni normative che andranno, o nella direzione di interventi in chiave redistributiva, come tali ricondotti sotto il troppo largo ombrello dell'equità sociale, ovvero nella opposta direzione di espandere quella libertà economica, che, appunto grazie al contratto, consentirà la ripresa apparentemente da tutti auspicata, ma, a veder bene, poi avversata da chi è indotto a sfruttare il momento di incertezza (per molti anche esistenziale) per proporre nuovi modelli di sviluppo alternativo, che in realtà è un non-sviluppo.

Al di là, dunque, di ogni considerazione spiccatamente ideologica (intorno alla quale, però, dovrà pur incardinarsi l'indispensabile riflessione politica), come

• **Mauro Grondona**

Associato di diritto privato, Università di Genova. Correo electrónico: mauro.grondona@unige.it

giuristi e come civilisti, uno dei principali aspetti sul quale la nostra attenzione dovrebbe in particolare concentrarsi, in ambito contrattuale, non riguarderà tanto la possibilità giuridica di tornare a svolgere attività imprenditoriali (perché è ciò che sta già progressivamente avvenendo, come è del tutto ragionevole in fase di normalizzazione della vita e di ogni attività), ma riguarderà soprattutto il contesto normativo-regolatorio all'interno del quale le attività di impresa, oggetto dei prossimi provvedimenti tanto governativi quanto parlamentari (per restare sul versante interno), già del resto ampiamente annunciati e discussi, verranno a trovarsi (cfr. IRTI N.: "Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione", in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, p. 20).

Si potrebbe allora subito rilevare, forse in controtendenza, che prima ancora di un intervento sul codice civile orientato a introdurre un obbligo di rinegoziazione (obiettivo, a mio avviso, già conseguibile oggi, e ciò grazie alle potenzialità di una buona fede non già intesa né quale strumento solidarista, né quale strumento antagonista dell'autonomia privata, ma semplicemente quale strumento cooperativo e ausiliario dell'autonomia privata, a tutela di un vincolo contrattuale la cui *ratio* va individuata nell'operazione economica realizzata dalle parti e che esprime quel fondamentale *tertium comparationis* cui ricondurre ogni circostanza sopravvenuta e incidente sull'assetto negoziale, al di là del fatto che la sopravvenienza sia tipica o atipica: D'ANGELO, A., MONATERI, P.G., SOMMA, A.: *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005), o comunque prima ancora di ogni intervento in materia contrattuale, sarebbe opportuno fare in modo che il contenzioso civile, innanzitutto contrattuale, non solo non esploda ma anzi possa essere significativamente ridotto, cogliendo dunque l'opportunità del coniugare il 'fare presto' col 'fare bene' (cfr. GUERRINI, L.: "Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia", in *giustiziacivile.com*, Articolo del 7 maggio 2020, p. 14: "Il monitoraggio del Ministero della Giustizia riporta che il numero di controversie civili pendenti al 31 settembre 2019 è pari a 3.329.436. Perché non facilitare sensibilmente la conciliazione di ogni controversia di ogni ordine e grado instaurata prima del 1° gennaio 2020? Perché non prevedere, nello specifico, che ai clienti degli avvocati che transigono una di queste controversie entro i prossimi 12 mesi sia riconosciuto un credito d'imposta pari ai valori medi della fase di studio della controversia (da identificarsi in base al grado di giudizio in cui il procedimento si trova) e di assistenza stragiudiziale prevista alla voce 25 del d.m. 55/2014 (da identificarsi in base all'importo pagato con la transazione)?").

In questa chiave, l'intervento legislativo risulterebbe verosimilmente indispensabile onde evitare una sostanziale esplosione del contenzioso contrattuale, che del resto potrebbe favorire eccessi e abusi, sulla base di un indiscriminato ricorso al troppo evanescente criterio di giustizia contrattuale ancorata all'art. 2 Cost. e poi concretizzata a partire da un utilizzo della buona fede

che, come è stato da tempo notato, è soltanto retorico, restando così la buona fede operante pressoché esclusivamente sul piano etico-morale, senza portare alcun contributo di conoscenza in termini di analisi economica della pattuizione. Con l'effetto, tutt'altro che paradossale, per cui anche studiosi aperti e fiduciosi vero l'opera ermeneutica del giudice e verso le clausole generali non possono oggi non mostrare timore e scetticismo di fronte alle ormai numerose proposte, se non veri e propri appelli alla giustizia contrattuale, dirette in sostanza ad affidare alla buona fede solidarista, quando non radicalmente antagonista, le sorti dei contratti interessati, direttamente o indirettamente, dalla pandemia (per una posizione assai equilibrata v. SCOGNAMIGLIO, C.: "L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?", in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020).

2. Orbene, l'urgenza non pare essere quella di riformare il diritto dei contratti (nello stesso senso cfr. LEÓN HILARIO, L.: "COVID-19, crisis sanitaria y retos del Derecho Civil. Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales", in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 82/2020, p. 11 ss.), ma, a mio avviso, e in alternativa: o calibrare l'operatività della buona fede quale rimedio conservativo dell'operazione economica (BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969), come tale fedele ai valori del contratto (D'ANGELO, A.: *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; D'ANGELO, A.: "Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali", in *Contr. impr.*, 2000, p. 340 ss.; D'ANGELO, A.: *La buona fede*, nel *Tratt. dir. priv.* (diretto da M. BESSONE), Torino, 2004), mettendo pertanto a frutto l'ampia elaborazione dottrinale; oppure pensare a specifici e circoscritti interventi legislativi sul solo versante della rinegoziazione (in questo senso può essere richiamata la recentissima proposta, tuttora in via di affinamento, dell'*Associazione Civilisti Italiani*).

Entrambe le opzioni – ma chi scrive è portato a propendere per la prima alternativa, appunto perché guarda con fiducia a una buona fede contrattuale che sia concretizzata sulla base di una stringente analisi economica dell'assetto negoziale, come esemplarmente mostrato, in particolare, da BESSONE, M.: *Adempimento*, cit. – si muovono lungo la linea per cui il contratto va salvato attraverso, e non già contro, il contatto. Il contratto può dunque salvare se stesso. Il rischio, che induce molti alla prudenza, in effetti esiste, ed è quello di distruggere il contratto per un malinteso solidarismo sociale (il quale, prima di essere ostile al contratto, è ostile al mercato, affondando le sue radici in quel tenace e diffuso corporativismo italiano dai molteplici volti ideologici; molteplici sì, ma tutti accomunati da una preconcetta ostilità rivolta al contratto e soprattutto al mercato, invocandosi espressamente un modello alternativo di sviluppo economico (ampie considerazioni si leggono

ora in MATTEI, U., QUARTA, A.: "Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti", in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, spec. p. 9).

Per le ragioni accennate, non mi propongo di riflettere sulla assai probabile riforma codicistica in materia di sopravvenienze contrattuali e di rinegoziazione (fa ora il punto MACARIO, F.: "Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze", in *Foro it.*, 2020, V, c. 102 ss.; ma v. altresì MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»", in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, nonché SIRENA, P.: "Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?", paper presentato al Seminario Bocconi *on line* il 10 aprile 2020), materia che, del resto, rappresenta uno dei temi più impegnativi e più interessanti degli ultimi anni, sul quale si potrà tornare a riflettere nel momento in cui l'emergenza sanitaria possa dirsi effettivamente alle nostre spalle, affinché la riforma delle sopravvenienze possa essere effettivamente armonizzata con la generale esigenza di dare un nuovo volto al contratto, al di là di interventi di settore per ragioni contingenti.

C'è un ulteriore aspetto da sottolineare. Con riferimento al rapporto obbligatorio e alla responsabilità del debitore, l'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, l3) contiene un comma 6-bis (inserito dall'art. 91, c. 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), il quale dispone che il rispetto delle misure di contenimento di cui al decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti. Ciò significa, mi pare, che la maggior parte dei problemi (se non tutti) di funzionamento contrattuale che sorgeranno nei prossimi mesi deriverà non tanto dall'emergenza sanitaria come tale, destinata infatti a risultare sempre più lontana, soprattutto grazie alla progressiva ripresa delle attività economiche, ma, in particolare, dalla scelta (verosimilmente obbligata, e comunque ragionevole e opportuna) del governo italiano di predisporre una serie di misure di contenimento che naturalmente incidono sulla possibilità giuridica di adempire. Di qui la regola appena richiamata.

Va allora sottolineato il seguente aspetto: riflettere oggi sul contratto significa riflettere sulla sorte di contratti i quali hanno subito, in sostanza, due ordini di sopravvenienze: la prima è quella sanitaria, che a rigore non avrebbe potuto comportare, di per sé e tendenzialmente, lo sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale; la seconda è quella strettamente economica, direttamente discendente dall'intervento governativo, e dalla quale è derivata l'alterazione del sinallagma.

È dunque del tutto evidente che, da un lato, occorrerà nel più breve tempo possibile consentire il ritorno a una situazione economica il più possibile prossima alla normalità, sì che tanto la creazione quanto la circolazione della ricchezza non solo riprendano ma aumentino; in questa prospettiva è auspicabile che la progressiva ripartenza economica operi anche quale strumento di disincentivazione del contenzioso, scoraggiando le parti a portare in giudizio conflitti contrattuali che invece ben potranno ricevere spontanea riparazione: e infatti, tali rapporti contrattuali, tornando a funzionare, riusciranno a superare il momento di difficoltà, e dunque il rimedio risolutorio non sarebbe ragionevole, tanto più che, lo si ribadisce, l'emergenza sanitaria ha operato solo quale causa remota dello squilibrio, dovendosi invece individuare nelle misure di contenimento di cui al comma 6-bis la causa prossima dell'intervenuta alterazione dello squilibrio originario.

3. Il codice civile italiano regola il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta negli artt. 1467-1469.

A noi qui interessa la prima delle richiamate disposizioni, la quale letteralmente prevede, al c. 1: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari o imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458».

Fin qui il rimedio distruttivo del contratto; ma il c. 3 della disposizione in parola recita: «La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

È allora opportuno interrogarsi sinteticamente sui seguenti aspetti: i) quando possa parlarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili; ii) in che senso il rimedio in parola è applicabile alla presente emergenza; iii) in che modo, al di là di una opportuna riforma in tema di sopravvenienze contrattuali, da un lato, la buona fede *in executivis* e, dall'altro, la *reductio ad aequitatem* consentano la sopravvivenza del contratto conseguita sulla base di un modificazione contrattuale che potrà essere imposta dal giudice appunto a partire dal dovere di cooperazione tra le parti fondato innanzitutto nell'art. 1175 e poi nell'art. 1375; in questo senso, allora, la mancata offerta di ricondurre a equità il contratto non sfocia necessariamente alla risoluzione del contratto, appunto in virtù dell'impulso cooperativo connotante la buona fede.

Partiamo quindi dal primo aspetto, che per evidenti ragioni è il più semplice.

Con il conforto della migliore dottrina (TRIMARCHI, P.: *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 230) può dirsi che l'avvenimento è straordinario e imprevedibile per gli effetti di cui all'art. 1467 quando colpisce tutta la società, o grandi settori di essa, come senza dubbio è accaduto con la pandemia da COVID-19. Poiché sono eventi sottratti al controllo dei singoli, il rimedio risolutorio appare a prima vista non solo giustificato ma anche l'unico efficace, appunto per cancellare un contratto ormai solo forma giuridica di una sostanza economica, se non distrutta, gravemente alterata e compromessa a danno di una parte incolpevole.

Bisogna però allora domandarsi se e in che misura il rimedio in parola potrà essere effettivamente impiegato. Altrimenti detto: fino al momento in cui rimarranno in vigore le misure di contenimento, da cui l'impossibilità giuridica di adempire, non si porrà un problema di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, semplicemente perché il rapporto contrattuale è sospeso (BENEDETTI, A.M.: "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; BENEDETTI, A.M.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto «cura Italia»", in *Contratti*, 2/2020, p. 213 ss.).

Si tratterà di capire, allora, come il rimedio risolutorio possa operare nel momento della progressiva normalizzazione delle attività economiche.

Sarebbe inopportuno, nonché economicamente inefficiente, che si verificasse un massiccio ricorso alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, peraltro prodotta da una scelta politica più che dalla pandemia come tale (in questo senso si è anche parlato di crisi 'intenzionale', che naturalmente non è un modo poco trasparente per qualificare come ingiustificate le misure adottate, ma è efficace, mi pare, onde far emergere come la prospettiva rimediale debba essere puntualmente costruita a partire dalle esigenze e del mercato e del contratto rispetto al quale venga domandata la risoluzione).

Ciò consente di riprendere il cenno iniziale: il rimedio contrattuale preferibile non potrà che essere interno alla stessa economia di mercato, da liberare nella misura massima possibile, al di là e contro quelle tentazioni già emerse di ricorrere alle virtù di un Stato imprenditore, che certamente può fare, e molto, per l'economia, soprattutto consentendo che la capacità di inventiva degli imprenditori possa ampliarsi. E ciò tanto più oggi, grazie a una globalizzazione che, verosimilmente e sperabilmente, sarà portata a crescere, nella logica di una pluralità di reti di imprese mondialmente interconnesse o comunque interconnesse in ragione del settore di mercato e della collocazione geografica del prodotto e della distribuzione di esso.

Il tema risulta particolarmente rilevante per l'Italia, caratterizzata da un alto numero di piccole imprese spesso portate non solo a non cooperare ma a guardare

con sospetto operazioni di acquisizione. Ciò ovviamente indebolisce lo stesso tessuto economico, che, invece, proprio attraverso il ricorso alla rete di imprese, potrebbe anche meglio affrontare e superare la temporanea difficoltà economica rispetto ai rapporti contrattuali già in essere. Ad esempio, le insistenti e ricorrenti doglianze provenienti dai piccoli editori, nonché dalle librerie indipendenti, potrebbero confluire nella proposta di dar vita a strutture contrattuali utili non solo in chiave di organizzazione economica, ma anche per consentire alle parti di tale complessa operazione, che connette piccoli editori e librerie indipendenti, di trovare proprio in essa il temporaneo sostegno di fronte alle attuali difficoltà. Quello ipotizzato è dunque un rimedio contrattuale di mercato, per così dire, che cioè tutela il contratto tramite il contratto, con l'obiettivo per cui lo squilibrio economico sopravvenuto sarà contrastato non già attraverso la distruzione del vincolo contrattuale, ma attraverso una serie di interventi attuati nel segno di una cooperazione operante, oltre che rispetto al singolo rapporto negoziale, anche rispetto all'intera operazione economica.

In base alla dinamica della pandemia e in base alle iniziative adottate, dunque, il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta sembrerebbe dover avere un ambito di applicazione abbastanza ristretto.

Va del resto precisato che, di fronte a squilibri contrattuali che hanno alterato il sinallagma originario, ben potrà pensarsi anche a specifici interventi normativi di settore, i quali, però, limitino al massimo carattere e portata meramente assistenziali (che invece assumeranno rilevanza nelle ipotesi di contratti P2P, P2B, B2C: ma se pensiamo all'enorme mole di contratti B2B, il rimedio preferibile sarà quello volto alla massima espansione di ogni attività economica, anche nella prospettiva della disciplina dei contratti di lavoro).

All'interno del quadro qui brevemente tracciato, il rimedio principale del contratto è naturalmente la massima efficienza del mercato. Contratto e mercato, dunque, quali essenziali elementi di uno sviluppo economico come tale inarrestabile, e che proprio nelle crisi trova strade alternative da percorrere, esattamente come già sta accadendo e ancora di più accadrà in un prossimo futuro. In questo senso mercato e contratto ben possono essere aiutati dallo Stato attraverso una forte apertura del mercato, da cui un potenziamento del contratto e quindi un'espansione dell'economia, sì che l'iniziativa privata possa trovare un contesto ideologico-politico il più possibile favorevole, e dunque senza alcun dubbio in controtendenza rispetto al diffuso scetticismo anticapitalistico e soprattutto anti-mercato che contraddistingue, per ben note ragioni, l'economia del nostro paese.

Ebbe del resto a notare Schumpeter che, per sviluppo economico, devono intendersi quei mutamenti della vita economica che non sono a essa imposti

dall'esterno, ma scaturiscono dall'interno e cioè dalla iniziativa propria di essa (SCHUMPETER, J.A.: *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 2002, p. 65).

Concludendo su questo primo aspetto, a mio avviso, se, da un lato, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è astrattamente invocabile, tenuto conto che la pandemia senza dubbio va qualificata come evento straordinario e imprevedibile ex art. 1467, c. 1, dall'altro lato, se si presta attenzione all'efficienza economica del rimedio, è altamente probabile che l'operatività del rimedio risolutivo porterebbe con sé effetti largamente pregiudizievoli per un settore economico di primaria importanza.

A ciò si può aggiungere che, a ben vedere, l'eventuale ricorso all'eccessiva onerosità sopravvenuta, nel momento in cui l'adempimento, possibile senza essere eccessivamente oneroso, è stato vietato nella piana logica del *factum principis*, impone, in chiave rimediale, due conseguenze: la prima si traduce nell'auspicio che il problema dello squilibrio contrattuale possa essere risolto attraverso un massiccio *favor oeconomiae*, che ben potrà richiedere specifici interventi normativi nel segno di una più o meno intensa deregolamentazione. Da questo punto di vista si può altresì precisare che la fiducia nel mercato è la fiducia nella forza salvifica di cui in potenza è dotato ogni essere umano; e il consueto riferimento alla solidarietà costituzionale potrà essere ribaltato nel senso di favorire un mercato che come tale esprima un ambiente solidale verso gli operatori economici (v. *infra*); la seconda è che il rimedio distruttivo sia disincentivano, altrimenti la sua estesa applicazione ben potrà rivelarsi di ostacolo tanto al contratto quanto al mercato, distruggendo appunto quei rapporti contrattuali che sarebbe invece opportuno far sopravvivere, tranne nelle ipotesi in cui sussista la concorde volontà delle parti di estinguere il contratto.

4. Le brevi osservazioni finora svolte ci portano così alla questione successiva, che riguarda il ruolo conservativo della buona fede: una buona fede che può e anzi deve essere messa a frutto dal giudice in tutti i casi in cui si apra un giudizio di risoluzione fondato sull'eccessiva onerosità sopravvenuta.

A mio avviso, e tenuto conto che, dal punto di vista della funzione del rimedio, si tratta di consentire la sopravvivenza dei rapporti contrattuali nel massimo grado possibile, un sapiente impiego della buona fede da parte del giudice potrà operare un recupero del contratto sulla base di interventi di integrazione riequilibratrice, strettamente aderenti alla *ratio* economica della pattuizione.

In dottrina è stato fatto del resto notare come la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta abbia natura dispositiva, e dunque le parti potranno

regolare diversamente le conseguenze della sopravvenienza. Ma – come si è subito precisato – gli eventi cui si riferisce l’istituto in parola sono così sporadici e improbabili che il rischio è normalmente ignorato nella contrattazione, e infatti le parti non dettano regole per amministrarlo, onde evitare costi di transazione che statisticamente non avrebbe alcun senso sobbarcarsi (TRIMARCHI, P.: *Il contratto*, cit., p. 233).

Il carattere dispositivo del rimedio, unitamente alla necessità di intervenire di fronte a una situazione di oggettivo squilibrio, apre uno spazio all’operatività della buona fede, tanto come dovere di cooperazione tra le parti, quanto come criterio attraverso il quale valutare il loro contegno, nonché quale autonomo criterio integrativo della pattuizione in assenza di una cooperazione soddisfacente onde ricostruire un ragionevole equilibrio. È stato infatti osservato (MESSINEO, F.: *Il contratto in generale*, I, nel *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1968, p. 48) che, alla parità giuridica delle parti, la quale dà luogo al contratto paritetico, corrisponde, di regola, la parità economica, da intendere nel senso che, quando il contratto sia oneroso, il sacrificio dell’un contraente deve tendenzialmente pareggiare quello dell’altro; pertanto, nel principio della parità economica fra i contraenti è implicito il principio dell’equilibrio contrattuale, che si fonda sulla seguente *ratio*: il contenuto del contratto deve essere tale da rispecchiare in concreto quella parità, con la conseguenza che l’eventuale squilibrio contrattuale dovuto a ragioni di disparità non giustificabili è illegittimo, e va corretto con i mezzi che l’ordinamento mette a disposizione del contraente che ne abbia subito le sfavorevoli conseguenze.

Lo stesso Autore, sul tema ‘contratto e Costituzione’, ha poi sottolineato – e il rilievo si rivela oggi assai opportuno – che, se il contratto è il principale strumento giuridico dell’iniziativa privata, tale centralità non va vista in opposizione con i limiti di cui, in primo luogo, all’art. 41 Cost., e, più in generale, con i principi dell’economia sociale di mercato (e oggi potremmo dire principi ordoliberali) che permeano la Costituzione italiana, onde soddisfare la condivisibile esigenza che il contratto possa diventare sempre più il mezzo per l’attuazione di un giusto ordine sociale, ossia di una giusta circolazione dei beni all’interno di un sistema economico di mercato (MESSINEO, F.: *Il contratto in generale*, cit., p. 56).

Orbene, se l’autonomia privata trova un fondamento, quantomeno indiretto, nell’art. 41 Cost., possiamo ricondurre alla libertà di impresa e quindi all’autonomia privata tanto l’art. 42 quanto gli artt. 2 e 3 Cost., letti abitualmente in senso solidaristico anti-mercato, ma che ben potrebbero (e questa occasione invero oggi si offre pienamente) essere ripensati al fine di un ‘irrobustimento ordinamentale’ del contratto alla luce di una più salda tutela del mercato. In questo modo potremmo trovarci di fronte a un’economia di mercato che, sfruttando ogni spazio di libertà e quindi di inventiva, diverrebbe il principale rimedio da impiegare contro quegli

stessi fallimenti del mercato genericamente (ma non del tutto correttamente) riconducibili alla pandemia.

5. Concludiamo. È proprio di fronte a questa emergenza ormai assai più economica che non sanitaria che si può ragionare nei termini di una buona fede *in executivis* avente uno spiccato carattere rimediale.

Naturalmente non si sta affermando che la soluzione preferibile sia quella di affidarsi a un potere taumaturgico del giudice, che utilizzi la buona fede sulla base di ragioni che stanno a cavallo tra l'etica e la morale; ma se ragioniamo in chiave economica, anche in assenza di un obbligo di rinegoziazione avente fonte nella legge, tale obbligo può fondarsi sulla buona fede contrattuale.

Ciò, in particolare, per due ragioni, strettamente connesse: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è derogabile dalle parti, e allora non si vede perché non si possa ricorrere alla buona fede non già per attribuire al giudice un generico potere di riequilibrare il contratto (che allora potrebbe addirittura indurre le parti medesime a tentare di recuperare utilità cui esse avevano rinunciato al momento della conclusione del contratto, ma che potrebbero paradossalmente rientrare in gioco sulla base dell'esigenza di approdare a un generico riequilibrio contrattuale affidato al giudice per ragioni di giustizia sostanziale), quanto piuttosto per indurre le parti, coinvolte in quel giudizio, a pervenire a una spontanea modificazione del regolamento contrattuale nel rispetto dell'economia della pattuizione e dunque dell'operazione economica.

Tanto la spontanea modificazione del contenuto contrattuale quanto la modifica *ope iudicis* operata *ex fide bona* sono modalità attuative della *ratio* dell'operazione economica, a tutela dell'assetto di interessi che i contraenti hanno costruito.

LA RUPTURA DE LA ECONOMÍA NEGOCIAL TRAS EL
COVID-19 (UN ANÁLISIS DESDE EL MODERNO DERECHO
EUROPEO DE CONTRATOS)

*EXCESSIVE HARDSHIP DUE TO THE COVID-19 OUTBREAK (AN
ANALYSIS FROM MODERN EUROPEAN CONTRACT LAW)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 326-339



Luz M.
MARTÍNEZ
VELENCOSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La pandemia causada por el COVID-19 está afectando actualmente a considerables aspectos de la actividad económica. Muchos particulares y empresas están viendo como su situación financiera se ve comprometida sin poder cumplir sus obligaciones contractuales. La cuestión es si existen remedios en el ordenamiento jurídico para hacer frente a esta situación, como la adaptación del contrato a la nueva realidad económica o la resolución del contrato sobre la base de la denominada en Derecho español doctrina de la "rebus sic stantibus", que tiene su equivalente en otros ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, con otra terminología. Los países europeos que han modernizado recientemente sus Códigos civiles han reservado un lugar especial a este tipo de institución jurídica. La realidad actual demuestra que nuestras modernas sociedades no se encuentran exentas del riesgo de la aparición de elementos imprevisibles y extraordinarios que pueden afectar profundamente a la economía. La aplicación normalizada de la referida institución jurídica por parte de los tribunales, con la creación de una jurisprudencia rigurosa, contribuiría sin duda a alcanzar un mayor nivel de seguridad jurídica, así como a la reducción de los costes de transacción en la redacción de contratos de larga duración.

PALABRAS CLAVE: Economía negocial; evento extraordinario e imprevisible; adaptación del contrato a las nuevas circunstancias; resolución del contrato.

ABSTRACT: *Nowadays pandemic caused by COVID-19 is affecting many aspects of the economic activity. The financial situation of many individuals and companies is in serious danger with important difficulties in fulfilling their contractual obligations. The question is whether there are remedies in the legal system to deal with this situation, such as the adaptation of the contract or the termination on the basis of the so called in Spanish Law the doctrine of the "rebus sic stantibus" clause, that has its equivalent in other legal systems in the realm of Comparative law, under other terminology. European countries that have recently modernized their Civil Codes have reserved a special place for this type of legal institution. Today's reality shows that our modern societies are not exempt from the risk of the emergence of unpredictable and extraordinary elements that can profoundly affect the economy. The standardised application of that legal institution by the courts, with the creation of rigorous case-law body, would contribute to a higher level of legal certainty as well as the reduction of transaction costs in the drafting of long-term contracts.*

KEY WORDS: *Economy of the contract; extraordinary and unpredictable event; adaptation of the contract to the new circumstances; termination of the contract.*

I. Como es de sobra conocido, la actual crisis sanitaria que se está viviendo actualmente en todo el mundo ha obligado a los diferentes Estados a tomar medidas extraordinarias que están afectando a la economía, básicamente debido al confinamiento al que se ve sometida la población. Muchos agentes económicos se están encontrando con enormes dificultades para hacer frente a sus obligaciones contractuales, en definitiva, se ha alterado en muchas ocasiones de modo notable la economía negocial. Se trata de una situación imprevisible por el carácter novedoso de la misma, que ha dado lugar a escenarios insólitos. A modo de anécdota en el Diario El País (23.03.2020) se podía leer el siguiente titular “El coronavirus cierra el hotel que resistió abierto hasta en la Guerra Civil. El Inglaterra, con 163 años de historia, es el más antiguo de Sevilla”.

Conscientes de esta situación, los distintos Estados han adoptado medidas legales para paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre la economía, así como para evitar la exclusión social de determinados grupos de ciudadanos. En esta línea, en España se aprobó en primer lugar, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (“BOE” núm. 73, de 18/03/2020) donde se adoptan medidas de carácter urgente para la protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad, con el objeto de garantizar el derecho a la vivienda de estas personas. Se produce una “adaptación del contrato” por parte del legislador; una intervención de los poderes públicos en la autonomía privada por razones excepcionales, amparada por la Constitución española. De acuerdo con la Exposición de Motivos, “(l)a experiencia acumulada tras la crisis financiera de 2008 aconseja ampliar significativamente la protección a este colectivo para que puedan acceder a una moratoria en el pago de sus hipotecas y evitar la pérdida de sus viviendas. Adicionalmente, esta medida también beneficia a las entidades financieras en la medida que ayuda a contener la morosidad en una situación extraordinaria, como la actual”. Dicha moratoria será aplicable también a los contratos de préstamo hipotecario que tengan por objeto la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales, entendiendo por tales a personas físicas (art. 19 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo).

Por otro lado, en lo referente a arrendamientos de vivienda, en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (“BOE” núm. 91, de 01/04/2020) de nuevo se insta a las partes a una modificación del contrato, conforme se hace constar en la Exposición de motivos: “En España, en el 85% de los arrendamientos de vivienda el propietario es una persona física, pequeño propietario. Esta particularidad del

• **Luz M. Martínez Velencoso**

Catedrática de Derecho civil, Universitat de València. Correo electrónico: luz.martinez@uv.es

mercado del alquiler en España hace especialmente necesario que las medidas adoptadas faciliten los acuerdos entre las partes para permitir el pago de las rentas".

Además, en el artículo 2 del citado Real Decreto el legislador modifica el contrato en el sentido de prever una prórroga legal extraordinaria del mismo, bajo determinados requisitos y plazos. Asimismo, se impone sobre las empresas o entidades públicas de vivienda y grandes tenedores de vivienda la obligación de aceptar moratorias o quitas en el pago de la renta, de nuevo, una adaptación legal del contrato.

En cuanto al contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, el Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril ("BOE" núm. 112, de 22/04/2020), regula la posibilidad de solicitar el aplazamiento del pago de las rentas a los arrendatarios en este tipo de contratos, cuya actividad está afectada por el estado de alarma derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 y cumplan unos siguientes requisitos adicionales. Se trata de aquellos establecimientos que han tenido que suspender su actividad o reducir drásticamente la misma. Según se hace constar en la Exposición de Motivos: "A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley. Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves. Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula 'rebus sic stantibus', de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales".

Si ya se hubiera alcanzado un acuerdo previo entre el arrendador y el arrendatario al respecto estas medidas no son de aplicación, por lo tanto, la modificación convencional del contrato tiene preferencia frente a la adaptación legal a las nuevas circunstancias. El principio de la conservación del contrato se convierte en garantía de la continuidad de la actividad económica. En opinión del

legislador en la Exposición de Motivos, la no modificación del contrato “pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades” (de pymes y autónomos).

2. El Código civil español, como es sabido, no contiene ningún artículo que se refiera a la adaptación o resolución del contrato debido a una alteración sobrevenida de las circunstancias. Se debe a la jurisprudencia el desarrollo de la denominada doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*” de aplicación estrictamente excepcional desde mediados del siglo XX hasta sentencias recientes. Este cambio de perspectiva se ha producido fundamentalmente desde las Sentencias del TS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526) y 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129). Manteniéndose esta línea en las posteriores SSTS 18 julio 2019 (RJ 2019, 3010) y 6 marzo 2020 (RJ 2020, 879), entre otras (aunque estas últimas desestiman, a diferencia de las anteriormente citadas, la aplicación de la cláusula al caso concreto por no concurrir sus requisitos).

Tal y como estaba formulada la cláusula “*rebus*” en la anterior jurisprudencia de la Sala I^a del TS era prácticamente imposible su aplicación, como se observa del análisis de las Sentencias. Esta posición no estaba en consonancia con otros sistemas de Derecho comparado que reconocen esta doctrina en sus textos articulados, como el alemán, el holandés o el francés (como se analizará en la última parte de este trabajo), o con los nuevos textos de armonización del Derecho Privado europeo, como “*Principles of European Contract Law*” (PECL), “*Draft Common Frame of Reference*” (DCFR) o la posterior “*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*” (CESL). Tampoco con las propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones en el Código Civil español.

En la actualidad ha quedado evidenciado y no sólo en este ámbito, que el actual Derecho de Obligaciones ha quedado anticuado (dado que prácticamente no ha sido reformado desde la promulgación del Código en 1889) y ello ha llevado a una reformulación jurisprudencial de muchas de las figuras contenidas en el Libro IV del Código Civil. A estos efectos, en los últimos años el Tribunal Supremo español ha incluido en su jurisprudencia un número notable de referencias a los anteriormente citados textos armonizadores del Derecho europeo. Precisamente, uno de esos ámbitos de modernización jurisprudencial del Derecho de obligaciones en España ha afectado a la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

En la anterior jurisprudencia se exigía en relación con el juicio de previsibilidad, la existencia de una “radical imprevisibilidad” no sólo del cambio de circunstancias, sino además de sus consecuencias. Además, que tal cambio produjera “una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las

partes (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones" (v. gr. STS 17 noviembre 2000). De acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial sería suficiente con que el mantenimiento inalterado del contrato no fuese razonablemente exigible a la parte desfavorecida. De este modo, la nota de la previsibilidad no debe "apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide" (vid. anteriormente citada STS 30 junio 2014). En consecuencia, si los elementos sobre los que se fundamenta el juicio de previsibilidad no eran materialmente accesibles o si lo eran, solamente era posible su concreción a un coste excepcional, el cambio de circunstancias podría calificarse como imprevisible.

Además, para que se dé la aplicación de la mencionada cláusula, es preciso que este cambio sobrevenido de las circunstancias imprevisible produzca sobre el contrato los siguientes efectos:

A) convierte el cumplimiento en excesivamente oneroso: acontecimientos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, porque incrementan el coste de la prestación para una de las partes o reducen su valor para la otra de acuerdo con la inicial economía negocial.

B) produce una frustración del fin del contrato: entendido como propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes con el programa contractual (causa en sentido subjetivo).

En cuanto a los efectos, se prefiere la adaptación del contrato, frente a la resolución sobre la base del principio de conservación del contrato (ello es así en las citadas SSTS 30 junio 2014 y 15 octubre 2014).

Cuando el juez opta por modificar el contrato, el fundamento puede encontrarse en la interpretación integradora con base en la buena fe contractual ex art. 1258 CC como se hace constar en las anteriormente citadas sentencias del TS. A esta solución se le ha criticado que la presunta voluntad de las partes sobre cómo restaurar el equilibrio contractual afectado por la excesiva onerosidad sobrevenida es difícil de concretar y existe el riesgo de sustituir una hipotética voluntad de las partes por la voluntad del juez (es una de las razones por las que se huye de esta solución en la nueva redacción de la "imprévision" en el Código civil francés, a no ser que ambas partes lo soliciten).

Son las partes las que mejor pueden recuperar ese equilibrio perdido, por eso muchos sistemas de Derecho comparado, como sucede en el Código civil alemán, optan por la renegociación como primer remedio o también los PECL. No obstante, la renegociación plantea graves inconvenientes. Ello es debido a que

no tiene antecedentes en las instituciones clásicas del Código Civil como la lesión, la teoría de los riesgos o la responsabilidad contractual.

Podría definirse la obligación de renegociar como una obligación, en este caso legal, de medios que impone a las partes el deber de reunirse para intercambiar propuestas acerca de un nuevo contenido para su contrato.

Si hay acuerdo podría ser que se produjera una modificación del contrato, en cuyo caso, el objeto debe ser tan satisfactorio de los intereses económicos de los contratantes como lo era antes de la alteración sobrevenida de las circunstancias, así como respecto a la causa. En este caso, habrían de conservarse todos los accesorios de la obligación inicial, especialmente las garantías. Podría ser, por otro lado, que se produjera una novación, que consistiría en la sustitución convencional de una obligación por otra. En este caso, la finalidad económica que las partes pretenden satisfacer mediante el intercambio es distinta (v. gr. se acuerda que una determinada cantidad que se tenía en calidad de préstamo continúe en poder del deudor en calidad de depósito). La novación conlleva la pérdida de las obligaciones accesorias como las garantías, salvo pacto en contrario (art. 1207 CC). El acuerdo podría consistir, asimismo, en una transacción donde las partes se reconocen concesiones recíprocas entre ellas con la finalidad de renunciar al ejercicio de una acción judicial.

En caso contrario, a falta de acuerdo, las consecuencias de la renegociación fallida no están claras. En algunos ordenamientos como el Derecho alemán, o textos armonizados de Derecho europeo, como CESL, se establece el deber de renegociar en primer lugar y si no se consigue el objetivo deseado, se acude al juez/árbitro para adaptar el contrato o resolverlo.

Podría sostenerse que durante la fase de renegociación las partes están sujetas a determinadas obligaciones. Así, durante la renegociación las partes deben mantener sus obligaciones contractuales. Por otro lado, deben respetar las obligaciones derivadas del principio de buena fe contractual. Imponer el cumplimiento forzoso no parece oportuno, así como tampoco considerar que la consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones sería la indemnización de daños y perjuicios, puesto que se trataría de un caso de daños punitivos que no se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico ("restitutionary damages" o "account of profits" en el Derecho anglosajón).

Volviendo a la buena fe durante la fase de renegociación y en relación con la crisis provocada por el COVID-19, por ejemplo, tratándose de un contrato de arrendamiento, la parte arrendataria que pretende la adaptación del contrato debería aportar una fundamentación realista y honesta acerca de por qué no es posible pagar la renta en las condiciones inicialmente estipuladas. Otra de las

cuestiones a considerar es si efectivamente en el caso concreto es tan grande la disminución real del volumen de negocio y si la misma viene enteramente causada por la crisis del “coronavirus”. En definitiva, debería pensarse en un reparto justo y realista del riesgo contractual.

Por otro lado, de acuerdo con la STS de 6 de marzo 2020, “(e)l cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de trato sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.”

El TS viene, pues, a recalcar que es más factible que la cláusula “*rebus*” se aplique a un contrato de larga duración. No obstante, sería comúnmente aceptado que la súbita crisis producida por el “COVID-19” ha sido imprevisible con anterioridad a su irrupción, y la misma influye en el desarrollo de infinidad de relaciones contractuales, con lo que la mayor o menor duración del contrato no debería afectar a la aplicabilidad de la doctrina de la “*rebus*” con la excepción de que el contrato se hubiese celebrado con total conocimiento de la situación. En definitiva, se tendría que valorar caso por caso si efectivamente la crisis del “COVID-19” ha alterado la inicial economía contractual o no.

3. En otros países de la Unión Europea se está viviendo una situación similar a la que sucede en nuestro país. Se han adoptado también medidas para paliar los efectos económicos y sociales de la crisis. Desde el punto de vista del Derecho privado, algunos Estados cuentan con instrumentos legales para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias o para su resolución, en última instancia, puesto que en las últimas reformas de sus Códigos civiles introdujeron instituciones legales similares a la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. Me referiré principalmente a Alemania, Países Bajos, Francia y Reino Unido, aunque en este último caso se debe a la jurisprudencia la creación de la doctrina de la “*frustration of contract*”. Antes de ello quisiera referirme, como muestra del interés que esta situación ha suscitado entre los juristas europeos, a los principios adoptados recientemente por el “European Law Institute” para la crisis COVID-19 (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_elis/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf) que abordan algunas de las cuestiones jurídicas más importantes que se plantean en relación con la crisis sanitaria que estamos atravesando y ofrecen orientación a los Estados europeos, las instituciones de la UE, así como a otros organismos interesados.

Entre estos principios, y en punto al tema que es objeto de tratamiento aquí, se incluye el número 13 (con el título “Force Majeure and Hardship”) según el cual:

“(1) Cuando la ejecución de un contrato se impida temporal o definitivamente directa o indirectamente debido al brote de COVID-19 o a las decisiones adoptadas por los Estados en relación con el brote de COVID-19, los Estados deben velar por que la legislación vigente sobre imposibilidad o fuerza mayor se aplique de manera eficaz, y proporcione soluciones razonables. En particular, la asignación contractual de riesgos en estos casos debe evaluarse a la luz de los contratos existentes, los regímenes jurídicos aplicables y el principio de buena fe.

(2) Cuando, como consecuencia de la crisis COVID-19 y de las medidas adoptadas durante la pandemia, el cumplimiento del contrato ha devenido excesivamente oneroso, incluso cuando el coste de la prestación ha aumentado significativamente, los Estados deben asegurarse de que, de conformidad con el principio de buena fe, las partes entablarán renegociaciones, incluso si esto no se ha previsto en un contrato o en la legislación vigente.

(3) De conformidad con el principio de solidaridad, los Estados deben velar por que las consecuencias de la interrupción de las relaciones contractuales, como la cancelación de planes de viaje, no sea un riesgo atribuido a una de las partes, en particular a consumidores o pymes”.

3.1. Como en otros Estados europeos, el legislador alemán ha aprobado varias medidas para mitigar las adversas consecuencias provocadas por la epidemia de COVID-19 sobre la economía del país. En concreto, para la protección de los arrendatarios se prevé que los arrendadores no podrán resolver el contrato cuando el arrendatario deje de pagar la renta bajo determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, de nuevo una adaptación del contrato por parte del legislador a las nuevas circunstancias. No obstante, según la doctrina alemana, estas medidas no obstan a una adaptación negocial del contrato sobre la base de la institución de la “Geschäftgrundlage” introducida en el BGB a raíz de su última modificación para la modernización del Derecho de obligaciones en Alemania (culminada mediante Ley de 1 de enero de 2002).

El tenor literal del § 313 BGB es el siguiente: “I. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de trato sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato”.

Efectivamente, la situación actual creada por el COVID-19 podría considerarse como elemento imprevisible, que no pudo ser tomado en consideración por las partes para la distribución contractual del riesgo negocial. Por otro lado, en cuanto a los efectos, tendría que valorarse, según la doctrina alemana, si es razonable el mantenimiento del contrato o si, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán (“Bundesgerichtshof”) “el mantenimiento del contrato conduce a un resultado indeseable que no está en consonancia con el ordenamiento jurídico ni con la justicia”.

Si efectivamente se entiende que es de aplicación la doctrina de la base del negocio, la primera consecuencia prevista por la ley es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Sin embargo, esa adaptación no se produce automáticamente, sino que la parte en una situación de desventaja tiene el derecho a solicitar a la otra la modificación del contrato. La adaptación del contrato a las nuevas circunstancias depende del caso individual que va desde un aplazamiento o reducción del precio pactado hasta una suspensión temporal de las obligaciones contractuales, incluso cabría una prórroga del plazo de duración del contrato. Sólo en tales casos en los que no se considera razonable que el contratante acepte la modificación del contrato, procedería la resolución del mismo.

3.2. El Derecho francés no ha sido ajeno a esta tendencia a la modernización de su Derecho de obligaciones, en donde se ha aprovechado para introducir una institución como la que estamos analizando, que también tenía reconocimiento jurisprudencial, conocida con el nombre de “imprévision”. Actualmente se encuentra regulada en el nuevo artículo 1195 del Código Civil francés (introducido por la Ordenanza 10 febrero 2016). Conforme al tenor literal de esta norma:

“Si un cambio imprevisible de circunstancias en la conclusión del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte sin que haya aceptado correr tal riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte contractual. Durante la renegociación es preciso que se continúe con el cumplimiento del contrato.

En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden solicitar al juez de común acuerdo la adaptación del contrato. En otro caso, una de las partes podrá solicitar al juez la resolución del contrato, que se entenderá producida en la fecha y con las condiciones que se fije en la sentencia".

Esta teoría permite, como sucede en el Derecho alemán, solicitar una renegociación del contrato, cuyo cumplimiento se ha vuelto excesivamente oneroso a la luz de circunstancias que eran imprevisibles en el momento de su celebración. Dado que el carácter imprevisible de las circunstancias que permiten la renegociación del contrato se evalúa el día de la celebración del contrato, esta calificación podría debatirse a la luz de la información disponible hasta esa fecha, según la doctrina francesa. Como se observa, el primer remedio y preferente es el de la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias frente a la resolución del mismo.

3.3. En cuanto a los posibles remedios legales disponibles en el Derecho holandés, que se encuentra asimismo dentro del grupo de ordenamientos jurídicos que han visto sus Códigos civiles actualizados a la nueva realidad socioeconómica, se encuentra el art. 6:258, conforme al cual: "I. A petición de una de las partes, el juez podrá modificar los efectos de un contrato, o podrá dejarlo sin efecto total o parcialmente sobre la base de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contratante, de acuerdo con criterios de razonabilidad y equidad, no pueda esperar que el contrato se mantenga de forma no modificada. La modificación o la anulación del contrato podrán tener fuerza retroactiva.

2. La modificación o la terminación del contrato no tendrán lugar si la persona que invoca el cambio de circunstancias debe responder de dicho cambio en función de la naturaleza del contrato o de la opinión común.

3. A los efectos del presente artículo, una persona a la que se haya transferido un derecho u obligación contractual, se asimila a una parte contratante".

Uno de los elementos a tener en cuenta para la aplicación de esta institución es, como en los casos anteriores, el de la imprevisibilidad. Por otro lado, en cuanto a los efectos, al modificar o resolver el contrato, el tribunal dispone de una gran libertad. El juez considerará lo que es razonable y equitativo en vista de todas las circunstancias del caso. La modificación o resolución puede afectar a la totalidad del contrato o a determinadas cláusulas. También puede estipularse que ambas partes pueden suspender temporalmente el acuerdo. El juez también podrá conceder efecto retroactivo a la modificación o resolución, así como fijar indemnización de daños y perjuicios en caso de que se ponga fin al contrato. El

objetivo del tribunal será restablecer el equilibrio contractual perturbado por las circunstancias imprevistas, teniendo en cuenta la nueva situación (tras la situación de pandemia provocada por el COVID-19).

3.4. La regla general es el cumplimiento del contrato en los términos pactados, por lo que el incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato y a la indemnización de daños y perjuicios. Además, el sistema de responsabilidad contractual del “common law” es un sistema de responsabilidad objetivo (“strict liability”), es decir, se exige responsabilidad al deudor incluso en el caso de que no exista culpa o negligencia en su comportamiento. Sin embargo, se admite la liberación del deudor en los casos en que: 1) el cumplimiento del contrato ha devenido imposible; 2) como consecuencia del cambio de circunstancias se ha frustrado el propósito principal de una de las partes; 3) el cumplimiento no es imposible, pero es mucho más oneroso de lo que se previó en un principio. Si el deudor se libera del cumplimiento en cualquiera de estos supuestos, no está obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina de la “frustration” es de creación jurisprudencial, tiene su origen en los llamados “Coronation Cases” (entre los más relevantes el caso *Krell v. Henry* [1900-3] All E.R., pp. 20 y ss). Al igual que hemos visto anteriormente, uno de los requisitos para la aplicación de la doctrina de la “frustration” es la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Además, para que se aplique tal remedio es necesario que la parte que lo alega no tenga ningún control sobre el cambio de circunstancias, así como que no haya sido esta parte la que con su comportamiento negligente haya provocado tal situación (requisito de la inimputabilidad).

En cuanto a la posible aplicación de la doctrina de la “frustration of contract” conviene tener presente que esta institución opera dentro de confines estrechos y que la aplicación judicial de la misma es poco frecuente. Por ejemplo, un caso reciente donde el tribunal descartó la aplicación de la “frustration” tenía por objeto un contrato de arrendamiento de larga duración donde el arrendatario, la Agencia Europea del Medicamento (*Canary Wharf (Bp4) TI Ltd. V. European Medicines Agency* (2019) EWHC 335 (Ch)), se vio obligada a mudarse fuera del Reino Unido debido al Brexit.

Es posible que las partes hayan incluido en su clausulado contractual determinado tipo de cláusulas que podrían dar cobertura a este tipo de eventos sobrevenidos e imprevisibles (“force majeure” o “change of circumstances” clauses). Ello es debido a que los contratos en Reino Unido suelen ser más extensos y detallados que en los países de “civil law”, dado que en el Derecho inglés los contratos no disponen de una amplia regulación legal. De ahí que las partes tiendan a concretar de modo

preciso los términos del acuerdo, reduciendo el espacio para la interpretación o intervención judicial. En primer lugar, en cuanto a las denominadas cláusulas de "force majeure", especifican una serie de eventos seguidos de las palabras "o cualquier otra causa fuera de nuestro control". Habitualmente los tribunales interpretan estas cláusulas de modo restrictivo. Su ámbito de aplicación reside en aquellos casos en los que el cumplimiento de las obligaciones contractuales, o bien ha sido objeto de mora, o bien se ve impedido u obstaculizado por un evento específico. La existencia de este tipo de cláusulas en el contrato no garantiza que la situación creada por el "coronavirus" quedará cubierta por la misma en todo caso. Parece que no será de aplicación si no se refiere específicamente a la situación de epidemia o pandemia.

Puede también que en el contrato se haya incluido la cláusula denominada "change of circumstances", aunque esta situación es menos frecuente y si es el caso suele ir precedida de una ardua negociación. Asimismo se pueden incluir cláusulas que incluyan remedios contractuales en el caso de que produzca un cambio de legislación (por ejemplo, una nueva legislación que limite las posibilidades de viajar de la población).

Comparando esta situación con la anterior, propia de los países de "civil law" podríamos concluir que una solución prevista en la ley y con unos requisitos claros de aplicación realmente es beneficiosa porque contribuye a reducir los costes de negociación implícitos en las cláusulas "force majeure" y "hardship".

4. De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que sí existen remedios en los distintos ordenamientos jurídicos europeos para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias después de la ruptura de la economía negocial creada como consecuencia de la actual crisis sanitaria, así como para poner fin al contrato, en última instancia. Estos remedios gozan de un mayor nivel de seguridad jurídica en aquellos países europeos que han modernizado recientemente sus Códigos civiles. En mi opinión, sería conveniente que se introdujera en nuestro Código civil una regulación de la cláusula "rebus sic stantibus" siguiendo la terminología con la que se ha venido conociendo tradicionalmente a la figura. Ello porque, como se ha mencionado anteriormente, nuestras modernas sociedades no se encuentran exentas del riesgo de la aparición de elementos imprevisibles y extraordinarios que pueden afectar profundamente a la economía. Hasta que ello tenga lugar, una aplicación normalizada de la referida institución jurídica por parte de los tribunales, con la creación de una jurisprudencia rigurosa, serviría para alcanzar este deseado nivel de seguridad jurídica, así como para reducir los costes de transacción asociados a la redacción de contratos de larga duración. Puesto

que preverlo todo es costoso, como hemos visto que sucede en el Derecho anglosajón.

No obstante lo anterior, si los expertos no se equivocan, es posible que en el futuro aparezcan nuevas epidemias de virus actualmente desconocidos o recaídas en la actual. Por ello, no es de descartar que en lo sucesivo se prevea la irrupción de este riesgo, especialmente en la redacción de contratos de larga duración. En este posible escenario se darían circunstancias sobrevenidas, pero no necesariamente imprevisibles.

VULNERABILITÀ ECONOMICA TRA DIRITTO EMERGENZIALE E CONTRATTUALE*

ECONOMIC VULNERABILITY BETWEEN EMERGENCY AND CONTRACT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 340-351

* I paragrafi 1, 2 y 3 sono attribuibili a Lucia Ruggeri, e i paragrafi 4 e 5 a Manuela Giobbi.



— — — — —
| | | | |
Lucia RUGGERI
| | | | |
e Manuela
| | | | |
GIOBBI
| | | | |
— — — — —

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza l'impatto del COVID-19 sui contratti, individua la rinegoziazione come rimedio non ancora codificato in Italia, adeguato solo se accompagnato da apposite procedure extragiudiziali che lo rendano effettivo e dedica una specifica attenzione al diritto emergenziale in materia di povertà energetica.

PALABRAS CLAVE: Covid; vulnerabilità economica; sopravvenienze; contratto; povertà energetica.

ABSTRACT: *The essay analyses the COVID-19 impact on contracts, identifies the renegotiation as possible remedy, suitable only if combined with specific extrajudicial procedures that make it effective. It focuses also on energy poverty in the emergencies regulatory framework.*

KEY WORDS: *Covid; economic vulnerability; hardships; contract; energy poverty.*

I. Il prolungato *lockdown* causato dalla pandemia da Covid incrementa una diffusa vulnerabilità economica confermando quanto la storia insegna: lo stretto legame tra “pestilenze” e crisi economiche. Nel codice civile lo stato di bisogno trova espressa rilevanza in previsioni sporadiche, nelle convivenze (l. n. 76 del 2016, art. 1, comma 50 ss.), nei rapporti di filiazione (art. 279 c.c.), nelle relazioni familiari (art. 433 c.c.), nelle contrattazioni inique (artt. 644, 1448 c.c.); la Costituzione guida, però, l’interprete a rilevarne l’importanza oltre gli espressi richiami dato che la lotta all’indigenza costituisce uno dei sostrati della solidarietà costituzionale (art. 2).

L’incertezza sull’andamento della pandemia è causa di richieste che mirano a eliminare impegni contrattuali o, comunque, a modificarne il contenuto. Il rimedio rescissorio, pensato per persone che erano in stato di bisogno al momento della stipulazione del contratto non riesce, pertanto, ad essere utilizzato per proteggere i contraenti da una debolezza sopravvenuta o che comunque temano sopraggiunga. Il problema che si pone non è di preservare il mantenimento di un accordo in ossequio al principio “*pacta sunt servanda*”, ma di rimodulare il contratto sulla base del mutato scenario economico. Il codice italiano, se interpretato alla lettera, potrebbe addirittura precludere la revisione, che invece trova spazio in un’ermeneutica condotta “secondo Costituzione”: si pensi al diritto di rifiutare l’adempimento parziale (CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, pp. 158 ss.) o al problema della rilevanza di un interesse del debitore a rivedere il contenuto dell’accordo (PAGLIANTINI, S.: “Il debito da eccezione a regola”, in Pers. merc., 2014, p. 104). Si oscilla tra inesigibilità, conseguenza di un’incapacità, e forza maggiore di tipo sociale che potrebbe giustificare l’istituto dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione permanente o temporanea (GRISI, G.: “L’adempimento di necessità”, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto* (a cura di G. Grisi), Napoli, 2014, pp. 23 ss.).

In questa prospettiva il legislatore emergenziale ricorre espressamente all’impossibilità sopravvenuta per i contratti di trasporto e di viaggio (art. 28, d.l. n. 9 del 2020) e prevede misure di contenimento della pandemia per esonerare da responsabilità il debitore inadempiente (art. 91 del d.l. n. 18 del 2020). Manca uno strumento generale di riequilibrio che allevii la diffusa vulnerabilità

• **Lucia Ruggeri**

Ordinario di diritto privato, Università di Camerino. Correo electrónico: lucia.ruggeri@unicam.it

• **Manuela Giobbi**

Manuela Giobbi, Dottore di Ricerca. Correo electrónico: mangiobbi@gmail.com

economica e protegga la dignità delle persone non adeguatamente garantite dal rigido mantenimento della volontà originaria o dai tradizionali meccanismi di responsabilità.

2. La vulnerabilità economica, chiave di lettura della contrattazione post-disastro, ricorre non solo quando c'è una situazione di bisogno, ma anche quando vi sia un'aspettativa di deterioramento delle condizioni reddituali e, più in generale, della qualità della vita propria o familiare. Il carattere complesso e dinamico della vulnerabilità, rende possibile utilizzare strumenti di protezione già collaudati in mercati dominati da previsioni e aspettative. Come nel mercato finanziario la nozione di "cliente" supera le categorie di consumatore e di professionista, così nel contesto pandemico il contraente è debole sulla base di una valutazione sostanziale e non formale. Occorre, pertanto, verificare in concreto quale sia la parte debole: ad esempio, nel caso in cui l'inquilino sia il rampollo di una ricca famiglia e il locatore sia una pensionata, che riesce a vivere dignitosamente soltanto grazie all'apporto mensile del canone, non v'è dubbio che l'emergenza Covid sia un fattore più pericoloso per il proprietario anziché per l'inquilino.

Il rimedio risolutorio, in questa ipotesi, innesca situazioni di povertà e determina esigenze assistenziali cui gli Stati debbono provvedere sulla scorta dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali che individua nella lotta alla povertà uno dei pilastri delle politiche dell'Unione, in ciò allineandosi ad obiettivi mondiali espressi nell'Agenda ONU 2030. Anche per questa ragione, laddove possibile, la continuità dei rapporti costituisce un obiettivo importante perseguitabile con strumenti di rinegoziazione, ma anche con interventi di sostegno pubblico: si pensi ai *bonus* che la legislazione emergenziale prevede per supportare rapporti di collaborazione domestica al fine di garantire assistenza a questa fascia debole di lavoratori.

Il rimedio risolutorio potrebbe risultare eccessivo nell'ipotesi in cui le parti, seppur in difficoltà economica, abbiano aspettative di miglioramento della situazione e desiderino poter continuare il rapporto, quando, ad esempio, un canone è divenuto eccessivamente oneroso perché non controbilanciato da un'utilità, quale la fruizione di un'abitazione o di un locale ove esercitare un'attività di impresa. In queste ipotesi una buona soluzione potrebbe essere quella della riduzione del canone, ma il codice subordina questo strumento alla proposizione di un'azione risolutoria e all'offerta di equità del convenuto (art. 1467 c.c.). Neppure il ricorso alla presupposizione potrebbe giovare alla parte debole perché anche in questo caso, qualora si ravvisasse un venir meno delle condizioni poste implicitamente alla base del contratto, la conseguenza sarebbe pur sempre la cessazione del rapporto. La pandemia richiederebbe una rinegoziazione diffusa di una molteplice gamma di accordi contrattuali sprovvisti di clausole di *hardship* e operanti in un contesto

nazionale privo di un espresso obbligo legislativo di rinegoziare (GAMBINO, F.: "Rinegoziazione (dir. civ.)", in *Enc. giur. Treccani*, XV, 2007, p. 10). La rinegoziazione, codificata in altri ordinamenti (§ 313 del BGB, art. 1195 code civil francese), è prevista in un recente progetto di riforma del codice civile italiano (DDL 2019 - S. 1151). Il progetto prevede che in caso di mancato accordo o di rifiuto della negoziazione, la parte interessata possa ricorrere al giudice che, sostituendosi alle parti, potrà determinare un nuovo contenuto economico del contratto. Questa disposizione potrebbe superare l'attuale dibattito sulla risarcibilità dell'interesse positivo per mancato adempimento dell'obbligo di rinegoziare, (sulla natura dell'obbligo, GENTILI, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", in *Contr. impr.*, 2003, p. 720). La rinegoziazione nello scenario post-Covid è strumento di solidarietà funzionale al superamento del bisogno economico già sperimentata in ambito bancario con riguardo ai mutui (d.l. n. 93 del 2008) ai tempi della recessione del 2008. In una prospettiva europea e internazionale, in attesa di un'espressa previsione normativa, la buona fede (SACCO, R., DE NOVA, G.: *Il contratto*, Torino, 2004, pp. 722 ss.) può dare fondamento ad un obbligo di rinegoziare funzionale al principio europeo di solidarietà a sua volta improntato alla tutela della dignità di ogni uomo, alla sua inclusione e piena partecipazione alla vita del Paese così come previsto dall'art. 3 della Carta Costituzionale.

L'autonomia contrattuale, nell'ordinamento italiano, in una lettura costituzionalmente orientata, non può mai porsi in contrasto con la "sicurezza", la "dignità" della persona e l'utilità sociale, valutata nella sua meritevolezza anche con il parametro della proporzionalità (PERLINGIERI, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334).

3. La bilateralità del bisogno, frequente quando la crisi colpisce simultaneamente e massivamente, rende necessaria una valutazione del contratto anche alla luce dell'utilità sociale quale parametro conformativo dell'autonomia privata. La rinegoziazione è strumento ottimale di intervento per ipotesi di bisogno unilaterale, laddove il giudizio di convenienza porti entrambe le parti alla non continuazione del rapporto o alla lite sull'eventuale rimedio risolutorio, in queste circostanze occorre domandarsi quali strumenti possano essere attivati per realizzare quella utilità sociale nel caso di specie ravvisabile nella rivitalizzazione economica e in strumenti di sostegno.

In queste ipotesi potrebbe farsi ricorso a procedure di esdebitazione, introdotte in Italia nel 2012, per gestire il sovraindebitamento di privati cittadini e imprenditori non sottoponibili a fallimento (LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., RIZZO, F.: *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, 2018). Quando entrambi i contraenti siano economicamente

deboli gli strumenti codicistici fondati su posizioni asimmetriche risultano non utilizzabili soddisfacentemente: si pensi alle nullità di protezione, al recesso, alle risoluzioni. Nei contratti sinallagmatici *post-Covid* la protezione deve essere approntata in modo tale da contemperare la situazione economica vulnerabile di entrambe le parti a prescindere dalla loro posizione o qualificazione formale (professionista/consumatore; debitore/creditore). Nei contratti sinallagmatici, in cui la crisi colpisca entrambe le parti, ciascuno è debitore e all'un tempo creditore determinandosi la necessità di proteggere non soltanto colui che deve pagare in denaro, ma anche colui che deve ricevere una determinata prestazione diversa dal denaro. Si pensi all'importanza di ricevere materie prime: colui che deve effettuare la fornitura potrebbe trovare eccessivamente oneroso eseguirla in ragione del costo lievitato e colui che la deve ricevere potrebbe trovarsi in una posizione meritevole di protezione, dovendo a sua volta produrre il bene che genera quella liquidità necessaria alla copertura dei costi che deve sostenere (pagamento dei salari, di altri fornitori, di mutui ecc.).

Il meccanismo sinallagmatico, in questa prospettiva, non riesce ad esprimere appieno la situazione: soltanto valutando l'operazione economica in cui quel contratto è inserito e i negozi ad esso collegati, si potrà addivenire ad una revisione del contratto che possa essere considerata equa e soprattutto in grado di dare una continuità all'attività o ad organizzare e gestire al meglio una chiusura. Nella visione europea, con riferimento alla crisi delle imprese, il tema della continuità delle attività è, del resto, esplicitamente legato al mantenimento dell'occupazione prevedendo il pieno coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nella procedura di allerta (art. 3, par. 3 dir. 1023/2019) che segnala e anticipa la crisi. La possibilità di rivalutare le condizioni economiche onde prevenire una situazione di indebitamento oppure per mitigarne le conseguenze costituisce un'esigenza che conduce all'adozione di strumenti che fanno leva su terzi qualificati che gestiscono la crisi (Organismi di Composizione della Crisi - l. n. 3 del 2012) o l'allerta (Organismi di Composizione della Crisi di Impresa-OCRI-Codice della crisi di impresa). Soluzioni che ben potrebbero essere riviste e adottate in via generale per diventare utilizzabili ognqualvolta le parti ne abbiano bisogno: non solo, quindi, per l'attuale emergenza pandemica, ma anche per altre emergenze originate da altre cause (disastri naturali quali inondazioni, sismi) oppure ancora calamità provocate da attività umane (disastro nucleare, attentati terroristici con effetti catastrofici ecc.).

Si potrebbe ipotizzare il passaggio da una previsione normativa *ad hoc* per ogni emergenza che determini conseguenze economiche a strumenti già definiti e pronti ad essere operativi ogni qualvolta le parti ne avessero bisogno. In questa prospettiva la rinegoziazione non è un problema di salvaguardia della volontà liberamente espressa dalle parti, ma di mantenimento dell'attività economica in

modo tale che sia preservata con essa la dignità delle persone coinvolte, siano esse i dipendenti dell'impresa, lo stesso contraente professionista, il consumatore con un'implementazione effettiva della solidarietà costituzionale in chiave europea. Per rendere effettiva la rinegoziazione occorrerebbe, però, favorire procedure extragiudiziali, quali ad esempio un arbitrato o una forma di mediazione, sostenute dallo Stato, che consentano alle parti di giungere ad un accordo in tempi brevi accompagnate da *astreintes* per la mancata adesione alla procedura o di benefici per la partecipazione renderebbero effettivo il percorso. Prendendo a modello (MACARIO, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", in *Giust. civ.*, 2014, pp. 839 ss.) la regolamentazione delle *hardship* contenuta nei Principi Unidroit (art. 6.2.3) e in significative proposte legislative (Codice Lando; *Code Européen des Contrats*), si potrebbe anche prevedere che nel caso di mancato accordo, entro un lasso di tempo ragionevole, ciascuna parte possa fare ricorso oltre che al giudice, in prima battuta, ad un arbitro o altro ente terzo che possa coadiuvare le parti a trovare l'accordo.

La previsione di strumenti di rinegoziazione si inserirebbe in un percorso complesso, ma lineare connotato da una crescente possibilità di modularne l'autonomia negoziale, ma anche la responsabilità sulla base delle concrete esigenze del debitore e del creditore (patrimoni destinati, elusione del divieto del patto commissorio, uso del patto marciano). La revisione del contratto a seguito di eventi calamitosi non previsti dalle parti perché improbabili potrebbe, altresì, essere affiancata da idonei strumenti assicurativi che fungerebbero da "paracadute" in situazioni emergenziali: la via dell'assicurazione però richiede investimenti e accantonamenti di liquidità difficilmente ipotizzabili senza misure legislative "premiali" o di "sostegno" (si pensi alla difficoltà di introdurre in Italia un'assicurazione sul sisma, nonostante il diffuso e mediamente elevato rischio sismico). La pandemia, in conclusione, risulta il crocevia in cui l'autonomia, quale strumento di gestione del rischio sopravvenuto, si incontra con strumenti di sostegno dello Stato, riaprendo le porte a quello Stato sociale di diritto disegnato dalla Costituzione italiana.

4. La legislazione c.d. emergenziale, adottata per fronteggiare il COVID-19, impone un bilanciamento tra libertà personali, salute e interesse collettivo al contenimento del contagio (BENEDETTI, A.M. e NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", in *Dir. banc.*, 2020, pp. 2 ss.). In particolare, appare necessario rимодулare la protezione di utenti economicamente vulnerabili in un settore fondamentale quale quello dell'energia. L'art. 28 della dir. 944/2019/UE dispone che gli Stati membri dovrebbero definire il divieto di interruzione della fornitura di energia nei periodi di crisi e prevedere

adeguate misure di assistenza sociale, affinché possa essere garantito il necessario approvvigionamento o il sostegno per il miglioramento dell'efficienza energetica.

L'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), sulla base della decretazione d'emergenza, all'interno del potere regolamentare dei mercati e del riequilibrio delle asimmetrie contrattuali, ha individuato, per le condizioni di disagio economico dei consumatori e delle imprese, speciali garanzie per la fornitura del servizio e per l'accesso ai *bonus sociali*. Le disposizioni dell'Autorità costituiscono misure temporanee di sospensione che intervengono sui termini di incasso e di pagamento, sulle procedure di gestione della morosità, sugli inadempimenti e sulle conseguenti interruzioni della fornitura di energia. Per alcune tipologie di contratti relativi ai clienti finali, che si trovano in situazioni di disagio "più grave dell'ordinario", è stata prevista la rateizzazione dei pagamenti delle fatture riferibili al periodo di vigenza di contenimento del contagio (Segnalazione ARERA, I36/2020/COM, in www.arera.it). La meritevolezza del beneficio delle misure di sostegno sembra quindi essere riconducibile alla condizione di vulnerabilità in cui si trova una persona che destina all'acquisto di energia somme molto elevate e che, nonostante l'attuazione di un ragionevole bilanciamento tra reddito e costo, non può usufruire dei servizi essenziali. Soggetti vulnerabili che, laddove non riescono a rispettare i pagamenti, si espongono all'eventuale interruzione della fornitura e anche alle conseguenze dell'inadempimento. Al fine di contenere gli effetti negativi della crisi economica, la disciplina di emergenza (art. 54 ter, d.l. n. 18 del 2020) ha introdotto la sospensione delle procedure esecutive per i pignoramenti immobiliari relativi all'abitazione principale del debitore. Si tratta comunque di procedure che non rappresentano una deroga al pagamento delle fatture ricevute, ma di una disciplina temporanea che sembra di fatto indirizzata al rinvio degli effetti del disagio economico dei clienti vulnerabili.

La normativa dell'*Authority* produce i suoi effetti sul contratto e sull'esercizio dei diritti che ne conseguono, come l'inadempimento o la risoluzione. Le disposizioni regolamentari vanno sostanzialmente a incidere, in via conformativa e correttiva, sul contenuto contrattuale in attuazione di valori di tipo solidaristico (ANGELONE, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, pp. 96 ss.; PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi «ecologica» del contratto", in *Pers. merc.*, 2015, pp. 39 ss.). Nelle deliberazioni dell'Autorità si precisa che si tratta di misure che in generale alterano "l'ordinato svolgersi dei rapporti contrattuali" e che sono destinate ad aggravarsi in ragione della durata delle misure straordinarie (Segnalazione ARERA, I36/2020/COM, cit.).

Tali provvedimenti, dunque, pur necessari a far fronte alle criticità della pandemia, non potranno essere mantenuti nel tempo, anche in virtù del fatto che gli oneri derivanti dalla concessione delle misure di sostegno inevitabilmente ricadono su

tutti gli altri utenti. La stessa Authority evidenzia che le forme di tutela previste nei provvedimenti d'urgenza dovrebbero essere superate con l'introduzione di nuovi strumenti di attenuazione della criticità, che possano far fronte alle reali difficoltà energetiche che la crisi ha sensibilmente acuito.

La complessità della problematica trova sostanziale affermazione nella mancanza di una nozione europea condivisa di cliente vulnerabile e di povertà energetica. Una definizione è offerta dalla Francia, che per povertà energetica intende «una situazione in cui è particolarmente difficile per una persona disporre, nel suo alloggio, dell'approvvigionamento energetico necessario a soddisfare i bisogni elementari, a causa dell'inadeguatezza delle sue risorse o delle condizioni abitative» (*Loi Grenelle* del 2010). La determinazione delle principali cause della vulnerabilità energetica ha reso possibile l'attuazione di un programma per il rinnovo dei sistemi di riscaldamento e di isolamento delle abitazioni degli utenti a basso reddito. In Italia, invece, per l'individuazione della condizione di povertà energetica, si attua un generico riferimento ad alcuni indicatori di reddito (es. ISEE).

Nella dir. 944/2019/UE la povertà energetica, pur costituendo uno degli obiettivi da raggiungere, non è specificamente definita. L'art. 29 indica solamente, peraltro mediante riferimento all'art. 3, par. 3, lett. d), reg. (UE) 1999/2018, che la condizione di povertà energetica deve essere individuata tenendo conto dei servizi energetici domestici necessari per garantire un tenore di vita di base all'interno del rispettivo contesto nazionale.

La disciplina europea affida agli Stati membri la scelta e quindi l'adozione degli interventi idonei a proteggere i clienti in condizioni di povertà energetica nel contesto del mercato interno dell'energia. Del resto, essendo differenti le circostanze sociali, non può che spettare ad ogni Stato membro lo sviluppo degli appropriati schemi di riduzione del fenomeno, tenendo conto delle esigenze connesse all'occupazione, al reddito e alla tutela della salute, in ragione anche del disposto dell'art. 9 TFUE. In ogni caso, l'ordinamento interno, nell'ambito del recepimento della normativa europea, dovrebbe intervenire sulla vulnerabilità e sulla povertà energetica cercando di conciliare le misure di efficienza economica con quelle di solidarietà, affinché possano tradursi in un investimento che prenda in considerazione i valori e si traduca nel rispetto della persona (PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 453 ss.).

5. I fattori alla base della povertà energetica sono generalmente riconducibili al basso reddito familiare, agli elevati prezzi dell'energia e all'inadeguato livello di

efficienza energetica degli edifici. Se l'energia viene considerata come un bene essenziale, la cui accessibilità contribuisce alla piena partecipazione di ogni soggetto alla società (art. 3 Cost.), nell'attuale condizione di crisi, la riduzione o la sospensione dei costi energetici, attuata attraverso la disciplina regolamentare dell'Authority, ha certamente rappresentato una necessità prioritaria. Tuttavia, il benessere delle persone non può essere tutelato solamente in via provvisoria, tra gli interessi economici e la regolazione del mercato, ma necessita di essere garantito da una normativa che tenga presente soprattutto la fase *post-emergenziale*.

L'attenuazione dei disagi economici, che non consentono ai soggetti in condizione di povertà energetica neppure l'ordinario funzionamento degli elettrodomestici, dovrebbe essere assicurata attraverso mezzi ulteriori e diversi dagli interventi della disciplina di emergenza. Gli scarsi consumi dei soggetti vulnerabili, generalmente non costituiscono un incentivo alla contrattazione o alla comparazione delle offerte, ma vanno a riflettersi negativamente nel mercato concorrenziale, con probabile elevamento dei prezzi di fornitura a svantaggio dei clienti finali.

Il cons. 24, dir. 2002/2018/UE, evidenzia che per ridurre la povertà energetica dei locatari in maniera sostenibile, è opportuno che l'efficienza venga considerata in termini di costi e di accessibilità economica e che sia assicurato un sostegno finanziario adeguato. Ad esempio, l'introduzione dell'obbligo di miglioramento dell'efficienza energetica negli edifici, come condizione contrattuale della locazione, andrebbe a incidere sulla domanda di energia in maniera più efficace della temporanea gestione delle tariffe o del divieto di interruzione della fornitura. Alcune misure di contrasto alla povertà potrebbero inoltre essere quelle relative alla conversione degli edifici a energia "quasi zero" o all'introduzione di una normativa interna che recepisca e incentivi la creazione di comunità energetiche, che attualmente dimostrano di possedere il potenziale utile per favorire la diffusione delle nuove tecnologie e sviluppare modalità condivise di consumo.

La difficoltà economica costituisce una debolezza che si riflette nelle diverse fasi del rapporto contrattuale e quindi sia nell'accesso al servizio, sia nella fase dell'esecuzione per l'eventuale mutamento delle condizioni economiche dell'utente (BENEDETTI, A.M.: "Socialità e Contratto nell'erogazione dell'energia elettrica", in AA.VV.: *Annuario dell'energia* (a cura di G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI), Bologna, 2015, p. 123).

Se si riscontra una sostanziale unanimità sull'individuazione delle cause che incrementano il fenomeno della povertà energetica, la regolamentazione adottata in seguito alla crisi del COVID-19, non appare destinata a contrastare efficacemente il fenomeno. Le tariffe agevolate, i bonus e gli sconti sulle bollette elettriche ricadono inevitabilmente anche sui clienti che non sono beneficiari

delle agevolazioni previste nella normativa d'urgenza (DE FOCATIIS, F: "Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato", in AA.VV: *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia* (a cura di A. TRAVI, M. DE FOCATIIS, E. BRUTI LIBERATI), Milano, 2017, pp.110 ss.). Appare quindi necessario prevedere misure di sostegno che abbiano un effetto sul lungo termine.

Significativa risulta la previsione di cui all'art. 5, par. 3, dir. 944/2019/UE, che derogando ai criteri dettati nei par. 1 e 2, dispone che gli Stati membri possono attuare interventi pubblici nella fissazione dei prezzi dell'energia nei confronti dei clienti vulnerabili o in condizioni di povertà energetica. Infatti, nel par. 1 la normativa stabilisce la facoltà per i fornitori di determinare il prezzo della fornitura elettrica e per gli Stati membri di adottare provvedimenti che assicurano una effettiva concorrenza, mentre, nel par. 2 dispone la protezione dei clienti vulnerabili o in povertà energetica, da parte degli Stati membri, mediante politiche sociali o sistemi diversi dagli interventi pubblici di fissazione delle tariffe. La vulnerabilità e la povertà energetica giustificano un regime di deroga alla effettiva concorrenza tra i fornitori. In ragione del contrasto al disagio economico, la normativa indirizza gli Stati membri verso un differente *modus operandi* della fissazione dei prezzi. In tal modo il legislatore europeo, avvertendo l'esigenza del contraente debole di avere maggiore protezione, cerca di dare uno specifico contenuto alla disciplina della concorrenza affinché possa risultare idonea a tutelare una pluralità di interessi, sia quelli del mercato, sia quelli della persona, senza contrasto con l'utilità sociale o con la dignità umana (LONGOBUCCO, F: "Mercato e contratto: i diritti dei consumatori lesi da comportamenti anticoncorrenziali", in AA. VV.: *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche* (a cura di G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA) Napoli, 2012, pp. 424 ss.; CAPOBIANCO, E: "Globalizzazione, mercato, contratto", in *Pers. merc.*, 2017, 3, pp. 136 ss.). In tal senso, si realizza un bilanciamento analogo a quello contenuto nell'art. 41 Cost. (PERLINGIERI, P: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 491 ss.).

Nel sistema ordinamentale viene introdotta la consapevolezza della vulnerabilità e della povertà energetica degli utenti. La legislazione emergenziale potrebbe allora rappresentare un'occasione per individuare i fattori che originano le crisi economiche e per introdurre modelli innovativi di contrasto alla povertà. Del resto, è necessario tenere conto dell'evoluzione del sistema e individuare il metodo con il quale disciplinare le criticità di uno specifico settore di mercato. La contrattazione associativa, per la creazione di comunità energetiche e la condivisione dell'energia, potrebbe aumentare l'efficienza energetica dei consumatori e contribuire a combattere la vulnerabilità mediante la riduzione di consumi e tariffe. Sostenere la realizzazione di comunità energetiche, come aggregazione di individui che condividono un vincolo reciproco nel rispetto della solidarietà e del riequilibrio sociale ed economico, (DI MARZIO, F: "Comunità. Affrontiamo la nostra prova",

in Giust. civ., 2020, 3, pp. 3 ss.), così come prevedere il finanziamento di *social housing*, potrebbe ridurre il disagio economico e conseguentemente assicurare la protezione e lo sviluppo della persona umana.

Le *energy communities* rappresentano un importante nuovo attore nell'ambito dei sistemi energetici decentralizzati, in quanto forniscono un efficace supporto nell'accesso ai servizi energetici degli utenti vulnerabili (CEER, *Regulatory Aspects of Self-Consumption and Energy Communities*, in www.ceer.eu). Si tratta di strumenti che possono contribuire al raggiungimento della equità sociale e trovano fondamento nel più ampio dovere di solidarietà a carico dei partecipanti, oltre che nella sussidiarietà, che consente lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso l'ampliamento dell'autonomia negoziale (PENNASILICO, M.: "Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni", in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 1293 ss.; PERLINGIERI, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 687 ss.). Le misure di *policy* che promuovono la riduzione del fabbisogno energetico delle persone meno abbienti, attraverso interventi di efficientamento energetico, di *social housing* o di comunità energetiche, rappresentano l'adesione ad una concezione funzionale del diritto (PERLINGIERI, P.: "Persona, ambiente e sviluppo", in AA.VV.: *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale* (a cura di M. PENNASILICO), Napoli, 2016, pp. 327 ss.) che cerca di individuare una risposta ragionevole alle esigenze create dalla crisi anche per il tempo futuro.

CORONAVIRUS ED ESONERO DA RESPONSABILITÀ PER
INADEMPIMENTO DI OBBLIGAZIONE EX ART. 1218 C.C.:
IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA OPPURE INESIGIBILITÀ
DELLA PRESTAZIONE?

CORONAVIRUS AND EXEMPTION FROM LIABILITY FOR NON-FULFILMENT OF OBLIGATION PURSUANT TO ART. 1218 OF THE ITALIAN CIVIL CODE: IMPOSSIBILITY OR INESIGIBILITY TO PROVIDE SERVICES?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 352-365



Oriana CLARIZIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis económica e la fase emergenziale di questi giorni sollecitano l'attenzione sull'influenza del diffondersi del contagio da Coronavirus sull'esecuzione dei rapporti obbligatori. Con particolare riferimento alla responsabilità del debitore da inadempimento di obbligazione, ex art. 1218 c.c., ci si chiede se l'epidemia COVID-19 , nel determinare l'applicazione di un regime normativo che esclude la relativa imputabilità al debitore, configuri un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta oppure di inesigibilità della prestazione. Prima facie, le menzionate figure sembrerebbero coincidere; invero, ad un'analisi più attenta, identificano categorie diverse. Dall'analisi di siffatti profili differenziatori si evince che la risposta al quesito prospettato non si inscrive, astrattamente, nell'una oppure nell'altra direzione.

PALABRAS CLAVE: Impossibilità sopravvenuta; inesigibilità della prestazione; responsabilità del debitore; inadempimento; solidarietà; tutela della salute.

ABSTRACT: *The economic crisis and the emergency phase of these days draw attention to the influence of the spread of Coronavirus contagion on the execution of obligations. With particular reference to the debtor's liability for breach of obligation, pursuant to art. 1218 of the Italian Civil Code, it is questionable whether the COVID-19 epidemic, in determining the application of a regulatory regime that excludes the relative imputability to the debtor, constitutes a hypothesis of impossibility or inesigibility of the service. Prima facie, the above categories would seem to coincide; indeed, on closer examination, they identify different categories. The analysis of such distinguishing profiles shows that the answer to the proposed question is not inscribed, abstractly, in one or the other direction.*

KEY WORDS: *Unexpected impossibility; inexecutability of the service; debtor's liability for breach of obligation; obligor default; solidarity; health protection.*

I. Gli scenari disvelati dal diffondersi del contagio epidemiologico da COVID-19 alimentano il timore che nulla sarà come prima, nemmeno noi stessi. Al contempo, l'impegno di garantire un senso di continuità con il passato vince ogni paura e riconduce nel novero di una diversa normalità i cambiamenti che sembrano minacciare le nostre vite. (mette in luce le tensioni e la discontinuità del presente Di RAIMO, R.: "Le discontinuità che seguono i traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", in www.giustiziacivile.com).

Sul piano strettamente giuridico, i timori individuali e collettivi causano sentimenti di incertezza che, sovente, paralizzano la circolazione giuridica oppure ne frenano la consueta evoluzione. Oggi più che mai il giurista, nel fronteggiare nuove problematiche, è costretto a confrontarsi con le categorie e gli apparati normativi ai quali da sempre ha affidato, nella molteplicità e diversità delle fattispecie giuridiche, il ruolo di strumenti di guida e di aiuto. L'obiettivo è verificare che l'attuale contesto applicativo non privi tali paradigmi dell'ausilio cui sono preordinati e non li traduca in sovrastrutture non adeguate alle peculiarità del presente.

Entro i confini della materia giuridica patrimoniale, la crisi economica e la fase emergenziale di questi giorni sollecitano l'attenzione sull'influenza del diffondersi del contagio da Coronavirus sull'esecuzione dei rapporti obbligatori. Con particolare riferimento alla responsabilità del debitore da inadempimento di obbligazione, ex art. 1218 c.c., ci si chiede se l'epidemia COVID-19, nel determinare l'applicazione di un regime normativo che esclude la relativa imputabilità del debitore, configuri un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta (cfr. DE MAURO, A.: "Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione", e ZACCHEO, M.: "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19", in www.giustiziacivile.com) oppure di inesigibilità della prestazione. *Prima facie*, le menzionate categorie sembrerebbero coincidere; ad un'analisi più attenta, identificano paradigmi di disciplina differenziati (sul tema, diffusamente, CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012. Il fenomeno identifica problematiche diverse rispetto a quelle sottese ai patti di inesigibilità, sui quali RECINTO, G.: *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, ed ivi bibliografia citata).

• **Oriana Clarizia**

Associato di diritto privato, Univ. 'Federico II'-Napoli. Correo electrónico: oriana.clarizia@unina.it

Il lavoro intende muovere dall'analisi di siffatti profili differenziatori al fine di mostrare che la risposta al quesito prospettato non si inscrive nella direzione in favore sempre dell'una oppure dell'altra categoria menzionata.

2. Di là dalla comune funzione di escludere la coercibilità dell'adempimento e la responsabilità del debitore, l'inesigibilità non confluisce entro il perimetro della categoria dell'impossibilità sopravvenuta né rappresenta una sua sottospecie, individuando, al contrario, una categoria che opera su un distinto piano valoriale ed applicativo.

L'impossibilità sopravvenuta, contraddistinta dai caratteri dell'assolutezza e dell'oggettività, costituisce – salvo quanto più avanti sarà precisato in relazione all'impossibilità temporanea – una fattispecie estintiva dell'obbligazione per il verificarsi di eventi, riconducibili al caso fortuito e alla forza maggiore, non imputabili alla sfera di controllo del debitore e – nell'accezione più rigorosa della teoria oggettiva (prospettata da OSTI, G.: "La cosí detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico", in *Riv. dir. civ.*, 1912, pp. I ss.; OSTI, G.: "Appunti per una teoria della «sopravvenienza» (La cosí detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno)", *ivi*, 1913, pp. 471 ss.; OSTI, G.: "Revisione critica della teoria sulla impossibilità", in *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 209 ss., ora in OSTI, G.: *Scritti giuridici*, Milano, 1973, pp. III ss.; ma v. anche OSTI, G.: "Impossibilità sopravveniente", in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 287 ss., ora *ivi*, pp. 487 ss. Per una corretta comprensione del pensiero di tale autore, SEGRÈ, G.: "Sulla teoria dell'impossibilità della prestazione (Recensione a Osti, G.: "Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione", in *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 209-259, 313-360, 417-471)", in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 760; VISINTINI, G.: "Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti. (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)", in *Riv. trim.*, 1971, pp. 213 ss.; D'AMICO, G.: "La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti", in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. I ss.) – tali da non consentire l'adempimento della prestazione non soltanto al particolare debitore ma a nessun altro nella sua condizione. Le circostanze ascrivibili all'impossibilità sopravvenuta appaiono eterogenee e non rendono l'esecuzione della prestazione necessariamente lesiva dei valori della persona del debitore, ben potendo costituire causa di alterazioni e sproporzioni rilevanti sul piano meramente economico. Tuttavia, alla rigidità che connota l'originaria costruzione della teoria oggettiva dell'impossibilità sopravvenuta, hanno fatto seguito posizioni diverse finalizzate a commisurare la diligenza richiesta al debitore e la responsabilità ex art. 1218 al concreto, specifico, rapporto obbligatorio (per approfondimenti cfr. CLARIZIA, O.: *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pp. 43 ss. e 86 ss.).

In via autonoma rispetto all'impossibilità sopravvenuta, la figura dell'inesigibilità della prestazione – elaborata in Germania per indicare il sacrificio cui il debitore è tenuto e oltre il quale la prestazione diviene inesigibile (cfr. § 242 BGB), accolta, successivamente, nell'ordinamento italiano con declinazioni diverse – trova applicazione unicamente là dove l'interferenza è tra valutazioni patrimoniali ed esistenziali, consentendo di reagire, nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio, a squilibri non economici ma dovuti ad alterazioni della sfera esistenziale del debitore. Attiene, dunque, all'area dell'inesigibilità con conseguente, legittimo, rifiuto del debitore di adempiere, il verificarsi di sopravvenienze non patrimoniali rilevanti sul piano 'assiologico', tali da rendere necessario il ripristino della prevalenza sui valori patrimoniali di quelli riguardanti la salute del debitore oppure la sua sfera esistenziale (esemplari, in questo senso, Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 19; Cass. 30 agosto 2004, n. 17314).

Superate le impostazioni che individuavano nella buona fede – quale limite alla pretesa creditoria e allo sforzo esigibile – il fondamento dell'inesigibilità e il necessario strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, di per sé privi di forza immediatamente precettiva (a titolo esemplificativo v. MENGONI, L.: "Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»", in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, poi in MENGONI, L.: *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, spec. pp. 180 ss. e, per il rilievo della correttezza, CASTROVINCY, D.: "Il problema della inesigibilità della prestazione", in *Giust. civ.*, 1988, II, pp. 346 ss.) la non esigibilità della prestazione rintraccia la sua giustificazione nella ponderazione derivante dal bilanciamento dei contrapposti valori patrimoniali ed esistenziali, elevandosi a strumento di conformazione della disciplina del rapporto obbligatorio alla diretta applicazione dei principi costituzionali. Pertanto, restano estranee alle fattispecie liberatorie ascrivibili a tale categoria le sopravvenienze e gli avvenimenti che colpiscono semplicemente il patrimonio del debitore oppure che comportano ponderazioni concernenti valori esclusivamente patrimoniali (così, invece, per Corte cost. 1 aprile 1992, n. 149). La "contraddizione rivelata dal concetto di inesigibilità" (l'espressione è mutuata da ROMANO, G.: "Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio. (A proposito della inesigibilità della prestazione)", in AAVV: *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, III, *Atti del 2º Convegno Nazionale SISDiC, (Capri 18-19-20 aprile 2006)*, Napoli, 2007, p. 38) postula il configurarsi di un potere di esigere il credito che, giustificabile alla nascita, è paralizzato nel suo esercizio da sopravvenienze che impongono di procedere ad un nuovo bilanciamento, reso necessario dal coinvolgimento di valori non patrimoniali, diversi da quelli caratterizzanti il momento genetico.-

Tale ricostruzione riconduce l'inesigibilità della prestazione nell'àmbito delle vicende non già estintive bensì modificative del rapporto obbligatorio. Sì che, se ben può accadere che la vicenda modificativa prodotta dall'inesigibilità sfoci

nell'estinzione del rapporto obbligatorio quando il protrarsi delle circostanze comporti il venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione, è altrettanto indubbio che l'inesigibilità consente di accedere a percorsi rimediali differenziati in ragione delle cause a suo fondamento e dell'intensità della loro incidenza. Il che non giustifica – da ultimo – la sovrapposizione con la peculiare fattispecie dell'impossibilità temporanea: quest'ultima, infatti, non postula, come invece l'inesigibilità, l'astratta possibilità di eseguire la prestazione, risultando, al contempo, priva del requisito caratterizzante l'inesigibilità e comprendendo fattispecie – si pensi, a titolo esemplificativo, all'impossibilità di eseguire la prestazione per *factum principis* (Cass. 24 aprile 1982, n. 2548) oppure a causa di uno sciopero non imputabile al datore di lavoro che paralizza l'attività produttiva dell'azienda (Cass. 7 gennaio 1986, n. 61) – estranee alle valutazioni assiologiche dell'inesigibilità.

3. Chiariti i profili differenziatori tra l'impossibilità sopravvenuta e l'inesigibilità della prestazione, è opportuno vagliare se le soluzioni prospettabili in risposta alla paralisi dell'esecuzione delle obbligazioni precedentemente assunte possano costituire il risultato della rilettura delle categorie civilistiche alla luce dei principi costituzionali di solidarietà sociale e di tutela della salute individuale e collettiva (sul ruolo della solidarietà nell'attuale fase emergenziale MACARIO, F.: “Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus”, e SCOGNAMIGLIO, C.: “L'emergenza COVID-19 : quale ruolo per il giurista?”, entrambi in www.giustiziacivile.com; VETTORI, G.: “*Persona e mercato al tempo della pandemia*”, in *Persona e mercato*, 2020; MATTEI, U., QUARTA, A.: “Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti”, in www.giustiziacivile.com, ove si distingue la solidarietà difensiva da quella sociale e proattiva). Il punto, si vedrà, non è unanimamente condiviso: da più parti, infatti, si sottolinea la insufficienza di tali strumenti nel far fronte all'esigenza di far ripartire l'economia.

Il discorso sulla riconduzione del singolo rapporto obbligatorio entro il perimetro dell'impossibilità sopravvenuta oppure dell'inesigibilità è effettuato considerando, dapprima, le ipotesi nelle quali l'esecuzione della prestazione è impedita dai provvedimenti normativi d'urgenza che, nell'interesse generale, hanno disposto la sospensione di talune attività produttive o commerciali. Tali fattispecie sollecitano l'interrogativo circa la sorte dei contratti di durata in pendenza dei provvedimenti che hanno vietato lo svolgimento delle relative attività d'impresa.

A tal riguardo è agevole riscontrare il sopraggiungere di circostanze che integrano il cd. *factum principis*, ossia un impedimento giuridico che, nel costituire la causa della mancata prestazione, esclude l'imputabilità dell'inadempimento al debitore. Da ciò consegue l'applicazione delle norme dettate dagli artt. 1256, comma 2, 1463 ss. e 1460 c.c.: finché perdura l'impossibilità temporanea (e sempre

che non si prolunghi fino a trasformarsi in una impossibilità definitiva: PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, sub artt. 1230-1259, in *Comm. c.c.* SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 496), il debitore non è responsabile del ritardo né è tenuto all'onere della prova circa l'imprevedibilità e straordinarietà degli eventi [lo rileva BENEDETTI, A.M.: “il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?”, in www.dirittoejustizia.it, secondo il quale il comma 6-bis “accerta in via legislativa una causa di forza maggiore (qui fusa, per così dire, col (e nel) *factum principis*)”. Ciò in conformità, altresì, all’art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – che introduce il comma 6 bis all’art. 3, d.l. n. 6 del 2020 – secondo il quale “il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”. Là dove sussista corrispettività tra la prestazione temporaneamente impossibile e la controprestazione, quest’ultima non è dovuta; nell’eventualità di una sua richiesta, il creditore potrà eccepire l’altrui inadempimento, ex art. 1460 c.c., affinché non sia unilateralmente gravato dal peso economico dell’inadempimento (BENEDETTI, A.M.: “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto”, in www.giustiziacivile.com; sulle differenze tra eccezione di inadempimento e inesigibilità della prestazione, CLARIZIA O.: “L’inadempimento non imputabile. Tre modelli di confronto: inesigibilità della prestazione, impossibilità sopravvenuta, eccezione di inadempimento”, in PERLINGIERI, G., LAZZARELLI, F.: *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, Secondo incontro di Studi ADP, 23-24 marzo 2017, Napoli, 2018, pp. 547 ss.). Cessato lo stato emergenziale, termina, altresì, la “fase di sospensione legale” dell’esecuzione del rapporto obbligatorio (l’espressione è mutuata da BENEDETTI, A.M.: “Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?”, cit., § 2) e il debitore sarà nuovamente tenuto ad adempire, ferma restando la persistenza dell’interesse del creditore.

Non è escluso, tuttavia, che il ritardo causato dalla temporanea impossibilità della prestazione affievolisca – senza eliminarlo del tutto – l’interesse della parte creditrice a ricevere la prestazione, oppure comporti un’alterazione dell’originario assetto economico tale da rendere la controprestazione economicamente sproporzionata rispetto alla prestazione ricevuta, nelle more diminuita della sua effettiva utilità per il creditore. A fronte di tali circostanze, è configurabile una riduzione del corrispettivo: ciò sia se si accoglie la prospettiva che equipara, in ipotesi di contratti di durata, l’impossibilità temporanea a quella parziale, con conseguente applicazione, alla prima, dell’art. 1464 c.c., testualmente dettato soltanto per la seconda (CABELLA Pisu, L.: “La risoluzione per impossibilità sopravvenuta”, in *Tratt. resp. contr. diretto da Visintini*, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, pp. 520 ss.; MORELLO, R.: “Gli effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l’applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile”,

in www.giustiziacivile.com, il quale, tuttavia, la esclude in ipotesi di impossibilità sopravvenuta temporanea nell'esecuzione di contratti di locazione), sia se si preferisca configurare un obbligo di rinegoziazione fondato sul dovere di buona fede (cfr. BENEDETTI, A.M., NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", in www.dirittobancario.it; sul tema, MACARIO, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 63 ss.).

Resta aperto il dubbio se al debitore sia consentito agire per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità della prestazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, per quanto concerne la materia delle locazioni ad uso commerciale, ad un conduttore che abbia preso in locazione – a fronte dell'obbligo del pagamento del canone – un immobile per lo svolgimento di attività di impresa poi impedita dai provvedimenti restrittivi che si sono susseguiti nel tempo (cfr. SALANITRO, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", in www.giustiziacivile.com; DIPARTIMENTO PRIVATO E GIUDIZIALE, STUDIO BONELLI EREDE: "Incidenza del Coronavirus su alcune tipologie contrattuali", *ivi*, e CUFFARO, V.: "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", *ivi*).

A tal riguardo la dottrina ha sottolineato l'esigenza, nella scelta della figura rimediale più adeguata, di non immobilizzare ulteriormente l'economia e di garantire il contemperamento delle istanze debitorie con quelle creditorie, posto che il locatore potrebbe incorrere in difficoltà economiche analoghe a quelle del conduttore-debitore: si pensi alle vicende nelle quali i proventi derivanti dal pagamento del canone locatizio costituiscano l'unica fonte di reddito per il locatore. Il dibattito risente del diverso peso che si è disposti a riconoscere all'incidenza dei principi costituzionali nella definizione del contenuto dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità e all'efficacia che si attribuisce, su un piano di politica del diritto, alle conseguenti sospensioni e riduzioni che investono il rapporto obbligatorio: accanto ad orientamenti favorevoli all'applicazione di una regola generale che imponga, nei contratti di durata, la rinegoziazione delle condizioni contrattuali (CUFFARO, V.: "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia, cit.) si registrano posizioni, altrettanto autorevoli, che da un lato mettono in guardia contro i pericoli derivanti da un generale obbligo di rinegoziazione (GUERRINI, L.: "Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia", in www.giustiziacivile.com), dall'altro individuano nel ricorso all'eccessiva onerosità e all'impossibilità sopravvenuta un riferimento "teoricamente improprio [...] in molti casi *ingiusto*, e sempre pragmaticamente *controproducente*", trattandosi di dover far fronte a vizi e problematiche non già del contratto bensì del mercato (si rinvia alle ampie argomentazioni di GENTILI, A.: "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus", in www.giustiziacivile.com, § 5; analogamente, MORELLO, R.: "Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria

determinata dalla diffusione del coronavirus, cit.). In tale proposta ricostruttiva si auspica l'impiego, non già delle predette categorie codistiche quanto, piuttosto, degli strumenti forniti dal diritto della crisi di impresa (GENTILI, A.: “*Una proposta sui contratti*”, cit., §§ 6 ss.) oppure, in aggiunta alle prime e al fine di scongiurare il rischio di intromissioni giudiziarie nella sostituzione del contenuto contrattuale, il ricorso a procedure di (ri)negoziazione assistita oppure a nuove forme alternative di risoluzione delle controversie, sì da individuare nel ricorso al giudice un esito meramente eventuale (BELLISARIO, E.: “*Covid e alcune risposte immunitarie del diritto privato*”, consultabile su www.giustiziacivile.com)

Nel volgere lo sguardo alla giurisprudenza, le prime risposte in materia di differimento della prestazione per l'emergenza COVID-19 si registrano in materia di esecuzione dei contratti di locazione ad uso commerciale (Trib. Venezia 14 aprile 2020) e di proposte di modifiche a piani di ristrutturazione dei debiti prima della relativa omologazione (Trib. Napoli 3 aprile 2020).

La vicenda dalla quale deriva la prima sentenza riguarda la richiesta di un venditore al dettaglio di risoluzione, con effetto immediato, del contratto di locazione, in quanto dall'obbligo di chiusura al pubblico del proprio esercizio commerciale sarebbe conseguita l'assenza di incassi, sì da integrare una causa di sopravvenuta eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c. Il creditore, reputando dovuto il preavviso di sei mesi, agisce per escutere la fideiussione rilasciata dall'istituto bancario a garanzia delle obbligazioni del conduttore. A seguito del ricorso della parte ricorrente, l'autorità decidente, con provvedimento interlocutorio, reputa urgente la questione e accoglie, *inaudita altera parte*, la domanda attorea, ordinando alla banca di non pagare quanto richiesto dalla locatrice. Si concede, altresì, il termine per il deposito di memorie sull'istanza di parte attrice. Nell'incertezza generale del momento, non stupisce che il giudice motivi la propria decisione con l'auspicio di un imminente intervento normativo che sappia fornire adeguata tutela ai contrapposti interessi delle parti protagoniste delle vicende contrattuali.

La seconda delle citate sentenze ha ad oggetto, invece, una proposta di modifica di un piano di ristrutturazione di debiti prima della relativa omologazione. Tale richiesta si fonda sulle difficoltà economiche causate dall'emergenza Coronavirus in quanto, stante la connessa riduzione della retribuzione, il lavoratore non è in grado di far fronte alle obbligazioni derivanti dall'omologa. Il giudice, dopo aver escluso la congruità a tale vicenda dell'art. 13, comma 4 ter, l. n. 3/2012, il quale presuppone modifiche a piani già omologati, accoglie la modifica del piano in ordine alla decorrenza del termine per l'adempimento degli obblighi assunti. Tra le norme a fondamento della propria decisione si richiama, in aggiunta a talune disposizioni della normativa speciale, “l'art. 91 del decreto Cura Italia, il quale, sebbene relativo «a vicende contrattuali e non a vicende caratterizzate da profili procedurali in

senso ampio come il caso del piano del consumatore [...]”, secondo il giudice “può essere considerata norma di carattere generale per la interpretazione delle conseguenze dell’attuazione delle misure di contenimento del Coronavirus e quindi anche strumento nelle mani del giudice per valutare la presente istanza di differimento del termine da cui iniziare a far decorrere l’adempimento delle obbligazioni». Analogamente per le norme sulla buona fede, correttezza ed equità, considerate «ulteriori fonti immanenti ogni rapporto obbligatorio».

A fronte dei diversi scenari rimediali prospettati, pur ammettendo che le misure restrittive di per sé non impediscono il pagamento di debiti pecuniari a titolo di corrispettivo per la locazione oppure per le forniture, non si ha difficoltà nel rintracciare nel diffondersi dell’epidemia da Coronavirus – non già una mera difficoltà soggettiva del singolo debitore nell’esecuzione della prestazione bensì – il sopraggiungere di una circostanza che, in maniera oggettiva, può alterare le condizioni del mercato e il valore delle prestazioni. Pertanto, in assenza di rimedi testualmente previsti per tali ipotesi, non si rinvengono ostacoli ad un ripristino dell’equilibrio economico del contratto per il tramite di un impiego non abusivo ma attentamente vagliato – fermo restando il ricorrere dei relativi presupposti – dell’eccezione di inadempimento, della rinegoziazione – ancor meglio se di fonte negoziale – oppure, purché risulti provata l’effettiva sproporzione tra le prestazioni, della risoluzione per eccessiva onerosità, nell’auspicio che costituisca la strada per indurre la controparte alla riconduzione ad equità del contratto.

Perplessità, invece, si mostrano nei riguardi di un eventuale utilizzo della categoria della causa in concreto per giustificare la risoluzione del contratto per sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione non imputabile al creditore (Cass. 29 marzo 2019, n. 8766; Cass. 10 luglio 2018, n. 18047; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26959; sia pure con motivazioni diverse, cfr. FERRANTE, E.: “Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio”, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 151 ss.; TRIMARCHI, M.: “L’impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione”, in *Obbl. e contr.*, 2010, pp. 6 ss. In diversa prospettiva si muovono le riflessioni di PAGLIANTINI, S.: “La c.d. risoluzione per causa irrealizzabile”, in *Riv. not.*, 2010, pp. 1211 ss. Sui pericoli insiti nell’utilizzo giurisprudenziale della causa ridotta a mera formula verbale, FEDERICO, A.: “L’uso giurisprudenziale della causa concreta”, in PERLINGIERI, G., CLARIZIA, O., LEPORE, A., FACHECHI, A.: *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in materia di obbligazioni e di contratti*, Napoli, 2015, pp. 46 ss.).

Se lo scopo perseguito è favorire il ripristino dell’equilibrio economico tra le prestazioni e garantire un’equa ripartizione dei rischi (sul punto, cfr. le riflessioni di MAFFEIS, D.: “Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, in www.giustiziacivile.com), la risoluzione del contratto, l’eccezione di inadempimento

e la rinegoziazione si rivelano utili strumenti, senza che sia necessario fondare simili esiti sulla causa del contratto.

Ai fini della nostra indagine, basata sulla distinzione tra impossibilità sopravvenuta e inesigibilità, le conseguenze riconducibili all'incidenza del *factum principis* sui contratti di durata rappresentano uno strumento di gestione di sopravvenienze che influenzano l'equilibrio economico del contratto. A tali profili resta estranea la categoria dell'inesigibilità della prestazione, dettata a tutela di equilibri nei quali sussiste commistione tra istanze patrimoniali ed esistenziali.

4. Al di fuori delle ipotesi che integrano il *factum principis*, il debitore di prestazioni non impedisce da misure di contenimento è tenuto ad adempiere la prestazione, risultando altrimenti responsabile, ex art. 1218 c.c., per l'inadempimento. Se ciò, in linea generale, è corretto, è altresì indubbio che il regime normativo della responsabilità per inadempimento deve essere ricostruito alla luce del singolo rapporto obbligatorio in quanto potrebbe accadere che, pur non intervenendo un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, l'inadempimento risulti non imputabile e funzionalmente collegato alla tutela di assetti valoriali che giustificano la non esigibilità della prestazione. Si pensi ad un debitore di prestazioni non rientranti tra quelle impedisce dalle misure di contenimento e non eseguibili con mezzi di adempimento che ne consentirebbero l'esecuzione a distanza – agevole è il riferimento, in particolare, alle attività di assistenza alla vita familiare svolte da collaboratori quali colf, badanti o baby sitter (cfr. D.P.C.M 22 marzo 2020) – che non adempie in quanto, alla luce del proprio stato di salute – si immagini sia già affetto da patologie oncologiche gravi oppure sia immunodepresso – l'esecuzione della prestazione potrebbe esporlo maggiormente al contagio con rischi particolarmente nocivi per la propria salute; analogamente, si considerino vicende nelle quali, non potendo fruire di strutture socio-assistenziali, l'adempimento della prestazione è impedito dal prevalente dovere di assistenza quotidiana a familiari particolarmente deboli (ad esempio figli gravemente ammalati, oppure genitori con patologie quali l'Alzheimer) che necessitano di aiuto, oltre che della costante presenza di punti di riferimento affettivi. In simili contesti, il ricorso all'impossibilità sopravvenuta, specie se intesa fedelmente ai requisiti della assolutezza ed oggettività, non si rivela di ausilio nel gestire l'esecuzione del rapporto obbligatorio in quanto le circostanze predette non costituiscono, materialmente o giuridicamente, un'ipotesi di impossibilità oggettiva, sí da rifluire nell'alveo della mera difficoltà soggettiva all'adempimento.

Ad esito difforme conduce l'analisi di simili fattispecie alla luce della teoria dell'inesigibilità della prestazione secondo un'accezione che ne valorizzi – più che il collegamento con la diligenza ex art. 1176 c.c. oppure con la buona fede

con funzione integratrice del regolamento contrattuale (così, invece, FRANCO, R.: "Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità", in www.giustiziacivile.com) – la sua funzione attuativa di contenuti intrinsecamente costituzionali: in relazione alle predette fattispecie, l'interesse del creditore alla prestazione cede di fronte alle superiori esigenze di tutela della salute del debitore oppure all'osservanza dei doveri di solidarietà familiare, quali limiti invalicabili all'obbligo di esecuzione della prestazione. Conformemente alla rilettura della figura dell'"inesigibilità come vicenda modificativa dell'obbligazione consegue la possibilità di una rimodulazione delle reciproche prestazioni, con possibilità, ad esempio, di temporanea sospensione dell'attività lavorativa ed obbligo di successivo recupero delle ore una volta cessata l'emergenza. In tale cornice assiologica, l'estinzione del rapporto di lavoro dovrebbe rappresentare l'estrema *ratio*, sempre che – si ribadisce – le particolarità del fatto concreto giustifichino simili scelte in termini di tutela. Inevitabilmente, la presenza di circostanze diverse da quella immaginate comporterebbe un diverso piano di valutazioni con ricorso a rimedi differenti: si pensi all'eventualità che le assenze del collaboratore domestico si rivelino ingiustificate. Negli esempi innanzitutto prospettati, invece, la sopravvenienza non patrimoniale segna il passaggio da un regime di coercibilità ad uno di incoercibilità del comportamento attuativo del debitore, senza tuttavia estinguere il rapporto obbligatorio: la prestazione, infatti, permane eseguibile, nonostante il pregiudizio che potrebbe derivarne per la sfera esistenziale del debitore e purché il protrarsi delle circostanze impeditive dell'esecuzione non dia luogo al venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione. Sì che, là dove il debitore decida spontaneamente di adempire, nonostante la sopravvenienza non patrimoniale, il creditore conserva il potere – non di esigere bensí – di ricevere e trattenere quanto adempuito.

Ne consegue che la non imputabilità dell'inadempimento al debitore va vagliata alla stregua della singola prestazione dedotta in obbligazione e si declina in funzione di variabili – quali la natura della prestazione dedotta in obbligazione, gli interessi coinvolti, la considerazione riconosciuta al Coronavirus nell'ambito delle misure di contenimento, le specificità della fattispecie – che contraddistinguono l'equilibrio fondativo del programma negoziale come meramente economico oppure assiologico. Sì che, là dove l'epidemia da contagio incida sull'esecuzione di contratti di durata e costituisca la causa di provvedimenti normativi limitativi delle relative attività di impresa, il problema si risolve nella gestione di sopravvenienze che incidono sull'equilibrio economico del contratto: agevole è la riconduzione agli impedimenti che integrano il *factum principis* al fine di segnare l'esonero da responsabilità ex art. 1218 c.c. Di là da tali ipotesi, il mancato adempimento di prestazioni non rientranti nei divieti sanciti dalle misure di contenimento governative non sempre – diversamente rispetto a quanto *prima facie* potrebbe apparire – è causa di responsabilità patrimoniale ex art. 1218 c.c.: così non è, infatti, quando l'epidemia costituisce una sopravvenienza che, in relazione alle

concrete circostanze di quella fattispecie, incide sull'esecuzione della prestazione, astrattamente possibile e giuridicamente non vietata, comportando una lesione di valori costituzionali gerarchicamente superiori, quali la tutela della salute del debitore oppure della solidarietà familiare.



**GLI ONERI DEL DEBITORE FRA NORME EMERGENZIALI E
PRINCIPI GENERALI (A PROPOSITO DELL'ART. 91 DEL D.L.
N. 18/2020, "CURA ITALIA")**

**DEBTOR'S CHARGES BETWEEN EMERGENCY STATUES AND
GENERAL PRINCIPLES (ABOUT ARTICLE 91 OF ITALIAN D.L. N.
18/2020, "CURA ITALIA")**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 366-377



Giovanni IORIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il presente lavoro ha ad oggetto il tema della “impossibilità” della prestazione derivante dal rispetto di alcune misure restrittive imposte, in Italia, a seguito della diffusione del COVID-19. Si analizza, in particolare, l’art. 91, comma 1, del decreto legge n. 18/2020.

PALABRAS CLAVE: Impossibilità sopravvenuta; forza maggiore; responsabilità; buona fede; solidarietà.

ABSTRACT: *This work’s object is the “impossibility” of performance, caused by the compliance with the restrictive rules, imposed in Italy, following the COVID-19 diffusion. Particularly, the work will focus on the article 91, first subparagraph of Italian d.l. n. 18/2020).*

KEY WORDS: *Impossibility of performance; force majeure; liability; good faith; solidarity.*

I. L'art. 91, comma 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (decreto "Cura Italia", convertito nella legge del 24 aprile 2020, n. 27), stabilisce che «all'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"».

Il decreto legge del 23 febbraio 2020, n. 6 (rubricato "misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"), ha attribuito alle autorità competenti il potere, fra l'altro: (a) di disporre nel territorio italiano una serie di limitazioni alla circolazione di persone e beni; (b) di sospendere le attività lavorative; (c) di chiudere tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità. L'art. 1 del d.l. n. 6/2020, peraltro, non contiene un'indicazione tassativa delle misure urgenti. L'art. 2, infatti, stabilisce che "le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1". L'art. 3 del d.l. n. 6/2020, infine, ha previsto un rigido sistema sanzionatorio: il mancato rispetto delle misure di contenimento è punito ai sensi dell'art. 650 c.p., salvo che il fatto non costituisca più grave reato. Per gli esercizi commerciali, inoltre, la violazione dei provvedimenti delle autorità pubbliche può comportare la chiusura delle attività fino ad un mese.

In questo quadro si inserisce il ricordato art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020, il quale pone al civilista una serie di questioni che così possono ordinarsi. In primo luogo, muovendo dalla tecnica redazionale della disposizione, occorre interrogarsi su quale sia il suo ambito operativo: si deve studiare, in particolare, quali norme del codice civile vengano coinvolte dall'intervento del legislatore. In secondo luogo va indagato in quale misura la disposizione introdotta incida sui principi generali in tema di onere della prova del debitore; o se, invece, agli stessi risultati voluti dalla recente norma si possa pervenire invocando le regole esistenti. In terzo luogo va svolta qualche notazione di più ampio respiro, riflettendo sulla centralità di alcuni principi civilistici nella soluzione della "crisi" contrattuale. Nel prosieguo si seguirà l'ordine di trattazione appena indicato.

• **Giovanni Iorio**

Ordinario di diritto privato, Bicocca-Milano. Correo electrónico: giovanni.iorio@unimib.it

2. La modalità di scrittura dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020 non è certo ineccepibile. Sotto questo aspetto la disposizione è "figlia" di una vera e propria emergenza sanitaria che ha indotto il Governo italiano, nel marzo del 2020, a emanare una serie di decreti che rispecchiano, sin dalla tecnica redazionale, la drammaticità e la concitazione di quei momenti.

Considerando, innanzitutto, i due commi da cui è composto l'art. 91 (rubricato "disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici"), si deve rilevare che essi hanno contenuto eterogeneo (il che avrebbe consigliato una loro sistemazione in articoli distinti): il primo comma si riferisce alla materia dell'inadempimento contrattuale derivante da misure restrittive; il secondo all'anticipazione del prezzo nei contratti pubblici. Al fine di evitare fraintendimenti, dunque, la formula della rubrica dell'articolo 91 avrebbe dovuto essere la seguente: "disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e *disposizioni* in materia di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici" (la sintetica rubrica dell'art. 91 ha indotto in errore FEDERICO, G.: "Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità", in *questionegiustizia.it*, 9 aprile 2020, secondo cui la disposizione sarebbe diretta a regolamentare "la materia dei contratti pubblici", pur essendo dotata – a suo dire – di portata generale e, per questo, applicabile anche ai contratti di diritto privato).

Inoltre, avendo riguardo al contenuto della disposizione che qui interessa (il primo comma), ci si accorge che sono plurime le norme del codice civile da richiamare e coordinare.

Conviene partire, allora, dall'art. 1218 c.c., per il quale "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Questa norma del codice, come noto, è da sempre al centro di una serie di diverse interpretazioni, da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana, che in questa sede non si possono ripercorrere (v., diaconicamente, OSTI, G.: "La revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione", in *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 209 ss.; GIORGIANI, M.: *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 1975; VISINTINI, G.: *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979; MAZZAMUTO, S.: "La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea", in AA. VV., *La didattica del diritto civile* (a cura di S. MAZZAMUTO e E. MOSCATI), Torino, 2015; D'AMICO, G.: "La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti", in *Rivista di diritto civile*, 2019, pp. 1-24).

Ai fini del presente discorso basterà osservare che, in caso di inadempimento, il debitore è tenuto a risarcire i danni che il creditore provi ai sensi dell'art. 1223 c.c. (danno emergente e lucro cessante), salvo la dimostrazione che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. A seconda dei casi, l'impossibilità della prestazione potrà essere definitiva o temporanea (art. 1256 c.c.); potrà essere, inoltre, parziale (art. 1258 c.c.). Più in generale, il tema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione rende necessario richiamare una serie di norme (artt. 1256-1259 c.c.) senza le quali la formula contenuta nella parte finale dell'art. 1218 c.c. non può essere adeguatamente compresa.

Non solo. Qualora la prestazione diventata impossibile sia oggetto di un contratto, occorre fare capo alla disciplina sulla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466 c.c.). Deve ritenersi, anzi, che la disposizione in esame sia stata dettata avendo di mira, principalmente, le problematiche nascenti dall'inadempimento contrattuale al tempo della pandemia (si veda, del resto, il riferimento letterale ai "contratti" contenuto nella già ricordata rubrica dell'art. 91).

In sintesi: allorché il debitore invochi (pure giudizialmente) le misure di contenimento previste dal d.l. n. 6/2020, ci si dovrà confrontare con una serie di norme del codice civile: artt. 1218 ss., 1256 ss., 1463 ss. c.c.

3. I rilievi da ultimo svolti, tuttavia, non vogliono essere prodromici all'affermazione della portata (decisamente) innovativa dell'art. 91, comma 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Anzi, ad opposta conclusione si può giungere proprio considerando, sistematicamente, gli articoli del codice civile di cui si è detto.

Si provi allora ad immaginare uno scenario (quello della pandemia da coronavirus) in cui non sussista nell'ordinamento italiano una disposizione come quella dettata dal legislatore nel marzo del 2020. Ebbene, per sottrarsi alla responsabilità il debitore avrà l'onere di provare (artt. 1218 e 1256 c.c.): (i) che è stato impossibilitato all'adempimento; (ii) che l'impossibilità è derivata da un evento straordinario ed imprevedibile (il quale può consistere anche in un *factum principis*).

L'art. 91, comma 1, del d.l. n. 19/2020, sul punto, sembra avere prospettato un onere probatorio più "leggero", consistente nella dimostrazione che l'impossibilità della prestazione è la conseguenza delle misure disposte in via eccezionale. Ed infatti, come insegnano i giudici di legittimità, normalmente il provvedimento

coercitivo che impedisce l'adempimento solleva il debitore da responsabilità allorché sia prevedibile attraverso l'utilizzo di un normale grado di diligenza (Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, in *Diritto e Giustizia*, 11 giugno 2018). Qui, invece, il debitore non dovrà provare che le misure adottate presentano il carattere della straordinarietà ed imprevedibilità. La "tipizzazione", in una norma, dell'emergenza legata alla diffusione del coronavirus, esclude l'onere della dimostrazione della prevedibilità in capo alla parte che invoca il *factum principis*.

Ci si deve chiedere, però, se la disposizione di nuovo conio abbia davvero il carattere di una norma emergenziale (che per sua natura istituisce una deroga, anche importante, allo *status quo*) o se essa possa essere definita, come si è affermato all'indomani della sua emanazione, una norma "emozionale" (SANTOSUOSO, D.U.: "Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore", in *Il Sole 24 ore*, 26 marzo 2020, p. 25).

Ineffetti, difficilmente può negarsi che la pandemia del COVID-19 e le conseguenti misure di contenimento non integrino gli estremi della forza maggiore. Già negli anni Settanta del secolo scorso, di fronte alla diffusione di un virus intestinale (non certo paragonabile a quello attuale), la giurisprudenza amministrativa si è così espressa: "l'epidemia influenzale che abbia colpito un'alta percentuale delle maestranze" costituisce un "evento impeditivo che ha la rilevanza della causa di forza maggiore" (Cons. Stato, 1° marzo 1972, n. 287, citata in *giurisprudenzaappalit.it*, 6 aprile 2020). Ed è ancora più difficile immaginare che il giudice, investito della controversia, non proceda ad una attenta considerazione degli interventi pubblici disposti al fine di giustificare il ritardo nell'adempimento del debitore. Da qui il carattere "rassicurante" della disposizione: il debitore sa che, in presenza di una situazione eccezionale, il giudice è invitato a prestare una particolare attenzione alle ragioni delle parti che si trovano in difficoltà.

Non sembra, invece, che dalla disposizione possa trarsi l'indicazione di un potere del giudice di incidere sul *quantum* dei danni da risarcire a favore del creditore, allorché sia comunque riconosciuto un profilo di responsabilità in capo al debitore (così BENEDETTI, A.M.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?" in *dirittoegiustizia.it*, 3 aprile 2020, che intende valorizzare il riferimento all'art. 1223 c.c. contenuto nell'art. 91); né dalla disposizione può ricavarsi una disciplina "a ventaglio (positivamente) aperto", che affiderebbe al giudice il compito di individuare il rimedio più opportuno rispetto al caso concreto (DOLMETTA, A.A.: "Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina della obbligazione", in *ilcaso.it*, 11 aprile 2020).

Si è detto, al fine di giustificare un ampio spettro di rimedi (soprattutto di tipo manutentivo), che la disposizione in commento attribuirebbe al giudice un potere equitativo ai sensi dell'art. 1374 c.c. (VERTUCCI, G.: "L'inadempimento delle

obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni”, in *ilcaso.it*, 23 aprile 2020). In realtà, quando il legislatore ha voluto prevedere l’equità c.d. “correttiva”, lo ha fatto espressamente (cfr. l’art. 1384, comma 1, c.c., secondo cui la “penale può essere diminuita *equamente* dal giudice”). L’esplicita attribuzione di questo potere manca nell’art. 91; il che non autorizza l’interprete a scorgere, implicitamente, un’ipotesi di “giustizia del caso singolo”. E d’altra parte, pur a voler considerare le ipotesi di equità “integrativa” (la quale consente al giudice di sopperire ad un’incompleta determinazione del contenuto del contratto), non si sfugge dalla seguente alternativa: (i) o il potere equitativo del giudice è previsto espressamente (artt. 1349, comma 1, 1526 cod. civ.); (ii) oppure è descritto (e, quindi, circoscritto) l’oggetto del potere integrativo del giudice (artt. 1183, 1331, comma 2). Queste “regole di ingaggio”, tuttavia, non si rinvengono nell’art. 91.

La ricostruzione qui proposta non vuole significare, però, che nei confronti dell’art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020 debba essere formulato un giudizio del tutto negativo. Nei limiti in cui si è detto (e rifuggendo da interpretazioni “eversive” del sistema), la sua funzione “rassicurante” può essere apprezzata positivamente nell’ambito di un contesto che, per la sua drammaticità (sotto il profilo sanitario, economico e sociale), evoca gli spettri di una vera e propria guerra.

Giacché se è vero che deve considerarsi tutt’ora aperto il dibattito sull’efficiente e tempestiva “risposta” delle autorità nazionali ed europee, non si può negare che a seguito delle prime manifestazioni dell’epidemia (già alla fine del 2019) la propagazione del coronavirus, nel giro di poche settimane, è avvenuta con modalità tali da far ritenere imprevedibile il *lockdown* che ha coinvolto la maggior parte dei Paesi del mondo.

Fra i tanti (e spesso indecifrabili) dati che hanno accompagnato i giorni della pandemia, durante la primavera del 2020, ve n’è uno che lascia il segno. Il 18 aprile 2020 il Commissario straordinario dell’emergenza, Domenico Arcuri, intervenendo durante la quotidiana conferenza stampa della Protezione Civile italiana, ha ricordato che tra l’11 giugno 1940 e il 1º maggio 1945, a Milano, sotto i bombardamenti della seconda guerra mondiale sono morti 2.000 civili. Ebbene, in Lombardia, soltanto in due mesi, sono morti per coronavirus 11.851 civili. Cinque volte di più, in un lasso di tempo ben più circoscritto.

4. Se si riflette, è possibile rinvenire nel sistema del diritto privato alcune risposte a problematiche che nascono in situazioni emergenziali e, più in generale, di fronte ad eventi imprevisti ed inattesi. Si è detto, da parte di taluno, che l’art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020 darebbe vita ad una sorta di presunzione assoluta di “irresponsabilità” del debitore; una presunzione non vincibile in alcun modo. In

realità, la decretazione d'urgenza non introduce, come si è cercato di spiegare, un assetto così diverso da quello che si ricava dall'applicazione coordinata di una serie di norme del codice civile.

Deve ricordarsi, inoltre, che l'ordinamento italiano (assieme a quello europeo) è improntato al principio della buona fede oggettiva, il quale presiede non solo la fase delle trattative (artt. 1337 e 1338 c.c.) ma anche lo svolgimento del rapporto contrattuale (art. 1375 c.c.), fino ad arrivare alle vicende patologiche. L'interprete è dunque chiamato a valutare attentamente se, nella fattispecie concreta, la parte debitrice si sia attivata per preservare l'interesse della controparte fino al punto di non pregiudicare il proprio, adempiendo così a quegli inderogabili doveri di solidarietà di cui discute l'art. 2 della Costituzione (v., per tutti, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006).

Pertanto, un utilizzo attento del principio della buona fede contrattuale (che certo non può ricevere alcuna "sospensione", neanche in tempi di pandemia) impedisce di giungere a soluzioni che non contemplino un'attenta ed equilibrata composizione degli interessi effettivamente in gioco. In questo senso depone anche il tenore letterale dell'art. 91, comma 1, del d.l. n. 18/2020, secondo cui il rispetto delle misure di contenimento è (sempre) "valutato" ai fini dell'esclusione della responsabilità: il che esclude ogni automatismo in ordine alla decisione che il giudice è chiamato a prendere. Si dovrà valutare, ad esempio, se il debitore (nonostante il rispetto delle misure di contenimento) avrebbe potuto adottare un sistema di comunicazione a distanza in grado di superare l'effetto impeditivo dei provvedimenti restrittivi; il tutto tenendo conto delle caratteristiche e della natura della prestazione da eseguire (BENEDETTI, A.M.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento", cit.).

Ancora, l'utilizzo accorto del principio in parola costituisce la chiave di volta per affrontare complesse (e drammatiche) questioni destinate a sorgere in periodi di emergenza, restrizioni e divieti. Il tema, in particolare, è quello del ritardo nell'adempimento delle prestazioni pecuniarie. Come è noto, di fronte alle obbligazioni di denaro il principio secondo cui *genus numquam perit* trova la sua più radicale affermazione (v. la Relazione al codice civile, nn. 571 e 577). L'obbligato, in sostanza, può trovarsi in una situazione di difficoltà economica nel reperimento di denaro liquido; tale sopravvenuta mancanza, tuttavia, non è considerata sufficiente, secondo l'univoco orientamento giurisprudenziale, a liberare il debitore (App. Firenze, 4 maggio 1950, in *Giurisprudenza toscana*, 1950, p. 216; Cass., 20 maggio 2004, n. 9645, in *Massimario Giustizia civile*, 2004; Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Diritto e Giurisprudenza*, 5 febbraio 2013). Pure i Principi Unidroit sui

contratti commerciali internazionali ribadiscono l'incondizionata responsabilità del debitore per il ritardo nel pagamento di somme di denaro (art. 7.4.9).

Eppure, si ripete spesso che il creditore, proprio in base alle regole della buona fede oggettiva, non può pretendere dal debitore un impegno oltremodo gravoso in presenza di circostanze che rendono difficoltosa, in misura eccezionale o smisurata, l'esecuzione della prestazione.

Ora, non si vede perché una siffatta applicazione del principio di correttezza e lealtà non possa interessare il tema delle prestazioni pecuniarie. Proprio lo scenario determinato dal Codiv-19 permette di affermare come in determinate fattispecie (che il giudice dovrà attentamente verificare, contemplando gli interessi in gioco) possa ritenersi giustificato il ritardo nell'adempimento delle prestazioni di denaro. Se si vuole, la funzione "rassicurante" dell'art. 91, comma 1, di cui già si è detto, emerge anche sotto questo aspetto: il debitore è edotto del fatto che, almeno in certi casi, non sarà chiamato a rispondere per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecunaria. E tuttavia si deve considerare che a questo risultato si perviene non già in virtù della nuova disposizione, ma grazie al ruolo che può giocare la buona fede quale limite di esigibilità della prestazione del debitore laddove l'adempimento (esatto) configga, come ha insegnato Adolfo Di Majo, con interessi di valore preminente rispetto a quello del creditore (DI MAJO, A.: "Debito e patrimonio nell'obbligazione", in AAVV: *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto* (a cura di G. GRISI), Napoli, 2014, p. 23).

In sintesi: quand'anche si ritenga che, di fronte alle prestazioni di denaro, non si possa discettare di impossibilità temporanea vera e propria (in questo senso, però, v. GRISI, G.: "L'inadempimento di necessità", in *Jus Civile*, 2014, 6, p. 234, che ritiene di giungere alle conclusioni sopra ricordate rimanendo nell'alveo dell'art. 1256, comma 2, c.c.), cionondimeno il debitore (di fronte a scenari di portata epocale, come quelli qui presi in esame) potrebbe domandare la reiezione dell'altrui pretesa formulando un'eccezione di dolo generale; dimostrando, cioè, che la pretesa del creditore è contraria al principio della buona fede oggettiva (almeno fino al venir meno dei divieti o delle misure restrittive).

Ma si vada al di là della disposizione sino ad ora studiata. Non è azzardato affermare che l'inedito scenario del 2020 costituisce un importante banco di prova per quelle dottrine che, non solo in Italia, si occupano da tempo del tema della rinegoziazione tra le parti (v., per la cognizione dello stato dell'arte, MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 2006; Id.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; TUCCARI, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018). Né può essere disconosciuto, nonostante alcune voci contrarie, il ruolo che

gioca, nelle dinamiche negoziali, il discorso sulla causa in concreto (IORIO, G.: *CORSO DI DIRITTO PRIVATO*, terza edizione, 2018, pp. 432-433). La Corte di cassazione italiana lo ha detto a chiare lettere: la causa, quale elemento essenziale del contratto, va intesa non come funzione economico-sociale, ma come funzione economico-individuale. Pertanto, anche nel caso di contratto legalmente tipico è necessario verificare in concreto la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello (anche tipico) adoperato; sintesi che costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 2, pp. 564; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro italiano*, 2009, I, I, cc. 214 ss.; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Rivista del notariato*, 2015, I, pp. 192 ss.). Ed ancora, il tema della presupposizione merita di essere ripreso, non già in una prospettiva teorica (diremmo quasi "libresca"), ma per le importanti applicazioni pratiche che possono nascere da un suo sapiente utilizzo.

Si giunge, sulla base delle considerazioni sin qui svolte, a qualche riflessione conclusiva. Di fronte alla grave situazione di emergenza determinata dalla diffusione del coronavirus, il ricorso ai consolidati principi civilistici di ogni nazione europea, filtrati attraverso i valori costituzionali, costituisce un riferimento irrinunciabile per fornire risposte ragionevoli ed equilibrate.

La centralità di questi principi, al tempo della crisi, è rafforzata dal fatto che la maggior parte di essi sono condivisi fra i diversi ordinamenti dell'Unione Europea (la cui legittimazione, converrà ricordarlo, si fonda sull'adozione di Trattati in cui non può non rinvenirsi una matrice comune). Una riprova immediata si ha leggendo i "Principi per la crisi COVID-19" elaborati dall'esecutivo dell'European Law Institute (ELI) nella primavera del 2020. Rimanendo al diritto dei contratti, l'art. I3 ("Force majeure and hardship") prevede che: (1) l'inadempimento totale o temporaneo della prestazione, derivante dalla pandemia COVID-19, deve essere valutato, fra l'altro, alla luce del principio di buona fede ("principle of good faith"); (2) le prestazioni diventate eccessivamente difficili, a causa della pandemia, dovrebbero essere rinegoziate conformemente al principio della buona fede ("European States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into re-negotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation"); (3) in ossequio al principio di solidarietà, occorre fare in modo che le conseguenze dell'interruzione dei rapporti contrattuali (come la disdetta di viaggi già prenotati) non siano a carico esclusivo di una sola parte ("in conformity with the principle of solidarity, States should ensure that the consequences of the disruption of contractual relationships, such as the cancellation of travel arrangements, should not be at the sole risk of one party, in particular of a consumer or SME").

Ci si può spingere oltre. Di fronte alla pandemia del 2020 molte cose sono cambiate e cambieranno. Se però si vuole dare un senso (aggiungerei: un valore) al dolore individuale e collettivo che si è vissuto, un auspicio va formulato: quello di (ri)costruire una comunità che non abbia al centro la finanza ed il dio denaro, l'egoismo dei singoli e delle Nazioni, ma l'uomo e i suoi bisogni reali; una società ispirata ad un nuovo umanesimo che valorizzi, fra l'altro, il principio solidaristico cui si ispirano le Carte fondamentali europee. Ognuno è chiamato a svolgere un ruolo importante in questa fase che si apre. Ed il giurista non può certo tirarsi indietro.



PANDEMIA: AL RESCATE DE LA BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

PANDEMIC: TO THE RESCUE OF THE GOOD FAITH IN THE FULFILLMENT OF OBLIGATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 378-385



— — — — —
| |
María
| |
Candelaria
| |
DOMÍNGUEZ
| |
GUILLÉN
— — — — —

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El ensayo trata algunos aspectos asociados al Derecho de Obligaciones que se han presentado en Venezuela durante la pandemia y que pudieran resolverse con base en la buena fe en sentido objetivo como regla que ha de regir la conducta de deudor y acreedor.

PALABRAS CLAVE: Pandemia, buena fe, cooperación, acreedor y deudor.

ABSTRACT: *This essay addresses some aspects related with the law of obligations that have arisen in Venezuela during the pandemic and that could be solved based on the good faith in an objective sense as a rule of behavior of the debtor and creditor.*

KEY WORDS: *Pandemic, good faith, cooperation, creditor and debtor.*

I. A raíz de la pandemia derivada del coronavirus o COVID-19, el Ejecutivo Nacional venezolano dictó el Decreto de alarma N° 4.160 publicado en Gaceta Oficial N° 6519 Extraordinario de fecha 13 de marzo de 2020 (no analizaremos su adecuación con el marco constitucional y convencional, de ello se ha ocupado ya la doctrina iuspublicista). Como en otras partes del mundo, aunque en Venezuela el virus lucía incipiente, con un sentido preventivo, se dispuso el resguardo de la generalidad de la población, la imposición de medidas sanitarias, la suspensión de las actividades laborales y académicas, salvo aquellas estrictamente necesarias (como alimentos, farmacias o servicios esenciales), entre otras medidas sanitarias comunes a muchas partes del mundo.

A mes y medio de ese evento, el panorama no parece haber cambiado mucho, pero si a las precarias condiciones del país, se le suma el impacto económico de la pandemia, no será difícil imaginarse que, en muchos aspectos de la dinámica diaria de Venezuela, surgen situaciones que se prestan al abuso y que ciertamente generan efectos legales. Los supuestos que hemos visto y vivido durante este período nos llevan a ver el asunto desde el punto de vista jurídico, en particular mediante la óptica asociada al Derecho Civil de las Obligaciones, que está latente y vigente, a pesar de no salir de nuestros hogares.

2. Creemos entonces que muchas de las vivencias que hemos apreciado en la esfera de la relación obligatoria, que forman parte de la vida diaria del habitante de Venezuela en este pesado período de coronavirus, podrían resolverse rescatando la idea de “buena fe”, esa noción que linda en un principio jurídico y en la necesidad de colocarse en el lugar del otro para cumplir satisfactoriamente con nuestras prestaciones patrimoniales. Las ideas que desarrollamos en 2018 en nuestro artículo “Buena fe y relación obligatoria”, publicada en el N° 11 de la “Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia” (www.rvlj.com.ve) podrían darnos luz en la resolución de algunas situaciones vividas en los últimos tiempos de COVID-19.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado con gran contenido ético que, en un sentido objetivo constituye una norma o principio jurídico regulador de la conducta de las partes en el contrato, imponiendo un deber de cooperación,

• **Maria Candelaria Domínguez Guillén**

Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones, Universidad Central de Venezuela.
mariacandela1970@gmail.com

transparencia, probidad, honestidad y lealtad. Expresamente referida en artículo 1160 del Código Civil venezolano a los fines de la ejecución del contrato. La buena fe impide al acreedor y al deudor el ejercicio abusivo de sus derechos y facultades; es fundamental en la satisfacción del plan de prestación obligacional.

3. El COVID-19 podría, según el caso, funcionar como una causa extraña no imputable en el cumplimiento de las obligaciones, dar lugar a la teoría de la imprevisión o hacer entrar en aplicación la teoría del riesgo. En los contratos unilaterales, la imposibilidad de cumplimiento derivada de una causa extraña no imputable (como la que nos ocupa) tiene el efecto inmediato en Venezuela de culminar la relación obligatoria y liberar al deudor de responder por daños y perjuicios (art. 1344 CC). Por su parte, la teoría de los riesgos intenta responder acerca de quién asume el riesgo de la causa extraña no imputable en los contratos bilaterales, y aunque no se aprecia una norma expresa en la legislación, la doctrina indica que el riesgo en los contratos bilaterales contentivos de obligaciones recíprocas, supone que, al no poder cumplir una parte en razón de causa extraña no imputable, no puede a su vez requerirle a la otra parte el cumplimiento de la obligación. Por lo que ambas partes quedan liberadas de sus obligaciones, procediendo el reembolso o restitución de lo adelantado de ser el caso. La causa extraña no imputable también pudiera excepcionalmente tener un efecto suspensivo de la relación obligatoria, que impide que se hable de “mora”, porque esta supone un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación. Habría que precisar si el tiempo de espera ha derivado en la pérdida o frustración del interés para el acreedor. Por otra parte, aunque no esté prevista expresamente en la ley venezolana, se admite la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad, cuando un evento posterior e imprevisible hace extremadamente gravoso, aunque no imposible el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso se impone, con base en la buena fe, la justicia y la equidad, el deber de renegociar el contrato. Tales nociones podrían encontrar aplicación en este período de COVID-19. De seguidas, haremos referencia a algunas situaciones que hemos apreciado en nuestro entorno a raíz de la pandemia.

4. Pues bien, el principal problema viene dado por aquellas relaciones obligatorias de ejecución continuada, especialmente de prestaciones de servicio. En este período de resguardo, los centros educativos señalan que, por orden del Ejecutivo, sus actividades educativas continúan por vía virtual, electrónica o a distancia, por lo que deben seguirse pagando las mensualidades. Inclusive, se aprecian supuestos que incluyen evaluaciones, lo que justificaría la idea de que no hay suspensión del servicio. No obstante, existen otros centros de cuidado

que no constituyen propiamente colegios o universidades, que por su propia naturaleza mal pueden continuar ofreciendo servicios a distancia, tales como guarderías o centros de cuidado para personas con discapacidad, que pretenden el pago completo de la mensualidad para cubrir sus costos operativos, sin que la persona se encuentre en tales lugares. La situación ha llegado en algunos casos a la renegociación del pago de solo una parte de la mensualidad en estos meses de pandemia a título de colaboración, pues al margen de la regla de la liberación de las partes en los contratos bilaterales, ambos contratantes intentan, con base en la buena fe, buscar una solución equitativa mientras se supera la coyuntura. La pretensión de pago completo -sin ofrecer servicio- no solo es contraria a la solución de la teoría del riesgo, sino al más mínimo sentido de la buena fe, lindando en el abuso. Ello aplica a diversos contratos privados que no pueden pretender ser cobrados sin prestar el servicio, tales como terapias, consultas, servicios de transporte, etc. El argumento de que deben sufragar gastos laborales de su personal no es trasladable a quienes mantienen una relación estrictamente civil. Curiosamente, una orden de imponer clases o actividades por vía electrónica en un sistema como el venezolano, donde muchos carecemos del servicio de Internet -aunque para algunos sea un derecho de cuarta generación- o quienes lo disfrutan reportan constantes fallas e intermitencias, es desconocer una realidad local incuestionable. Por lo que las actividades sustitutivas tienen que valorar la circunstancia de que no se puede pretender una equiparación absoluta, como sería el caso de la "evaluación", por no estar dadas las condiciones para un acto de tal naturaleza.

5. Otro aspecto de interés ha sido la "moratoria" por seis meses que el Ejecutivo consideró a favor de los arrendatarios de inmuebles (Decreto N° 4.169, Gaceta Oficial N° 6.522 Extraordinario de 22-3-20). Su artículo I indica: "Se suspende hasta el 1º de septiembre de 2020 el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal, a fin de aliviar la situación económica de los arrendatarios y arrendatarias por efecto de la pandemia mundial del coronavirus COVID-19. En el plazo previsto en este artículo no resultará exigible al arrendatario o arrendataria el pago de los cánones de arrendamiento que correspondan, ni los cánones vencidos a la fecha aún no pagados, ni otros conceptos pecuniarios acordados en los respectivos contratos de arrendamiento inmobiliario". Vale recordar que la moratoria -que tuvo antecedentes en materia de pago de préstamos hipotecarios de vivienda en el terremoto de Caracas de 1967- no significa quita ni perdón de deuda, sino simplemente, el no considerarse -por disposición legal- en mora, a quien no pague dentro de cierto período. El asunto ha causado críticas en una economía de hiperinflación como la que nos golpea. Esto en razón de que la corrección

monetaria o indexación acontece en caso de mora, a tenor de la interpretación del artículo 1737 del Código Civil, por lo que las cantidades adeudadas durante la moratoria en virtud de la disposición del Ejecutivo, no estarían sujetas a indexación o corrección monetaria, porque técnicamente no existe mora. El artículo 3 del Decreto dispone: “Las partes de los respectivos contratos de arrendamiento podrán acordar, mediante consenso, términos especiales de la relación arrendaticia en el plazo a que refiere este Decreto a los fines de adaptarla a la suspensión de pagos; para lo cual podrán fijar los parámetros de reestructuración de pagos o refinanciamiento que correspondan. En ningún caso, podrá obligarse al arrendatario o arrendataria a pagar el monto íntegro de los cánones y demás conceptos acumulados de manera inmediata al término del plazo de suspensión”. Pero la buena fe impondría, como es natural, que solo quien lo requiera haga uso de tal moratoria. Aunque la norma citada aluda a una restructuración o refinanciamiento, pretender el canon en su valor nominal y no real, ante la hiperinflación desmesurada que vivimos, es desvanecer el pago integral. Por lo que la buena fe del arrendatario se impone a fin de no enriquecerse injustamente, no obstante la moratoria decretada. Ello, salvando la situación de arrendatarios de locales comerciales que no están ejerciendo su actividad comercial o la falta de ingreso del arrendatario de vivienda principal (siendo tales supuestos taxativos).

6. Otro efecto que se ha visto durante este mes de pandemia en Venezuela, es la súbita subida del precio del dólar (a un mes y medio del estado de alarma llegó casi a triplicarse), el cual no necesariamente va a tono con la inflación. Ello conlleva a que aquellas obligaciones en que se usa la moneda extranjera o divisa como moneda de referencia o de pago, en una función semejante a la cláusula de estabilización, sufren un aumento sustancial en corto tiempo, en una época de crisis agudizada por el COVID-19. Por ejemplo, las mensualidades de centros educativos privados suelen imponerse en divisas como patrón de referencia, aunque la mayor parte de la población percibe un precario sueldo en bolívares. Se ha llegado, amén de subir las mensuales de colegios en plena pandemia, a pretender el ajuste semanal de las mensualidades de los colegios, de acuerdo con la tasa de variación del dólar. Y aunque el asunto podría dar pie a una denuncia en sede de protección al usuario, no está de más ver el asunto al cariz de las Obligaciones. Se sabe que la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva es de mínima aplicación, por la dificultad de que concurran sus requisitos, en particular la “imprevisibilidad”, pero a ello se adiciona que los aumentos del dólar o la hiperinflación ya son previsibles en Venezuela, lo que sustrae el supuesto de la esfera jurídica de la teoría, pero nos atrevemos a pensar que la buena fe supone igualmente la disposición de flexibilizar el pago y evitar la imposición de condiciones unilaterales. A todo evento, serán excepcionales los contratos que

cumplan los rigurosos requisitos de procedencia de la teoría de la imprevisión (que incluyen entre otros la ejecución pendiente de prestaciones, no estar en mora, la excesiva onerosidad y la existencia de un hecho imprevisible sobrevenido). Habría que observar que, a partir del decreto del estado de alarma por COVID-19, este ya no constituye un hecho imprevisible. De allí que la buena fe, al margen de las figuras jurídicas tradicionales que tratan de lograr la justicia y la equidad en el cumplimiento de las prestaciones, puede guiar el sentir de quienes negocian y reevaluar sus condiciones en estos tiempos de crisis.

7. Finalmente, el aumento exacerbado en el costo de algunos servicios o productos podría lindar en la desproporcionalidad o el abuso, desde la perspectiva de la materia que nos ocupa, pero ello excede al problema de la pandemia en Venezuela, porque a tal calamidad se adiciona por ejemplo la escasez de gasolina, lo que lleva a sobrecargar en forma extrema el costo de algunos servicios, tales como los de transporte, con el alegato de las largas horas que consume el conductor para la recarga del combustible, o peor aún, su adquisición en el “mercado negro”. Entonces, como es natural, se entiende que ciertos servicios tengan un aumento no solo derivado de la hiperinflación y la escasez, que compense el precio del operador, pero este está obligado -con base en la buena fe- a no abusar de su posición, no debiendo asumir una ganancia desproporcionada. La pandemia hace más vulnerables a algunas personas que tienen que hacer desplazamientos de larga distancia por razones familiares o laborales, lidiando con el sobreprecio del transporte e incluso con la pérdida de comida o haberes. Pero por ejemplo, es contrario a la buena fe que debe seguir imperando en nuestras relaciones jurídicas, al margen de cualquier pandemia: pretender en el pago de deudas o servicios periódicos la extensión de una moratoria que es de interpretación estricta y no extensible a otras figuras, trasladar al otro el precio de lo que no percibimos por la situación o abusar en el ejercicio de un derecho alegando la crisis que nos aqueja.

8. Podemos seguir citando otros tantos ejemplos locales, pero excederíamos las líneas del presente ensayo. Basta referir a BELTRÁN DE HEREDIA: “la buena fe es la pauta a la que han de ajustarse los comportamientos del acreedor y del deudor en la relación obligatoria”. Y también la didáctica idea de ORDOQUI CASTILLA que inspira el tema que nos ocupa: “Siempre hemos sostenido que la buena fe en los hombres de derecho no solo se debe aplicar, sino que se debe inculcar y difundir, máxime por quienes desarrollamos una vocación docente y asumimos la responsabilidad de educar”.

Creemos así que no vale sacar lo peor de sí porque la pandemia, la hiperinflación y la escasez impongan al habitante de Venezuela una situación particularmente difícil. La pandemia, como muchas otras, pasará de seguro mucho más rápido que los otros males. El Derecho Civil es el que domina la vida diaria, rige incluso sin salir de casa -desde la que celebramos múltiples contratos- por lo que la relación obligatoria nos acompañará por mucho tiempo. Esperemos que en dicho tránsito la buena fe como norma objetiva de conducta oriente la interpretación y el quehacer de acreedores y deudores. Y que, en definitiva, la pandemia pase y la buena fe subsista siempre como regla reguladora que se impone en el hombre correcto, ya sea deudor o acreedor, permitiéndonos no propinar al otro lo que no queremos para nosotros.

A CRISE DO COVID-19, ENTRE BOA-FÉ E COMPORTAMENTOS OPORTUNISTAS

THE COVID-19 CRISIS, BETWEEN GOOD FAITH AND OPPORTUNISTIC BEHAVIOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 386-395



Carlos Eduardo
PIANOVSKI
RUZYK

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A crise do COVID-19 permite cogitar de excepcionais hipóteses de revisão ou de resolução contratual ou de afastamento da mora. É necessário, porém, analisar tecnicamente em que hipóteses essas medidas de exceção são admitidas no ordenamento jurídico, de modo a, por meio do correto emprego do princípio da boa-fé objetiva, evitar o incentivo a comportamentos oportunistas, tanto de credores quanto de devedores.

PALABRAS CLAVE: Contrato; COVID-19; boa-fé; comportamento oportunista.

ABSTRACT: *The crisis of COVID-19 allows us to consider the exceptional hypotheses of contractual revision or resolution or removal of the effects of the breach of contract. However, it is due to technically analyze the hypothesis in which these exceptional measures are admitted in the legal system, in order to, through the correct use of the principle of good faith, avoid the incentive to opportunistic behavior, both by creditors and debtors.*

KEY WORDS: Contract; COVID-19; good faith; opportunistic behavior.

I. O presente artigo se propõe à reflexão sobre o papel da boa-fé e da causa concreta dos contratos como ferramentas relevantes para a compreensão dos efeitos gerados pela pandemia da COVID-19 sobre os contratos.

Se a força obrigatória dos contratos pode e deve se manter hígida na maioria dos casos – sempre com prestígio ao papel criativo da autonomia privada, nas prováveis renegociações -, haverá, é certo, no grave tempo de exceção em que vivemos, espaço para, em alguns casos, à luz do ordenamento vigente, o emprego das medidas excepcionais da resolução e da revisão contratuais, bem como da força maior, ainda que transitória, a afastar a mora em alguns contratos.

O tempo de crise dá azo, porém, à emergência de comportamentos oportunistas dos agentes econômicos, sejam eles credores ou devedores. O que se propõe neste texto é um exame, ainda que preliminar, do enquadramento conceitual e de algumas respostas que a ordem jurídica pode oferecer contra esses comportamentos oportunistas.

Para esse escopo, algumas precisões conceituais devem ser feitas, para que se possa compreender, à luz do arcabouço normativo que constitui a expressão jurídica do fenômeno contrato, mediante quais instrumentos o direito posto rechaça tais comportamentos.

2. O processo obrigacional, como descreve CLOVIS DO COUTO E SILVA em sua consagrada tese (*A obrigação como processo*, FGV, Rio de Janeiro, 2006), desenvolve-se de modo dinâmico, em várias fases, que parte do momento pré-contratual, passa pela celebração da avença, segue em sua fase de execução e, mesmo após o fim desta, pode gerar eficácia pós-contratual.

Como efeito, como na expressão de LUIZ EDSON FACHIN, o contrato não principia apenas com sua celebração, e, da mesma forma, “o contrato não acaba quando termina” (*Direito Civil: Sentidos, transformações e fim*, Renovar, Rio de Janeiro, 2015, p. 106).

Essa obrigação vista como processo é dirigida a um fim, que opera como um vetor a definir o itinerário do fenômeno contratual – e que, permitimo-nos

• **Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk**

Professor de Direito Civil da UFPR. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Advogado e Árbitro. E-mail: carlospianovski@fachinadvogados.com.br

dizer, é tese que se valida pela estreita e realista conjugação que apresenta com o contrato como operação econômica.

O fim do contrato é o bom adimplemento. É necessário, pois, refletir sobre em que consiste esse “bom adimplemento” no Direito contratual contemporâneo, no qual “quem contrata não contrata só o que contrata”, para empregar, novamente, a feliz expressão de LUIZ EDSON FACHIN.

O bom adimplemento importa não apenas a realização da prestação como originalmente pactuada, em uma fotografia estática, mas, também, o atendimento dos deveres laterais inerentes à boa-fé, que emergem da sua função hermenêutico-integrativa, conforme ensina JUDITH MARTINS-COSTA (*A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para sua aplicação*, Saraiva, São Paulo, 2018). Esses mesmo deveres, em interessante dialética, são o móvel que impulsiona as condutas das partes ao longo do processo obrigacional.

Todavia, não é só isso. Pode-se afirmar que não há bom adimplemento quando há a frustração da causa concreta do contrato. Causa concreta, diversamente da causa abstrata, definida, entre outros, por EMILIO BETTI, consiste, na lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, no objetivo prático visado pelas partes quando da celebração do negócio jurídico (não se confundindo, pois, com os motivos), sendo estes, pois, um fim a que se dirige dado negócio jurídico específico (*Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, São Paulo, 2002).

Esse fim é imantado pelo que se pode denominar de função econômica do contrato, ou seja, quais os contributos econômicos que as partes razoavelmente podem esperar como advindos da relação negocial celebrada. A definição desse fim econômico prático que integra a causa concreta não é estranha ao exercício da liberdade econômica.

É certo que a dimensão funcional dos contratos não se restringe a essa causa concreta, de caráter econômico, a ela podendo ser agregada a função social de caráter normativo (nos contratos que a têm), e a função como liberdade, que pode se realizar, inclusive, como liberdade substancial dos indivíduos (PIANOVSKI RUYK, C. E.: *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*, GZ, Rio de Janeiro, 2011). A análise desses conceitos, porém, demanda reflexão específica, que excede o escopo do presente artigo.

Poderíamos dizer, pois, em uma leitura sistemática da expressão normativa contemporânea desse fenômeno econômico espontâneo a que chamamos contrato, que é a própria liberdade econômica dos contratantes que informa o itinerário do processo obrigacional, uma vez que é ela que define essa expressão funcional que constitui a causa concreta do contrato.

A liberdade econômica não define apenas o retrato estático das prestações no momento da celebração do contrato (definido no exercício da autonomia privada, como uma das expressões dessa liberdade), mas se projeta para as finalidades econômicas concretas a que se dirige o processo obrigacional.

Se a liberdade econômica é o que pauta o ponto de partida do processo obrigacional (desde a fase de tratativas) e projeta os seus fins concretos, a boa-fé é o princípio que, mediante a função hermenêutico-integrativa, impulsiona as condutas das partes para esse bom adimplemento. Os deveres derivados da boa-fé, embora avolutivos, não são alheios à liberdade econômica. Ao contrário, são a ela instrumentais, na medida em que conduzem à causa concreta definida por meio do exercício dessa mesma liberdade.

O papel da boa-fé não se esgota, entretanto, na função hermenêutico-integrativa. É ela, também, integrada pela função de controle do exercício abusivo de direitos. Este é um campo fértil para o exame do enquadramento jurídico das condutas oportunistas, conforme será possível constatar no curso deste artigo.

3. A doutrina da “Law and Economics” se ocupa, desde as origens, dos comportamentos oportunistas.

WILLIAMSON, por exemplo, qualifica o oportunismo como “busca de interesse próprio com dolo” (“Transaction-cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, 22, 233–261). No âmbito dos contratos, a definição de FERNANDO ARAÚJO é exemplar, consistindo no “facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte” (“Uma análise económica dos contratos - a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais”, *Direito & Economia*, TIMM, Luciano Benetti (Org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 115).

Sem acolher as pretensões de construção de uma nova teoria do contrato à luz dos pressupostos da economia, é inegável que o diálogo entre os saberes é fundamental, notadamente porque, no plano lógico, antes de ser um instituto jurídico, o contrato é uma operação econômica espontânea.

Nessa senda, evidencia-se uma conjugação entre a pretensão econômica de evitar comportamento oportunistas (para evitar elevação de custos de transação) e a pretensão jurídica de respeito aos ditames da boa-fé (atendendo a valores relevantes para o Direito).

O comportamento leal, em contemplação à confiança legítima pautada na causa concreta do contrato, é a antítese do comportamento oportunista.

A busca pelo benefício próprio é inerente às relações econômicas, e é o móvel da própria livre iniciativa – cujo valor social intrínseco deriva de suas reconhecidas externalidades positivas. O que não é desejável, nem para a Economia, nem para o Direito, é a conduta que, em busca desse benefício próprio, sejam empregados meios desleais.

Momentos de crise, nos quais as necessidades econômicas se agravam, podem ser férteis ao incremento indesejável desses comportamentos.

Mais que isso: a depender da resposta do Direito à crise – especialmente, por meio da atuação do Poder Judiciário –, pode ela se converter em incentivo a comportamentos oportunistas.

Cabe, destarte, o cuidadoso manejo do instrumental técnico-normativo para coibir esses comportamentos, sendo o princípio da boa-fé, em sua adequada aplicação, um relevante meio para essa finalidade.

4. A força obrigatória dos contratos é a regra mesmo em momento de grave crise, de modo que uma moratória universal não encontra respaldo no ordenamento jurídico – que, reitere-se, já contém normas para as situações excepcionais.

Há, é certo, o espaço para a inexigibilidade de certas obrigações, com afastamento da mora quando a impossibilidade objetiva deriva dos efeitos advindos da pandemia, com inimputabilidade à esfera do devedor, bem como para a resolução e, mesmo, para a revisão de dados contratos, à luz de hermenêutica sistemática das regras vigentes.

Daí porque, em regra, não há espaço no ordenamento jurídico, mesmo no âmbito da grave crise gerada pelo COVID-19, para pretensões de afastamento da mora apenas pela dificuldade subjetiva de prestar decorrente de redução de fluxo de caixa ou, ainda menos, pelo intento de não ter que recorrer a reservas financeiras ou, mesmo, obtenção de crédito.

A recente norma de emergência alemã, de 27 de março de 2020 é um exemplo candente de como iniciativas legislativas que modifiquem as “regras do jogo” quanto aos critérios de definição da mora ou de seu afastamento podem gerar, como externalidades indesejadas, comportamento oportunistas.

A regra, que no parágrafo 2º do seu artigo 5º versa especificamente sobre contratos de locação, residenciais ou não, dispõe que “o proprietário não pode resolver um contrato de locação de imóveis apenas pelo fato de o inquilino não pagar o aluguel no período de 1 de abril de 2020 a 30 de junho, a despeito da data de vencimento”.

Isso foi o bastante para que grandes empresas declarassem que suspenderiam os pagamentos dos aluguéis. Foi somente após a repercussão pública, inclusive governamental, que ao menos uma delas retrocedeu (cf. FRITZ, K.: “Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação”, *German Report*, Migalhas, 31 de março de 2020).

Não apenas o legislador, porém, pode oferecer incentivos que gerem comportamentos oportunistas como indesejadas externalidades, mas, também – e, quiçá, sobretudo – a atuação jurisdicional.

A ausência de critérios para suspender a mora ou seus efeitos, ou para efetuar a revisão contratual, pode não apenas estimular comportamento oportunista no âmbito de uma incontida judicialização das relações contratuais, mas, também, inibir o atendimento do dever de negociação derivado da boa-fé, e que se desenvolve sob o pátio da racionalidade própria da autonomia privada.

A certeza, ou, ao menos, a forte perspectiva de uma tutela paternalista da jurisdição, mesmo em casos nos quais não se configure impossibilidade objetiva (para fins de afastamento da mora) ou efeitos graves sobre o atendimento da causa concreta do contrato, que excedam a alocação normal dos riscos entre as partes, pode ser elemento que venha a estimular o incumprimento por parte de quem tem não apenas o dever, mas as condições econômico-financeiras para o adimplemento das obrigações.

A atuação jurisdicional na concessão das tutelas de exceção deve ser pautada pela *ratio* de maximização da boa-fé objetiva, rechaçando pretensões marcadas pelo traço da deslealdade e do abuso do direito, que pode se expressar no desvio de finalidade dos instrumentos revisionais ou de afastamento da mora.

5. Se, de um lado, é necessário rechaçar eventuais comportamentos oportunistas do devedor, não se pode olvidar que, em casos nos quais os efeitos extraordinários da pandemia efetivamente repercutem sobre o vínculo contratual, a boa-fé exige do credor comportamentos de cooperação (EHRHARDT Jr., M.: *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, Fórum, Belo Horizonte, 2017),

que, se não levados a efeito, também se caracterizarão como comportamentos oportunistas vedados pelo ordenamento.

A inviabilização do programa obrigacional, pela aniquilação da sua função econômica, pode implicar a inexigibilidade de prestações como originalmente pactuadas. Isso se deve ao fato de que essa inviabilização do programa obrigacional também se refere à sua causa concreta, haja vista que a noção de “bom adimplemento” que define o fim contratual é por esta também integrado (assim como pela função social e pela função como liberdade, que, todavia, não o são objeto deste texto).

Essa frustração da causa concreta pode demandar resolução ou excepcional revisão – caráter de que pode se revestir a situação de exceção decorrente da pandemia –, desde que não imputável, por evidente, à conduta do próprio devedor ou à esfera de riscos razoáveis a ele alocados. A exceção, como se sabe, já tem previsão no sistema, e, quando se materializa, justifica o emprego do remédio previamente definido nas “regras do jogo” que balizam a própria liberdade econômica (art. 421, parágrafo único).

Isso em nada conflita, cabe reforçar, com a *ratio* da liberdade econômica contemplada pela lei e pela Constituição (Artigos 1º, inciso IV, e 170), uma vez que a intervenção mínima é aquela que se admite, reitere-se, apenas em situação de exceção – que é como se podem qualificar muitas das repercussões da pandemia sobre os vínculos contratuais.

Essa intervenção corretiva, que pode implicar revisão contratual, é congruente com a liberdade econômica que perpassa o contrato como figura dinâmica, que não se esgota no momento genésico da escolha levada a efeito por meio da autonomia privada, mas se dirige, como visto, a uma causa concreta, integrada por fins econômicos – à qual pode se agregar, conforme a natureza do contrato, uma função social.

Exigir a prestação tal como pactuada, recusando-se a negociar de boa-fé e, assim, contribuir para a frustração da causa concreta, pode ser, ainda que em casos obviamente excepcionais, um comportamento oportunista do credor, violador dos deveres de cooperação inerentes à boa-fé, os quais, reitere-se, vivificam o sentido de autorresponsabilidade inerente à liberdade econômica.

Se a boa-fé, em regra, sob o pálio da confiança legítima, é fundamento para a força obrigatória dos contratos (ao lado do valor jurídico da promessa), ela pode, em situações de exceção, nas quais o programa obrigacional é gravemente afetado, com ofensa à função econômica concreta do contrato, caracterizar hipótese de mitigação dessa força obrigatória.

É por isso que, excepcionalmente (e em apenas aparente paradoxo), exigir uma prestação tal como originalmente pactuada pode ser uma conduta oportunista, quando se der diante da alteração superveniente de circunstâncias com efeitos imprevisíveis e extraordinários sobre o programa obrigacional e que enseje a frustração da função econômica concreta da própria obrigação, com recusa à renegociação imposta pela boa-fé. Nesses casos, a conduta do credor pode se subsumir à figura do abuso do direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

Embora, abstraído o abuso do direito, a revisão e a resolução possam se fazer possíveis atendidos aos critérios sistemáticos dos artigos 317, 478 e 421, parágrafo único – em conjugação com os ditames do Regime Jurídico Emergencial e Transitório -, eventual não atendimento do requisito da “extrema vantagem” para uma das partes pode ser suprido pela incidência, em face do credor, da regra que veda o abuso do direito. Trata-se de inibir o comportamento oportunista e incentivar o comportamento cooperativo, inerente aos deveres da boa-fé.

Em tais situações, remarque-se, excepcionais – mas que, por certo, virão à tona no âmbito dos também excepcionais efeitos econômicos da pandemia -, o remédio revisional poderá ser aplicado, sem que isso importe em violação à liberdade econômica, e em consonância com os ditames da Ordem Econômica constitucional.



IL DIRITTO A RIFIUTARE LA PRESTAZIONE PARZIALE: UNA LETTURA SOLIDARISTICA

THE RIGHT TO REJECT PARTIAL PERFORMANCE: A SOLIDARITY- ORIENTED READING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 396-407



Letizia COPPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Tra le numerose questioni su cui la pandemia di Coronavirus ha richiamato l'attenzione dei civilisti, il presente contributo s'interroga sulla sorte dei contratti di prestazione d'opera o servizi ad esecuzione periodica nel caso in cui il debitore abbia offerto al creditore una prestazione alternativa, simile a quella originariamente dovuta, ma erogata con modalità telematiche. Muovendo da tale problema pratico, il contributo intende proporre alcuni spunti di riflessione sulla facoltà del creditore di rifiutare la prestazione difforme da quella pattuita provocando lo scioglimento del rapporto e sui limiti che essa incontra alla luce di una lettura sistematica e solidaristicamente orientata del diritto delle obbligazioni.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; obbligazioni; solidarietà; prestazione parziale; buona fede.

ABSTRACT: Among the several issues raised by the *Coronavirus pandemic in the private law field*, this contribution investigates the destiny of periodical contracts for the supply of work and services in case the obligor has offered the obligee an alternative performance, similar to the original one, but provided online instead of live. Moving from such practical problem, the contribution intends to suggest a reflection on the obligee's right to refuse the alternative performance, thus provoking the termination of the relationship, and on the limits it bears in light of a systematic and solidarity-oriented reading of obligations law.

KEY WORDS: Coronavirus; law of obligations; solidarity; partial performance; good faith.

I. La lente attraverso cui deve leggersi il diritto delle obbligazioni è l'esigenza di cooperazione tra gli individui; proprio in quest'ambito si può percepire fino a che punto l'intelligenza del sistema postuli una concezione teleologica dei rapporti e una valutazione comparativa degli interessi identificati dalla legge, come scriveva magistralmente Betti (BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 5-6). Mai come in questo periodo di calamità l'insegnamento dell'illustre giurista si rivela appropriato.

Gli strumenti per reagire alla pandemia devono rintracciarsi in primo luogo nell'ordinamento vigente, nelle sue regole ma soprattutto nei suoi principi, giacché una crisi "di sistema" richiede una risposta altrettanto "di sistema", non limitata a interventi politico-legislativi dettati dalla contingenza (per una riflessione di più ampio respiro, ancorché su una crisi diversa v. PERLINGIERI, P.: "Diritto e crisi", Convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 319-321; sulla "legislazione dell'effimero" le osservazioni di PALERMO, G.: *Sein und Sollen*, in LUMINOSO, A.: *Diritto e crisi*, Milano, 2016). Anche perché situazioni come la presente, ora percepite come eccezionali, rischiano di diventare in futuro una costante.

Se le sfide sono in certa misura nuove, la missione del giurista dovrebbe essere in fondo quella di sempre: indagare i margini di flessibilità del sistema senza alterarne, però, la coerenza. Ben si presta a tale compito il libro IV del codice, per la sua marcata impronta solidaristica (che emerge in primo luogo dalla *Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942*, no 558) e per la poliedricità intrinseca al concetto stesso di solidarietà, una volta epurato dell'originaria coloritura corporativa (interessanti le riflessioni di PERLINGIERI, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", in *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 82 ss.). Da un lato, solidarietà è sinonimo di contemperamento tra l'interesse debitario e creditorio; dall'altro rimanda, per il tramite di una lettura costituzionale della clausola di buona fede, all'esigenza di un *surplus* di tutela rivolto a quella tra le parti che, di volta in volta, si trova in una posizione di occasionale debolezza (sull'impatto della Costituzione nel diritto privato v. in particolare PERLINGIERI, P.: "Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione", in *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 593 ss.; FEMIA, P.: *Drittewirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018].

• **Letizia Coppo**

Assegnista di ricerca, Università di Torino; docente a contratto, Università LUMSA, Palermo; correo electrónico: letizia.coppo@unito.it

Ecco che, in linea di principio, la disciplina delle obbligazioni reca già in sé gli anticorpi adeguati, purché si abbia cura d'interpretarla in chiave evolutiva per applicarla alla soluzione dei nuovi problemi. Tra i più comuni nella quotidianità della pandemia vi è quello della sorte dei contratti di prestazione periodica d'opera o di servizi, stipulati prima dell'emergenza sanitaria, nel caso in cui il debitore, per far fronte all'impossibilità di eseguire la prestazione causata dall'esigenza di rispettare "misure di contenimento" disposte dalla legge e contenere il danno economico, abbia offerto al creditore una prestazione "alternativa", con contenuto analogo, seppur non identico, e modalità di erogazione diverse. Si pensi a quei teatri e quelle palestre che hanno messo a disposizione di chi ha sottoscritto abbonamenti semestrali o annuali spettacoli e corsi in via telematica. La questione è stabilire se sia configurabile in capo al creditore il diritto di rifiutare la prestazione alternativa e domandare invece la restituzione integrale del corrispettivo pagato o la sua conversione in un voucher spendibile entro un anno, in linea con quanto previsto, però solo in riferimento ad alcuni contratti, dall'art. 88 del d.l. 18/2020.

Fermo restando che nessuna responsabilità per inadempimento potrebbe imputarsi ai prestatori d'opera e di servizi in questione – e questo anche se non fosse stato previsto all'art. 6-bis della l. 13/2020 un espresso esonero per i casi in cui l'inesecuzione di quanto dovuto dipenda dall'osservanza delle «misure di contenimento» –, l'interrogativo poc'anzi sollevato ne presuppone altri: segnatamente, la qualificazione della prestazione "alternativa" come un *quid minoris* rispetto alla prestazione originaria oppure come un *aliud*, da cui dipende in primo luogo la riconducibilità della fattispecie all'impossibilità totale o all'impossibilità parziale; la sindacabilità in giudizio dell'eventuale rifiuto della prestazione "alternativa" da parte del creditore o la configurabilità in capo al debitore del diritto di eseguire tale prestazione.

2. Nei contratti di prestazione d'opera o di servizi è ancora più evidente la corrispondenza con quell'idea del rapporto obbligatorio come "struttura complessa, formata da diritti, obblighi, poteri e soggezioni, il cui contenuto può modificarsi senza che il rapporto perda la sua identità giuridica" (MENGONI, L.: *La responsabilità contrattuale*, ora in MENGONI, L.: *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011). In quest'ottica non è agevole ricostruire a valle il concetto di adempimento "esatto" e quindi a contrario quello di adempimento inesatto e di adempimento parziale, o meglio di "prestazione parziale" "il termine compare nel BGB, che al § 266 parla di *Teilleistung*, su cui v. le considerazioni di GERNHUBER, J.: *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1994, p. 148 ss.; ed è ripreso nel titolo della monografia di FONDRIESCHI, A.: *La prestazione parziale*, Milano, 2005).

La difficoltà non dipende solo dalla complessità del rapporto, ma anche dal fatto che nella specie la valutazione di conformità della prestazione non può compiersi su un piano meramente quantitativo; e secondo autorevole dottrina difformità qualitative e difformità quantitative sono trattate dalla disciplina codicistica in modo diverso [NICOLÒ, R.: "Adempimento (dir. civ.)", NICOLÒ, R.: *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1301; NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, XVI, I, Milano, 1974, p. 201; BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1991, p. 401 ss.; GAMBINO, A.: *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2015, p. 306; v. però DALLA MASSARA, T.: "L'adempimento parziale", in GAROFALO, L., TALAMANCA, M.: *La struttura e l'adempimento*, *Trattato delle obbligazioni*, I.5, Padova, p. 214].

Se l'art. 1218 c.c. quando parla di adempimento "inesatto" si riferisce indifferentemente a difformità quantitative e qualitative, le norme in tema di adempimento parziale (art. 1181 c.c.) e di impossibilità parziale (artt. 1258 e 1464 c.c.) varrebbero solo per le prime. Alle difformità qualitative si applicherebbe invece l'art. 1197 c.c., secondo cui l'esecuzione di una "prestazione diversa" libera il debitore solo ove il creditore l'abbia accettata. La prestazione qualitativamente difforme, dunque, non sarebbe soltanto un *quid minoris* rispetto a quella originaria, bensì una "prestazione diversa" e la sua esecuzione sarà qualificabile come *datio in solutum*.

La ricostruzione esposta incontra una serie di obiezioni (illustrate da SITZIA, L.: *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, Napoli, 2017, p. 13 ss.). Tra queste appare dirimente il rilievo per cui l'art. 1181 c.c., nel sancire il diritto del creditore di rifiutare l'adempimento parziale, lo estende "anche" alle obbligazioni divisibili, dando così per presupposto la sua applicazione a quelle indivisibili. Ebbene, per tale ultima categoria di obbligazioni riesce difficile immaginare un inadempimento parziale che non sia qualitativo (sul tema v. ampiamente CICALA, R.: "Obbligazione divisibile e indivisibile", in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1968]. Se così è, pare ragionevole ammettere che la prestazione difforme sotto il profilo qualitativo non sia necessariamente "diversa", ma possa essere semplicemente "parziale".

A questo punto si pone il problema di stabilire la soglia oltre la quale la prestazione da "parziale" diventa "diversa". Da ciò dipende la qualificazione della fattispecie prospettata all'inizio del contributo in termini di impossibilità parziale o totale. Se la prestazione alternativa è "parziale" significa che quella originaria non era totalmente impossibile; mentre vale l'opposto se la prestazione alternativa è una "prestazione diversa". Qualche indicazione potrebbe trarsi in primo luogo

dalla definizione che dottrina e giurisprudenza sogliono dare di *aliud pro alio*: la prestazione è qualificabile come “altra” quando presenta differenze che ne alterano la natura, l’individualità, la consistenza e la destinazione al punto da non renderla più riconducibile al *genus* cui originariamente apparteneva [in dottrina, per tutti, GRASSI, U.: *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell’errore. Il problema dell’inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 219 ss.; in giurisprudenza, già Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, in *Notariato*, 1999, p. 307]; detto altrimenti, quando la prestazione offerta s’inserisce in qualche modo nell’attuazione del programma obbligatorio [v. PROSPERETTI, M.: *Adempimento parziale e liberazione del debitore*, Napoli, 1980, p. 27 ss.].

Vi è poi un’ulteriore soglia da stabilire: quella minima, al di sotto della quale la difformità qualitativa della prestazione non legittima neppure lo scioglimento del rapporto. Qui entra in gioco il principio generale per cui il creditore è tenuto a tollerare difformità che siano di scarsa importanza, veicolato dall’art. 1455 c.c. Una difformità qualitativa trascurabile non dovrebbe rendere la prestazione – questa volta neppure parzialmente – impossibile. Per la giurisprudenza la valutazione deve compiersi alla stregua di un criterio oggettivo e di uno soggettivo: in sintesi, il giudice deve verificare se la difformità, per entità e per pregiudizio causato al creditore, abbia alterato in modo sensibile l’equilibrio del sinallagma; e se la difformità sia stata attenuata da comportamenti concreti delle parti (*ex multis*, Cass., 22 ottobre 2014, n. 22346, in *Leggi d’Italia online*).

Ora, tornando al problema pratico che si è sollevato all’esordio del contributo, la tesi dell’impossibilità assoluta pare troppo radicale. La difformità qualitativa prospettata altera senza dubbio alcune delle funzioni tipiche della prestazione – soprattutto quella della socializzazione, che spesso costituisce proprio il motivo per cui la parte ha stipulato i contratti in questione –, ma non ne fa venire meno la funzione economica essenziale e non ne muta il genere. Questo sempreché il creditore non sia nell’impossibilità di fruire della prestazione, ma sul punto si tornerà più avanti. Cambiando angolazione e ragionando sul principio di rilevanza dell’*inadempimento*, sarebbe agevole sostenere che la difformità in questione non sia contenuta entro la soglia della normale tollerabilità, ma sarebbe altrettanto agevole obiettare che nel contesto attuale il concetto di “tollerabile” deve parametrarsi all’eccezionalità e della situazione e alla portata globale dell’epidemia. Se così è, la prestazione originaria dovrebbe qualificarsi come solo parzialmente impossibile e l’esecuzione della prestazione “alternativa” come adempimento parziale.

3. La qualificazione della fattispecie in termini di impossibilità parziale comporta l’applicazione degli artt. 1258 e 1464 c.c. [sui rapporti tra le due

norme cfr. in particolare PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 1975, p. 518], ai sensi dei quali il creditore ha la facoltà di recedere dal contratto quando “non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”. Nel rimettere la scelta al creditore, l'art. 1464 c.c. non tiene in alcuna considerazione l'interesse che il debitore potrebbe avere ad eseguire la prestazione parziale per evitare di dover restituire l'intero corrispettivo ricevuto. In altre parole, la norma, così come formulata, non sembra incarnare adeguatamente quello spirito di cooperazione che dovrebbe animare il diritto delle obbligazioni, soprattutto in momenti di crisi. Il bilanciamento tra le due parti del rapporto obbligatorio è integralmente rimesso dalla lettera della norma alla valutazione dell'interesse apprezzabile del creditore, parametro almeno a prima vista connotato da una certa soggettività. Proprio a fronte di questa connotazione si è posto il problema di stabilire se sulla valutazione in esame potesse esercitarsi in sede giudiziale una qualche forma di scrutinio oggettivo.

Sul punto si registra un contrasto tra giurisprudenza e dottrina. In una prima fase, la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole alla sindacabilità della scelta del creditore. La casistica verteva sulla sorte dei contratti di locazione stipulati prima dello scoppio della guerra nei numerosi casi in cui gli immobili locati erano stati danneggiati dai bombardamenti. Al riguardo, le corti si sono premurate di chiarire che è rimesso in via esclusiva al giudice il compito di valutare, nell'ipotesi di contrasto tra le parti, se l'impossibilità della prestazione sia da considerarsi totale o parziale, indipendentemente dall'affermazione del conduttore circa l'interesse alla prosecuzione del rapporto (così Cass., 11 febbraio 1947, n. 170, in *Foro italiano*, 1947, I, c. 450; e Cass., 17 giugno 1968, *ivi*, 1968, I, c. 2507; in senso adesivo, MOSCO, L.: “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, p. 436). La motivazione e il contesto offrono spunti interessanti.

In seguito (ma già Cass., 8 marzo 1960, n. 430, in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1960, p. 110), la giurisprudenza si è attestata su una lettura soggettiva dell'interesse apprezzabile e, conseguentemente, ne ha affermato l'insindacabilità in sede giudiziale (Cass., 19 settembre 1975, n. 3066, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, c. 1852; Cass., 17 luglio 1987, n. 6299, in *Leggi d'Italia online*; Cass., 14 marzo 1997, n. 2274, *ivi*; e ancora di recente Cass., 23 aprile 2020, n. 8112, *ivi*). Tale impostazione ha invece registrato in dottrina una voce autorevole ma isolata [COTTINO, G.: “Questioni in materia di impossibilità della prestazione”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1951, II, p. 80, per il quale l'aggettivo “apprezzabile” è soltanto “diretto ad impedire che possano essere tutelati semplici stati d'animo, specie se ingiustificati, del creditore, come ad es. il capriccio o l'intenzione di nuocere all'altro contraente”).

Il resto della dottrina ha criticato la tesi e ha suggerito di leggere la locuzione “interesse apprezzabile del creditore” in chiave causale. Tale interesse mancherebbe soltanto quando la prestazione parziale è incompatibile con la causa concreta del contratto [così BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 5. La responsabilità*², Milano, 2012, p. 404; sulla medesima linea, pur con qualche sfumatura diversa, PAGLIANTINI, S.: “Art. 1464”, in NAVARRETTA, E., ORISTANO, A.: *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, p. 584 e p. 591, per il quale il recesso è precluso al creditore quando questo “accampi un pregiudizio trascendente la (mancata) realizzazione dell’utilità contrattuale attesa «in quell’affare»”; ma già MENGONI, L.: *Note sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in MENGONI, L.: *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, cit., p. 121, osservava che il creditore deve valutare “se la ridotta funzionalità del contratto è idonea a ripagare il costo di una controprestazione”).

La tesi della sindacabilità è condivisibile per una serie di ragioni, che possono riassumersi nella tendenza dell’ordinamento alla conservazione del contratto (su cui, in una prospettiva di più ampio respiro, sono ancora attuali le osservazioni contenute nel volume a cura di DURAND, P.: *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parigi, 1960] e al conseguente controllo giudiziale sull’esperimento dei rimedi ablativi persino in caso d’inadempimento, ove il bilanciamento dell’interesse del creditore con quello del debitore dovrebbe essere meno giustificato, giacché la mancata esecuzione della prestazione è imputabile a quest’ultimo.

Così innanzitutto è sindacabile, per espressa previsione di legge – ma sul tema si tornerà nel prossimo paragrafo – il rifiuto di una parte di eseguire la prestazione a fronte dell’inadempimento totale o parziale dell’altra (art. 1460 c.c.) e sulla base di tale disposizione la giurisprudenza, in perfetto accordo con la dottrina [NATOLI, U.: *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 402; DI MAJO, A.: *Dell’adempimento in generale, sub Artt. 1177-1200*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Libro IV: *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1994, p. 99 ss.; e DALLA MASSARA, T.: “L’adempimento parziale”, cit., p. 254), ritiene censurabile anche il rifiuto da parte del creditore dell’adempimento parziale del debitore, pur non sancendo l’art. 1181 c.c., a differenza dell’art. 1464 c.c., alcun limite, se non quello di eventuali norme di legge o usi in senso contrario (v. per esempio Cass., 9 ottobre 2012, n. 17140, in *CED Cassazione*, ove si ha però cura di precisare che il rifiuto del creditore non può assurgere a colpa ai sensi dell’art. 1227 c.c.).

Parimenti sindacabile ex fide bona, secondo la giurisprudenza, è l’atto di avvalimento della clausola risolutiva espressa da parte del creditore. In particolare, la Cassazione ha invocato l’*exceptio doli generalis* in casi nei quali l’inadempimento dedotto nella clausola si era rivelato non imputabile (cfr., tra le tante, Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida al diritto*, 2012, p. 54) o di scarsa importanza (Cass.,

23 novembre 2015, n. 23868, in *Contratti*, 2016, p. 659 ss., con nota critica di PIRAINO, F.: "Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva expressa – Il commento". Sulla clausola risolutiva expressa come strumento per ottenere un *commodus discessus* dal rapporto contrattuale cfr., in particolare, GRONDONA, M.: *La clausola risolutiva expressa*, Milano, 1998, p. 43 ss., spec. p. 51 ss., secondo cui la *ratio* dell'art. 1455 c.c. ricorre anche nella risoluzione stragiudiziale; e SARTORI, F.: *Contributo allo studio della clausola risolutiva expressa*, Napoli, 2012, p. 75 ss.].

Sempre alla luce della buona fede, declinata come divieto di abuso del diritto, la giurisprudenza ritiene sindacabile l'esercizio del recesso *ad nutum* e si è pronunciata per la prima volta in tal senso proprio in un caso nel quale le conseguenze del recesso si sarebbero riverberate a catena su una pluralità di rapporti, così producendo un impatto economico notevole su una determinata porzione di mercato [il *leading case* è il noto caso *Renault*: v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, con nota di D'AMICO, G.: "Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto"; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 172 ss., con nota di ORLANDI, M.: "Contro l'abuso del diritto"; in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 286 ss., con commento di BARCELLONA, M.: "Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale"). Nella situazione attuale, l'impatto del recesso sul mercato sarebbe ancora più "massivo" e questo è un elemento che dovrebbe essere tenuto presente nella riflessione.

In ultimo, l'art. 1467 c.c. in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, analogamente all'art. 1450 c.c. in tema di rescissione, consente al debitore di evitare lo scioglimento del contratto mediante l'offerta di ricondurlo ad equità. Secondo l'interpretazione prevalente, l'offerta non può essere rifiutata dal creditore quando sia effettivamente idonea a riequilibrare il sinallagma, sicché il debitore ha diritto ad ottenere dal giudice la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. (sul punto la giurisprudenza è risalente ma costante: Cass., 16 aprile 1951, n. 431, in *Giurisprudenza completa della cassazione civile*, 1951, II, p. 320, con nota di FORTUNATO, G.: "Natura dell'offerta di *reductio ad aequitatem* e limiti per farla valere nel processo"; e sulla rescissione Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Rivista di diritto processuale*, 1953, II, p. 108, con nota di CARNELUTTI, F.: "Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità"; e Cass., 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro italiano*, 1954, I, c. 755. In dottrina v. REDENTI, E.: "L'offerta di riduzione ad equità", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, p. 576 ss.]. Eccessiva onerosità e impossibilità sono evidentemente due fattispecie diverse, ma si potrebbe sostenere che la medesima *ratio* cui è ispirata la disciplina della prima ricorre anche nella seconda quando dipenda da eventi straordinari e imprevedibili, com'è l'epidemia di Coronavirus.

Una lettura in termini oggettivi dell'art. 1464 c.c., con conseguente attribuzione al giudice del potere di sindacare la scelta del creditore di rifiutare l'adempimento della parte di prestazione rimasta possibile, sembra inserirsi perfettamente nel quadro appena tracciato. E del resto, come si accennava, sarebbe incoerente garantire al debitore che non ha eseguito l'intera o l'esatta prestazione per causa a lui imputabile maggiore tutela rispetto al debitore la cui prestazione è divenuta parzialmente impossibile per un evento del tutto estraneo alla sua sfera di controllo; si tratterebbe di un'irragionevole disparità di trattamento, soprattutto nell'attuale contesto di crisi.

4. Una volta appurata la sindacabilità del rifiuto del creditore, si tratta di stabilire quale criterio debba guidare la valutazione del giudice. Come si diceva, la dottrina suggerisce il parametro della causa concreta, opinione che rievoca quella giurisprudenza a tutti nota con cui la Corte di legittimità ha equiparato *quod effecta* all'impossibilità sopravvenuta della prestazione il difetto sopravvenuto della funzione economico-individuale del contratto (Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contratti*, 2008, p. 241; e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, *ivi*, 2008, p. 786. Per un'analisi più ampia e congiunta delle due sentenze v. FERRANTE, E.: "Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio", in *Contratto e impresa*, 2009, p. 156 ss.].

Tale collegamento suggerisce uno spunto ulteriore: nella giurisprudenza appena citata il problema non era l'impossibilità di prestare, bensì l'impossibilità (almeno parziale) per il creditore di fruire della prestazione. Senza poter qui affrontare il tema, il contributo alla riflessione sull'attualità potrebbe essere questo: l'interesse apprezzabile del creditore alla prestazione parziale, almeno in situazioni di crisi causata da circostanze eccezionali e imprevedibili, dovrebbe sempre sussistere quando una componente della prestazione rimane possibile; e la possibilità deve valutarsi non solo in rapporto a chi eroga la prestazione, ma anche in relazione all'utilizzatore. Volendo tornare agli esempi prospettati all'inizio, il titolare dell'abbonamento dovrà essere in possesso di una buona connessione internet; e nel caso della palestra anche di uno spazio minimamente idoneo a svolgere gli esercizi.

L'impostazione causalista è senz'altro da condividere, ma il contesto attuale, così come quello post-bellico in cui è intervenuta la citata giurisprudenza in tema di locazione, richiede una solidarietà che vada oltre il mero bilanciamento dell'interesse debitario e creditorio. La lettura causalista dovrebbe essere arricchita da un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 1175 e 1375 c.c. (lo suggerivano già CABELLA PISU, L.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, cit., 2002, p. 160; nonché CARNEVALI,

U.: *L'impossibilità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, XIII, Torino, 2011, p. 284 ss.).

Linee guida utili provengono innanzitutto dalla casistica sull'eccezione di inadempimento. Almeno nel caso in cui il creditore eccepisca ex art. 1460 c.c. il "mancato" anziché "l'inesatto" adempimento, il giudizio di compatibilità con la buona fede consta di due fasi. In primo luogo devono valutarsi la gravità dell'inadempimento a fronte del quale viene sollevata l'eccezione dilatoria e la proporzionalità tra l'impatto prodotto sul rapporto dall'inadempimento giustificante e quello che produrrebbe l'inadempimento giustificato (per tutte, Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Contratti*, 2013, p. 1097; Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Giustizia civile*, 2010, p. 584; Cass., 16 maggio 2006, n. 11430, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, II, p. 651; e Cass., 7 gennaio 2004, n. 58, in *Giustizia civile*, 2005, I, p. 2800). In secondo luogo deve valutarsi la condotta dell'eccepiente nell'esecuzione del contratto (Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 429; sosteneva la necessità di non arrestarsi ad elementi meramente oggettivi già BIGLIAZZI GERI, L.: "Eccezione di inadempimento", in *Digesto delle discipline privatistiche*, VII, Utet, Torino, 1991, p. 343).

Quanto alla gravità dell'inadempimento, criterio che ricalca evidentemente quello dell'art. 1455 c.c., la giurisprudenza ha affermato che la valutazione deve tenere conto sia della componente della prestazione non adempiuta rispetto all'obbligazione nel suo complesso, sia dell'alterazione dell'equilibrio contrattuale [Cass., 26 luglio 2000, n. 9800, in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 1632; sul punto v. le critiche di ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011, p. 921]. Nell'ipotesi in cui sia coinvolta una pluralità di prestazioni, tale interesse non deve parametrarsi a loro singolarmente, ma essere inserito nel quadro di una valutazione unitaria e globale (Cass., 4 ottobre 1983, n. 5776, in *Repertorio Foro italiano*, 1983, voce "Contratti agrari", n. 280).

Al requisito della gravità si aggiunge quello della proporzionalità (sulla necessità del cumulo, Cass., 13 dicembre 2010, n. 25159, in *Guida al diritto*, 2011, p. 80); nell'accertare se l'eccezione dilatoria è legittima, bisogna comparare l'entità dell'inadempimento giustificante con quella dell'inadempimento giustificato. Così, anche un inadempimento di lieve importanza può legittimare la sospensione dell'esecuzione ex art. 1460 c.c., purché tale reazione sia proporzionata al fatto che vi ha dato causa [cfr., ex multis, Cass., 7 marzo 2001, n. 3341, in *Contratti*, 2001, p. 995], sempre tenendo conto della funzione economico-sociale del contratto e della rispettiva incidenza degli inadempimenti sull'equilibrio sinallagmatico del medesimo [Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 429].

Quanto agli elementi soggettivi, una decisione della Corte di legittimità ha reputato contrario a buona fede il comportamento di una parte che, dopo aver

tollerato per un certo periodo l'esecuzione della prestazione con modalità diverse da quelle pattuite, ha rifiutato di adempiere alla propria obbligazione eccependo l'inadempimento dell'altra [Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, p. 436]. Qui la buona fede è stata concretizzata nella tutela dell'affidamento [sul tema v. PROCCHI, F.: "L'exceptio doli generalis' e il 'divieto di venire contra factum proprium'", in AA.VV.: *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali* (a cura di L. GAROFALO), Padova, 2006, p. 77 ss.; più in generale cfr. PIRAINO, F.: *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 440 ss.].

In un'altra decisione, la Cassazione ha reputato contraria a buona fede l'eccezione di inadempimento a motivo del fatto che l'ecchipiente avrebbe potuto soddisfare il proprio credito se solo avesse cooperato con la controparte (Cass., 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giustizia civile*, 1983, I, p. 2379, con nota di COSTANZA, M.: "Buona fede ed eccezione di inadempimento"). L'ipotesi riguardava il rifiuto di un'acquirente, nell'ambito di una compravendita di immobile ipotecato nella quale era previsto il pagamento del prezzo solo dopo la cancellazione dell'ipoteca, di versare detto prezzo direttamente al creditore ipotecario, in modo da conseguire la liberazione dell'immobile dalla garanzia reale. Qui la buona fede diventa sinonimo della correttezza di cui all'art. 1175 c.c. [sul rapporto tra i due termini v. PIRAINO, F.: *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 12 ss.].

La casistica appena citata consente di aggiungere alla riflessione qualche tassello conclusivo. Il primo è il principio di proporzionalità (su cui PERLINGIERI, G., FACHECHI, A.: *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017): nella fattispecie oggetto del presente contributo, come in quelle poc'anzi considerate, c'è pur sempre una parte che vuole riottenere la propria prestazione eccependo l'inesattezza di quella altrui. Anche qui dunque pare opportuna una comparazione tra l'impatto che avrebbe sul creditore la prestazione alternativa e quello che avrebbero sul debitore il recesso e il conseguente obbligo restitutorio. E tale comparazione dovrebbe – come ha fatto la giurisprudenza sulle locazioni all'indomani del secondo conflitto mondiale – trascendere il singolo contratto e tenere conto anche dell'effetto massivo che il rifiuto della prestazione parziale avrebbe sulla contrattazione nei settori interessati.

Il secondo e ultimo tassello è il dovere di cooperazione ai sensi dell'art. 1175 cod. civ., che dovrebbe essere letto alla luce del principio di ragionevolezza e del principio di solidarietà come inteso dalla Costituzione, se non alla luce del principio di autoresponsabilità: si può pretendere che il creditore faccia tutto ciò che è ragionevole attendersi in un periodo di eccezionale ed imprevedibile emergenza per consentire al debitore di attenuare le conseguenze negative della crisi [per riflessioni di più ampio respiro v. PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015].

CONTRACTUAL BUSINESS NETWORK E PANDEMIA: A FORWARD-LOOKING AGENDA?

CONTRACTUAL BUSINESS NETWORKS AND PANDEMIC: A FORWARD-LOOKING AGENDA?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 408-421



Camilla CREA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo shock pandemico ha inciso fortemente sui singoli contratti di durata ma anche su operazioni negoziali complesse, quali, in particolare, le reti di contratti tra imprese. In tale ambito, a fronte di sopravvenienze che alterano l'originario equilibrio, l'esigenza prioritaria è la conservazione dei contratti, specie in alcuni mercati essenziali alla tutela della persona e del valore della salute collettiva. Il limite cognitivo della *privity of contracts*, tuttavia, ostacola una distribuzione proporzionata dei rischi tra i vari nodi della rete, inducendo a ripensare a modelli ibridi tra contratto e organizzazione, sostanzialmente multilaterali, quali i contratti di rete elaborati nell'esperienza italiana.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; contractual business network; rinegoziazione; cooperazione tra imprese; salute collettiva e giustizia sociale.

ABSTRACT: *The COVID-19 pandemic shock has strongly affected long term contracts and, even more so, contractual business networks. Within the alternative between disruption and resiliency, the best solution should be maintaining the chains of contracts, especially when they impact on markets which are essential for individuals and collective health. However, the privity of contracts prevents an adequate allocation of risks among the various members of networks. This is the reason why it might be useful to reconsider hybrid legal models (between contract and organization), which are basically multiparty, such as the Italian contracts of networks.*

KEY WORDS: Contractual business networks; renegotiation; inter-firm cooperation; collective health & social justice.

I. L'imprevedibilità di eventi futuri, ma anche dei comportamenti umani è una inevitabile componente della complessità della vita, nelle sue molteplici manifestazioni. L'emergenza, unita all'incertezza rischia di trasformare la complessità in caos. Un tale stato di cose favorisce alcuni e svantaggia altri; acuisce le differenze preesistenti o ne crea nuove (esternalità, positive o negative: sulla correlazione tra disuguaglianze di salute ed economiche, v. MACKENBACH, J.P.: *Health Inequalities: Persistence and Change in European Welfare States*, Oxford, 2019). Nel proliferare di *pandemic law*, di *regulation* più o meno diversificate e giustificate dall'urgenza, locali/regionali, nazionali, sovranazionali che derogano peraltro ai regimi normativi generali, il giurista si interroga sull'armamentario concettuale del quale dispone per affrontare le criticità del momento.

In un simile scenario il primo passaggio obbligato è la individuazione dei problemi, spesso simili nelle varie esperienze giuridiche, che rafforzano l'esigenza di comparazione e dialogo. Molta della riflessione sulla incidenza del COVID-19 sul diritto dei contratti – sia pur nella prospettiva di una 'dottrina dell'emergenza' – si sta concentrando sugli effetti sui singoli contratti di durata (TWIGG-FLESNER, C.: "A comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or what?", in AA. VV.: *Law in the Time of COVID-19* (a cura di K. PISTOR), Columbia Faculty Law, 2020, pp. 155-165), essenzialmente fondati sul meccanismo dello scambio quale prototipo delle transazioni di mercato. Il valore primario della salute collettiva giustifica restrizioni impensabili. Regole "eccezionali" che si fondano sul prioritario principio di tutela della salute degli individui, da contemperare con la sopravvivenza economica dei singoli paesi.

Il blocco o la limitazione di libertà collaudate quali la libertà di circolazione di beni, persone e capitali derivante dallo stato di necessità globale può concretizzare una sopravvenienza impeditiva o meno delle prestazioni che sovverte l'originario equilibrio economico del contratto rendendo l'adempimento impossibile (definitivamente o, più spesso, temporaneamente e/o parzialmente), o eccessivamente oneroso e sollevando dibattiti, un tempo à la page, quale l'alternativa tra rimedi manutentivi, tesi alla conservazione del contratto e rimedi, invece, ablativi (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", in *giustiziacivile.com*, 2020, p. 207 ss.; VERZONI, S.: "Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19", *ivi*, p. 213 ss.; HEINICH, J.: "L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision", in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 611).

• **Camilla Crea**

Associato di Diritto Privato, Università degli Studi del Sannio. Correo electrónico: camilla.crea@unisannio.it

La funzione del contratto è alterata: l'evento incide sulla causa in concreto poiché gli effetti, ossia i diritti e gli obblighi originariamente pattuiti, non sono più quelli indicati nel programma negoziale. Non a caso, anche in area di *common law* si evoca lo scopo del contratto, la *consideration* e la *promissory estoppel* (le figure più vicine al concetto di causa della tradizione italiana ed alle ipotesi di squilibrio sopravvenuto: TWIGG-FLESNER, C.: "A comparative Perspective", cit., p.155).

Di fronte allo shock pandemico – imprevedibile, quanto meno per contratti pendenti conclusi prima dello scorso dicembre, o comunque non previsto, e di certo fuori dal controllo delle parti contraenti, a prescindere da qualsiasi discorso sulla 'razionalità limitata' e sulla ontologica incompletezza dei contratti tanto cara alla letteratura americana – l'alternativa è tra *disruption* e forme di resilienza che consentano l'adattamento, la continuità sia pur a condizioni diverse e ancora da capire. A ciò si aggiunga il possibile incremento di condotte abusive (*opportunistic behavior*) legate alla emersione di nuovi *bargaining power* o alla sclerotizzazione di situazioni di dipendenza che sempre esistono nella contrattazione.

2. Il mercato è fatto di contratti; tutto ciò che condiziona singoli contratti, in maniera più o meno intensamente seriale, incide anche sul mercato di riferimento e viceversa. I contratti, tuttavia, specie quelli legati alla organizzazione dei sistemi di produzione e distribuzione di prodotti e/o servizi, dunque all'attività delle imprese, difficilmente sono isolati. Spesso, invece, sono tra loro collegati, o meglio "connessi" (v., tra i tanti, la raccolta di scritti di TEUBNER, G.: *Networks as Connected Contracts*, Oxford, 2011; AMSTUTZ, M. e TEUBNER, G.: *Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Oxford, 2009; nonché, BROWNSWORD, B.: "Networks as Connected Contracts", in *75 Modern Law Review*, 3, 2012, pp. 559-460; da ultimo JENNEJOHN, M.: "The Private Order of Innovation Networks", in *68 Stanford Law Review*, 2016, pp. 281-366; per la riflessione italiana CREA, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008; CAFAGGI, F.: *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009).

Si tratta di "operazioni economiche complesse" che impongono un *quid pluris* nell'attività di interpretazione, legata alla presenza di un tutto, di un insieme che va oltre il singolo segmento contrattuale. Pensiamo alle *supply chain* e alle reti contrattuali di distribuzione: accordi inter-imprenditoriali bilaterali tra loro connessi, che strutturano nuove forme di organizzazione reticolare, tendenzialmente non gerarchiche (PORAT, A., SCOTT R.E.: "Can Restitution Save Fragile Spiderless Networks?", in *8 Harvard Business Law Review*, 1, 2018, pp. 1-51), dell'impresa, su scala non soltanto nazionale bensì europea o internazionale. Il fenomeno è caratterizzato dalla centralità della cooperazione e della fiducia, dalla presenza di

un interesse comune, anche se non è un vero e proprio scopo comune tale da poter giustificare forme tipicamente associative.

Appare utile, in chiave problematica, provare a ragionare dunque sullo scenario aggravato dall'attuale *economy lockdown*, per cercare di capire possibili itinerari di governance della complessità (GRUNDMANN, S., MÖSLEIN, F., RIESENHUBER, K.: *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015).

Uno dei problemi più significativi alla base dei "connected contracts" tra imprese (quale definizione sufficiente generica da consentire una maggiore astrazione del ragionamento: TEUBNER, G.: *Networks as Connected Contracts*, cit., p. 87) è la *privity of contract*, la relatività del contratto, la sua efficacia esclusivamente inter partes, potendo i terzi essere soltanto beneficiari di effetti positivi. Questo limite cognitivo incide sulla gestione della responsabilità 'interna' alla rete (tra i vari nodi/imprese/soggetti), ed "esterna" ad essa (competitor, ma anche consumatori). La conseguenza di questo limite cognitivo della categoria contratto è la necessità di azionare rimedi non tanto provenienti dal diritto dei contratti – fatte salve ipotesi peculiari quali il contratto a favore di terzo o forme di collegamento negoziale particolarmente significative e diffuse nella prassi – quanto dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale e/o dal diritto delle organizzazioni, ove possibile (modelli societari, tendenzialmente plurilaterali).

Altra questione sulla quale riflettere è il profilo funzionale: l'anomalia che caratterizza, in generale, le forme di collegamento negoziale è che la funzione del singolo segmento negoziale non può essere valutata isolatamente, ma soltanto alla luce della più ampia operazione economica. Tecnicamente: tanti contratti bilaterali e di scambio, almeno due; pluralità di soggetti; uno scopo negoziale che evoca, sia pur con notevoli criticità, un interesse comune perseguito dai vari nodi della rete, che va oltre lo scambio corrispettivo di prestazioni all'interno dell'accordo isolato, istaurando condotte di cooperazione e condivisione (di risorse, conoscenze, attività), o meglio "interdipendenze", simmetriche o asimmetriche, virtuose (organizzazioni multilaterali informali).

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale italiana sul collegamento negoziale (in particolare funzionale e volontario) trova la sua manifestazione più evidente nella circostanza che il vizio che inficia uno dei contratti incide anche sugli altri, a catena (i.e.: è noto il brocardo *simul stabunt simul cadent*). Significativa a riguardo la scelta del legislatore francese il quale, tenendo conto della giurisprudenza e della riflessione dottrinale interna, ha introdotto una norma *ad hoc* in sede di riforma del *Code civil*, sulla *interdépendance contractuelle* (*o groupe des contrats*) sancendo in maniera chiara, in deroga al principio di *relativité*, la *caducité*. Tale nuova sanzione, infatti, opera non soltanto sul contratto isolato – quando viene meno un elemento essenziale, necessario alla produzione degli effetti –, ma anche nell'ipotesi di

“ensemble contractuel” indivisibile. La fattispecie complessa, composta da più segmenti negoziali, non può produrre effetti se viene a mancare uno della serie.

La *disparition* di un segmento determina la caducazione dei contratti connessi la cui esecuzione è divenuta impossibile e in quanto quel segmento era condizione determinante del consenso. L'indivisibilità può derivare sia da esplicite clausole contrattuali, tanto implicitamente da dati e circostanze oggettive, ma la centralità dell'autonomia privata e della volontà delle parti è rafforzata dalla precisazione che la caducazione non è opponibile al contraente se non era a conoscenza dell'*ensemble* quando ha prestato il suo consenso (art. 1186, commi 1 e 2). C'è un certo ed inevitabile margine di apprezzamento giudiziale, rafforzato anche dall'inserimento di una regola generale – nell'ambito del nuovo regime sull'interpretazione dei contratti (benché, come, noto, non vincolanti per il giudice francese) – che estende il criterio della coerenza sistematica, dalla singola clausola presente in un contratto isolato, al singolo contratto parte di una serie di contratti che “concorrono” ad una operazione comune (art. 1189).

Il fenomeno dell'*ensemble contractuel* ha storicamente trovato nel concetto di causa, poi di “economia del contratto”, un referente concettuale. Benché, come noto, la riforma ha espulso formalmente il concetto di causa, non si esita a ritenere che permangono nel sistema equivalenti funzionali tra i quali, in particolare, la nozione ampia di “contenuto del contratto”, a metà strada tra causa e oggetto e che ben potrebbe ricomprendere, in una prospettiva di valutazione unitaria del diritto dei contratti e delle obbligazioni, anche la indivisibilità della quale discorre la nuova disciplina sui contratti ‘interdipendenti’ (CHANTEPIE, G., LATINA, M.: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, pp. 410-418 e pp. 423-425; FAUVARQUE-COSSON, B.: “L'interdépendance contractuelle dans une opération incluant une location financière. A propos de deux arrêts de chambre mixte de la Cour de cassation”, in 22 *European Review of Private Law*, 2014, pp. 253-260; sul concetto di divisibilità/indivisibilità nell'ordinamento italiano sempre attuali le considerazioni di CICALA, R.: *Concetto di divisibilità e indivisibilità nell'obbligazione* (1987), rist., Napoli, 2010]. Il tutto (l’insieme) incide, dunque, sulla valutazione anche delle prestazioni formalmente presenti all'interno di uno solo dei contratti. Si tratta di una deroga all'efficacia relativa del contratto (art. 1199, ex art. 1165 *Code civil*) orientata ad attivare rimedi ablativi, di *termination* del rapporto.

3. Il punto è, tuttavia, con riguardo a reti contrattuali e *supply chain* individuare o poter individuare delle tecniche di gestione del rischio che consentano la continuazione dei rapporti contrattuali connessi, venendo così in rilievo sia la

rinegoziazione su base volontaria, sia il ruolo del giudice ai fini dell'adeguamento/revisione del contratto o, come in questo caso, dei contratti.

Perché e quando l'esigenza conservativa assume particolarmente rilievo? Anzitutto per i caratteri fisionomici dei contratti tra imprese parti del sistema reticolare: contratti di durata, nei quali il tempo assume un rilievo centrale; esigenza di cooperazione particolarmente accentuata (che non a caso ha portato ad una rivalutazione della buona fede, o meglio del principio su quale tale clausola generale trova fondamento: ossia la solidarietà, che a sua volta stigmatizza quella utilità sociale alla quale l'art. 41 della costituzione italiana condiziona il legittimo esercizio di ogni manifestazione di iniziativa economica). Ancora, per la presenza di investimenti specifici, dedicati, spesso non riconvertibili sul mercato (*sunk cost*) specie in un momento di crisi, e che possono rendere uno o più nodi della catena dipendenti dalla relazione contrattuale, poiché una alterazione delle prestazioni (*l'an* o il *quantum* di forniture, ad esempio) può avere ripercussione sulla stessa attività di impresa di uno o più nodi della rete, o, potenzialmente, della intera rete.

La pandemia ha inevitabilmente acutizzato tali esigenze conservative: l'esistenza di " valide alternative sul mercato" – concetto chiave all'interno della disciplina sulla subfornitura (cfr.art. 9, legge n. 192 del 1998) – potrebbero essere significativamente ridotte, se non azzerate, in considerazione dei limiti di circolazione, della chiusura o riduzione delle attività delle imprese.

La prima opzione che la prassi suggerisce è la gestione pattizia del rischio, tramite clausole di gestione delle sopravvenienze, che prevedano una rinegoziazione delle condizioni contrattuali (sempre che il regime legale sia derogabile dalle parti, e sempre che le legislazioni ad hoc emanate a seguito della pandemia lo consentano). L'autonomia privata dovrebbe aver previsto *ex ante* le condizioni ma anche le procedure di rinegoziazione, grazie ad un *drafting* contrattuale particolarmente dettagliato o comunque interpretabile e interpretato come inclusivo del rischio COVID-19; oppure, *ex post* rispetto all'evento, le parti spontaneamente addivengono ad una rinegoziazione.

Ecco che il limite cognitivo della relatività degli effetti del contratto riemerge con prepotenza. La clausola di rinegoziazione presente in un singolo contratto bilaterale vincola le parti ma non i terzi, ossia quei soggetti membri della rete contrattuale, unitariamente considerata, ma tecnicamente "esterni" rispetto al contratto contente la clausola di rinegoziazione. Là dove la rinegoziazione crei un vantaggio per il terzo (basti rievocare anche il fenomeno dei contratti con effettivi protettivi per i terzi), la questione desta particolari preoccupazioni.

Né il problema si pone là dove il terzo abbia prestato il suo consenso, tramite una esplicita clausola dalla quale si desuma un collegamento su base volontaria tra i vari

contratti incisi, a cascata, dalla circostanza sopravvenuta. Ciò che potrebbe, invece, comunque accadere è che una rinegoziazione alla quale partecipino i vari nodi comunque acuisca gli squilibri all'interno della organizzazione reticolare, potendo uno dei soggetti in posizione di forza (preesistente o acquisita: si pensi a nuove forme di "rendita da posizione geografica" o legata a particolari settori dell'attività di impresa che beneficiano di nuovi regimi derogatori) approfittare del suo potere tentando di imporre a proprio vantaggio termini ingiusti o discriminatori.

Là dove, però, questi meccanismi di salvaguardia (vantaggio "per" o consenso "dei" terzi) non siano rilevabili espressamente o anche implicitamente, o non siano rispettati dai soggetti membri della rete (rischio di inadempimento al patto di rinegoziazione), oppure la clausola di rinegoziazione sia comunque limitata ad uno solo dei segmenti negoziali, occorre analizzare cosa l'interprete può fare.

Resta assai discusso, in mancanza di una norma *ad hoc*, la possibilità di ricostruire un obbligo legale a rinegoziare sulla scia dell'*hardship* dei Principi UNIDROIT, modificata, proprio di recente, in considerazione della emergenza pandemica (lccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clausesmarch 2020. pdf; TORSELLO, M., WINKLER, M.: "Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis", in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 1-6).

Nell'ordinamento italiano non mancano opinioni simpatetiche, favorevoli a ricostruzioni sistematiche fondate su alcune norme della disciplina dei contratti, nonché sul riconoscimento della vis espansiva, integrativa e correttiva progressivamente attribuita non soltanto alla buona fede, quanto al principio di solidarietà sociale, in una prospettiva che riconosce forme di incidenza diretta dei principi costituzionali nei rapporti tra privati. Le opzioni ostili poggiano essenzialmente sulla valorizzazione dell'autonomia privata, sulla limitazione del potere discrezionale delle corti, tanto più che, in presenza di reti di contratti, alla evocata *privity*, si aggiungono anche i limiti soggettivi e oggettivi della estensione del giudicato.

Nell'esperienza francese, quanto meno in relazione a contratti successivi alla entrata in vigore della riforma, la teoria dell'*imprévision* accolta all'art. 1195 comunque prevede una rinegoziazione rifiutabile, e dunque facoltativa (*amplius*, TUCCARI, E.: *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, pp. 324 ss.); inoltre, la dottrina che di recente si è occupata degli effetti del COVID-19 sui contratti in corso ha specificato che l'apprezzamento va circoscritto al singolo contratto, non potendo essere estesa alla *chain des contrats*, sempre in considerazione della *relativité* rafforzata dal ruolo centrale della libertà contrattuale (che è uno dei principi di base del nuovo regime contrattuale introdotto: CHANTEPIE, G., LATINA,

M.: *La réforme du droit des obligations*, cit., pp. 79 ss., 92 ss. soprattutto in relazione ai nuovi artt. 1102 e 1104).

Eppure, in un momento storico come quello attuale, nel quale il valore collettivo della salute, e della sicurezza degli individui dovrebbe rappresentare un limite di sostenibilità per le azioni degli attori del mercato, specie in settori relativi a “beni e servizi essenziali” per la persona (filiera alimentare, sanitaria, farmaceutica *in primis*) – che non necessariamente coincidono con quelli considerati “strategici” per l’economia nazionale – occorre forse ripensare gli evocati limiti, riflettere su come giustificare anche un intervento del giudice che consenta un riequilibrio conservativo, un adeguamento/revisione proporzionato e ragionevole della allocazione dei rischi all’interno dei contratti tra imprese (e di reti di contratti), non lasciando alle logiche del mercato ed all’individualismo hobbesiano proprio dei comportamenti umani la libertà di scegliere a qualunque costo sociale.

Tutto ciò valorizzando il più possibile lo scopo unitario di operazioni negoziali complesse e valutando l’incidenza della funzione del tutto sui singoli segmenti negoziali e sulle prestazioni ivi contenute, nonché su eventuali condotte abusive per stabilirne gli effetti sull’intera rete e sul mercato di riferimento, se davvero essenziali e determinanti rispetto ai valori fondamentali di tutela della persona e della salute collettiva (per possibili interventi giudiziali tesi alla rinegoziazione giudiziale in sede di collegamento tra contratti tra imprese: CREA, C.: *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013). In tale direzione militano gli ELI Principles for the COVID-19 Crisis (Principle 13) che invitano gli stati membri alla ricerca di soluzioni ragionevoli ed effettive di gestione dei rischi di sopravvenienze impeditive e non impeditive della prestazione (*force majeure o hardship*); a garantire, di là dai regimi contrattuali differenziati esistenti, in conformità con il principio di buona fede, procedure di rinegoziazione anche se non previste dalle parti e persino in mancanza di previsioni normative; ad evitare che, in casi di disruption della relazione le conseguenze negative sopravvenute ricadano esclusivamente su una sola parte, specie se soggetto debole (consumatore, ma anche PMI).

La gerarchia di valori e la preferenza da assegnare alla salute ed alla persona nell’impianto costituzionale nazionale, a sua volta, giustifica forme di rinegoziazione e scelte equitative da parte dei giudici là dove incidano su mercati essenziali per la tutela della persona; giustifica un apprezzamento del contratto alla luce della rete e degli effetti che questa può avere sul settore di riferimento, poiché non tutti i mercati hanno un pari valore, benché non manchino inevitabili interferenze. Questo è il senso di una costituzione economica orientata e conformata dal solidarismo e personalismo [PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 417; PERLINGIERI, P.: “Constitutional Norms and Civil Law Relationships (1980)”, in *I The Italian Law Journal*, I, 2015, pp. 17-49].

4. La presenza di momenti di crisi non è nuova. La crisi ciclicamente si ripete esacerbando problemi e criticità emerse già in passato. Un eterno ritorno circolare, che però non è ripetizione, ma riproposizione del diverso e del molteplice, come direbbe Friedrich Nietzsche, un divenire tra continuità e discontinuità che è il flusso della vita e della stessa vita del diritto.

Tornando al tema delle reti tra contratti nella quale le *supply chain* possono, in termini di astrazione, essere ricomprese, sia pur senza negarne le specificità, ed al modello del collegamento negoziale, presente in alcuni ordinamenti giuridici, come modello elaborato da dottrina e giurisprudenza o addirittura positivizzato (Francia), un dato resta fermo: i limiti cognitivi della bilateralità del contratto non appaiono superabili, e non riescono a catturare quelle interdipendenze (o dipendenze) tra soggetti parti del sistema complesso (rete), né a promuovere davvero la cooperazione tra i vari nodi.

In una prospettiva non soltanto di gestione della crisi ma di governance fisiologica della complessità propria dei sistemi a rete, l'esperienza italiana potrebbe, in questo momento, ripensare a particolari strumenti di collaborazione quali i contratti di rete, nati non a caso in un periodo di forte crisi nazionale, per supportare la competitività in particolare delle PMI, in linea con le indicazioni della Commissione europea (*Small Business Act for Europe*). La disciplina sui contratti di rete, introdotta nel 2009 (art. 3, decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in legge n. 33 del 2009) e poi più volte modificata, valorizza fortemente l'autonoma privata ed organizzativa consentendo la costruzione di schemi contrattuali e/o organizzativi, non tipici, orientati ad incrementare forme di organizzazione cooperativa delle attività di impresa. Non si tratta di un tipo di contratto autosufficiente: è necessario il rinvio, con un approccio sistematico, al diritto domestico dei contratti (parte generale o singoli contratti: ad es. *franchising*, subfornitura, associazioni temporanee di imprese, vendita, appalto etc.) e soprattutto al diritto delle organizzazioni (società di persone o di capitali, e consorzi in primis) a seconda dei casi concreti. Ciò ostacola un *legal transplant* in altri sistemi giuridici. Le norme introdotte non comprendono i *contractual network*. Questa ultima ipotesi continua ad essere riferibile anche a schemi giuridici preesistenti alla nuova legge, tuttora operanti, e al concetto di collegamento negoziale (CREA, C.: "Vertragliche Unternehmensnetzwerke: Auslegungskriterien und axiologische Perspektive", in *I Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht*, KSzW, 2015, pp. 99-108).

La scelta del legislatore italiano, dopo una prima virata contrattualistica, è stata orientata verso reti maggiormente strutturate in senso organizzativo, di recente ammettendo la creazione di una rete "soggetto giuridico". Il contratto di rete è in ogni caso associativo (con comunione di scopo) e tendenzialmente, ma non necessariamente, *multi-party*, sin dal momento della stipulazione del contratto

o successivamente (in presenza di clausole di adesione successiva). La struttura plurilaterale consente così di catturare le interdipendenze (o dipendenze) tra le varie attività delle imprese e le relative performances [per l'approfondimento dei vari aspetti, CUFFARO, V.: *Il contratto di rete di imprese*, Milano, 2016].

Lo scopo-fine comune, traslato da un linguaggio economico, è "l'accrescimento, individuale e collettivo della capacità innovativa e della competitività" dei membri e della rete nella sua unitarietà. Le imprese – di qualunque forma giuridica (individuale o collettiva) e operanti in qualsiasi settore (agricolo o industriale, ossia di produzione o di distribuzione) – rimanendo giuridicamente autonome, individuano un programma comune (scopo mezzo: i.e. l'attività della rete, i diritti e doveri dei partecipanti) coerente con comuni obiettivi strategici predeterminati. L'oggetto della rete è la collaborazione, e/o lo scambio di informazioni o di prestazioni di varia natura (industriale, commerciale, tecnica o tecnologica) e/o l'esercizio in comune di attività (come nei contratti associativi).

Il contratto individua un ordinamento, un programma di regole, la cui attuazione è rimessa a comportamenti successivi ed esecutivi delle parti o, in presenza di una struttura organizzativa più o meno corporativa, seleziona il riparto di competenze e di funzioni tra gli organi (o pseudo-organi) eventualmente presenti. Gli elementi di natura patrimoniale e organizzativa sono facoltativi: fondo patrimoniale comune e organo comune di governo dotato di poteri gestori, regolamentari ed esecutivi degli obiettivi strategici della rete i quali possono essere costruiti e modulati a seconda delle scelte operate dalle parti contraenti. La presenza di tali elementi, in ogni caso, consente alla rete di beneficiare della responsabilità limitata (similmente ai consorzi: artt. 2614 e 2615 c.c.).

La creazione di una rete-soggetto è opzionale; dipende dalla decisione delle parti (fermo restando il rispetto di alcuni requisiti di forma, contenuto, organizzazione, pubblicità). Tale soggettività non sembra divergere significativamente dalla personalità giuridica delle società di capitali, ma deroga all'obbligatorietà e tassatività dei meccanismi di iscrizione nel registro delle imprese. Il soggetto-rete significa centro completamente autonomo di imputazione di diritti e di doveri. Internamente ad esso, inoltre, la scarna disciplina lascia ampia libertà nel selezionare regole di organizzazione del riparto di competenze e di distribuzione di utili o perdite molto più flessibili rispetto ai modelli societari. Mentre le società sono ancorate ad un regime di tipicità, le reti – anche se soggettivizzate – rifuggono da una tale rigidità. L'interprete, secondo le specificità del contratto di rete, è tenuto a individuare la disciplina maggiormente adeguata, applicando in via diretta o analogica disposizioni contenute nel diritto delle società di capitali (quando la rete è strutturata in senso corporativo), o delle società di persone, associazioni

o consorzi con attività esterna, nonché il mandato (quando, invece, la struttura organizzativa è maggiormente personalistica).

L'impiego normativo consente di realizzare una molteplicità di differenti aggregazioni di rete: *profit o not for profit*, aventi ad oggetto la collaborazione e/o lo scambio e/o l'esercizio in comune di attività. Oltre alle reti-soggetto, sono incluse: reti puramente contrattuali tendenzialmente prive di rilevanza verso terzi, di un fondo comune, di un organo comune (in tal caso la responsabilità verso terzi – ove presente – è illimitata e solidale); ancora, reti miste tra contratto e organizzazione (nel segno di una complementarietà tra i due sistemi concettuali) che, come precisato, sono dotate di un fondo comune, di un organo comune di governo che agisce, sulla base di un mandato collettivo, con rappresentanza dei singoli membri, e godono del beneficio della responsabilità limitata. Tale ultima ipotesi è espressione di una soggettività giuridica 'minore' e realizza così uno schema ibrido, potenzialmente plurilaterale il quale, anche a prescindere dalla acquisizione della piena soggettività, consente la separazione patrimoniale.

La multilateralità del contratto, la commistione tra contratto e organizzazione, la possibilità di beneficiare della responsabilità limitata supportano, potenzialmente, modalità di governance della collaborazione tra imprese che facilitano la condivisione di asset e conoscenze, e in generale di fattori produttivi tra cui i lavoratori dipendenti che, soprattutto in un momento di grave crisi, sono tra i soggetti più deboli da tutelare (MOCELLA, M.: *Reti di imprese e rapporti di lavoro*, Napoli, 2018), superando i limiti cognitivi derivanti dal contratto bilaterale, ma anche evitando, o quanto meno limitando i rischi di elusione di norme imperative (in particolare: *tax law* e *labour law*).

La normativa sui contratti di rete, per quanto complessa da esportare, può rappresentare un modo per supportare forme di collaborazione e innovazione competitiva, condividendo costi e benefici, specie per le piccole e medie imprese. Non è un caso che di recente, la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) ha creato un gruppo di lavoro sui *contractual network* ed altre forme di cooperazione inter-imprenditoriale, valutando anche il modello italiano (MOSTAD-JENSEN, A.: "News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): The Work of the Fifty-second Commission Session", in *24 Uniform Law Review*, 4, pp. 817–830].

Certo, la disciplina dei *business contractual network* tocca molteplici categorie del diritto privato (contratto, proprietà, antitrust, società) ma resta ancorata ai regimi e dunque alle soluzioni nazionali. La complessità e l'incertezza cresce esponenzialmente se trattasi di contratti internazionali e, correlativamente, di *global value chain* che sfuggono alle leggi domestiche, ed alla stessa volontà delle parti contraenti, ma incidono fortemente sugli equilibri economici mondiali

(CAFAGGI, F., IAMICELI, P.: "Contracting in Global Supply Chains and Cooperative Remedies", in *Uniform Law Review*, 2015, vol. 20, pp. 135-179; SALMINEN, J.: "Towards a Genealogy and Typology of Governance Through Contract Beyond Privity", in *European Review of Contract Law*, vol. 16, 2020, pp. 25-43).

Questa è una delle sfide del giurista globale, l'agenda di un diritto privato "trasformativo", consapevole che il diritto stabilizza e codifica diseguaglianze, e capace di ripensare gli istituti tradizionali coniugandoli con esigenze di giustizia sociale, sostenibilità e solidarietà (per il dibattito critico sul *transformative private law*, cfr. il symposium con le riflessioni di BARTL ,M., HESSELINK, M., MAK, C., RUTGERS J.W. [http://private-law-theory.org/?page_id=22728, last visited 10 May 2020]; sul ruolo del diritto nella costruzione di ricchezze e diseguaglianze, la geniale riflessione di PISTOR, K.: *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019).



CORONAVIRUS E LOCAZIONI COMMERCIALI. UN DIRITTO ECCEZIONALE PER LO STATO DI EMERGENZA?*

CORONAVIRUS AND COMMERCIAL LEASES. EXCEPTIONAL RULES FOR A STATE OF EMERGENCY?

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 422-433

* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Antonio Flamini*.



Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza l'incidenza dell'emergenza sanitaria COVID-19 e delle misure di contenimento sui rapporti di locazione commerciale, prospettando una interpretazione sistematica e assiologica dei rimedi contrattuali offerti dal vigente ordinamento.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; emergencia; locazioni commerciali; interessi; rimedi contrattuali.

ABSTRACT: *The essay analyzes the incidence of COVID-19 emergency and containment measures on commercial leases, proposing a systematic and axiological interpretation of contractual remedies established by the current legal system.*

KEY WORDS: *Coronavirus; emergency; commercial leases; interests; contractual remedies.*

I. L'emergenza sanitaria da COVID-19 ha determinato la chiusura temporanea della maggior parte delle "attività produttive industriali e commerciali" sull'intero territorio nazionale (art. I, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; art. I, d.P.C.M. 11 marzo 2020; art. I, comma I, lett. a, d.P.C.M. 22 marzo 2020), provocando una profonda e imprevedibile crisi economica e sociale. Alla diffusione pandemica del virus si è accompagnato il fiorire di una legislazione dell'emergenza, che ha investito anche la disciplina dei rapporti civilistici, ora introducendo immunità e privilegi, quale "fenomeno di esenzione dal diritto comune" (RESCIGNO, P.: "Immunità e privilegio", in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss., ora in RESCIGNO, P.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 394), ora modificando la disciplina di talune fattispecie contrattuali, senza regolarne altre parimenti bisognose di adeguamento, sì da generare "una nuova forma di incertezza giuridica" (PERLINGIERI, P.: *L'uscita dall'emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, p. 1162 ss., ora in PERLINGIERI, P.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 238, con riferimento alla legislazione dell'emergenza degli anni '70 e '80). Sebbene "la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza" (ha dovuto ricordarlo la Presidente Cartabia, "Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019", p. 25), da più parti ci si è interrogati se, al tempo della pandemia, il diritto privato e, in particolare quello dei contratti, debba "atteggiarsi in termini diversi dal modo in cui è stato concepito e ordinato grazie all'elaborazione pluriscolare dei giuristi" (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus""", in *Giust. civ.*, 2020, spec. n. I, p. 207).

Si osserva, da una parte, che l'"estremo tecnicismo" e "l'astrazione concettuale" del diritto civile ne determinano un'"impermeabilità ovvero insensibilità alle vicende contingenti" (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus""", cit., p. 208) e, dall'altra, che "di fronte a quest'indiscutibile stato di eccezione, il tradizionale armamentario dei rimedi contrattuali è indubbiamente spuntato" (BENEDETTI, A.M., NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito", in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020). L'inadeguatezza della disciplina codicistica a rispondere ai bisogni dell'emergenza giustificherebbe, allora, il ricorso da parte della giurisprudenza ai principi costituzionali, prefigurandosi "la costruzione di un diritto dei contratti più solidale", quale duraturo lascito dell'epoca del Coronavirus (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus""", cit., p. 212; v. anche

• **Gabriele Carapezza Figlia**

Ordinario di diritto privato, Lumsa-Palermo. Correo electrónico: g.carapezzafiglia@lumsa.it

ROPO ,V. e NATOLI, R.: “Contratto e COVID-19”, in *giustiziainsieme.it*, 5 maggio 2020).

In altri termini, sembra quasi che la pandemia possa assolvere un ruolo analogo a quello della prima guerra mondiale, che suscitò “la più grande crisi del diritto privato” (VASSALLI, F: *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, (1919) in VASSALLI, F: *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, p. 387), accordandogli “uno spirito sociale, in contrapposto a quello individualistico” (CARRARA, G.: “La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato”, estr. da *Riv. int. sc. soc. disc. ausil.*, 1919, p. 21), scuotendo “concetti ritenuti finora come verità assiomatiche, scoprendo delle lacune nell’ordinamento positivo” (FERRARA, F.: *Diritto di guerra e diritto di pace*, (1918), ora in FERRARA, F.: *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, p. 70 s.).

Siamo davvero agli albori di un simile ripensamento concettuale e metodologico? Anche nell'universo del diritto privato rien ne sera plus jamais comme avant? (ma v. HOUELLEBECQ, M., in *franceinter.fr*, 4 maggio 2020, secondo il quale “Nous ne nous réveillerons pas, après le confinement, dans un nouveau monde; ce sera le même, en un peu pire”). Il *lock-down* e le altre misure di contenimento del contagio opereranno come il conflitto bellico che, talvolta “ha agito come occasione per accelerare e maturare lo sviluppo di riforme giuridiche”, talaltra “ha provocato il sorgere di principi nuovi” o, infine, mediante “l'applicazione giurisprudenziale in condizioni e circostanze particolari ha messo a dura prova concetti e teorie, minandone la resistenza”? (sono ancora le parole di FERRARA, F.: *Scritti giuridici*, cit., p. 70 s.).

In realtà, l'attuale situazione di crisi – pur richiedendo l'adozione di misure eccezionali che, nel perseguire la tutela della salute individuale e collettiva (art. 32 cost.), inevitabilmente sacrificano, sia pure in modo temporaneo, altri diritti fondamentali (artt. 16, 17, 19, 33, 34, 41, 42 cost.) – non sollecita alcuna radicale trasformazione dell'ermeneutica e della dogmatica giuridica, ma al contrario rivela che, in un ordinamento ispirato a una gerarchia di valori dotati di rilevanza normativa, soltanto un “diritto civile nella legalità costituzionale” (una sintesi in PERLINGIERI, P.: “La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale”, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.) dispone, “in ogni tempo”, di tecniche ermeneutiche in grado di tener conto delle specificità di tutte le fattispecie concrete, comprese quelle dell'emergenza.

In altri termini, nel vigente sistema ordinamentale non è l'esistenza di un preteso “stato di eccezione” a giustificare la diretta applicazione dei principi costituzionali nei rapporti interindividuali. Al contrario, l'emergenza epidemiologica dimostra che solamente l'impiego di un'interpretazione sistematica e assiologica – che, tanto nei tempi ordinari quanto in quelli drammatici della pandemia, adoperi i canoni di proporzionalità, ragionevolezza e bilanciamento degli interessi – è in grado

di individuare la normativa più adeguata al singolo caso concreto (PERLINGIERI, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 307 ss.), del quale occorre riconoscere costantemente "il valore determinante e il suo primato" (LIPARI, N.: "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto", in LIPARI, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 42). In questa prospettiva, tesa a ribadire l'unitarietà della metodologia ermeneutica che considera il fatto "sempre come carico di valore" (VIOLA, F.: "La legalità del caso", in AA.VV.: *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale, I, Principi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 317), è necessario analizzare i problemi suscitati dall'impatto delle misure di contenimento del COVID-19 sui rapporti di locazione di immobili urbani adibiti ad uso non abitativo.

Le locazioni commerciali, infatti, subiscono pesantemente gli effetti dei provvedimenti emergenziali che, disponendo la chiusura forzata delle attività produttive e la limitazione della libertà di circolazione delle persone, si atteggiano quale *factum principis* che può ostacolare l'attuazione del regolamento pattizio di interessi, sì da richiedere all'interprete di verificare, alla luce di una complessa disciplina, la distribuzione tra le parti del rischio dell'impossibilità delle prestazioni.

Non si tratterà, però, di mettere "fatto" e "valore" "l'uno di fronte all'altro in assoluta nudità", trasformando la tutela giurisdizionale in una "decisione del conflitto" (così IRTI, N.: *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 43 s., il quale aggiunge significativamente: "gli "stati di eccezione" e le "emergenze" sono eventi imprevedibili e irriconoscibili, ed escludono di per sé il vincolo logico della fattispecie"), come quando si suggerisce di risolvere quello tra locatore e conduttore sempre a vantaggio del secondo, allo scopo di far prevalere il lavoro sulla rendita (NATOLI, R.: "Contratto e COVID-19", cit., p. 7).

Tale soluzione – oltre a trascurare che nelle locazioni immobiliari "non è individuabile *a priori* un contraente debole" (PERLINGIERI, P.: "La tutela del contraente debole nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno", in PERLINGIERI, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 328) – non tiene in considerazione che la locazione rappresenta uno dei modi di godimento della proprietà (art. 42 cost.), sì che anche *ex parte locatoris* ricorre una situazione costituzionalmente protetta, da ammettere a bilanciamento. Ma soprattutto si tratta di un approccio che ambisce a risolvere problemi di giustizia distributiva, con interventi che obliterano la logica retributiva della singola relazione contrattuale, conducendo a quella tirannia dei valori esecrata dalla Corte costituzionale, la quale ammonisce che soltanto un'interpretazione sistematica dei principi costituzionali e degli enunciati normativi ordinari evita tanto la "prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti", quanto "il sacrificio totale di alcuno di loro" (Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58. V, altresì, PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e

bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, p. 716 ss.).

2. Nel panorama europeo, le rigide limitazioni imposte dalla lotta contro la pandemia hanno indotto i legislatori di alcuni Paesi ad adottare disposizioni emergenziali, che incidono direttamente sulla disciplina dei rapporti di locazione.

In particolare, in Germania la legge "per la mitigazione delle conseguenze della pandemia COVID-19 nel diritto civile, fallimentare e della procedura penale" del 27 marzo 2020 esclude, con norma inderogabile in senso sfavorevole ai conduttori, la risoluzione dei contratti di locazione, nell'ipotesi di mancato pagamento dei canoni dovuti dall'1 aprile al 30 giugno 2020, purché sia provato in modo attendibile il nesso di causalità tra l'inadempimento e gli effetti della pandemia (art. 5). In Francia, poi, l'*ordonnance* n° 2020-316 del 25 marzo 2020 dispone che, quanto alle locazioni di "locali professionali e commerciali", i conduttori, purché persone fisiche o giuridiche che esercitino un'attività economica, non si considerano responsabili per la mancata corresponsione dei canoni nel periodo compreso tra "il 12 marzo 2020 e la scadenza di due mesi dopo la data di cessazione dello stato di emergenza sanitaria".

Nell'ordinamento italiano, invece, le uniche disposizioni in materia locativa dettate dalla legislazione emergenziale non hanno natura civilistica. Si tratta, invero, della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche a uso non abitativo, fino al 30 giugno 2020 (art. 103, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18) e della previsione di un credito d'imposta per botteghe e negozi nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione (art. 65, d.l. 17 marzo 2020, n. 18).

Le agevolazioni tributarie – oltre a riguardare soltanto gli immobili rientranti nella categoria catastale C/I, con esclusione dei laboratori, dei magazzini e dei depositi – presuppongono, da parte del conduttore, l'esatta esecuzione dell'obbligazione di dare il corrispettivo, con il futuro recupero di una parte della somma prestata. La disposizione fiscale, però, non è in grado di illuminare la diversa questione se la pandemia e le relative misure di contenimento possano incidere sull'equilibrio del contratto in corso di esecuzione, atteggiandosi quale sopravvenienza che renda impossibile, anche soltanto temporaneamente, o eccessivamente onerosa l'attuazione del regolamento programmato in un altro scenario.

In effetti, l'art. 91, d.l. n. 6 del 2020 si è preoccupato di regolare i c.d. "inadempimenti emergenziali", prevedendo che "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore,

anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

La norma si riferisce alle ipotesi nelle quali l'inadempimento è reso necessario dall'osservanza di una misura di contenimento. In questi casi, per rispettare i divieti emergenziali, il contraente è costretto a non eseguire la prestazione, con la conseguenza di essere esonerato da responsabilità (lo rileva BENEDETTI, A.M.: “Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”, in *I Contratti*, 2020, p. 213 ss.). Nei contratti a prestazioni corrisponditive, tale “immunità” del debitore giustifica da parte del creditore – nonostante l'astratta eseguibilità della propria prestazione – la proposizione di un'eccezione di inadempimento, sì che il rapporto subisce una “sospensione bilaterale” di fonte legale, per tutta la durata dello stato di emergenza (così, persuasivamente, BENEDETTI, A.M.: “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto”, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020).

Può ammettersi che l'esecuzione delle locazioni commerciali sia sospesa, così da giustificare l'inadempimento del debitore e liberare il creditore dall'obbligo di eseguire la controprestazione?

Nell'analizzare il profilo causale della locazione commerciale, quale contratto di durata di natura commutativa, risulta arduo prospettare l'applicabilità dell'art. 91, d.l. n. 6 del 2020, che esige un rapporto causale tra inadempimento e rispetto della prescrizione contenitiva del contagio (così, invece, CUFFARO, V.: “Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia”, in *Giust. civ.*, 2020, spec. n. 1, p. 234; ZACCHEO, M. “Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19”, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 6 s.). L'osservanza dei provvedimenti adottati per fronteggiare la pandemia, infatti, non impedisce l'esecuzione né delle prestazioni del locatore volte a permettere la fruizione della cosa (art. 1575 c.c.), né di quella del conduttore consistente nel pagamento del canone (art. 1587 c.c.). Da una parte, il locatore non viola alcun provvedimento autoritativo garantendo alla controparte il godimento dell'immobile, tanto più che la sospensione delle attività produttive non ha mai operato “se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile” (art. 1, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 22 marzo 2020, relativo alla c.d. “fase 1”; art. 2, comma 2, d.P.C.M. 26 aprile 2020, relativo alla c.d. “fase 2”), con la conseguenza che, sovente, è la scelta tecnico-produttiva dell'imprenditore a condizionare la continuazione dell'impiego dell'immobile per l'uso convenuto. Dall'altra parte, il conduttore può sempre scegliere una modalità di pagamento rispettosa delle misure emergenziali, dal momento che le obbligazioni pecuniarie possono essere adempiute anche avvalendosi di tecnologie informatiche.

In conclusione, a differenza dei contratti che richiedono la circolazione del debitore sul territorio nazionale o la sua interazione con il creditore, l'adempimento delle obbligazioni nella locazione non pone le parti dinanzi all'alternativa: *aut* violare le misure restrittive *aut* eseguire la prestazione.

3. Ad onta della tesi che il diritto contrattuale vigente non offra “sufficienti anticorpi” per gestire gli effetti della pandemia (MACARIO, F.: “Per un diritto dei contratti più solidale”, cit., p. 208), l’interprete può sempre giungere, in sede applicativa, a individuare un’adeguata soluzione dei conflitti tra interessi giuridicamente rilevanti.

Tra l’altro, invocare la necessità di una nuova disciplina della rinegoziazione – quale quella prevista nel recente disegno di legge (Senato della Repubblica, n. 1151) intitolato “Delega al Governo per la revisione del codice civile” (così, MACARIO, F.: “Per un diritto dei contratti più solidale”, cit., p. 210 ss.; CUFFARO, V.: “Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia”, cit., p. 236) – trascura che l’incidenza dell’emergenza COVID-19 e delle relative misure di contrasto non si atteggia, generalmente, a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta (nello stesso senso, SALANITRO, U.: “La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus”, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 7 s.). In particolare, con riferimento ai contratti di locazione, non si ravvisa alcuna variazione del rapporto di valore tra prestazione e controprestazione, per l’accrescimento dell’una o lo svilimento dell’altra (per l’inquadramento dell’istituto v. GABRIELLI, E.: *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, II (a cura di GABRIELLI, E.), Tratt. contr. diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1809 ss.).

I provvedimenti di contenimento della pandemia, piuttosto, introducono proibizioni o limitazioni allo svolgimento di attività produttive che possono incidere sull’attuazione delle locazioni commerciali, sotto forma di una riduzione temporanea (totale o parziale) dell’“uso convenuto” (art. 1575, n. 2, c.c.). L’eccezionale evento sopravvenuto non ostacola semplicemente l’idoneità del bene all’esercizio di una data attività industriale o commerciale, ma impedisce o riduce temporaneamente, in termini oggettivi, l’attitudine dell’immobile a realizzare l’interesse del conduttore a ricavare le utilità che esso può fornire (sul venir meno dell’interesse creditorio v. BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 543 ss.).

Non si tratta, dunque, di eccessiva onerosità, che deve derivare da un avvenimento che sconvolge l’equilibrio economico dell’affare, provocando, in mancanza del suo ripristino, lo scioglimento del contratto. Diversamente, ricorre un’ipotesi di temporanea impossibilità totale o parziale di utilizzazione della prestazione da parte del conduttore (per le differenze tra eccessiva onerosità e

impossibilità sopravvenuta si rinvia a CABELLA PISU, L.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2002, p. 20 ss.).

Quantunque la prestazione-attività del locatore sia eseguibile, poiché la legislazione emergenziale non pone impedimenti che gli precludano di attuare quanto dovuto, il conduttore non può conseguire la prestazione-risultato per una causa di forza maggiore, che produce una frustrazione dell'interesse creditorio (in tema v. FERRANTE, E.: "Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio", in *Contr. impr.*, 2009, p. 157 ss.).

4. Il virus e le relative misure di contenimento costituiscono, pertanto, la fonte di un'impossibilità temporanea totale o parziale di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, correntemente ricondotta alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. ss. (in dottrina, v. DELFINI, F.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Cod. civ. Comm. SCHLESINGER e BUSNELLI*, Milano, 1990, p. 45 s. Nella più recente giurisprudenza, Cass., 10 luglio 2018, n. 18047 allarga l'ambito applicativo della risoluzione per impossibilità sopravvenuta "a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto"). Se il godimento dell'immobile viene completamente a mancare per effetto delle misure emergenziali (come accade, ad esempio, per le attività produttive che non possono essere organizzate in modalità a distanza, quali, tra le altre, i servizi dei parrucchieri e i trattamenti estetici), si tratterà di un'impossibilità temporanea totale della prestazione, assoggettata alla disciplina dell'art. 1256, comma 2, c.c. Pertanto, "finché essa perdura", il locatore è esonerato da responsabilità e, in virtù del nesso di corrispettività, non è dovuta la controprestazione del conduttore (PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 496 ss., al quale si deve la definitiva dimostrazione della compatibilità tra obbligazioni di durata e impossibilità temporanea).

Nei contratti sinallagmatici, invero, l'impossibilità temporanea di una prestazione sospende l'efficacia del contratto (v., per tutti, CABELLA PISU, L.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 140 e dottrina ivi richiamata), sì che il conduttore potrà opporre un'eccezione di inadempimento alla pretesa di pagamento del canone avanzata dal locatore (ROPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. IUDICA e ZATTI*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 937, il quale evidenza che il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. prescinde dall'imputabilità dell'inadempimento), con la ripresa degli effetti contrattuali programmati al cessare dei provvedimenti emergenziali.

La prospettata soluzione della sospensione del contratto, con la legittimazione del conduttore a interrompere il pagamento del canone, appare conforme a un

consolidato orientamento giurisprudenziale che, in applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, ogni qualvolta manchi completamente la prestazione del locatore (anche per causa non imputabile: Cass., 10 luglio 2018, n. 18047), permette all'altra parte, privata del godimento dell'immobile, di rifiutare l'esecuzione della controprestazione (Cass., 22 settembre 2017, n. 22039; Cass., 1 giugno 2006, n. 13133; Cass., 13 luglio 2005, n. 14739; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855).

Quantunque, al mitigarsi della pandemia, le misure di contenimento siano destinate a essere rimosse, l'impossibilità da temporanea diviene definitiva, secondo il capoverso dell'art. 1256 c.c., quando, in relazione agli interessi dedotti nel concreto rapporto, la prestazione residua si prospetti inutile per il conduttore (v. PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 505). Invero, la differenza tra impossibilità temporanea e definitiva è frutto di una "valutazione teleologico-funzionale" (PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 505), sì da potersi considerare estinta l'obbligazione e risolto il contratto di locazione, se la disfunzione prodotta dall'evento emergenziale è tale da influire sull'intero rapporto, facendo venir meno l'interesse del conduttore a conseguire le prestazioni ancora possibili.

5. La temporanea sospensione delle attività produttive, in altri casi, non impedisce totalmente il godimento dell'immobile locato, ma ne realizza una riduzione o limitazione, come accade quando le stesse attività possono proseguire "organizzate in modalità a distanza" (art. 1, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 22 marzo 2020; art. 2, comma 2, d.P.C.M. 26 aprile 2020). La prestazione del locatore dovrà considerarsi, dunque, parzialmente impossibile, con la conseguente applicabilità degli artt. 1258 e 1464 c.c. (ammessa anche nei contratti di durata: PAGLIANTINI, S.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA E. e A. ORESTANO, Torino, 2011, p. 564 ss.).

La necessità di salvaguardare la proporzionalità dello scambio, compromessa dalla riduzione del godimento dell'immobile, per effetto dell'evento sopravvenuto, si realizza adeguatamente mediante il meccanismo di riequilibrio previsto dall'art. 1464 c.c.

L'automatico effetto estintivo dell'impossibilità sopravvenuta sulla prestazione del locatore parzialmente ridotta si propaga sulla controprestazione del conduttore, che subisce un'altrettanto automatica riduzione (SACCO, R., DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. SACCO*, Torino, 1993, p. 654; CABELLA PISU, L.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 155 s.). Egli, dunque, sarà tenuto semplicemente a rilasciare alla controparte una dichiarazione stragiudiziale, con la quale faccia valere la riduzione, sì che il ricorso all'autorità giudiziaria risulta soltanto eventuale e successivo, in

quanto subordinato alla contestazione dell'*an* o del *quantum* della diminuzione da parte del locatore (cfr., con riferimento all'inadempimento del locatore che riduce la possibilità di godimento dell'immobile, senza escluderla, Cass. 29 marzo 2019, n. 8760; Cass., 26 luglio 2019, n. 20322, le quali, mutando un consolidato indirizzo negativo, fondano sul principio di proporzionalità e sulla clausola di buona fede, l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del conduttore allo scopo di ridurre la misura del canone dovuto).

La soluzione della riduzione in autotutela della prestazione – lungi dal favorire “comportamenti opportunistici del conduttore” (così, invece, SALANITRO, U.: “La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus”, cit., p. 9, secondo il quale è indispensabile l'intervento giudiziale, in virtù dell'applicazione analogica degli artt. 1578 e 1584 c.c., in materia di vizi e riparazioni della cosa locata, che tuttavia non trova giustificazione per l'assenza di lacune) – rappresenta un rimedio correttivo che ripristina l'equilibrio del contratto, assicurando l'effettività della tutela (sulla quale VETTORI, G.: “Persona e mercato ai tempi della pandemia”, in *Pers. merc.*, 2020, I, p. 8), per di più in un periodo di generale sospensione della giustizia civile (art. 83, d.l. n. 18 del 2020, analizzato da MAFFEIS, D.: “Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020, p. 3).

Accanto alla riferita forma di protezione di carattere manutentivo, qualora il conduttore non abbia più un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, secondo l'art. 1464 c.c., potrà esercitare, ancora in autotutela, il diritto di recesso dal contratto di locazione, conseguendo la rimozione del vincolo e la liberazione dall'obbligazione di pagamento del canone.

Il problema è, però, rappresentato dal criterio di controllo sulla giustificazione della decisione di recedere dal contratto. Comunemente si subordina la legittimità del recesso alla sua conformità a buona fede (v., per tutti, MACARIO, F.: *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Principi e regole generali*, in *Tratt. contratto ROPPO*, V, Rimedi, 2, Milano, 2006, p. 571 ss.). Non di meno, oltre a richiedersi una necessaria (ma generica) valutazione di conformità al programma contrattuale della pretesa a preferire il rimedio di scioglimento a quello conservativo della riduzione (v. CABELLA Pisu, L.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 160 s.), è indispensabile approfondire quando in concreto sia legittima la scelta ablativa del conduttore, che subisca una riduzione del godimento dell'immobile per effetto delle misure emergenziali.

In questa prospettiva, si presentano piuttosto ridotti i margini dei quali dispone il conduttore per risolvere, in via stragiudiziale, la locazione commerciale. Il richiamo compiuto dall'art. 1464 c.c. all'“interesse apprezzabile” va inteso, infatti, nel senso di ammettere al recesso il creditore della prestazione parzialmente impossibile, soltanto quando la porzione che residua produca un'utilità contrattuale diversa da

quella dedotta nella concreta operazione economica (in questo senso, PAGLIANTINI, S.: *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 590 ss.). Pertanto, l'opzione del recesso, in luogo della riduzione del canone, è da considerarsi giustificata, ogni qualvolta, nello scenario mutato dalla pandemia, la fruizione ridotta del bene locato è inidonea a soddisfare l'interesse del conduttore desumibile dal regolamento contrattuale.

6. In conclusione, le locazioni commerciali costituiscono un osservatorio privilegiato per dimostrare che il vigente diritto contrattuale, interpretato secondo ragionevolezza, non “è impotente” (in tal senso, invece, GENTILI, A.: “Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus”, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 10), ma appare in grado di offrire soluzioni adeguate ai problemi suscitati dall'emergenza sanitaria.

Lungi dall'invocarsi un “intervento del legislatore” che detti “un autentico diritto dei contratti dell'emergenza” (così, SCOGNAMIGLIO, C.: “L'emergenza COVID-19 : quale ruolo per il civilista?”, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 9), occorre richiamarsi, anche nei tempi della pandemia, all’ “operosità intermediativa” degli interpreti che, non attendendo il comando legislativo piombante dall'alto, assicurano perennemente la coerenza dell'ordinamento al divenire storico (GROSSI, P.: *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 124).

HABITAÇÃO E “MORA DEBITORIS” EM PORTUGAL

HABITATION AND “MORA DEBITORIS” IN PORTUGAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 434-443



Sandra

PASSINHAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Este texto descreve as medidas adoptadas pelo Estado português para fazer face às prevíveis situações de incumprimento, quer nos contratos de arrendamento, quer nos contratos de mútuo hipotecário para habitação. Como resultará da exposição, concluiremos que essas medidas consistem, sobretudo, em moratórias para pagamento e na suspensão, temporária, de todas as outras consequências associadas ao incumprimento.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; habitação; crédito à habitação; contrato de arrendamento; mora.

ABSTRACT: *This text describes the legal measures adopted in Portugal to face the foreseeable default payments by tenants and by holders of mortgage credit agreements related to residential immovable property. As it is explained, legal measures focused, mainly, on setting new delays for payment and to, temporarily, annul further consequences for non-compliance.*

KEY WORDS: *Covid-19; habitation; mortgage credit; tenancy contracts; default payment.*

I. A análise das medidas legislativas tomadas pelo Estado português a propósito da COVID-19 pode ser enquadrada em vários momentos temporais: no dia 13 de Março foi declarada a situação de alerta em todo o território nacional e foi aprovado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que estabeleceu as primeiras medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus; no dia 18 de Março, pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, foi declarado o estado de emergência em Portugal, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, e que viria a ser regulamentado, no seu essencial, pela Lei 1-A/2020, de 19 de Março, e pelo Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março; no dia 2 de Abril, pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, foi renovada a declaração de estado de emergência, regulamentado agora pelo Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril; a segunda renovação do estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, teve lugar a 17 de Abril, através do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020. No momento em que escrevemos este texto, foi aprovada uma estratégia de levantamento de medidas de confinamento no âmbito do combate à pandemia da doença COVID-19, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, de 30 de Abril, e regulamentada pelo Decreto-Lei 20/2020, de 1 de Maio, de acordo com o roteiro europeu para o levantamento das medidas de contenção do coronavírus que a Comissão Europeia apresentou no dia 15 de Abril de 2020. O levantamento de medidas de confinamento no âmbito do combate à pandemia da doença COVID-19, parte de uma estratégia faseada, em períodos de 15 dias, que permitirá a avaliação dos impactos das medidas na evolução da pandemia. Neste momento, e após a cessação do estado de emergência no dia 3 de Maio, foi declarada pelo Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, a situação de calamidade em todo o território nacional até às 23:59 h do dia 17 de maio de 2020, sem prejuízo de prorrogação ou modificação na medida em que a evolução da situação epidemiológica o justificar.

2. No que diz respeito especificamente ao arrendamento para habitação, logo em 19 de Março, a já referida Lei n.º 1-A/2020 estabeleceu, no seu artigo 8.º, um regime extraordinário e transitório de proteção dos arrendatários, determinando que até à cessação das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade nacional de saúde pública, ficava suspensa a produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional

• **Sandra Passinhas**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Correio elecrónico: sandrap@fd.uc.pt

(e não habitacional) efetuadas pelo senhorio. A denúncia do arrendamento é, no direito português, uma forma de extinção típica dos contratos de arrendamento de duração indeterminada e, pelo inquilino, pode ser exercida a qualquer momento, com cumprimento do pré-aviso previsto na lei. Quanto ao senhorio, impõe-se, contudo, nos termos do artigo 1101.^º do Código Civil, distinguir a denúncia motivada da denúncia imotivada ou injustificada. A primeira pode ter por fundamento a necessidade da casa para habitação, do senhorio ou de seu descendente de 1.^º grau, ou a realização de obras de demolição, de remodelação ou restauro profundos. Já a denúncia imotivada requer um pré-aviso do senhorio emitido com uma longa antecipação, actualmente de cinco anos. A obrigação de desocupação do imóvel pode, pois, ser temporalmente muito distante do momento em que a parte negocial demonstrou vontade de extinguir o contrato, pelo que se tornou necessária a intervenção do legislador no sentido de não haver alguém desalojado em situação de plena pandemia. Note-se, todavia, que, havendo denúncia imotivada pelo senhorio, o arrendatário pode a qualquer momento, denunciar o contrato, independentemente de qualquer justificação, mediante comunicação ao senhorio com antecedência não inferior a 30 dias do termo pretendido do contrato.

3. Poucos dias depois, a Lei n.^º 4-A/2020, de 6 de Abril, veio alterar o artigo 8.^º acima referido, alargando o seu âmbito, determinando que durante a vigência das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade de saúde pública e até 60 dias após a cessação de tais medidas, ficam suspensos os efeitos acima referidos e ainda: a caducidade dos contratos de arrendamento habitacionais e não habitacionais, salvo se o arrendatário não se opuser à cessação; e a produção de efeitos da revogação, da oposição à renovação de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio. Do mesmo modo, o prazo de seis meses para a desocupação do imóvel previsto no artigo 1053.^º do Código Civil, para os casos de morte do arrendatário, fica igualmente suspenso se o término desse prazo ocorrer durante esse período de tempo.

4. Posteriormente, a Lei n.^º 4-C/2020, de 6 de Abril, estabeleceu um regime excepcional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19. O pagamento da renda, na falta de convenção em contrário das partes, deve ser efectuado no primeiro dia útil do mês a que respeita; caso o inquilino não pague a renda, as consequências são a obrigação de indemnizar o

senhorio pela mora ou, eventualmente, a resolução do contrato. Existem, todavia, várias especificidades a referir. Em primeiro lugar, cessa o direito à indemnização ou à resolução do contrato, se o locatário fizer cessar a mora no prazo de oito dias a contar do seu começo (artigo 1041.º, 2, do Código Civil). Constituindo-se o arrendatário em mora, o senhorio tem o direito de exigir, além das rendas em atraso, uma indemnização igual a 20% do que for devido, salvo se o contrato for resolvido com base na falta de pagamento. Enquanto não forem cumpridas as obrigações de pagamento da renda e da indemnização, o locador tem o direito de recusar o recebimento das rendas seguintes, os quais são considerados em dívida para todos os efeitos, conforme determinado no artigo 1041.º, n.º 3, do Código Civil português. Segundo o artigo 1083.º do Código Civil português, é fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento. Em particular, no que diz respeito à resolução pelo senhorio, é inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento em caso de mora igual ou superior a três meses no pagamento da renda, encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário.

A Lei n.º 4-C/2020 definiu um regime temporário, aplicável às rendas que se venceram a partir de 1 de Abril de 2020, aplicável, em primeiro lugar, quando se verificasse cumulativamente: a) uma quebra superior a 20 % dos rendimentos do agregado familiar do arrendatário face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior; e b) a taxa de esforço do agregado familiar do arrendatário, calculada como percentagem dos rendimentos de todos os membros daquele agregado destinada ao pagamento da renda, seja ou se torne superior a 35%. Nos casos de mora do arrendatário, estabeleceu este diploma que o senhorio só tem direito à resolução do contrato de arrendamento, por falta de pagamento das rendas vencidas nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, se o arrendatário não efetuar o seu pagamento, no prazo de 12 meses contados do termo desse período, em prestações mensais não inferiores a um duodécimo do montante total, pagas juntamente com a renda de cada mês. O inquilino tem ainda acesso a um apoio financeiro: o artigo 5.º definiu que os arrendatários habitacionais, bem como, no caso dos estudantes que não auferiram rendimentos do trabalho, os respectivos fiadores, que tenham, comprovadamente a quebra referida no artigo 3.º, e se vejam incapacitados de pagar a renda das habitações que constituem a sua residência permanente ou, no caso de estudantes, que constituem residência por frequência de estabelecimentos de ensino localizado a uma distância superior a 50 km da residência permanente do agregado familiar, podem solicitar ao Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P. (IHRU, I. P.), a concessão de um empréstimo sem juros para suportar a diferença entre o valor da renda mensal devida e o valor resultante da aplicação ao rendimento do agregado familiar de uma taxa de esforço máxima de 35 %, de forma a permitir o pagamento da renda

devida, não podendo o rendimento disponível restante do agregado ser inferior ao indexante dos apoios sociais (IAS), que é de 438,81 Euros. Este regime só não é aplicável aos arrendatários habitacionais, cuja quebra de rendimentos determine a redução do valor das rendas por eles devidas, nos termos estabelecidos em regimes especiais de arrendamento ou de renda, como o arrendamento apoiado, a renda apoiada e a renda social.

Numa determinação inovadora, este diploma estabeleceu ainda que também teriam acesso a apoio financeiro os senhorios que apresentassem, cumulativamente, uma quebra superior a 20 % dos rendimentos do seu agregado familiar face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior; e essa percentagem da quebra de rendimentos fosse provocada pelo não pagamento de rendas pelos arrendatários. Caso os arrendatários não recorram a empréstimo do IHRU, I. P., podem solicitar os senhorios solicitar ao IHRU, I. P., a concessão de um empréstimo sem juros para compensar o valor da renda mensal, devida e não paga, sempre que o rendimento disponível restante do agregado desça, por tal razão, abaixo do IAS. Este esquema regulatório, todavia, foi recebido com muita controvérsia e é, a nosso ver, de difícil sustentação a nível jurídico-constitucional, colocando-nos sérias reservas por violação do princípio da proporcionalidade ou adequação.

Quanto às entidades públicas com imóveis arrendados ou cedidos sob outra forma contratual, estas podem reduzir as rendas aos arrendatários que tenham, comprovadamente, uma quebra de rendimentos superior a 20 % face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior, quando da mesma resulte uma taxa de esforço superior a 35 % relativamente à renda. Contudo, este regime não se aplica àqueles que sejam beneficiários de regimes especiais de arrendamento habitacional ou de renda, como o arrendamento apoiado, a renda apoiada e a renda social. As entidades públicas com imóveis arrendados ou cedidos sob outra forma contratual podem, igualmente, isentar do pagamento de renda os seus arrendatários que comprovem ter deixado de auferir quaisquer rendimentos após 1 de março de 2020, ou estabelecer moratórias aos seus arrendatários.

Os arrendatários que se vejam impossibilitados do pagamento da renda têm o dever de informar o senhorio, por escrito, até cinco dias antes do vencimento da primeira renda. Acresce que a cessação do contrato por iniciativa do arrendatário torna exigível, a partir da data da cessação, o pagamento imediato das rendas vencidas e não pagas.

Por último, o artigo 12.º determinou que a indemnização de 20% prevista no n.º 1 do artigo 1041.º do Código Civil, por atraso no pagamento de rendas que se vençam nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês

subsequente, não é exigível nas situações acima descritas. Igualmente, o disposto no n.º 3 do artigo 1041.º do Código Civil não é aplicável durante este período. Ficam, pois, inoperantes as consequências do não cumprimento pontual das rendas pelo inquilino, nomeadamente o pagamento de indemnização e a resolução do contrato.

Vejamos agora as medidas tomadas para proteger o mutuário de crédito à habitação.

5. Logo no início do estado pandémico, a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, suspendeu a execução de hipoteca sobre imóvel que constituísse habitação própria e permanente do executado. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de Março, estabeleceu medidas excecionais de proteção dos créditos das famílias, de que beneficiam as pessoas singulares, relativamente a crédito para habitação própria permanente que, à data de publicação do decreto-lei, prenchessem as seguintes condições: tivessem residência em Portugal e estivessem em situação de isolamento profilático ou de doença ou prestassem assistência a filhos ou netos, conforme estabelecido no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, ou que tivessem sido colocados em redução do período normal de trabalho ou em suspensão do contrato de trabalho, em virtude de crise empresarial, em situação de desemprego registado no Instituto do Emprego e Formação Profissional, I. P., bem como os trabalhadores elegíveis para o apoio extraordinário à redução da atividade económica de trabalhador independente, e os trabalhadores de entidades cujo estabelecimento ou atividade tenha sido objeto de encerramento determinado durante o período de estado de emergência, nos termos do artigo 7.º do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março. Os beneficiários não podiam estar, a 18 de março de 2020, em mora ou incumprimento de prestações pecuniárias há mais de 90 dias junto das instituições, não se podiam encontrar em situação de insolvência, ou de suspensão ou cessão de pagamentos, ou já em execução por qualquer uma das instituições. Deveriam ainda os beneficiários ter a situação regularizada junto da Autoridade Tributária e Aduaneira e da Segurança Social. A Lei n.º 8/2020, de 10 de Abril, veio interpretar autenticamente este preceito, clarificando que estão abrangidos por esta protecção os regimes de crédito bonificado para habitação própria permanente.

6. O objecto da protecção estabelecida consistiu na constituição de uma moratória, em especial, a prorrogação, por um período igual ao prazo de vigência da medida adoptada, de todos os créditos com pagamento de capital no final do contrato, juntamente, nos mesmos termos, com todos os seus elementos

associados, incluindo juros, garantias, designadamente prestadas através de seguro ou em títulos de crédito; ou a suspensão, relativamente a créditos com reembolso parcelar de capital ou com vencimento parcelar de outras prestações pecuniárias, durante o período em que vigorar a medida, do pagamento do capital, das rendas e dos juros com vencimento previsto até ao término desse período, sendo o plano contratual de pagamento estendido automaticamente por um período idêntico ao da suspensão, de forma a garantir que não haja outros encargos para além dos que possam decorrer da variabilidade da taxa de juro de referência subjacente ao contrato, sendo igualmente prolongados todos os elementos associados aos contratos abrangidos pela medida, incluindo garantias. Os beneficiários destas medidas podem, em qualquer momento, solicitar que apenas os reembolsos de capital, ou parte deste, sejam suspensos. A extensão do prazo de pagamento referido não dá origem a qualquer incumprimento contratual, à activação de cláusulas de vencimento antecipado, à suspensão do vencimento de juros devidos durante o período da prorrogação, que serão capitalizados no valor do empréstimo com referência ao momento em que são devidos à taxa do contrato em vigor; nem à ineficácia ou cessação das garantias concedidas pelas entidades beneficiárias das medidas ou por terceiros, designadamente a eficácia e vigência dos seguros, das fianças e/ou dos avales. A prorrogação das garantias não carece de qualquer outra formalidade, parecer, autorização ou ato prévio de qualquer outra entidade, são plenamente eficazes e oponíveis a terceiros, devendo o respetivo registo, quando necessário, ser promovido pelas instituições.

7. Nos termos do artigo 5.º, os mutuários deveriam remeter, por meio físico ou por meio eletrónico, à instituição mutuante uma declaração de adesão à aplicação da moratória, e as instituições tinham um prazo máximo de cinco dias úteis após a receção da declaração e dos documentos exigidos para aplicar as medidas de protecção. Posteriormente, foi ainda acrescentado pela Lei 8/2020, com entrada em vigor a 11 de Abril, um dever de prestação de informação para as instituições que abrange o dever de divulgar e publicitar as medidas previstas nas suas páginas de Internet e através dos contactos habituais com os seus clientes, assim como de dar conhecimento integral destas medidas previamente à formalização de qualquer contrato de crédito sempre que o cliente seja uma entidade beneficiária. Esta lei veio ainda consagrar que os mutuários que acederem às medidas de apoio previstas não preenchendo os pressupostos para o efeito, bem como as pessoas que subscreverem a documentação requerida para esses efeitos, são responsáveis pelos danos que venham a ocorrer pelas falsas declarações, bem como pelos custos incorridos com a aplicação das referidas medidas excepcionais, sem prejuízo de outro tipo de responsabilidade gerada pela conduta, nomeadamente criminal.

8. Cabe, por último, deixar uma nota sobre o futuro do mercado da habitação. A quebra do mercado turístico em Portugal levou à reafectação de imóveis destinados a alojamento local para arrendamentos de longa duração. A este aumento da oferta correspondeu um abaixamento do preço das rendas, o que pode indicar uma renovação do mercado arrendatício em Portugal, como efeito colateral e temporário do estado pandémico causado pela COVID-19.



MEDIDAS PARA PALIAR LOS EFECTOS ADVERSOS DEL COVID-19 EN LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA HABITUAL*

MEASURES TO REDUCE THE ADVERSE EFFECTS OF COVID-19 ON RENTALS OF USUAL HOUSING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 444-457

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado "Responsabilidad civil profesional y protección de los consumidores", con referencia DER 2017-85129-P, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE) y del que es Investigador Principal el prof. Dr. Jesús Estruch Estruch.



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo aborda las medidas adoptadas por el Gobierno español para tratar de proteger a los arrendatarios que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad económica a causa de la crisis sanitaria del COVID-19, estudiándose, en especial, la moratoria del pago de la renta.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; arrendamientos de vivienda habitual; situación de vulnerabilidad económica; desahucio; prórroga extraordinaria; condonación parcial; moratoria; microcréditos.

ABSTRACT: *This paper analyse the measures adopted by the Spanish Government to try to protect tenants who are in a situation of special economic vulnerability due to the health crisis of COVID-19, studying, in particular, the moratorium on the payment of the rent.*

KEY WORDS: COVID-19; rental of usual housing; situation of economic vulnerability; eviction; extraordinary extension; partial write-off; moratorium; microcredits.

I. De entre las devastadoras consecuencias económicas que ha traído consigo la crisis sanitaria del COVID-19 se encuentra, como no puede ser de otro modo, la relativa a la satisfacción de la renta por parte de quienes no disponen de una vivienda propia. Desde luego, la paralización económica del país durante el estado de alarma decretado ha afectado, antes que a nadie, a aquellos que viven de alquiler. La fórmula es muy simple: del sueldo que perciben los arrendatarios, deben destinar una parte (sustancial) al pago de la renta; si no perciben nada, no pueden pagar la renta. Y si no pagan la renta, están incumpliendo con la obligación principal del contrato, con las consecuencias que de ello se pueden seguir.

En cualquier caso, a nadie se le escapa que el COVID-19 ha sido sólo la punta del iceberg. Es decir, ha sido el motivo final por el que muchos arrendatarios no han podido cumplir con la obligación de pago de la renta, pero no el primero, ni el único. A propósito de esto, merece la pena ampliar las miras y contextualizar la cuestión en sus verdaderos términos. Y es que, a causa de la crisis financiera del año 2008, la situación laboral en España de un tiempo a esta parte se ha caracterizado por la precarización de los empleos y de los salarios, lo que ha ocasionado una pérdida de poder adquisitivo de los ciudadanos españoles que se ha cronificado en el tiempo, hasta el punto de afirmar los expertos que la generación de los *millenials* (nacidos entre 1980 y 1996) será la primera generación que tenga un nivel de vida peor del que disfrutaron sus padres; si bien, como contrapeso, gozarán de un avance respecto a generaciones anteriores en términos sociales o de igualdad. Estas afirmaciones se pueden contrastar con un hecho cierto e indiscutido: en muchos casos, la pensión de los abuelos ha sido el sostén (junto a las ayudas sociales) de un gran número de familias españolas.

Lo anterior, llevado al terreno de la vivienda, genera una situación dramática. Evidentemente, no tener empleo, o tener un empleo precario, supone la imposibilidad de poder ahorrar. Ello implica, a su vez, que quien no tiene ahorros, pero al mismo tiempo se quiera independizar, haya de verse abocado necesariamente al mercado del alquiler. Mercado del alquiler que, como es bien sabido, ha experimentado un incremento de precio alarmante en las grandes ciudades españolas: manteniéndose constante la oferta de inmuebles en alquiler, cuanto mayor sea la demanda, mayor será su precio. Es decir, al haber una mayor demanda (consecuencia de la imposibilidad para acceder a una vivienda en propiedad derivada de la falta de ahorro de las familias y de las exigentes

• **Pedro Chaparro Matamoros**

Profesor Ayudante Dr. de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: pedro.chaparro@uv.es.

condiciones de financiación bancaria), el precio de la renta sube. Y si sube el precio del alquiler, los arrendatarios deberán destinar un mayor porcentaje de su sueldo al pago de la renta. Si partimos de un sueldo modesto, el resultado es previsible: si una gran parte del mismo se destina al pago de la renta, no habrá capacidad de ahorro, y si no hay ahorro, la persona “vive al día”, por lo que no tiene capacidad de reacción ante cualquier imprevisto.

La situación expuesta ha llevado al ejecutivo a dictar una serie de medidas recogidas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Se trata de un instrumento mediante el cual el Gobierno trata de poner remedio a la situación económico-laboral provocada por las medidas sanitarias de contención adoptadas, concediendo apoyo a las familias y colectivos más vulnerables a las consecuencias económicas de la epidemia.

2. Una de las primeras cuestiones del Real Decreto-ley que suscitó controversia fue la relativa a la de su ámbito de aplicación, del que quedaron excluidos los arrendamientos de local de negocio (arrendamientos para uso distinto del de vivienda); los cuales, sin embargo, y ante la presión social, fueron contemplados en el posterior Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Por tanto, el Real Decreto-ley limita su protección a los arrendamientos de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.'94, en adelante). A este respecto, el art. 5 establece los criterios para considerar a una persona en situación de vulnerabilidad económica, que se han de cumplir conjuntamente:

a) Una “pérdida sustancial de ingresos” en el mes anterior a la solicitud de la medida de que se trate, como consecuencia de pasar el arrendatario a estar en situación de desempleo, de Expediente Temporal de Regulación de Empleo (E.R.T.E.), haber reducido su jornada por motivo de cuidados (en caso de ser empresario) o de otras circunstancias similares (art. 5.I.a).

Esta pérdida sustancial de ingresos se materializa en que el conjunto de ingresos de los miembros de la unidad familiar no ha de superar:

i) Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante I.P.R.E.M.). El I.P.R.E.M. mensual vigente para el año 2020 está fijado en 537'84 euros, por lo que el límite que no se ha de rebasar asciende a 1.613'52 euros.

ii) Con carácter especial, el límite se incrementará con base a diferentes parámetros. Así:

- El límite se incrementará en 0'1 veces el I.P.R.E.M. por cada hijo a cargo en la unidad familiar.

- El límite se incrementará en 0'15 veces el I.P.R.E.M. por cada hijo a cargo en el caso de unidad familiar monoparental.

- El límite será de 4 veces el I.P.R.E.M., sin perjuicio del incremento que corresponda en caso de tener hijos a cargo, cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada una discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

- El límite será de 5 veces el I.P.R.E.M., cuando el arrendatario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65%, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Junto a la pérdida sustancial de ingresos, se ha de dar cumulativamente un segundo requisito: que la renta, más los gastos y suministros básicos (electricidad, gas, calefacción, agua corriente, servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios), resulte superior o igual al 35% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar (art. 5.I.b).

Por excepción, las medidas contempladas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (que explicaremos posteriormente), no se aplican cuando el arrendatario o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar que reside en la vivienda habitual arrendada sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España, por considerarse que en dicho caso no existe situación de vulnerabilidad (art. 5.3).

Por lo demás, el art. 6 contempla la documentación exigida acreditativa de las circunstancias de vulnerabilidad económica; mientras que el art. 7 se refiere a la responsabilidad en la que incurre el arrendatario que se haya tratado de beneficiar de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, sin reunir los requisitos exigidos en el art. 5. Desde luego, la posibilidad de fraude existe desde el momento en que el art. 6.2 permite solicitar la medida a que se desee acoger el arrendatario aun cuando no pudiese aportar los documentos exigidos en

el art. 6.1, los cuales podrá sustituir por “una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación”.

En caso de acogerse a alguna de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, sin tener derecho a ello, el art. 7.1 dispone que el arrendatario será “responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta de los mismos pudiera dar lugar”. También responderá cuando la situación de vulnerabilidad o el mantenimiento en ella sea consecuencia de una actuación voluntaria y deliberada, por la cual el arrendatario persiga la aplicación de las medidas reguladas en el presente Real Decreto-ley (art. 7.2).

3. Habiendo analizado ya quién puede beneficiarse del paquete de medidas que contiene el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, cabe abordar ahora cuáles son las medidas relativas al arrendamiento de vivienda habitual.

a) La primera medida contemplada es la suspensión del procedimiento de desahucio y de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. Así, el art. 1.1 señala que, “Una vez levantada la suspensión de todos términos y plazos procesales por la finalización del estado de alarma, en la tramitación del procedimiento de desahucio [...] derivado de contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que la persona arrendataria acredite ante el Juzgado encontrarse en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, esta circunstancia será comunicada por el Letrado de la Administración de Justicia a los servicios sociales competentes y se iniciará una suspensión extraordinaria del acto de lanzamiento”.

Asimismo, cuando la paralización del procedimiento de desahucio afectara al arrendador que también se hubiera visto inmerso en una situación de vulnerabilidad social o económica a consecuencia del COVID-19, “el Letrado de la Administración de Justicia deberá comunicarlo a los servicios sociales competentes para su consideración en el establecimiento del plazo de suspensión extraordinaria y en la definición de las medidas de protección social a adoptar” (art. 1.4). Ésta es, precisamente, una de las “medidas de equilibrio” a que se refiere la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, tendentes a evitar que

la resolución de la situación de los arrendatarios traslade la vulnerabilidad a los arrendadores que sean pequeños propietarios.

b) En segundo lugar, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé la prórroga extraordinaria, a instancias del arrendatario, y por un plazo máximo de seis meses (durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor), de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la L.A.U.'94, cuya prórroga forzosa o tácita expirase en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley, esto es, el 2 de abril de 2020, y los dos meses posteriores a la finalización del estado de alarma decretado en España (art. 2); *dies ad quem* que, a fecha de cierre del presente trabajo, todavía no es conocido, tras haberse aprobado en el Congreso de los Diputados la cuarta prórroga del estado de alarma, que estará vigente, como mínimo, hasta las 00.00 horas del día 24 de mayo de 2020 (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

En cualquier caso, esta posibilidad de prorrogar extraordinariamente el contrato por un plazo máximo de seis meses queda a expensas de la voluntad del arrendador ("deberá ser aceptada por el arrendador", dice el art. 2), con lo cual la eficacia protectora de la norma resulta gravemente comprometida. Es evidente que una norma que somete su aplicación a la voluntad de una de las partes no está diciendo nada a que no autorice la autonomía privada de los contratantes.

Sea como fuere, obsérvese que el precepto no exige, para su aplicación, que el arrendatario acreinte que se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad social o económica, por lo que la prórroga extraordinaria cumpliría no tanto una función de protección social o económica (como así lo demuestra el hecho de que durante la prórroga extraordinaria no se prevé ninguna medida relativa al aplazamiento del pago de la renta), sino de mera protección habitativa del arrendatario, habida cuenta las dificultades existentes para encontrar un nuevo inmueble en el que alojarse como consecuencia del cierre temporal de las agencias inmobiliarias y de las restricciones de movilidad impuestas por las medidas sanitarias de contención; siendo evidente, por lo demás, que una eventual mudanza podría ser un foco de contagio. Desde esta perspectiva, la adopción de la medida prevista en la norma constituiría, más bien, una medida de satisfacción de la necesidad habitativa por motivos sanitarios y de restricciones a la movilidad, y no tanto por motivos sociales o económicos.

c) Una tercera solución contemplada en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, es la moratoria de la deuda arrendaticia para las personas arrendatarias de

vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19 (art. 3); esto es, la posibilidad de que el arrendatario afectado económicamente por el COVID-19 pueda beneficiarse de un aplazamiento de la obligación de pago de la renta.

En este sentido, el art. 4 establece un régimen distinto en función de si el arrendador es un “gran tenedor” (entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²) o de una empresa o entidad pública de vivienda; o si, por el contrario, se trata de un pequeño propietario.

En el primer caso, esto es, tratándose de arrendadores que sean “grandes tenedores” o empresas o entidades públicas de vivienda, el arrendatario que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica podrá solicitar del arrendador, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (es decir, hasta el 2 de julio de 2020), “el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes” (art. 4.1).

Cuando ese acuerdo no se hubiese producido ya, el arrendador comunicará expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las dos siguientes alternativas:

i) Una reducción del 50% de la renta durante el tiempo que dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses (art. 4.2.a).

ii) Una moratoria automática en el pago de la renta que afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses.

La implementación de esta medida se lleva a cabo mediante un aplazamiento de la renta a partir de la siguiente mensualidad a abonar después del inicio de la vigencia del estado de alarma, cuyo importe (con el máximo de las cuatro mensualidades), se fraccionará durante al menos tres años, que se computarán a partir del momento en el que se supere la situación de vulnerabilidad económica o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de

penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses (art. 4.2.b).

La norma deja algunos extremos sin atar. De entre ellos, hay algunos que saltan a la vista sin un especial estudio de la misma. Por ejemplo, ¿cómo se puede compatibilizar el fraccionamiento del importe de las mensualidades debidas durante un periodo mínimo de tres años con una duración restante del contrato de arrendamiento inferior a tres años, teniendo en cuenta que el precepto exige que el fraccionamiento tenga lugar durante el periodo en que continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas? Parece evidente que, en caso de que la duración restante del contrato de arrendamiento sea inferior a 36 mensualidades, el pago de las rentas aplazadas deberá fraccionarse entre las mensualidades restantes, sean éstas las que fueren.

Yendo un poco más allá, cabría plantearse si la condonación parcial o la moratoria del pago de la renta se extienden también al eventual fiador o avalista del arrendatario que no se encontrara en una situación de vulnerabilidad. La respuesta negativa a tal interrogante se puede deducir de la aplicación analógica a tal supuesto de los arts. 8.2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y 21.2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, los cuales prevén, respectivamente, que la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual y la suspensión temporal de las obligaciones contractuales derivadas de todo préstamo o crédito sin garantía hipotecaria se extiende también a los fiadores y avalistas del deudor principal que se hallen en situación de vulnerabilidad económica; pero no, *a sensu contrario*, a los que no se encuentren en tal situación.

No obstante, téngase en cuenta que, en todos estos casos, entender que la moratoria en el pago (y la quita, en el caso de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual) no beneficia al fiador o avalista que no se encontrara en una situación de vulnerabilidad supondría tanto como admitir que ha existido un incumplimiento de la obligación (ya sea de pago de la deuda hipotecaria, de la deuda o de la renta, según el tipo de contrato de que se trate), cuando, en realidad, lo que se produce es una ampliación extraordinaria del plazo de vencimiento de la obligación.

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que “La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses” (art. 4.2.b). Esto implica, a nuestro juicio, que al importe resultante del fraccionamiento no le será de aplicación la actualización de la renta (art. 18 L.A.U.'94).

Volviendo al análisis de la tercera solución contemplada en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, y tratándose ahora de arrendadores que sean pequeños propietarios, el arrendatario que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica podrá solicitar de aquéllos, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (esto es, hasta el 2 de julio de 2020), “el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario” (art. 8.1). Recibida la solicitud, el arrendador comunicará al arrendatario, “en el plazo máximo de 7 días laborables, las condiciones de aplazamiento o de fraccionamiento aplazado de la deuda que acepta o, en su defecto, las posibles alternativas que plantea en relación con las mismas” (art. 8.2); pudiendo, en su caso, no aceptar ningún acuerdo sobre el aplazamiento (art. 8.3).

La eficacia de la norma se antoja, pues, nula: no siendo obligatoria para el arrendador la adopción de medidas de alivio que favorezcan al arrendatario, no parece que exista ninguna razón para presumir que, no habiéndose producido ningún acuerdo previo respecto al posible aplazamiento o condonación parcial o total de la renta, el mismo vaya a tener lugar cuando el arrendatario curse la solicitud de aplazamiento al amparo del art. 8.1 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

En fin, una última cuestión que queremos apuntar, común tanto a los arrendamientos en que el arrendador sea un “gran tenedor” o empresa o entidad pública de vivienda, como a los que sea un pequeño propietario, es la relativa a la ampliación del plazo para solicitar la moratoria, que inicialmente era de un mes, si bien fue ampliado a tres meses por el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Huelga poner de manifiesto la necesidad de la modificación, teniendo en cuenta que es muy posible que determinados arrendatarios no solicitaran en un primer momento la moratoria (por ejemplo, por pensar que la situación de emergencia sanitaria no se iba a prolongar en exceso y tener ahorros para hacer frente al pago de la renta, o por continuar manteniendo su empleo y sueldo), y después sí tuvieran necesidad de la misma, por haberse visto inmersos en una situación de vulnerabilidad económica sobrevenida, o por haberse agravado la que padecían. En este sentido, explica la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, que la ampliación de plazos se realiza “teniendo en cuenta la evolución de la pandemia y sus efectos en los ingresos de muchos hogares”.

d) La cuarta medida prevista en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, es la posibilidad de conceder microcréditos a los arrendatarios que se hallaren en

una situación de vulnerabilidad económica. Así, los arts. 4.4 y 8.3 remiten a esta posibilidad, regulada en el art. 9. A este respecto, el art. 9.1 establece que los arrendatarios que se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica podrán disponer de una línea de microcréditos con el aval del Estado, “con un plazo de devolución de hasta seis años, prorrogable excepcionalmente por otros cuatro y sin que, en ningún caso, devenga ningún tipo de gastos e intereses para el solicitante”.

Estas ayudas podrán cubrir un máximo de seis mensualidades y deberán tener la exclusiva finalidad de destinarse al pago de la renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual (art. 9.2); lo que es coherente con el art. 4.4, que decreta la finalización de la moratoria en el pago de la renta concedida por arrendadores que sean “grandes tenedores” o empresas o entidades públicas de vivienda, “en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición de la persona obligada a su pago”.

Por lo demás, el importe máximo concedido será de 900 euros mensuales (con una cuantía máxima total de 5.400 euros), de acuerdo con la estipulación segunda, apartado e) (“Conceptos financiables e importe máximo de financiación por préstamo”) de la Resolución de 1 de mayo de 2020, de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, por la que se publica el Convenio con el Instituto de Crédito Oficial, E.P.E., para la gestión de los avales y de la subvención de gastos e intereses por parte del Estado a arrendatarios en la “Línea de avales de arrendamiento COVID-19”. El Anexo II de esta Resolución contiene un “Formulario de concesión del préstamo”, a cumplimentar por la entidad de crédito concedente, en el cual se debe hacer constar la renta en euros y los datos del contrato de arrendamiento, con identificación del arrendador y la cuenta corriente de su titularidad para que la entidad de crédito le abone la ayuda financiera directamente en concepto de renta; por lo que la cuantía a conceder, con el límite de 900 euros mensuales, será la correspondiente al importe de la renta, tal y como establece el art. 9.2. Desde luego, el ingreso directo de la ayuda en la cuenta corriente del arrendador es una medida inteligente, tanto para evitar dobles pagos como, especialmente, para evitar un empleo fraudulento de la ayuda.

e) Por último, el art. 10 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé, dentro del marco de un nuevo programa de ayudas al alquiler (denominado “Programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 en los alquileres de vivienda habitual”), la concesión de ayudas, mediante adjudicación directa, a las personas arrendatarias de vivienda habitual que, como consecuencia del impacto económico y social del COVID-19, no pudieran hacer frente al pago parcial o total de la renta (art. 10.2.I). Dentro del objeto de este programa se incluye la concesión de ayudas para la devolución de

los microcréditos contraídos por hogares vulnerables que no se hayan recuperado de su situación de vulnerabilidad sobrevenida como consecuencia de la crisis del COVID-19 y que, por tanto, no puedan hacer frente a la amortización de dichos préstamos (art. 10.2.II). La cuantía de esta ayuda será de hasta 900 euros al mes y de hasta el 100% de la renta arrendaticia (art. 10.4).

4. A modo de conclusión, las medidas contempladas en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, dejan un sabor agrio dulce. Por un lado, las normas cuya aplicación queda sometida a la voluntad del arrendador, como la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2) y la moratoria del arrendador pequeño propietario (art. 8), no sólo carecen de razón de ser, sino también de utilidad, pues el arrendador que quiera aceptar medidas de alivio atendiendo a la situación económica sobrevenida del arrendatario no necesita de una norma que se lo sugiera, sino que lo puede hacer perfectamente con base en la autonomía privada (art. 1.255 CC).

Con mayor optimismo merecen ser acogidas, desde el punto de vista de la eficacia tuitiva de la norma, los microcréditos y las ayudas públicas directas a los arrendatarios que se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica. No garantizar el pago de la renta a los arrendadores habría resultado catastrófico para un sector estratégico como es el de la vivienda, pues, indudablemente, la situación de epidemia habría añadido un motivo más de incertidumbre a los propietarios, suponiendo ello una reducción de la oferta de viviendas en alquiler.

Todo ello aliñado con la existencia de un proceso de reequilibrio de poder en el marco del contrato de arrendamiento, iniciado el año pasado con el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, cuya medida estrella, el sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda (D.A. 2^a), todavía no ha sido publicado. Dicha medida tiene por objeto la elaboración de tablas estadísticas que sirvan de referencia a los potenciales arrendatarios para comprobar el precio estimado que se abona por viviendas de similar extensión en un determinado barrio de una determinada ciudad, a efectos de que puedan valorar la conveniencia, o no, de pagarla. Su publicación estaba prevista para finales de marzo del mes en curso, pero la epidemia ha obligado a aplazarla unos meses; y quién sabe si también a reelaborarlo, pues es de suponer que la situación provocada por el COVID-19 conlleve un reajuste en el mercado de precios del alquiler que haga que los precios que se fueran a publicar hubieran perdido ya vigencia, por excesivos.

Es en este contexto de dificultad para el pago de la renta (y, en su caso, de complejidad para el acceso a un contrato de arrendamiento, en caso de

que la epidemia pueda tener un efecto desalentador sobre la decisión de los propietarios de arrendar sus viviendas), en el que puede adquirir sentido una medida que ha asombrado a la opinión pública, pero no tanto a la doctrina. Nos referimos a la inclusión dentro del concepto de vivienda habitual, a efectos de empadronamiento, de determinados espacios que no son bienes inmuebles, como son las denominadas “infraviviendas”. En este sentido, el apartado 3.3 de la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal (publicada el pasado día 2 de mayo de 2020, mediante Resolución de 29 de abril de 2020, de la Subsecretaría), dispone que “el Padrón debe reflejar el domicilio donde realmente vive cada vecino del municipio y de la misma manera que la inscripción padronal es completamente independiente de las controversias jurídico-privadas sobre la titularidad de la vivienda, lo es también de las circunstancias físicas, higiénico-sanitarias o de otra índole que afecten al domicilio. En consecuencia, las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc. e incluso ausencia total de techo) pueden y deben figurar como domicilios válidos en el Padrón”. Recuérdese, para concluir, la importancia de figurar empadronado en un determinado municipio para poder acceder a sus servicios y/o prestaciones de índole sanitaria, económica o social.



**“CONTRATTI DI SOGGIORNO” E COVID-19. PARTE PRIMA.
NEL PERIODO EMERGENZIALE**

**“CONTRATTI DI SOGGIORNO” AND COVID-19. FIRST PART. IN THE
EMERGENCY PERIOD**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 458-467



Claudia IRTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio affronta la sorte dei “contratti di soggiorno» stipulati prima del diffondersi del coronavirus, ma la cui esecuzione ricade nel periodo emergenziale. Il lavoro si concentra, in particolare, sulla analisi delle disposizioni di emergenza introdotte dal legislatore italiano a favore del settore turistico, mediante l'utilizzo di strumenti come il voucher che, nell'impedire l'immediata caducazione dei contratti, si qualificano quali soluzioni conformi ai principi di solidarietà adottate allo scopo di salvaguardare i diversi interessi coinvolti.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; contratti di soggiorno; voucher; rinegoziazione; obbligazione alternativa; solidarietà.

ABSTRACT: This paper analyses the destiny of “sojourn contracts” (“contratti di soggiorno”) entered into prior to the outbreak of the Coronavirus pandemic, for services to be enjoyed during the emergency period. The work focuses, in particular, on the analysis of the emergency provisions introduced by the Italian legislator in favour of the tourism sector, by allowing professionals operating in the tourism sector to postpone the timing of the sojourn by issuing a voucher to be used in one year following the issuance date as an alternative to the reimbursement of any payment made prior to the emergency periods solutions in conformity with the principles of solidarity adopted in order to balance and safeguard the various interests.

KEY WORDS: Coronavirus; sojourn contract; voucher; re-negotiations; alternative obligation; solidarity.

I. L'emergenza pandemica scatenata dalla diffusione del virus COVID-19 (SARS-CoV-2), c.d. "Coronavirus", ha comportato l'assunzione da parte di vari governi nazionali – in ragione della primaria esigenza di tutela della salute pubblica – di provvedimenti atti a limitare la libertà di circolazione delle persone e sospendere o ridurre l'esercizio di moltissime attività economiche. Le conseguenze che nel lungo periodo potranno far seguito a tali restrizioni sono attualmente solo immaginabili e – presumibilmente – richiederanno da parte di tutti gli Stati, tanto a livello nazionale che sovrnazionale, interventi su larga scala diretti non solo a sostenere, ma forse anche a ripensare, un intero sistema socio-economico che difficilmente potrà tornare ad essere gestito e regolato secondo logiche superate da uno stato emergenziale destinato a perdurare nel tempo (ROPO, V., NATOLI, R.: "Contratto e COVID-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica", in *Giustiziainsieme.it*, 24 aprile 2020), senza che sia davvero possibile prevedere se e quando saranno raggiunte quelle condizioni, non solo sanitarie, che ne decreteranno l'effettivo superamento (VETTORI, G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", in *Persona e mercato*, 2020/I, p. 3 e ss.).

Tra i settori economici che più sono destinati a risentire delle conseguenze derivanti dalla pandemia e, ancor prima, a subire un grave *vulnus* dall'assunzione di quelle misure destinate a contenerla che incidono sulla libertà di circolazione delle persone, si segnala certamente il settore turistico. Ragione per cui non sorprende che, tra i primi provvedimenti emergenziali assunti dal Governo italiano, alcune previsioni normative abbiano inteso introdurre disposizioni (eccezionali e temporanee) destinate a regolare la sorte di specifici rapporti contrattuali più strettamente legati al mercato turistico (GIGLIOTTI, F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, per prestazioni dello spettacolo e assimilate", in *Giustiziacivile.com.*, 1 aprile 2020).

2. In questa sede ci soffermeremo in particolar modo ad analizzare quelle disposizioni introdotte dalla legislazione di emergenza destinate disciplinare le conseguenze del COVID-19 sui c.d. "contratti di soggiorno", venduti al di fuori dei pacchetti turistici, come "servizi disgregati", che al momento della emissione dei provvedimenti precauzionali e contenitivi assunti dal Governo a seguito dello scoppio della pandemia fossero stati già conclusi, ma che avrebbero dovuto trovare esecuzione nel periodo di vigenza delle restrizioni.

• **Claudia Irti**

Associado de derecho privado, Universidad Ca' Foscari Venezia. Correo electrónico: claudia.irti@unive.it

In primo luogo è opportuno precisare che la locuzione adottata dal legislatore nel contesto emergenziale – “contratti di soggiorno” – si rivela essere una locuzione a-tecnica (che non è dato rinvenire all’interno di altre disposizioni normative) mediante la quale – è agevole dedurlo in ragione del contesto in cui ne è fatto uso – si è inteso far riferimento alle varie tipologie di contratto utilizzate dai turisti (e più in generale i viaggiatori) per garantirsi la possibilità di soggiornare per una o più notti in luoghi distanti dalla loro abituale dimora. Nessun dubbio circa la riconducibilità all’interno di detta categoria dei c.d. “contratti di ospitalità” (SANTAGATA, R.: *Diritto del turismo*, Milano, 2018, p. 183 e ss.), come contratti di albergo e affini, quali ad esempio i contratti di residence (SANTAGATA, R.: “Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici”, in *Giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020); mentre un qualche approfondimento appare necessario avendo riguardo alle “locazioni di unità abitative ammobiliate con finalità turistiche”, mediante le quali il locatore concede al conduttore (il più delle volte un turista), per un periodo transitorio, il godimento di un immobile per il fine di una vacanza o comunque di un soggiorno temporaneo. Si tratta di un fenomeno che ha visto negli ultimi anni una crescita esponenziale, tanto in termini numerici che economici, facilitata dalla diffusione di piattaforme *on line* che agevolano il contatto tra la domanda di recettività (a costi contenuti, vista l’assenza o la stretta essenzialità di servizi aggiuntivi e/o accessori rispetto al pernottamento) e l’offerta dei proprietari di unità immobiliari (altrimenti, in linea di massima, inutilizzate nonostante gli elevati costi di manutenzione) interessati a ricevere una fonte di reddito soprattutto grazie agli introiti dei c.d. affitti di breve durata.

Un fenomeno che, vista la capillare diffusione, ha riscosso sempre maggiore attenzione da parte del legislatore, interessato – in primo luogo – a disciplinarne gli aspetti di natura tributaria, ma che tuttora sfugge a tentativi di ricostruzione sistematica. Una più articolata definizione delle locazioni turistiche era stata tentata, a livello nazionale, dal Codice del Turismo (d.lgs. n. 79 del 2011), che aveva provveduto a stilare una elencazione delle principali tipologie di “strutture ricettive” (alberghiere, para-alberghiere, extralberghiere e all’aperto) riconducendo le “unità abitative ad uso turistico” nel novero delle “strutture ricettive extralberghiere” (ex art. 12 del Codice del Turismo, originario); la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma (operata da parte della Corte Costituzionale con sentenza n. 80 del 2012) ha, tuttavia, lasciato un vuoto normativo, solo in parte colmato da svariati e (evidentemente) disomogenei interventi a livello legislativo regionale (RIGHI, L.: “Le strutture ricettive”, in AA.VV.: *Manuale di Diritto del turismo* (a cura di V. FRANCESCHELLI, F. MORANDI), 2017, p. 142 e ss.).

Ebbene, la disciplina emergenziale riservata ai “contratti di soggiorno” si ritiene possa trovare applicazione anche alle “locazioni ad uso residenziale/abitativo che siano destinate a soddisfare finalità turistiche” (locazioni delle quali fa menzione

sia l'art. I, comma I, lett. c, l. n. 431/1998 per escludere che ad esse si applichino gli articoli della medesima legge, che l'art. 53 del d.lgs. n. 79/2011, per chiarire che sono disciplinate dal codice civile; in argomento CUFFARO, V.: "Locazioni brevi, locazioni transitorie, locazioni turistiche", in *Corriere giur.*, II, 2017, p. 1329 e ss.), certamente allorquando temporalmente riconducibili nella definizione di "soggiorni di breve durata", contenuta all'art. 4 del d.l. n. 50/2017, a norma del quale sono ritenuti tali "i contratti di locazione di durata non superiore a 30 giorni, che hanno ad oggetto immobili ad uso abitativo, ivi inclusi quelli che prevedono la prestazione dei servizi di fornitura di biancheria e di pulizia dei locali, stipulati da persone fisiche al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, direttamente o tramite soggetti che esercitano attività di intermediazione immobiliare, ovvero soggetti che gestiscono portali telematici, mettendo in contatto persone in cerca di un immobile con persone che dispongono di unità immobiliari da locare", rispetto ai quali contratti lo stesso d.l. n. 50/2017 ha previsto l'imposizione del pagamento della "imposta di soggiorno".

Lì dove, semmai, una qualche incertezza residua circa la rilevanza da attribuire al profilo della durata di detti contratti, quando si superi il limite temporale dei 30 giorni (fissato, come visto, quale limite massimo di durata ai fini della definizione dei c.d. contratti brevi per l'applicazione del relativo regime fiscale), senza che sia davvero possibile stabilire l'arco temporale massimo (il già ricordato art. 12 del codice del turismo – oggi abrogato – lo fissava in sette mesi consecutivi) oltre il quale non si possa più parlare di "soggiorno" – secondo l'espressione utilizzata nella legislazione emergenziale – ma di "uso residenziale" tipico.

3. La disciplina eccezionale e temporanea applicabile ai contratti di soggiorno – inizialmente individuata, mediante rinvio, in due distinti provvedimenti normativi (art. 28 comma I, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, denominato "Misure urgenti per il sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" e art. 88 comma I, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, denominato decreto "Cura Italia") – è stata "ricomposta" all'interno dell'art. 88 bis (rubricato "Rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici") introdotto nel d.l. 17 marzo 2010 n. 18 dalla legge 24 aprile 2020 n. 27 che è intervenuta a convertire, modificandolo, il decreto stesso.

In termini pratici, a norma dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 88 bis, fintanto che dureranno i provvedimenti restrittivi della circolazione delle persone legati al Coronavirus, coloro che avevano concluso "contratti di soggiorno" la cui esecuzione ricade in detto arco temporale, potranno chiedere lo scioglimento del contratto, con una comunicazione inviata alla "struttura recettiva" entro trenta giorni dalla cessazione della situazione limitativa imposta dai suddetti provvedimenti. In tale circostanza – a differenza del regime ordinario – la "struttura recettiva"

potrà, entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione, decidere – alternativamente (art. 1286, comma 1º) – di rimborsare il corrispettivo versato per il soggiorno o emettere un *voucher* di pari importo che il cliente potrà utilizzare per ottenere analoga prestazione entro un anno dalla emissione.

La *ratio legis* che guida il legislatore è quella sottesa alla disciplina ordinaria all'art. 1463 c.c. (espressamente richiamato): i provvedimenti limitativi delle libertà personali, nonché le altre limitazioni imposte alle attività materiali funzionali allo svolgimento del rapporto, *factum principis*, determinano la sopravvenuta impossibilità della prestazione caratterizzante del contratto – il godimento dell'alloggio da parte del turista/viaggiatore nella misura in cui, nel caso disciplinato, è in primo luogo il creditore, ad essere impossibilitato a ricevere l'erogazione della stessa.

La soluzione alternativa all'obbligo restitutorio, questa sì eccezionale, è, invece, dettata dalla esigenza di evitare che gli operatori economici siano costretti a rinunciare alla “liquidità monetaria” già acquisita grazie all'incasso delle somme versate anticipatamente dai clienti a titolo di corrispettivo per la prenotazione (se non addirittura a saldo della prestazione), vedendosi altrimenti costretti a rimborsare quanto ricevuto (in ottemperanza all'obbligo restitutorio richiamato dall'art. 1463 c.c.) per prestazioni che non potranno essere usufruite. Considerato l'originario rapporto risolto per espressa previsione normativa, il legislatore è dunque intervenuto a: (a) dettare una specifica procedura, temporalmente scadenzata, per azionare il rimedio; (b) affiancare all'obbligazione restitutoria – prevista come ordinaria conseguenza della risoluzione del contratto – una obbligazione alternativa (introdotta, appunto, *ope legis*) attribuendo al debitore (struttura recettiva) il diritto (potestativo) di optare per quest'ultima, emettendo il *voucher*.

L'obbligazione restitutoria è un'obbligazione di dare che, nelle fattispecie di cui trattiamo, ha ad oggetto una somma di danaro (un'obbligazione pecuniaria); quella alternativa – il rilascio di un *voucher* – è pur sempre una obbligazione di dare il cui oggetto è un “documento di legittimazione” che identifica il soggetto che in futuro (entro l'anno di scadenza del titolo) avrà diritto ad ottenere una prestazione analoga a quella divenuta impossibile.

Resta, tuttavia, dal punto di vista più strettamente giuridico, comprendere e chiarire da dove traggia origine l'obbligo della struttura recettiva a eseguire la prestazione futura a favore di colui che avrà ricevuto il *voucher* (un documento di legittimazione avente natura probatoria, non costitutiva, che a norma di quanto dispone l'art. 2002 c.c., serve solo ad identificare l'avente diritto alla prestazione; in argomento CRISCIONE, C.: “Natura giuridica e vicende del *voucher* introdotto dalla decretazione d'urgenza”, in www.diritto.it), dal momento che il rapporto originario

è da considerarsi risolto ex art. 1463 c.c. Un vincolo che, dunque, si deve ritenere trarre origine o da un “nuovo” rapporto obbligatorio (di novazione oggettiva *ope legis* parla CRISCIONE, C.: “Natura giuridica e vicende del *voucher*”, cit.; SANTAGATA, R.: “Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici”, cit.) generato dalla stessa disposizione normativa emergenziale, o, forse meglio, dalla “rideterminazione *ex lege*” dei contenuti dell’originario rapporto (DE MAURO, A.: “Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione”, in Giustiziacivile.com., 27 marzo 2020) che, nel caso la struttura recettiva opti per la emissione del *voucher*, non potrà dirsi risolto, ma solo “imperativamente rinegoziato”.

3.1 Tali iniziali previsioni (già desumibili dal rinvio operato dall’originario art. 88, d.l. 17 marzo 2010 n. 18 all’art. 28 comma 1, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9), sono state integrate, in sede di conversione del decreto, con una nuova disposizione contenuta al comma 5° dell’art. 88 bis, a norma della quale anche nelle ipotesi in cui la prestazione di soggiorno pattuita sia divenuta impossibile perché le strutture ricettive hanno dovuto sospendere o cessare l’attività, in tutto o in parte, a causa della emergenza epidemiologica, è concesso alle stesse di offrire all’acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti, emettere un *vaucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. Una integrazione che si è resa necessaria al fine di disciplinare quelle ipotesi – alle quali non risultava applicabile, se non in ragione di un esercizio ermeneutico, la “prima” normativa emergenziale – in cui è la struttura recettiva a non essere oggettivamente in grado di eseguire la prestazione caratterizzante (accogliendo l’ospite) perché le conseguenze della emergenza epidemiologica – e qui la norma non fa più riferimento ai soli provvedimenti contenitivi della pandemia – hanno comportato per la stessa la cessazione o la sospensione dell’attività, in tutto o in parte.

Ove ricorrono le succitate condizioni, oltre all’obbligazione restitutoria e alla già contemplata alternativa relativa al rilascio del *voucher*, è attribuita alla struttura recettiva una ulteriore possibilità, quella di offrire un “servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo”; una opzione che – sulla falsariga di quanto previsto nelle ipotesi di contratti per la vendita di pacchetti turistici a favore dei *tour operator* (comma 6 del medesimo articolo) – sembra essere stata pensata per quegli operatori turistici che siano proprietari/gestori di plurime strutture recettive (ad esempio più immobili adibiti ad uso alberghiero, eventualmente di diversa categoria, siti nella stessa località o addirittura in località differenti) e abbiano, di conseguenza, la possibilità concreta

di offrire al cliente un servizio di ospitalità sostitutivo. Ove tale servizio dovesse essere di qualità inferiore a quello originariamente prenotato (ad esempio perché al cliente venga proposto di essere ospitato presso una struttura recettiva di categoria inferiore), l'operatore è tenuto a restituire al cliente quanto già versato in eccedenza (quando non sia possibile compensare con quanto residui da pagare); nella diversa ipotesi in cui il servizio offerto dovesse essere di qualità superiore, la norma non dispone nulla, lasciando all'autonomia delle parti stabilire chi dovrà accollarsi la relativa differenza di prezzo. Del resto, l'offerta di un servizio sostitutivo produrrà effetti solutori – rispetto agli obblighi restitutori nascenti dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione originariamente prevista – solo ove espresamente accettato dalla controparte, dal momento che il comma 12 dello stesso art. 88 bis afferma che (solo) “l'emissione dei *voucher* previsti dal presenta articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario”.

Il legislatore suggerisce come terza alternativa, una sorta di “*datio in solutum*” (art. 1197 c.c.), una rinegoziazione del contratto di cui detta parametri minimi, invitando le parti a perseguire strade già pragmaticamente sperimentate in discipline di settore pensate allo scopo di salvaguardare i diversi interessi coinvolti (il richiamo è alla disciplina europea dei contratti di viaggio tutto organizzato; si rinvia, in merito, ai vari contributi raccolti nel volume a cura di FINESI, A.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, Jovene, 2017 e in particolare a quello di PAGLIANTINI, S.: “Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della Dir. 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura”, p. 65 e ss., in part. p. 72). Da ultimo è importante ricordare che, a norma del comma 10 del medesimo articolo, tutte le richiamate disposizioni trovano applicazione anche nei casi in cui il soggiorno sia stato acquistato o prenotato per il tramite di un'agenzia di viaggio o di un portale di prenotazione, in deroga alle condizioni originariamente pattuite; a norma del comma 13, altresì, le stesse sono qualificate quali norme di applicazione necessaria (ai sensi dell'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218), da impiegarsi per dirimere qualsivoglia fattispecie – a carattere interno o internazionale – che si sarebbe altrimenti dovuta risolvere mediante richiamo alla legge straniera.

Sebbene il legislatore abbia così inteso affermare che nessuna forma di “contratto di soggiorno”, né in ragione della tipologia della struttura recettiva, né delle modalità mediante le quali sia stata effettuata la prenotazione o l'acquisto, possa sfuggire all'applicazione dalla disciplina eccezionale e temporanea sin qui descritta, è doveroso rilevare – in base a quanto segnalato da molte associazioni di categoria – come le maggiori OTA (quali ad es. Booking ed Expedia) abbiano già attivato sui loro portali procedure di rimborso per eventuali pagamenti anticipati e costi di prenotazione, chiedendo alle strutture recettive i relativi rimborsi; oppure,

nel concedere la facoltà di emettere un *voucher* in linea con quanto disposto dalla nostra normativa, abbiano attivato nei confronti di quelle strutture che si siano espresse a favore della scelta alternativa al rimborso, un declassamento delle stesse nel rating di gradimento del portale.

Comportamenti illegittimi che, nel violare disposizioni normative di natura imperativa, potrebbero anche configurare gli estremi di condotte abusive sanzionabili a livello di disciplina di tutela della concorrenza e del mercato.

4. Mediante l'assunzione delle disposizioni speciali rese oggetto di analisi la legislazione di emergenza ha inteso tutelare, in primo luogo, gli interessi degli operatori turistici, in quanto esponenti di uno dei comparti economici sicuramente più colpiti dalle conseguenze dell'emergenza sanitaria, tanto nell'immediato – a seguito dell'assunzione da parte del governo dei provvedimenti limitativi della libertà di circolazione dei cittadini – quanto nel lungo periodo – esito della ridotta affluenza di turisti stranieri nel territorio italiano per il probabile perdurare di alcune misure restrittive nella circolazione infra-Stati e di una presumibile minor propensione da parte di tutti (anche i cittadini italiani) a spostarsi per finalità turistiche, a causa dei timori legati alla paura di contrarre il virus nonostante la cessazione della fase di emergenza e, forsanche, per ragioni economiche.

Lo strumento del *voucher* – ampiamente adottato dal legislatore in tutte le previsioni emergenziali destinate a disciplinare le conseguenze della emergenza sanitaria sui contratti del comparto turistico (crociere, viaggi tutto compreso, contratti di soggiorno) e/o ad esso funzionali (trasporti, attività ricreative varie) – sembra salvaguardare in via preminente gli interessi degli imprenditori, che sarebbero stati altrimenti privati – ottemperando *ipso iure* ai dovuti obblighi restitutori – di risorse finanziarie già entrate nella loro disponibilità, utili a sostenere l'attività nei prossimi mesi di crisi e, probabilmente, già reinvestite. Mentre certamente minore è l'effetto “benefico” percepito dal consumatore/turista – più interessato a rientrare in possesso delle somme già pagate per prestazioni di cui non può più usufruire, anziché ricevere un *voucher* destinato a dilazionare nel tempo quelle stesse prestazioni, peraltro in un arco temporale – un anno – forse troppo breve per essere certi che si saranno effettivamente ripristinate quelle condizioni, non solo sanitarie, che ne permetterebbero l'effettivo espletamento. Effetto che, tuttavia, acquista un significato più pregnante ove ci si soffermi a riflettere come l'immediato stato di crisi finanziaria causato dalla caducazione di tutti i contratti del comparto turistico, con conseguente obbligo restitutorio delle somme già conferite, avrebbe determinato lo stato di insolvenza di moltissimi piccoli e medi imprenditori del settore, comportando conseguenze negative sul singolo turista/viaggiatore – chiamato a misurarsi con problemi di insolvenza o fallimento della

controparte contraente – ma più in generale su tutti i cittadini, sulla comunità (DI MARZIO, F: “Comunità. Affrontiamo la nostra prova”, in *Giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020) che certo non può trarre alcun beneficio da una situazione di crisi pervasiva e generalizzata.

Il principio guida che in stato di emergenza muove e giustifica la costruzione e/o la rilettura di regole atte a tutelare e garantire, non i soli interessi individuali, ma i presupposti indefettibili del vivere comune, non può che essere quello solidaristico, consacrato all’art. 2 della Carta Costituzionale (MACARIO, F: “Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus”, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020). L’augurio è che la drammaticità degli eventi che stiamo vivendo ci renda consapevoli di come lo stato di benessere del singolo – non solo quello sanitario – poco giova e nulla garantisce per il futuro se non è accompagnato dal costante tentativo di realizzazione di un benessere collettivo.

“CONTRATTI DI SOGGIORNO” E COVID-19. PARTE SECONDA. NEL PERIODO POST-EMERGENZIALE

“CONTRATTI DI SOGGIORNO” AND COVID-19. PART TWO. IN THE POST-EMERGENCY PERIOD

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 468-479



Roberto
SENIGAGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio affronta la sorte dei “contratti di soggiorno” stipulati prima del diffondersi del coronavirus, ma la cui esecuzione ricade nel periodo post-emergenziale. L’analisi si concentra, in particolare, sulla gestione delle sopravvenienze cercando di articolare soluzioni conformi ai principi di solidarietà ed effettività nonché alla buona fede contrattuale.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; voucher; datio in solutum; solidarietà; buona fede; rinegoziazione.

ABSTRACT: The essay deals with the fate of the “contratti di soggiorno” concluded before the spread of the coronavirus, but whose execution should have taken place in the post-emergency period. The paper focuses, in particular, on the allocation of the risk of unexpected circumstances, striving to provide solutions in accordance with the principles of solidarity and effectiveness as well as contractual good faith.

KEY WORDS: Coronavirus; voucher; giving in payment; solidarity; good faith; re-negotiations.

I. Gli effetti dell'emergenza sanitaria da COVID-19 sono destinati a ripercuotersi, in modo via via meno intenso, pure sui "contratti di soggiorno" stipulati nel periodo ante-pandemia, ma la cui esecuzione ricada nel tempo successivo all'efficacia delle misure restrittive eccezionali sancite dalla legislazione e regolamentazione emergenziale; la quale, come illustrato nella parte prima, ha espressamente qualificato l'impatto della sopravvenienza virale e normativa sui "contratti di soggiorno" in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione ex art. 1463 c.c.. Ma ha altresì "sospeso" l'operatività di talune regole di quest'ultimo corpo normativo, specie quelle riguardanti gli effetti della risoluzione e i conseguenti obblighi restitutori.

Di qui il tipo normativo di problema sulla sorte di codesti rapporti contrattuali; il quale, tenuto conto delle gravose conseguenze personali e socio-economiche generate dalla pandemia, non può che essere articolato in chiave rimediale (DI MAJO, A.: "Il linguaggio dei rimedi", in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 341 ss.), in funzione cioè della contestuale realizzazione degli interessi delle parti del contratto e di quelli di sostenibilità dello specifico settore di mercato, bilanciata dai principi di ragionevolezza e proporzionalità (PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015). Una prospettiva e un metodo che si impongono al fine di scongiurare esiti che renderebbero il diritto disfunzionale, facendolo approdare a significati rovinosi, evidentemente contrari a quelli che la storia attuale si attende dall'ordine giuridico.

Nell'ottica rimediale, dunque, il dialogo tra principi-regole-realtà, all'insegna del quale si celebra l'ermeneutica giuridica, non può che condurre all'articolazione dei problemi e delle soluzioni privilegiando i congegni manutentivi rispetto a quelli demolitivi del contratto (MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus", in *Giustiziacivile.com*, 3/2020). E i principali referenti normativi sui quali far leva a tali fini sono i principi costituzionali di solidarietà ed effettività (artt. 2 e 24 Cost.) in uno con la clausola generale di buona fede contrattuale (artt. 1375 e 1366 c.c.) (VETTORI, G.: "Persona e mercato al tempo della pandemia", in *Pers. merc.*, 2020, pp. 21 ss.).

Attesa la gradualità (governata anche da un criterio geografico) che scandisce il passaggio dallo stato emergenziale a quello post-emergenziale legato al fenomeno epidemico sino all'instaurazione di una "nuova" normalità, il discorso sul regime dei rimedi contrattuali va diversamente declinato con riguardo a una fase del

• Roberto Senigaglia

Ordinario di diritto privato, Università Ca' Foscari Venezia. Correo electrónico: robseni@unive.it

COVID-19 in cui, al richiamo della scienza alla prudenza per non essersi ancora ripristinato il livello di normale sicurezza sanitaria, si accompagnino regole giuridiche che si limitino a fissare *standard* comportamentali senza però sospendere diritti e libertà fondamentali della persona, specie la libertà di circolazione per finalità turistiche; e a una fase in cui, anche a seguito della diffusione di farmaci idonei a porre rimedio all'agente patogeno, venga ristabilita la sicurezza sanitaria e con essa cessi ogni regola restrittiva o anche solo orientativa, in termini prudenziali, precedentemente giustificata dal pericolo sanitario.

In entrambe le fasi, venuto meno il *factum principis* legato all'evento virale, la cui inferenza è l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, anche per espressa previsione formale, l'interprete riprende ad operare con gli strumenti "ordinari" sia pure modulando la ricerca delle soluzioni in un senso che non può non tener conto della realtà mutata dalle sopravvenienze.

2. Quanto ai "contratti di soggiorno" conclusi ante COVID-19, la cui esecuzione ricada nel periodo in cui non vigeranno più le misure restrittive generali della libertà di circolazione delle persone (fatte salve dunque alcune eventuali specifiche ipotesi) per finalità turistiche, ma continuerà a persistere l'invito alla prudenza e l'obbligo o l'esortazione a tenere precise condotte, stante il non ancora raggiunto livello di sicurezza sanitaria, è l'interesse del creditore/turista a usufruire della prestazione che potrà venire meno a seguito del fondato timore di ammalarsi, di contrarre il coronavirus. È quello che alcuni, volgendo lo sguardo a quel futuro, hanno già narrato in termini di passaggio dal *lockdown* formale a un *lockdown* psicologico.

In pratica, pur essendo possibile l'esecuzione della prestazione da parte del debitore, potrebbe essere il creditore a non volerla più utilizzare a seguito della specifica sopravvenienza. La paura di ammalarsi contrasta, evidentemente, con lo scopo di serenità che tende a perseguire ogni contratto che sia obiettivamente connotato da una finalità di carattere turistico; la quale, come ha avuto modo di specificare la Corte di Cassazione nel caso dell'epidemia di dengue emorragica a Cuba, consiste nel "benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare" (Cass., 24 luglio 2007, n. 16315); sì che la fondatezza del timore di ammalarsi, la quale può ravvisarsi quando l'epidemia "fa venir meno il normale *standard* di sicurezza sanitaria del luogo di esecuzione della prestazione turistica", non può non assumere rilevanza giuridica, anche in termini di tenuta del contratto.

Ad essere interessata, in questi casi, è in particolare la causa del contratto, declinata in termini concreti, nella specie, appunto, la finalità turistica (Cass.,

8 maggio 2006, n. 10490; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958; App. Napoli, 10 maggio 2019, n. 2529); la cui sopravvenuta irrealizzabilità comporta il venir meno del rapporto obbligatorio scaturente dal contratto e l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. E ciò avviene sia nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione per causa non imputabile al debitore sia nel caso di impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione da parte del creditore.

È evidente, infatti, che l'intervento di un fattore esterno, non imputabile (in termini di colpa) al creditore/turista, il quale comprometta le condizioni di benessere psico-fisico che sottendono la realizzazione della finalità turistica, vale a dire la causa concreta del contratto, incide sulla tenuta dell'interesse del creditore a usufruire della prestazione, attivando così il rimedio risolutorio del contratto (TRIMARCHI, M.: "L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione", in *Obbl. contr.*, 2010, pp. 6 ss.; PAGLIANTINI, S.: "La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile", in *Riv. not.*, 2010, pp. 1219 ss.).

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di questa categoria, non espressamente contemplata dal codice civile, muove dunque dalla funzione del contratto e, in particolare, dal concetto di causa concreta ovvero dai singolari interessi obiettivizzati nello specifico contratto (FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; CAMARDI, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 98 ss.; SCALISI, V.: "La teoria del negozio giuridico", in AA.VV.: *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 549 ss.; ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, pp. 345 ss.; PERLINGIERI, G.: "Garanzie "atipiche" e rapporti commerciali", in *Riv. dir. impr.*, 2017, pp. 21 ss.; GAROFALO, A.M.: "Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche", in AA.VV.: *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (a cura di G. PERLINGIERI, L. RUGGERI), Napoli, 2019, pp. 681 ss.). Appurato che anche quando l'evento sopravvenuto di forza maggiore o caso fortuito faccia venir meno l'interesse del creditore si realizza una disfunzione degli assetti giustificativi del contratto, il diritto vivente è giunto ad affermare che "l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, pur se normativamente non specificamente prevista, costituisce – analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione – autonoma causa di estinzione dell'obbligazione" (Cass., 24 luglio 2007, n. 16315).

Pertanto, anche il creditore/turista che pur potendo viaggiare tema di contrarre il COVID-19, non essendo stato ancora ripristinato nel luogo della vacanza il normale standard di sicurezza sanitaria, può far valere nei confronti dell'altra parte la risoluzione del contratto di soggiorno e chiedere la restituzione delle eventuali prestazioni già eseguite.

3. Ora, versando in una situazione, sempre dovuta alle note sopravvenienze, che fa gravare il rischio dell'operatività dello specifico rimedio ablativo esclusivamente in capo alla struttura ricettiva e rispetto a tutti i “contratti di soggiorno” la cui esecuzione ricada nel periodo interessato, si impone all'interprete una lettura sistematica-funzionale della disciplina delle restituzioni legate al fenomeno risolutorio, che faccia leva non solo sulle regole ma anche sui principi (VETTORI, G.: “Effettività delle tutele (diritto civile)”, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano, 2017, pp. 381 ss.; NAVARRETTA, E.: *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittewirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 28 ss.). Con riguardo a tale profilo, si è osservato in precedenza che la normativa emergenziale “sospende” la disciplina del codice civile, la quale all'effetto retroattivo della risoluzione fa discendere gli obblighi restitutori, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.). Quelle regole (eccezionali), invece, accordano al debitore (alla struttura ricettiva) un diritto potestativo di scelta tra il rimborso di quanto ricevuto e l'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno (e altre soluzioni trattate nella parte prima). Ne è evidenza la disposizione del comma 12 dell'art. 88-bis del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, introdotta dalla legge di conversione del 24 aprile 2020, n. 27, la quale sancisce che “l'emissione dei *voucher* previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario”.

In tal modo, in evidente ossequio al principio costituzionale di solidarietà economica e sociale, si è voluto operare una più “equa” distribuzione dei rischi in capo alle parti, istituendo, *ex lege*, una sorta di obbligazione alternativa in deroga alle regole sulla *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), affiancando al rimedio demolitorio uno di carattere non necessariamente restitutorio bensì manutentivo di un possibile, altro, rapporto contrattuale.

Questo diritto potestativo è esteso dal comma 11 dello stesso art. 88 bis pure ai rapporti contrattuali di soggiorno “instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19”. L'estensione interessa dunque un periodo che va oltre quello che, ad oggi, la normativa italiana vigente sottopone alle ristrette misure di contenimento concernenti anche la circolazione delle persone. Un arco temporale, quindi, in cui la prestazione turistica potrebbe essere possibile per la struttura ricettiva, ma potrebbe non esserlo (in termini di utilizzazione) per il creditore/turista per timore di ammalarsi persistendo ancora una situazione di insicurezza sanitaria.

Dalle spigolature assiologiche e funzionali di queste disposizioni, specialmente di quelle introdotte in sede di conversione del decreto legge c.d. "Cura Italia", pare possibile trarre validi significati al fine di individuare il rimedio restitutorio più efficace da far operare nell'ipotesi di risoluzione del "contratto di soggiorno" per impossibilità del creditore di utilizzare la prestazione quando la circolazione per finalità turistiche sarà consentita (sia pure entro certi confini geografici), pur non essendosi ancora ripristinato nel luogo di vacanza il normale *standard* di sicurezza sanitaria.

Potendo trovare in tale frangente piena operatività la disciplina del codice civile, si tratta di chiarire la semantica dell'obbligo di restituzione e della regola che impedisce al debitore di liberarsi dall'obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, a meno che il creditore non vi acconsenta (art. 1197 c.c.). Previsione, questa, che impedirebbe alla struttura ricettiva di assolvere l'obbligo restitutorio, anziché con il rimborso di quanto ricevuto, con la emissione di un *voucher*.

Ora, considerate le ragioni sottese alla disciplina di emergenza, che hanno condotto a distribuire i rischi tra le parti del contratto in modo differente da quanto operato dal codice civile, accordando al debitore la scelta tra rimborso o consegna di un *voucher*, quelle stesse ragioni risultano, nella situazione post-emergenziale ma ancora di pericolo sanitario, addirittura rafforzate, sì che tale soluzione si imporrebbe *a fortiori*.

Difatti, se in presenza della situazione di impossibilità sopravvenuta della prestazione, sancita dalla legge, gravante sia sul debitore sia sul creditore, impedendone tanto l'esecuzione quanto l'utilizzazione della stessa, il legislatore ha preso atto dei pesanti effetti, anche macroeconomici, che avrebbe potuto generare oltre al rimedio ablativo del contratto anche un obbligo restitutorio degli importi ricevuti, il quale incide ulteriormente e in modo grave sulla liquidità del debitore riguardando tutti i contratti da eseguire in quella fascia temporale; se è questa la contingenza che giustifica la regola, *a maggior ragione* quel diritto di scelta dovrebbe operare quando dovesse cessare il divieto di circolazione per finalità turistiche, ma non fosse ancora ripristinato lo *standard* di normale sicurezza sanitaria, e il rapporto contrattuale dovesse sciogliersi per il venir meno dell'interesse del creditore ad usufruire della prestazione. Si tratta di situazioni, invero, in cui l'allocazione dei rischi nei termini operati dal Codice civile si giustificherebbe ancor meno, essendo possibile l'esecuzione della prestazione da parte del debitore e trovandosi quest'ultimo a subire gli effetti, possibilmente di massa, delle valutazioni dei creditori.

La modifica introdotta dal legislatore in sede di conversione del decreto legge, protraendo il diritto di scelta fino al 30 settembre 2020, oltre il termine attualmente

fissato dai provvedimenti che dispongono le misure restrittive, pare deporre proprio in questi termini. Ma anche dopo questa data o quella che dovesse essere ulteriormente individuata dal legislatore, in presenza delle medesime condizioni a quel criterio di allocazione dei rischi può giungersi in via interpretativa, non potendo ricorrere all'*analogia legis* stante la natura eccezionale della normativa di emergenza (art. 14 disp. prel. c.c.).

E qui – anche in base ai *Principles for the COVID-19 crisis* dell'*European Law Institute*, i quali, all'art. 13, esortano gli Stati a ricercare soluzioni ragionevoli, disponendo che “in particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regime and the principle of good faith” – i referenti normativi del percorso ermeneutico sono il principio di solidarietà economica e sociale e la clausola generale di buona fede contrattuale, che ne è specifica espressione (MENGONI, L.: “Spunti per una teoria delle clausole generali”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli 2006, pp. 471 ss.). Difatti, l'ostacolo alla possibilità del debitore di adempire l'obbligazione restitutoria mediante la consegna di un voucher, posto nei termini dell'art. 1197, è possibile di essere corretto sindacando l'eventuale rifiuto del creditore, come ogni altro suo comportamento, in termini di conformità o meno alle regole della correttezza contrattuale. Le quali rinviano agli *standard* di condotte edificate dallo specifico settore di mercato in cui si colloca il rapporto contrattuale e in ragione delle circostanze concrete.

Ebbene, l'impressione è che il legislatore emergenziale nell'articolare la regola che riconosce il diritto di scelta in capo al debitore abbia voluto cogliere e poi fissare un modello di comportamento ritenuto ragionevole e proporzionato, conforme a lealtà e correttezza, nel settore di mercato via via preso in considerazione, in presenza di eventi sopravvenuti, imprevedibili e inevitabili, legati alla salute e al *factum principis*, che impediscono l'attività del (di ogni) debitore e del (di ogni) creditore. È evidente, infatti, che quando una sopravvenienza sì fatta interessa tutti i contratti di una certa tipologia stipulati da uno stesso soggetto e l'intero settore di mercato dai medesimi conformato, i doveri di solidarietà economica e sociale, sanciti dalla Costituzione, esigono comportamenti collaborativi da parte di tutti gli operatori del mercato tradotti anche in termini di protezione dell'interesse altrui (MENGONI, L.: “Persona e iniziativa economica”, in AA.VV.: *Persona e Mercato. Lezioni* (a cura di G. VETTORI), Padova, 1996, pp. 40 ss.). L'inferenza è che nelle circostanze analizzate l'eventuale rifiuto del creditore a ricevere il voucher, arroccandosi sulla regola dell'art. 1197 c.c., potrebbe presentare gli estremi dell'abuso del diritto, con ogni relativa conseguenza.

4. Nell'arco temporale in cui, stando alle indicazioni del Comitato tecnico scientifico, il normale *standard* di sicurezza sanitaria non sia stato ancora raggiunto pur essendo possibile circolare (anche solo a livello regionale) per ragioni turistiche, l'interesse del creditore a usufruire della prestazione potrebbe comunque permanere, ma a condizioni economiche diverse da quelle pattuite nel contratto stipulato prima del diffondersi dell'epidemia.

Questa stessa evenienza potrebbe pure prospettarsi una volta ripristinato il normale *standard* di sicurezza sanitaria; nel momento in cui, cioè, venuto meno ogni presupposto, non sia possibile sciogliere il contratto né per impossibilità sopravvenuta della prestazione né per impossibilità oggettiva del creditore di poterne usufruire. In entrambi i casi, dunque, la sopravvenienza è invocata dal creditore/turista come fattore incidente sul sinallagma contrattuale, avendo essa mutato le condizioni che giustificavano gli assetti economici originariamente pattuiti. L'interesse del creditore è, in sostanza, quello di tenere in vita il contratto, ma ad altre condizioni, di rinegoziare quindi il contratto medesimo adeguandolo alla nuova situazione.

È ben noto che nell'ordinamento italiano non è rintracciabile una previsione normativa che contempi espressamente questo interesse con la previsione di un rimedio manutentivo del contratto, riconoscendo cioè alla parte contrattuale svantaggiata economicamente dagli effetti della sopravvenienza il diritto di esigere dall'altra parte la rinegoziazione del contratto. L'unica disposizione che prende in considerazione lo squilibrio economico generato da un evento sopravvenuto è quella di cui all'art. 1467 c.c., riferito ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, i quali, appunto, a seguito di eventi straordinari e imprevedibili, vedano una delle prestazioni divenire eccessivamente (e non anche significativamente) onerosa rispetto all'altra. Ma essa, oltre a subordinare la propria operatività alla ricorrenza di cause ed effetti gravi, consegna alla parte, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, soltanto un rimedio di carattere ablativo del contratto, lasciando esclusivamente all'altra parte la possibilità di neutralizzare la risoluzione “offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Insomma, stando ai significati prescrittivi della disciplina generale del contratto del codice civile, la rinegoziazione a seguito di sopravvenienze (qualificate) è immaginabile soltanto se vi è l'accordo delle parti oppure per volontà della sola parte avvantaggiata, titolare quindi di un diritto potestativo. Di converso, non sarebbe possibile per opera della sola volontà della parte svantaggiata.

La rigidità di questa soluzione è ormai da tempo mitigata dalla scienza giuridica, tanto da poter essere ritenuta oggi superata in via interpretativa per il tramite, principalmente, dell'attivazione dei principi e della clausola generale di buona fede.

E la lettura ermeneutica in tal senso orientata ha assunto un livello di persuasività tale da essere stata sostanzialmente assunta a uno dei contenuti del disegno di legge delega per la riforma del codice civile (DDL n. S. 1151 “Delega al Governo per la revisione del codice civile), ove tra i principi e i criteri direttivi che dovranno guidare i decreti legislativi per la revisione e l’integrazione del Codice vi è pure la previsione del “diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti”. Modifica, questa, che tenderebbe ad allineare il nostro codice alle previsioni contenute in quello tedesco (§ 313 BGB) e in quello francese (art. 1195 *Codice civil*), introdotte dalle più recenti riforme.

Ebbene, pur in assenza, allo stato, di un’espressa previsione che imponga alla parte avvantaggiata, su richiesta dell’altra parte, la rinegoziazione del contratto, il cui sinallagma sia stato significativamente scombinato dalle sopravvenienze, codesto dovere, come è stato ampiamente argomentato da pagine autorevoli della nostra letteratura giuridica, può ammettersi in via ermeneutica (GALLO, P.: *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; MACARIO, F.; *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; SICCHIERO, G.: “La rinegoziazione”, in *Contr. impr.*, 2002, pp. 774 ss.; GENTILI, A.: “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto”, in *Contr. impr.*, 2003, pp. 667 ss.; ROPPO, V.: *Il contratto*, cit., pp. 1047 ss.; TOMMASINI, R.: “Revisione del rapporto (diritto privato)”, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 133 ss.). Tant’è che l’ordinamento giuridico risulta sufficientemente attrezzato di regole e di principi capaci di fungere da “finestre aperte sulla società” (VETTORI, G.: “Persona e mercato al tempo della pandemia”, cit., 6), ovvero di ordinare la specifica istanza sociale, attivando i meccanismi di resilienza del sistema per giungere ad affermare quel significato deontico.

In altre parole, muovendo dalle regole che in diversi ambiti e tipi contrattuali considerano sopravvenienze che scombinano gli assetti del contratto e istituiscono congegni di adeguamento, correzione, rinegoziazione (ad es. artt. 1537; 1623; 1664; 1710; 1897-1898 c.c.; art. 3, comma 5, l. n. 192/1998), potenziando i loro significati attraverso i principi e le clausole generali, è possibile giungere a fondare nel sistema il dovere di rinegoziazione. Un percorso, pertanto, tutto ermeneutico e dogmatico (MENGONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; VIOLA, F., ZACCARIA, G.: *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999, pp. 130 ss.), per il cui tramite la realtà economica, la quale, per mantenersi a livelli di efficienza (*recte sopravvivenza*), reclama rimedi manutentivi del contratto, trova risposta dall’ordinamento (DE MAURO, A.: “Pandemia e contratto:

spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione”, in *Giustiziacivile.com*, 3/2020).

Segnatamente, è facendo leva sul principio di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.), su quello di effettività (art. 24 Cost.) e sulla clausola generale di buona fede contrattuale (art. 1375 e 1366 c.c.), che il dovere di rinegoziazione prende corpo in una precisa regola di condotta. Si tratta, in sostanza, dei referenti normativi all'insegna dei quali è portato a compimento il percorso ermeneutico, approdando al significato deontico che sancisce, in presenza di sopravvenienze che rendano significativamente più onerosa la prestazione di una parte rispetto agli assetti definiti in sede di conclusione del contratto, il dovere della parte avvantaggiata, su richiesta dell'altra, di rinegoziarne le condizioni, sì da ristabilire gli equilibri iniziali tra le prestazioni. Dovere che, se non adempiuto spontaneamente, può, attraverso il medesimo percorso euristico, essere confermato dal giudice in sede di interpretazione del contratto secondo buona fede con la possibile condanna della parte inadempiente al risarcimento del danno.

Riprendendo allora il nostro problema, nel caso del “contratto di soggiorno” pare riprovevole il comportamento del titolare della struttura ricettiva rigidamente radicato sullo schema dell'art. 1467 c.c., che ponga cioè l'altra parte, la cui prestazione sia divenuta significativamente più onerosa per le note sopravvenienze, dinanzi all'unica alternativa del prendere o lasciare: vale a dire di eseguire il contratto alle condizioni pattuite o chiedere la risoluzione. Egli dinanzi alla richiesta avanzata dal cliente di rivalutare le condizioni contrattuali dovrà – in ossequio ai doveri comportamentali discendenti dai principi e dalle clausole generali anzidette – collaborare, proteggendo l'interesse altrui, rinegoziando il contratto secondo buona fede. Conclusione, questa, ulteriormente rafforzata dai già richiamati *Principles* elaborati dall'*European Law Institute*, i quali, sempre all'art. 13, prevedono che “where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including when cost of performance has risen significantly, European States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into re-negotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation”.

5. Dinanzi a sopravvenienze come quella attuale, legata a un evento epidemico di portata straordinaria e globale, che ha comportato, sul piano giuridico, la sospensione di diritti e libertà fondamentali, il diritto dei contratti accusa l'inadeguatezza delle disposizioni del codice e, più in generale, i limiti funzionali delle regole del diritto privato; contestualmente, però, reclama soluzioni ragionevoli e proporzionate, articolate da una grande opera di adeguamento delle

regole ai principi, soprattutto a quelli di fonte costituzionale. Si tratta di stati e reazioni del diritto indotti dalla storia, che tengono conto dello specifico rapporto contrattuale in stretta comunicazione con la tenuta degli assetti di efficienza del settore di mercato in cui esso si colloca, interessati, sempre per effetto di quelle stesse sopravvenienze, da una nuova complessità. Sì che la vita sociale già messa a dura prova dagli accadimenti legati alla pandemia da COVID-19 interpella il diritto per essere ordinata non da risposte distruttive, capaci di far seguire al dramma relazionale ed economico quello giudiziario generato dal contenzioso contrattuale; esige, viceversa, soluzioni costruttive, adatte a fondare un *nuovo* ordine economico, per il tramite di rimedi non caducatori o risarcitori bensì manutentivi del contratto. E trovandosi al cospetto di questa istanza sociale, il diritto non può arretrare, ma deve "effettivamente" funzionare, disponendosi a dare le *giuste* risposte, quelle cioè che, rispetto allo specifico ambito problematico, esprimono significati inseriti nel senso dell'assiologia del principio di solidarietà economica e sociale.

EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA E OBBLIGHI DI RINEGOZIARE NEI CONTRATTI DEL CALCIO PROFESSIONISTICO

EPIDEMIOLOGICAL EMERGENCY AND RENEgotiation
COMMITMENTS IN PROFESSIONAL FOOTBALL CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 480-491



Stefano
POLIDORI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: L'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha generato effetti devastanti sull'economia italiana, i quali sono particolarmente avvertiti nell'ambito del calcio professionistico. L'interruzione delle competizioni e l'incertezza sulla loro ripresa determina un blocco delle entrate, a fronte di costi che restano inalterati. Si profila perciò, per le società sportive, l'esigenza di rinegoziare i contratti con atleti e tesserati; esigenza che si traduce, per le parti del rapporto, in un vero e proprio obbligo basato sulla buona fede. Il lavoro prende in esame le soluzioni cui i Collegi arbitrali sportivi potrebbero pervenire nell'eventualità, piuttosto probabile, che sorgano contenziosi nel prossimo futuro.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; contratti del calcio professionistico; rinegoziazione.

ABSTRACT: The COVID-19 epidemiological emergency had devastating effects on the Italian economy, especially in the professional football industry. The football competitions break and uncertainty about their recovery cause a revenue block against unchanged costs. Therefore, football companies have to renegotiate the terms of contracts with their athletes and members. Specifically, having a collaborative behaviour based on good faith is a real duty while renegotiating members' contracts. This paper addresses some of the solutions that football referees' committees would find in case of legal conflicts in the near future.

KEY WORDS: Pandemic; professional football contracts; renegotiation.

I. In data 6 aprile 2020, in piena emergenza COVID-19 e a misure di contenimento in corso su tutto il territorio nazionale, la Lega professionisti Serie A, che associa tutte le società calcistiche del massimo campionato italiano, emette un comunicato all'interno del quale figura un passaggio del seguente tenore: “Il contesto sopra descritto [ossia, quello creato dalla crisi generata dall'emergenza Coronavirus: ndr] richiama tutti ad un atto di forte responsabilità, con i Club pronti a fare la propria parte sostenendo ingenti perdite per garantire il futuro del calcio italiano. Le perdite necessariamente dovranno essere contenute incidendo sulla riduzione dei costi, la cui principale voce per le Società è rappresentata dal monte salari. In linea con le azioni volte a diminuire il costo lavoro adottate a livello nazionale e internazionale, la Lega Serie A ha deliberato oggi, all'unanimità con esclusione della Juventus che ha già raggiunto un accordo coi propri giocatori, una comune linea di indirizzo per contenere l'importo rappresentato dagli emolumenti di calciatori, allenatori e tesserati delle prime squadre. L'intervento è necessario per salvaguardare il futuro dell'intero sistema calcistico italiano e prevede una riduzione pari a 1/3 della retribuzione totale annua lorda (ovvero 4 mensilità medie onnicomprensive) nel caso non si possa riprendere l'attività sportiva, e una riduzione di 1/6 della retribuzione totale annua lorda (ovvero 2 mensilità medie onnicomprensive) qualora si possano disputare nei prossimi mesi le restanti partite della stagione 2019/2020. Resta inteso che i Club definiranno direttamente gli accordi con i propri tesserati”.

A stretto giro viene emesso un altro comunicato, questa volta dell'altra Lega professionistica, quella di serie B, che in relazione ai rapporti contrattuali delle società con i tesserati delibera: “una comune linea di indirizzo per contenere l'importo rappresentato dagli emolumenti dei tesserati, che si tradurrà nella:

- mancata corresponsione della retribuzione annua lorda omnicomprensiva (anche riguardo alla parte premiale e di incentivo all'esodo) corrispondente al periodo di inattività;

- valutazione, in caso invece di ripresa dell'attività sportiva relativa al campionato corrente, dell'impatto economico negativo derivante dalla gravissima contingente vicenda epidemiologica per determinare l'ammontare della riduzione di quanto dovuto dalla data di effettiva ripresa della competizione sino alla sua conclusione;

• **Stefano Polidori**

Ordinario di diritto privato, Università del Salento. Correo electrónico: stefano.polidori@unisalento.it

- in funzione dell'attuale situazione di crisi, le società hanno inoltre manifestato l'esigenza di procedere ad una profonda revisione dei costi, anche in ottica prospettica.

Il tutto sempre nell'ambito dell'autonomia di trattativa e di accordo che le Società hanno con i propri tesserati. Le iniziative sono state prese per porre un argine alle gravi conseguenze che questa emergenza certamente comporterà nel futuro al fine di preservare la sopravvivenza del sistema calcistico a tutela dei posti di lavoro, attesa la gravità della crisi che mina la stessa sopravvivenza di tutte le imprese legate al mondo del calcio”

Molto dura la reazione messa in campo dall'Associazione Italiana Calciatori: “Il Consiglio Direttivo AIC, riunito oggi nel consueto incontro settimanale, a cui ha fatto seguito una riunione con i rappresentanti delle squadre di Serie A, ha ritenuto irricevibile la proposta avanzata dalle Leghe di A e B giunta oggi. Il comportamento delle Leghe è incomprensibile in un momento come quello attuale. La volontà, neanche tanto implicita, di voler riversare sui calciatori, mettendoli in cattiva luce, l'eventuale danno economico derivante dalla situazione di crisi, è un fatto che fa riflettere sulla credibilità imprenditoriale di chi dovrebbe traghettare il sistema calcio in questo momento di difficoltà. Pensare che si debba ricorrere ad una delibera assembleare per decidere di non pagare più nessuno lascia senza parole. Gli stessi presidenti che vorrebbero decidere la sospensione degli emolumenti hanno mandato in campo le squadre fino al 9 marzo, fatto allenare i calciatori fino alla metà di marzo e tuttora monitorano e controllano gli allenamenti individuali svolti secondo le direttive dello staff tecnico. La discussione delle scorse settimane verteva sui termini di contestazione di mancati pagamenti da sospendere o posticipare, ma non si è mai andato oltre le brevi riunioni telefoniche. Ora capiamo perché non si voleva trovare un'intesa sulle modifiche tecniche all'Accordo Collettivo, la vera intenzione è non pagare. Il fatto lascia allibiti, inoltre, visto che parecchie squadre sono già sedute con i loro calciatori per discutere come aiutarsi in un momento come quello attuale”.

2. Il contesto nel quale maturano gli atti richiamati in premessa è quello degli effetti della pandemia sui rapporti contrattuali: questo non soltanto in ambito sportivo, ma più in generale nel complessivo panorama delle dinamiche commerciali. Gli istituti più direttamente coinvolti, sul terreno civilistico, sono quelli della eccessiva onerosità e della impossibilità sopravvenuta (anche temporanea), che si arricchiscono di una casistica nuova e certamente inedita, quanto alla configurazione dei presupposti di concretizzazione.

Non c'è dubbio che l'emergenza COVID-19 e i suoi riflessi sull'economia costituiscano eventi straordinari e imprevedibili, dotati di impatto devastante sulle dinamiche aziendali e sulla possibilità per imprese e privati di onorare i rapporti contrattuali pendenti. Ciò è vero ancor più in Italia, uno dei paesi più colpiti dalla calamità sanitaria e, al contempo, fra quelli che ha adottato per un periodo più prolungato misure draconiane di *lockdown*. L'arresto improvviso della produzione, degli scambi, della stessa possibilità di fruire delle prestazioni da parte di un numero cospicuo di consociati, il tutto dovuto a ragioni oggettive ed impensabili fino a pochi mesi addietro, rappresenterebbe, là dove non si fosse realmente verificata, una paradigmatica ipotesi manualistica di sopravvenienza giuridicamente rilevante.

Non sorprende che in questa congiuntura riprenda linfa una questione giuridica consolidata nell'elaborazione ermeneutica, ma mai dipanata nella totalità dei riflessi pratici: quella concernente la possibilità di estendere l'apparato rimediale oltre il rimedio risolutorio, l'unico sancito a livello codicistico, per vedere accresciuto il rilievo delle tutele manutentive, capaci di ripristinare l'equilibrio contrattuale mediante la rinegoziazione. Correva l'anno 1996 quando vedeva la luce lo studio di Francesco Macario *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Ivi, come è noto, l'A. ipotizzava un vero e proprio obbligo giuridico, gravante sui contraenti, di predisporsi a ridiscutere le condizioni del vincolo in presenza di mutamenti oggettivi incidenti su un sinallagma immaginato come equo in una differente situazione congiunturale. Prendendo le mosse dall'esigenza di flessibilità insita nella durata del contratto, e nella connaturale esposizione al rischio tempo, l'analisi dei modelli convenzionali di gestione delle sopravvenienze (quali le clausole di *hardship* nei contratti del commercio internazionale) veniva proiettata nella chiave della possibile costruzione di obblighi di natura legale fondati sulla buona fede esecutiva. Per tale via, sembravano maturi i tempi per una visione dei rapporti incentrata sulla preferenza per la perequazione dei rapporti divenuti squilibrati, rispetto ai drastici rimedi di tipo risolutorio contemplati dal Codice civile.

La tesi ha avuto una certa fortuna, e già nell'immediato si giovò del parallelo fiorire degli studi sull'emersione del principio di proporzionalità (su tutti la storica relazione di Pietro Perlingieri "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti" al Convegno svoltosi nel 2000 a San Marino su "Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata"), oltre che di ulteriori ricerche sul tema della rinegoziazione, particolarmente vivaci nei primi anni del XX secolo.

La principale difficoltà incontrata dagli interpreti è stata quasi sempre quella di individuare con chiarezza le conseguenze del rifiuto a rinegoziare: ovverosia, le concrete forme di tutela a disposizione del contraente che abbia richiesto invano di ridiscutere le condizioni del vincolo in virtù del mutato quadro economico di riferimento. Assodato che non v'è obbligo di addivenire al nuovo accordo, non

è semplice dare concretezza applicativa, specialmente in chiave patologica, al dovere di ricercare una modifica concordata delle condizioni contrattuali; di non arroccarsi, cioè, sul rispetto pedissequo di un impegno divenuto incompatibile con la sopravvenienza straordinaria e imprevedibile. Incerti permangono i confini tra legittimo rifiuto di proposte modificative reputate insoddisfacenti e violazione dell'obbligo di rinegoziare; né possono dirsi acclarati, a valle, gli effetti di siffatta violazione.

Le soluzioni ipotizzate dagli interpreti, fin quando restano confinate ai rimedi di tipo risarcitorio, non offrono una reale alternativa a quelli risolutori: se fosse tutto qui, la montagna avrebbe partorito un topolino. Il ricorso all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, acutamente ipotizzato in qualche studio, ha un campo di azione assai limitato, presupponendo una proposta, dettagliata e completa, che *a priori* possa dirsi equa e sulla quale si sarebbe appuntato un rifiuto irragionevole e ingiustificato. Resta invece in piedi la via – quasi sempre tenuta sullo sfondo e raramente esplicitata negli sviluppi ermeneutici – dell'intervento correttivo del giudice, cui demandare il riallineamento del rapporto che le parti non sono riuscite a disporre con la rinegoziazione. Nelle more della perequazione *ope iudicis*, non appare peregrino ipotizzare un potere di autotutela, che consenta alla parte che si sia adoperata nella direzione della ridiscussione dell'accordo, scontrandosi con una chiusura preconcetta, di sospendere l'esecuzione della propria prestazione fino a ridefinizione (convenzionale o giudiziale) dei termini del vincolo.

Si tratta di aspetti che proprio ora assumono drammatico rilievo. La realtà ha superato l'immaginazione e posto sul tappeto l'inattualità dell'adagio *pacta sunt servanda*, almeno nella sua versione più radicale. Se fino a oggi le dispute potevano svolgersi in prevalenza nelle sedi accademiche, ed atterrare solo in casi particolari nelle aule di giustizia, adesso servono risposte immediate e concrete all'emergenza. Lo sport che più di altri muove un volume di affari enorme costituirà terreno di elezione di questa sfida, la quale potrebbe giocarsi prima nei Collegi arbitrali sportivi che nei Tribunali ordinari. Non è escluso che proprio da quegli organismi possano provenire spunti applicativi coraggiosi e adeguati, a patto che le soluzioni restino aderenti, pur nelle specificità dei rapporti controversi, alle linee di principio dell'ordinamento nazionale ed europeo.

3. Dal calcio professionistico, come si è osservato in principio, provengono forti spinte verso la rinegoziazione degli accordi individuali conclusi con atleti e tesserati. Si tratta di uno dei settori dell'economia che la pandemia colpisce maggiormente al cuore, portandone a galla eccessi e contraddizioni ataviche.

Gli imprenditori che investono fortune nel calcio non hanno mai un utile economico diretto, ma sempre indiretto. Le uscite, costituite in misura preponderante dai ricchi emolumenti di atleti e tesserati, sono compensate solamente in parte dalle entrate per diritti televisivi, sponsorizzazioni, biglietti e abbonamenti, *merchandising*. Entrate per giunta aleatorie, variabili al variare dei risultati sportivi. La quota di perdita eccedente è solitamente coperta da ricapitalizzazioni dei gruppi proprietari: il ritorno si manifesta in termini di immagine, visibilità, talvolta aderenze politiche locali, e giova al core business delle imprese gestite al di fuori dell'ambito sportivo. Tutto ciò, unito a una componente ludica e passionale, giustifica la destinazione di ingenti risorse al ramo calcistico della propria attività. Affinché il giocattolo non vada in frantumi, però, vi è una condizione imprescindibile: che lo spettacolo non si fermi mai. Proprio questa condizione è venuta meno per effetto del *lockdown*, che ha determinato fra i suoi effetti la sospensione di tutti i campionati e, di lì a poco, degli allenamenti di squadra: sospensione che, non casualmente, è intervenuta soltanto quando imposta dall'evidenza e dalla legge, dopo strenui e poco lungimiranti tentativi di proseguire le attività *tamquam morbus non esset*. Ne sono esempi eclatanti la trasferta dei *supporters* dell'Atalanta, lasciati giungere a Lecce il 1 marzo 2020 da città già all'epoca limitrofa alla zona rossa e che, successivamente, avrebbe fatto registrare un impressionante numero di vittime; o alla disputa della partita Juventus - Inter in data 8 marzo 2020, con le scuole già chiuse da giorni in tutta Italia. Infine, è storia di questi giorni, Federazione e Leghe (specialmente di serie A) stanno ininterrottamente spingendo verso la ripresa dei campionati, a costo di terminare la stagione ad agosto inoltrato ed eseguire tamponi a tappeto su tutti i tesserati. Questo, nonostante le autorità sanitarie esprimano ripetute perplessità e gli altri sport collettivi abbiano decretato la conclusione della stagione 2019/2020.

La ragione di questa ostinazione è chiarissima: dallo stop forzato i conti economici delle società sportive subiscono un contraccolpo enorme. Tutte le entrate cessano di colpo (diritti tv, sponsorizzazioni, biglietti dello stadio), mentre inalterati restano i costi, che già in condizioni normali sono eccedenti rispetto ad esse. In più, vengono meno i traguardi sportivi stagionali, che in alcuni casi erano a portata di mano ed avevano costituito la ragione degli investimenti. Si comprende, perciò, come al centro della strategia delle società, oltre alla spinta verso la ripresa delle competizioni interrotte, vi sia il contenimento delle spese e, fra queste, soprattutto quelle per emolumenti a tecnici e atleti.

Catturano la scena, perciò, gli istituti del diritto civile: innanzi tutto l'impossibilità temporanea della prestazione, di cui all'art. 1256 c.c., che sembra giustificare la sospensione dei pagamenti per tutta la durata del periodo in cui la prestazione non può essere erogata per cause di forza maggiore e forse, come si vedrà, apre spiragli verso lo scioglimento dei contratti più onerosi; in secondo luogo

la rinegoziazione delle condizioni economiche, connotata da profili di doverosità alla luce della clausola generale di buona fede e del principio costituzionale di solidarietà, particolarmente stringente nella sua portata precettiva in tempo di emergenza epidemiologica.

I soggetti di questi rapporti non sembrano essersi fatti trovare pronti a questa sfida, e le cronache sportive narrano per ora di un «muro contro muro»; unico caso in controtendenza è quello della Juventus, probabilmente il *club* nazionale più all'avanguardia a livello organizzativo, che già a fine marzo, precorrendo i tempi, aveva concluso tutti gli accordi di revisione dei compensi con i propri atleti. Per il resto, le Leghe di serie A e B assumono una posizione unilateralmente conveniente fra loro, senza consultare le controparti o almeno le associazioni che le rappresentano, i dettagli numerici degli accordi da raggiungere. Le associazioni che esprimono il punto di vista dei tesserati, a loro volta, danno la sensazione di non avere compreso che in caso di sopravvenienze così gravi il consenso all'adeguamento dei contratti costituisce un vero e proprio dovere giuridico, e non soltanto un eventuale atto di buona volontà, da dispensare o negare secondo i binari in cui si direziona la trattativa con la società di appartenenza.

4. La palla passerà presto ai Collegi arbitrali, che saranno chiamati a dirimere non pochi conflitti, specialmente laddove la ripresa dei campionati professionistici tardasse o non si potesse concretizzare.

Il piano delle istanze contrapposte presenta un'ulteriore peculiarità che potrebbe influenzare posizioni e soluzioni processuali: difatti, l'interesse di una delle parti in diversi casi non è tanto (o soltanto) quello di riequilibrare le condizioni del rapporto in ragione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma di giungere alla sua interruzione. Uno dei problemi principali che, anche nella fisiologia e al di fuori di contesti emergenziali, la cronaca sportiva porta in evidenza attiene alle difficoltà che le società incontrano nel liberarsi di vincoli pluriennali piuttosto onerosi, incutamente assunti e rivelatisi ingiustificati alla luce del rendimento sul campo di gioco. Sovente si innesca un braccio di ferro nel quale il giocatore, privo di mercato per via dell'elevato ingaggio e delle ultime prestazioni non all'altezza, insiste per il rispetto degli accordi in essere, mentre la società, che non riesce a trovare acquirenti, giunge ad offrire ricche proposte di «buonuscita» pur di potersi liberare del contratto. In periodo di blocco per pandemia, situazioni come queste pesano sul bilancio in modo ancor più grave: le proposte di rinegoziazione potrebbero perciò tendere piuttosto a un *commodus discessus* che all'adeguamento dei termini economici del rapporto.

L'interrogativo si sposta sui poteri che potrebbero essere esercitati dai Collegi arbitrali, eventualmente aditi in esito al fallimento delle trattative individuali. Ora, se la rinegoziazione, di fronte a un evento straordinario quale quello pandemico, è un obbligo delle parti, fondato sul principio di solidarietà e sulla clausola generale di buona fede, e non una mera facoltà rimessa a scelte strategiche discrezionali; e se i protagonisti della trattativa lo contravvengono, irrigidendosi sull'ossequio a patti intervenuti in tempo di fisiologia; in presenza di questi presupposti, quali rimedi rientrano nelle prerogative dell'organo chiamato a dirimere il conflitto?

Astrattamente, le strade possibili sono la revisione del contenuto economico del contratto, ovvero il suo scioglimento, semmai ottenuto attraverso una abbreviazione della durata del vincolo e accompagnato da un equo indennizzo economico per il tesserato.

Nessuna delle suddette vie è piana ma, per quanto si dirà, tutte paiono praticabili a seconda del contesto: la scelta, di volta in volta, dipenderà dal concreto atteggiarsi degli interessi controversi, perché solo da questo emerge quale sia lo strumento giuridico capace, nel caso singolo, di meglio contemperarli socializzando le negatività della calamità sanitaria.

La perequazione *ex officio* del rapporto, divenuto eccessivamente squilibrato in virtù di eventi straordinari e imprevedibili, è già da tempo adombbrata dalla dottrina civilistica quale concreta alternativa alle tutele risolutorie o invalidanti. Essa conferisce effettività ai doveri di rinegoziazione ipotizzati in capo ai privati, che per essere tali debbono presupporre una sanzione in caso di violazione; quanto meno, la possibilità di un intervento giudiziale che ponga rimedio all'ingiustificato rifiuto delle parti, o di una fra esse, di adoperarsi per una ridefinizione condivisa del rapporto. Le applicazioni concrete, nella prassi delle Corti, non sono state fin qui frequenti, anche per una sopravalutazione dell'ostacolo codicistico: gli artt. 1467 ss. c.c. non contemplano alternative alla risoluzione, se non in caso di offerta di modifica delle condizioni contrattuali da parte del contraente nei confronti del quale lo scioglimento è stato richiesto. Peraltra, non è affatto improbabile che una prima spinta all'innovazione possa venire proprio dagli organi arbitrali della Giustizia sportiva, che per la loro natura speciale si sentono più liberi, rispetto ai giudici ordinari, di esprimere flessibilità nell'adozione dei rimedi più adatti alle controversie loro sottoposte.

La soluzione dello scioglimento, sebbene si inscriva con maggiore agio nel solco del Codice civile, abbisogna di requisiti piuttosto stringenti. Il varco, più che nell'eccessiva onerosità, può essere rinvenuto nella disciplina dell'impossibilità sopravvenuta e, segnatamente, di quella temporanea, cui fa riferimento l'art. 1256, comma 2, c.c.: ivi è stabilito che per tutto il tempo in cui la prestazione non può essere erogata per cause di forza maggiore il debitore non è tenuto ad eseguirla.

In base alla medesima previsione, laddove l'impossibilità dovesse protrarsi per un tempo oltre il quale non vi sia più interesse per il creditore a fruirne, l'obbligazione potrebbe estinguersi, e perciò il contratto a prestazioni corrispettive risolversi. Non è escluso che alcune società sportive possano provare a battere questa strategia per liberarsi di ingaggi onerosi che sono poco funzionali già nella fisiologia del rapporto, ed ancor più in una situazione di blocco ed incertezza sui tempi della ripresa. La strada non è semplice, in quanto all'argomento così costruito potrebbe replicarsi che gli atleti, anche in tempo di fermo, devono obbligatoriamente seguire – specie fin quando la ripresa dei tornei sia evento configurato come possibile – prescrizioni (di allenamento e alimentari) che, comunque, rientrano nel concetto di esecuzione della prestazione, con contenuto relazionato al particolare momento. Ulteriore ostacolo potrebbe essere individuato sia negli accordi collettivi di categoria, che pongono rigidissime limitazioni ai casi di possibile licenziamento dei tesserati, sia – a livello di legislazione nazionale – nell'art. 46 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), che vieta ai datori di lavoro, fino al 16 maggio 2020 (ma è da presumere che vi sarà proroga fin quando durerà l'emergenza), di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604. Norma certamente pensata per fattispecie collocate agli antipodi di quelle in esame, ma che a stretto rigore potrebbe anche ad esse considerarsi applicabile.

Infine, potrà influenzare la percorribilità dell'approdo il riscontro della correttezza dell'operato di chi lo invoca, anche alla luce della tempistica e del concreto svolgersi delle trattative: difficilmente troveranno accoglimento richieste strumentali, che malcelassero il pretesto del COVID-19 per azzerare totalmente ogni impegno assunto in precedenza. In effetti, allo scioglimento del rapporto si potrebbe semmai giungere in seconda istanza, se la società riuscisse a dimostrare di aver ricercato ripetutamente una soluzione concordata per la revisione del vincolo con il tesserato, constatando una chiusura pregiudiziale da parte di quest'ultimo e, dunque, l'impossibilità di rinegoziare il contenuto del contratto. In questa ipotesi, fra le alternative a disposizione dei Collegi giudicanti potrebbe esservi quella di disporre, a titolo di modifica economica delle condizioni dell'accordo, non necessariamente la riduzione del compenso dovuto ma, per esempio, un ridimensionamento temporale del rapporto contrattuale, ove questo sia pluriennale. Spesso, difatti, è proprio l'eccessiva durata del contratto, incautamente disposta in una fase in cui appariva economicamente sostenibile e foriera di ritorni tecnici che non si sono verificati, a strangolare i bilanci societari: oltre a pesare come costo superfluo e prolungato, quando non ripagata da prestazioni eccellenti, essa condiziona le strategie di rafforzamento tecnico, paralizzando nuovi investimenti per tutti gli anni in cui perdura il vincolo. Certamente, si tratta di contratti stipulati liberamente e mediante trattative paritarie, ma in un frangente diverso in cui la pandemia, il conseguente venir meno di cospicui introiti da tv e

spettatori, il blocco più o meno prolungato delle competizioni, erano tutti eventi neanche lontanamente immaginabili. In casi simili la rinegoziazione può battere, alternativamente, le strade di una riduzione quantitativa dei compensi, ovvero di un accorciamento condiviso della durata del rapporto. La chiusura pregiudiziale, di una o entrambe le parti, potrebbe condurre, nel contenzioso sportivo, tanto a una decisione di revisione dei termini economici del contratto, quanto alla previsione di una interruzione anticipata del rapporto, semmai con una misura indennitaria di riequilibrio. In tempi emergenziali, ma fors'anche in senso assoluto, non è affatto da escludere che un Collegio arbitrale possa annoverare tale potere fra quelli rientranti nelle proprie prerogative atte a dirimere il conflitto tra le parti.

In fondo, si tratta si fare sapiente utilizzo del «giusto rimedio», attagliato al novero dei concreti interessi coinvolti, che già nell'ambito del processo ordinario la dottrina ha ricostruito quale bussola decisionale capace di ordinare la complessità delle fonti e delle tutele nell'ordinamento vigente (PERLINGIERI, P.: “Il «giusto rimedio» nel processo civile”, in *Giusto processo civile*, 2011, p. I ss.). In quello sportivo, connotato da una connaturale componente di elasticità, potrebbe viepiù costituire occasione per garantire la sopravvivenza del movimento, nell'interesse di tutti coloro che ne sono protagonisti attivi e se ne giovano. Uno dei luoghi comuni più abusati, dal momento in cui questa tragedia ha sconvolto il mondo, è quello per il quale l'umanità dovrebbe uscirne migliore. Senza cedere a tanta retorica, può darsi che ne esca migliore almeno il calcio: più sostenibile e meno distante dalle difficoltà quotidiane della gente comune che, con la sua passione inesauribile, alimenta il giocattolo e fa sì che nonostante tutto non si rompa.



MORATORIA EN EL PAGO DE LAS HIPOTECAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA POR EL COVID-19

MORATORIUM IN THE PAYMENT OF MORTGAGES DURING THE STATE OF ALARM BY COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 492-501



Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Para afrontar las consecuencias que el COVID-19 está ocasionando en nuestro país, se han aprobado normas que posibilitan la solicitud de la moratoria de las hipotecas de vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica y de segundas viviendas arrendadas en las que se ha dejado de percibir el pago del alquiler.

PALABRAS CLAVE: Moratoria; hipoteca; autónomos; estado de alarma, COVID-19.

ABSTRACT: *To face the consequences that the COVID-19 is causing in our country, regulations have been approved that make it possible to request the moratorium on mortgages for habitual dwellings, real estate affected by economic activity and second rented dwellings in which stopped receiving the rent payment.*

KEY WORDS: *Moratorium; mortgage; self-employed; alarm status; COVID-19.*

I. En los últimos meses nos ha tocado vivir un escenario que nadie esperaba. Una situación que surge de una “crisis sanitaria”, pero que ha provocado, y va a seguir provocando, un debilitamiento de la economía española, afectando a prácticamente toda la población, de un modo u otro. Por ello, desde que se decretó el Estado de alarma mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, para afrontar las consecuencias que esta pandemia está ocasionando en nuestro país, se han ido aprobando multitud de normas que complementan la declaración del Estado de alarma, o bien que se amparan en dicha declaración para poder adoptar medidas de todo tipo de índole para apoyar el empleo y la economía.

Bien, pues para suavizar las posibles consecuencias económicas de los más vulnerables, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias, estableció una serie de medidas entre las que incluyó la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19 (arts. 7 a 16). En él se establecía como requisito indiscutible para poder acogerse a esta medida que la moratoria a solicitar se tratase de adquisición de vivienda habitual, lo que dejaba fuera a autónomos o pequeños empresarios que estaban haciendo frente a una hipoteca porque compraron, por ejemplo, el local en el que desarrollan su actividad. Tras varias solicitudes por parte de estos colectivos, se logró que el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por lo que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, ampliase la posibilidad de solicitar la moratoria también para los inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales. También se amplió a aquellas viviendas distintas de la habitual, segundas residencias, pero financiadas con hipoteca y que se hallaban en régimen de arrendamiento, y cuyo arrendatario hubiese dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del Estado de alarma. Y el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ha aportado novedades de interés que se refieren a la formalización de estas moratorias.

2. Los acreedores afectados no solo son los acreedores sujetos a la supervisión del Banco de España, sino cualquier acreedor, incluidos los particulares, profesionales o intermediarios que la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios

• **Isabel J. Rabanete Martínez**

Profesora Asociada de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es

y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; o los que establezca la Ley 57/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El art. 8 RDL 8/2020 no hace distinción entre acreedores, por lo que debemos de incluir todo tipo de acreedores, tanto la Banca como otros acreedores hipotecarios.

3. No creo que sea necesario profundizar en lo que nos dice el RDL 8/2020 y lo que posteriormente modifica el RDL 11/2020, y después el RDL 15/2020, puesto que podemos encontrar infinidad de noticias sobre el tema. De lo que se trata en estas páginas es de intentar explicar los requisitos necesarios para poder acogernos a estas medidas implantadas por el Gobierno, y, sobre todo, ver cómo se está solucionando en la práctica.

Por lo que sí deberemos indicar es que para poder acogerse a esta moratoria deben cumplirse unos requisitos que no son, ni mucho menos, fáciles de cumplir. En primer lugar, aquellos que pretendan obtener la moratoria deben encontrarse en situación de desempleo, o en caso de ser empresario o profesional, sufrir una pérdida de ingresos o una caída en su facturación de al menos un 40%; en segundo lugar, no deben superar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, unos ingresos brutos por unidad familiar de un máximo entre tres y cinco veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante, IPREM) según las circunstancias que se establecen en el art. 16 RDL 11/2020; en tercer lugar, el total de las cuotas hipotecarias, más gastos y suministros básicos, debe resultar superior o igual al 35% de los ingresos netos que perciba la unidad familiar; y, por último, que a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, lo que aún no se sabe muy bien qué significa. El RDL intenta definirlo indicando que “a tal fin, se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente el total de la carga hipotecaria, entendida como la suma de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 19 sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,3”.

4. ¿En qué consiste la moratoria hipotecaria? Pues bien, esta consiste, según el RDL 8/2020, en una suspensión temporal de la deuda hipotecaria, y por tanto, la inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado durante el periodo de vigencia de dicha moratoria, medidas que también se aplican a los fiadores y avalistas del deudor principal.

Esta moratoria no supone la formalización de un nuevo contrato, ni siquiera una novación del ya suscrito, para producir efectos. Pero sí debe ser formalizada en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, lo que, sin duda, acarrea unos gastos importantes que, aunque se han visto reducidos por los Reales Decretos Leyes, deben ser asumidos por los acreedores. Además, y dado que durante el Estado de alarma no hay libertad deambulatoria, se establece la demora en la formalización e inscripción de las moratorias hipotecarias (art. 16 ter RDL 11/2020), las cuales deberán formalizarse una vez pasado el Estado de alarma, lo que, desde luego, no supondrá que la moratoria no se aplique, dado que aquélla deberá aplicarse en un plazo máximo de 15 días desde que se solicitó si se cumplen los requisitos establecidos legalmente. Y será el acreedor el obligado unilateralmente a elevar a público e inscribir los documentos en los que se formalice la moratoria hipotecaria (disposición adicional decimoquinta RDL 15/2020).

Esta norma es de calado, porque pone al deudor hipotecario en una posición de superioridad respecto al acreedor (al ser el agente vulnerable) al no requerir entre las partes acuerdo (por lo que el acreedor deberá aplicarla aunque no la acepte si se cumplen los requisitos), ni novación contractual alguna para que surta efectos. Y, además a ello se suma que si el deudor no posee todos los documentos que se establecen en la norma, podrá sustituirlos por una declaración responsable que incluya la justificación expresa de los motivos relacionados con el COVI-19 que le impulsan a pedirla (art. 17 RDL 11/2020). Evidentemente, el deudor que se aproveche de la moratoria sin cumplir los requisitos que establece el RDL, responderá de los daños y perjuicios que se ocasiones, así como de todos los gastos que se generen por la aplicación de la moratoria.

5. Uno de los problemas que se han planteado ha sido el referido al plazo durante el cual se puede solicitar la moratoria hipotecaria. La persona que quiera beneficiarse de esta moratoria debe solicitarlo en el plazo de hasta quince días desde que finalice el Estado de alarma, según el art. 13 RDL 8/2020, presentando los documentos acreditativos que se establecen en el art. 17 del RDL 11/2020. Sin embargo, es de máxima importancia tener en cuenta que el mismo RDL 8/2020 establece que las medidas urgentes que se establezcan para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, mantendrán su vigencia durante un mes después del fin del Estado de alarma. Por tanto, si aplicamos la norma en su literalidad, el deudor tendrá de plazo un mes y quince días desde la finalización el Estado de alarma, y no desde la finalización del estado inicial que se indicó en el RDL 8/2020.

6. En cuanto a los efectos de la moratoria, el RDL 8/2020 indica que durante su vigencia (que el RDL 11/2020 establece en tres meses mínimo puesto que puede ser ampliado por las partes o por Acuerdo del Consejo de Ministros) no se exigirá el pago de las cuotas hipotecarias, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente ni en un porcentaje. Y, además, deja claro el art. 14.2 que no se devengarán intereses, y así se repite en el art. 15. Pero, que la norma diga que no se devengan intereses ¿supone que se condonan? ¿o que se aplazan? Es decir, si atendemos al tenor literal del RDL 8/2020 cuando dice que “no devengarán intereses”, podemos perfectamente entender que si no se devengan es que se condonan. Sin embargo, esto no queda nada claro, y podría pensarse que esos intereses se suspenden, debiendo computarse de nuevo en la deuda cuando pase la moratoria. Entiendo que de los Reales Decretos Leyes queda claro que estamos hablando de una condonación, puesto que si no se devengan, y tenemos en cuenta los sinónimos del verbo “devengar”, entiendo que es lo mismo que decir que estos intereses no se deben percibir, no se deben cobrar.

7. Ante esta crisis, hay que decir que, es en estos momentos en los que las entidades financieras deben convertirse en aliadas de aquellas personas que han resultado más desfavorecidas por una situación que nadie esperaba. Y lo cierto es que, por la información a la que he podido tener acceso, las entidades financieras de nuestro país se están comportando bien en cuanto a la moratoria en el pago de hipotecas se refiere. Evidentemente, unas mejor que otras, pero, en general todas están poniendo su granito de arena para que nuestra economía pueda salir a flote lo antes posible.

Por tanto, en este momento, debemos afirmar que las entidades financieras están, quizás por primera vez, y ante una crisis que podríamos incluso llamar “sanitaria”, pero que desemboca en una crisis “económica”, apartándose del estricto principio de la consecución de beneficios y rentabilidad. Aunque muchos piensen que la banca no se va a hundir por conceder unas “pocas” moratorias en el pago de las hipotecas, debemos tener muy claro que estas entidades no son instituciones sin ánimo de lucro, y por tanto, todo lo que pongan de su parte supone un descenso de su beneficio. Por ende, toda iniciativa de la banca es bien aceptada.

De hecho, a la moratoria de hipotecas aprobada por el Gobierno, se ha sumado una iniciativa promovida por las entidades financieras, que ha ayudado y seguirá ayudando a las personas que así lo soliciten. Esta iniciativa se ha plasmado en aplazar hasta doce meses el pago de las hipotecas, de modo que durante los tres meses aprobados por el RDL se establece una moratoria en la que no se abonan

ni intereses ni capital, y después, a través de una novación contractual (u otra medida) se puede ampliar hasta un máximo de nueve meses más una moratoria del capital, de modo que durante esos nueve meses solo se pagarán intereses y otros costes. Por lo tanto, los afectados por la crisis del COVID-19 podrán aliviar sus gastos mensuales solicitando la moratoria de hipotecas aprobada por el RDL 8/2020 y/o acogerse al aplazamiento de hasta doce meses que están ofertando la mayoría de las entidades financieras, en los términos anteriormente expuestos.

La posibilidad de solicitar un aplazamiento de hasta doce meses en el pago de las hipotecas, normalmente mediante una novación contractual de hasta nueve meses (seis meses en el caso de préstamos personales), ha sido una idea impulsada por la CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorro), y la AEB (Asociación Española de Banca). Pero este aplazamiento solo se aplicaría a las hipotecas de primera vivienda, y debemos decir que es un período máximo, puesto que no todas las entidades financieras están de acuerdo con esta medida (y de hecho algunas entidades no lo están aplicando). Y en estos casos, cada entidad podrá fijar libremente a quien concede esa moratoria extra y por cuánto tiempo. La mayoría lo harán mediante novaciones contractuales, como ya he indicado, pero otras entidades financieras se están planteando realizar la ampliación de moratoria mediante un alargamiento del plazo de la moratoria inicial, entre otras opciones.

Hay que decir que toda actuación por parte de la banca que suponga hacer mucho más fácil que las personas que cumplen los requisitos establecidos puedan acogerse al aplazamiento tras los tres meses que se establece por decreto supone una gran iniciativa, aunque a veces también pueda tildarse de táctica para evitar enfrentarse con las posteriores ejecuciones hipotecarias, o volver a lo que ya vivieron en la crisis del 2008-2012.

8. En la práctica, las mayorías de las entidades financieras han desarrollado instrumentos para que los clientes puedan solicitar vía online la moratoria de las hipotecas, de modo que no es necesario que acudan a las oficinas, aunque hayan permanecido abiertas. Muchas de estas entidades financieras se ocupan de ponerse en contacto con los clientes vulnerables según las informaciones que poseen: pensionistas; aquellos que tienen las prestaciones de desempleo domiciliadas o que han empezado a cobrarlas durante el Estado de alarma; autónomos que están cobrando la prestación por cese de actividad. Y les ofrecen la posibilidad de solicitar, tanto la moratoria hipotecaria, como las moratorias de consumo (préstamos personales sin garantía hipotecaria o de tarjetas). Otras entidades remiten correos tipo informando de todo lo necesario a los clientes para que puedan solicitar la moratoria hipotecaria (documentación a aportar,

dónde poder solicitar parte de la documentación que deben presentar, requisitos para poder acogerse a la moratoria, condiciones).

La operativa más normal entre las entidades financieras es que haya un enlace en el que cumplimentan sus datos y a los pocos días, directamente por defecto, se bloquea la generación del recibo de la cuota que debe abonarse, y posteriormente se estudia si se cumplen todos los requisitos. Aunque debe decirse que no todas las entidades financieras actúan con esa rapidez. Lo que sí parece ser generalizado en todas las entidades financieras es que, si bien las oficinas se encargan de atender al cliente, de ponerse en contacto con ellos, recopilar la información necesaria y realizar la solicitud (cuando se hace desde la oficina y no vía online), en realidad quien estudia la concesión o no de la moratoria son los departamentos especializados que, en algunas entidades financieras, se ha creado específicamente al efecto.

Si bien es cierto que la posibilidad de solicitar la moratoria en el pago de hipotecas ha sido una importante aportación para ayudar a los colectivos más vulnerables, parece ser que no son tantas las personas que las solicitan, sobre todo porque no es tan sencillo solicitar la moratoria, hay que ser minucioso en la cumplimentación de la solicitud, y tener especial cuidado en el estudio del programa de amortización posterior cuando cese la medida, o cualesquiera otros detalles que estén incluidos en la misma.

9. Pero, hay que dejar claro que es cierto que esta “crisis sanitaria”, que ha supuesto un colapso en la economía, y parece ser que afecta más a un sector de la población, sobre todo autónomos y personas que trabajan por cuenta ajena y que tienen la obligación de abonar mensualmente la hipoteca de su vivienda habitual o del local de negocio donde ejerce su actividad profesional o económica, ha hecho que se apliquen medidas de extraordinaria urgencia que, además, se han legislado de forma prematura y con muchos puntos débiles, y que traerá consecuencias importantes.

Cuál será el plazo mínimo para la devolución de las cantidades comprendidas en la moratoria, o qué pasa con el incumplimiento de las obligaciones del acreedor, porque las del deudor se suspenden pero las del acreedor permanecen. Pero creo que el mayor problema lo tendremos cuando se plantea qué pasará con el “no devengo de intereses”, si se tratará de una condonación o solo de un suspenso en el pago. Porque parece ser que las entidades financieras, a pesar de que están trabajando para que las moratorias hipotecarias sean concedidas siempre que se cumplan con los requisitos, no tienen ninguna intención de condonar los intereses que dejan de devengarse, sino que más bien entienden que el RDL les

deja la posibilidad de que los intereses simplemente se suspendan, lo que traerá controversias que posiblemente terminen dirimiéndose en los tribunales, lo que podía haberse evitado con una clara redacción de las normas aprobadas y puestas en circulación.



INFEZIONE DA COVID-19 E RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA

COVID-19 INFECTION AND THE HEALTHCARE STRUCTURE'S LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 502-511



Stefania GIOVA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il contributo esamina la responsabilità civile per infezione da Coronavirus contratta dai destinatari di prestazioni mediche in strutture sanitarie e sociosanitarie, evidenziando come la valutazione sull'imputazione di tale responsabilità debba tenere conto nel caso concreto anche della particolare situazione di emergenza.

PALABRAS CLAVE: ICA (infezioni correlate all'assistenza); responsabilità; inadempimento.

ABSTRACT: *The paper examines the liability arising from Coronavirus infection contracted by patients receiving medical services in health and social care structures, highlighting that the evaluation and the charge of such liability must take into account also the particular emergency existing in the specific case.*

KEY WORDS: HAI (Healthcare-Associated Infections); civil liability; breach of contract.

I. Gli eventi imprevisti connessi alla pandemia da Coronavirus impongono al giurista di interrogarsi sulle risposte concrete che l'ordinamento è in grado di fornire alle controversie in materia di responsabilità sanitaria che possano insorgere a seguito di decisioni assunte e delle condotte tenute in occasione dell'emergenza.

In particolare, hanno destato molto clamore – richiamando l'attenzione di chi vi ha intravisto una volontà politica di proteggere i vertici amministrativi e gestionali delle strutture da eventuali azioni di responsabilità – alcuni emendamenti (poi ritirati e trasformati in ordine del giorno) presentati in sede di conversione in legge del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID – 19” G.U. n. 70 del 17 marzo 2020, convertito, con modificazioni, in l. 24 aprile 2020, n. 27, G.U. n. 110 del 29 aprile 2020) cosiddetto Cura-Italia, con i quali si tentava di limitare la c.d. responsabilità medica civile, penale ed erariale dell'esercente la professione sanitaria e della struttura.

Di là dalle questioni etiche bisogna domandarsi se innanzi alla straordinarietà degli eventi, l'applicazione delle norme già esistenti sia di per sé sufficiente a dare una risposta adeguata sul piano della responsabilità civile ai danni subiti dai pazienti e dal personale che presta la propria opera presso le strutture sanitarie e sociosanitarie.

2. L'emergenza sanitaria che interessa l'intero pianeta ha avuto inizio con la comparsa in Cina, alla fine del 2019, di un virus respiratorio ad altissima infettività in grado di provocare nei casi più gravi una sindrome respiratoria acuta ad elevata letalità denominata COVID-19 - COronaVirus Disease-2019 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, la quale il 30 gennaio 2020 dichiarava l'epidemia da COVID-19 “un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale” e il successivo 11 marzo “pandemia globale”(per gli approfondimenti cfr. www.iss.it, sito web dell'Istituto Superiore di Sanità).

I primi due casi di Coronavirus in Italia hanno riguardato una coppia di turisti cinesi, ricoverati in isolamento il 29 gennaio 2020 presso l'Istituto Nazionale per le malattie infettive Spallanzani di Roma.

• **Stefania Giova**

Ordinario di diritto privato, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: giova@unimol.it

Il primo caso di trasmissione secondaria (il paziente non era stato in Cina) si è verificato a Codogno, in Lombardia. Il 18 febbraio un uomo di trentotto anni veniva ricoverato presso il locale ospedale per una polmonite apparentemente non grave, ma resistente a ogni tipo di cura, che in poche ore faceva precipitare la situazione rendendo le sue condizioni molto gravi. Un'anestesista, resasi conto dell'inefficacia delle cure note in letteratura, decideva di sottoporlo alle indagini per il COVID e due giorni dopo, il 20 febbraio, ne veniva accertata la positività, divenendo il “paziente 1” per l’Italia.

Improvvisamente aumentavano i casi accertati in quell’ospedale e subito si registravano diversi focolai infettivi concentrati nelle comunità di piccoli centri del Nord Italia. A partire da Codogno e Vo’ Euganeo (i primi due comuni ad essere dichiarati “zona rossa”) in pochissimo tempo nascevano focolai disseminati in Lombardia, Emilia Romagna, Veneto e Marche.

Il Governo, preso atto della particolare diffusività del virus e del preoccupante incremento dei casi e dei decessi, emanava il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il medesimo giorno. Il provvedimento consentiva alle autorità competenti di adottare misure di contenimento e gestione adeguate e proporzionate all’evolversi della situazione epidemiologica nei comuni e nelle aree nelle quali risultava positiva almeno una persona della quale non era possibile individuare la fonte di provenienza del contagio. Le misure, incentrate sul c.d. distanziamento sociale, consistevano essenzialmente nel divieto di accesso o di allontanamento dal territorio comunale, nella sospensione di manifestazioni e di eventi di qualunque natura (culturale, sportiva, ludica, religiosa ecc.), nella chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni di formazione superiore, comprese le Università, ferma la possibilità di svolgimento di attività formative a distanza, nella sospensione di viaggi di istruzione in Italia o all'estero, nella chiusura di tutte le attività commerciali che non fossero di pubblica utilità, nell’obbligo di accedere ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l’acquisto di beni di prima necessità indossando dispositivi di protezione individuale o adottando particolari misure di cautela individuate dall’azienda sanitaria competente, nell’applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che avessero avuto contatti stretti con casi confermati della malattia.

In pari data, considerata la necessità di adottare tempestivamente le misure di contenimento contemplate nel decreto legge, un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri le applicava a dodici comuni, undici della Lombardia e uno del Veneto.

Con una serie di provvedimenti successivi della Presidenza le misure venivano inasprite ulteriormente e l’8 marzo applicate alla Regione Lombardia e a intere

province di Veneto, Piemonte, Emilia Romagna e Marche. Solo ventiquattro ore dopo, con il dPCM 9 marzo 2020 le limitazioni venivano estese a tutto il territorio nazionale e veniva vietata qualsiasi forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico (www.governo.it).

L'estrema contagiosità del virus e l'elevato numero di persone con sintomi che si recavano nei pronto soccorso ha trovato il Sistema Sanitario Nazionale italiano strutturalmente impreparato a fronteggiare l'improvviso e imprevisto numero elevatissimo di pazienti altamente infettivi e avari spesso la necessità di ricovero e di assistenza nei reparti di terapia intensiva: carenza di posti letto, di apparecchiature per la ventilazione assistita, di idonei dispositivi per la protezione individuale del personale sanitario, insufficienza di personale specializzato dei reparti di terapia intensiva.

Per ovviare alla carenza di personale sanitario, e in particolare di quello da impiegare nei reparti specializzati, le strutture, nell'immediato, hanno fatto ricorso agli operatori sanitari di altri reparti disponibili nella struttura – a volte privi della necessaria specializzazione – e richiamato in servizio medici e infermieri in pensione.

Il 20 marzo il Governo ha poi avviato una procedura d'urgenza per la costituzione di una *task force* di 300 medici per supportare le strutture sanitarie regionali, soprattutto della Regione Lombardia, nell'attuazione delle misure necessarie al contenimento e contrasto dell'emergenza COVID-19.

L'assenza di posti letto è stata in alcuni casi colmata mediante la riconversione di interi reparti in "Reparti COVID", in alcune regioni si è invece preferito realizzare *ex novo* "ospedali COVID". Tale ricollocazione dei pazienti in alcuni casi ha riguardato anche le Residenze sanitarie assistenziali, dove abitualmente soggiornano le persone più anziane.

Per sopperire alla carenza di dispositivi di protezione individuale per gli operatori sanitari (mascherine, guanti, camici ecc.) e di apparecchiature per i reparti di terapia intensiva (ad es. apparecchi per la ventilazione polmonare), il cui approvvigionamento attraverso gli abituali canali di acquisto si era dimostrato insufficiente, è stato nominato un Commissario che attuasse e sovrintendesse a quanto necessario.

I limiti strutturali e di personale nel momento di massima emergenza hanno posto la questione relativa alle modalità di selezione dei pazienti che potessero accedere alle terapie intensive. Un documento della Società italiana di anestesia analgesia, rianimazione e terapia intensiva ("Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni

eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili", 6 marzo 2020, www.siaarti.it) che, allo scopo di sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi e di rendere esplicativi i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità, indicava come criterio di scelta "la maggiore speranza di vita", ponendo un limite di età all'ingresso in terapia intensiva. Su una posizione condivisibilmente diversa il Comitato nazionale di bioetica, il quale, richiamando i principi sanciti negli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, punti di riferimento irrinunciabili per la relazione di cura, anche quando questa venga promossa in condizioni di estrema criticità, individuava il "criterio clinico" come il più adeguato alla scelta, reputando eticamente inaccettabile parametri di selezione basati su età, sesso, condizione e ruolo sociale, appartenenza etnica, disabilità, o anche sulla responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia e sui costi. Ha ritenuto, pertanto, che "il triage in emergenza pandemica", basato su *preparedness*, appropriatezza clinica e attualità (valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso) fosse lo strumento attraverso il quale soddisfare ragionevolmente, caso per caso, le richieste, contemplando il dovere di massima tutela del singolo paziente con gli obiettivi collettivi di salute pubblica ("COVID-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica", 8 aprile 2020, www.governo.it; per gli approfondimenti si rimanda a Rotondo, V.: "La decisión clínica en una situación de pandemia", in questa Rivista).

3. Nello scenario prospettato aspetti etici si intrecciano con quelli giuridici. In particolare, alcuni studi legali hanno effettuato discutibili operazioni pubblicitarie di promozione di offerte di assistenza nell'avvio di un contenzioso nei confronti degli operatori sanitari, i quali, invece, trovavano sempre più il sostegno e l'incoraggiamento da parte dell'opinione pubblica per gli sforzi compiuti nella loro attività, per essersi sottoposti a turni di lavoro massacranti, per aver operato a rischio della propria incolumità pur in assenza di dispositivi di protezione adeguati.

Il Consiglio nazionale forense, preso atto delle segnalazioni ricevute da alcune società scientifiche mediche, esprimeva la piena solidarietà nei confronti degli operatori sanitari e condannava ogni comportamento, in qualsiasi forma espresso che mirasse a profittare della situazione emergenziale, assicurando, al contempo, la vigilanza delle istituzioni forensi nell'individuare e sanzionare i comportamenti di quei pochi avvocati che intendessero speculare sul dolore e le difficoltà altrui in un momento di difficoltà per l'intero paese (www.consiglionazionaleforense.it).

Tale presa di posizione, condivisibile sotto il profilo etico, è anche servita a rassicurare il personale sanitario che, nella gestione di situazioni straordinarie e

con risorse limitate, avrebbe potuto propendere per comportamenti di cautela improntati alla c.d. medicina difensiva negativa, scegliendo di intervenire soltanto in condizioni di rischio limitato e somministrando esclusivamente terapie già validate dagli organi competenti.

4. Riprendendo il quesito in premessa, bisogna verificare se a partire dal sistema tracciato dal legislatore in materia di responsabilità sanitaria, l'ordinamento contenga in sé soluzioni capaci di dare risposte adeguate e ragionevoli alle legittime pretese di chi ritenga di aver subito un danno, fino a che punto si possa cioè trasferire il rischio sulle strutture e sugli operatori sanitari e quanto debba invece rimanere sui danneggiati di fronte a quello che si è verificato nei momenti di maggiore emergenza di una situazione già di per sé imprevista e imprevedibile.

La responsabilità civile sanitaria trova il suo riferimento normativo nella L. 8 marzo 2017, n. 24 che, all'art. 7, prevede un c.d. sistema di responsabilità a doppio binario, laddove l'esercente la professione sanitaria risponde per i danni prodotti a titolo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. (salvo che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente), mentre la struttura sanitaria e sociosanitaria, pubblica o privata, sul presupposto di un rapporto contrattuale atipico con l'assistito (c.d. di assistenza sanitaria o di spedalità) risponde dell'inadempimento dell'operatore di cui si avvale ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Come già evidenziato, con l'incalzare della pandemia è mancata una proporzione tra risorse umane e risorse strutturali disponibili e numero di persone ammalate sulle quali intervenire. Bisogna domandarsi se tale situazione abbia posto anche "problematiche di speciale difficoltà", nel qual caso il prestatore d'opera risponde solo nei casi di dolo o colpa grave ai sensi dell'art. 2236 c.c. o se, invece, l'inadempimento sia dovuto a una causa esterna non imputabile al debitore, la pandemia appunto (art. 1218 c.c.). In tale seconda ipotesi il giudice, nel caso concreto, dovrà valutare se la struttura sanitaria non abbia operato con sufficiente diligenza (*ex art. 1176 c.c.*) per evitare le conseguenze derivanti dalla sproporzione tra risorse e numero di pazienti.

5. Nella situazione delineata si inserisce la problematica connessa ai danni derivanti da infezioni ospedaliere o nosocomiali, più correttamente definite infezioni correlate all'assistenza (ICA - nell'espressione anglosassone HAI, *healthcare-associated infections*) e, cioè, quelle che si verificano in una struttura sanitaria (ospedaliera o sociosanitaria, di lungodegenza, ambulatorio, residenza

sanitaria assistenziale), non presenti o in incubazione nel paziente al momento del ricovero, che si manifestano durante la degenza o subito dopo le dimissioni. Vengono ritenute tali non solo quelle contratte dai pazienti già ricoverati nella struttura (i più esposti) o che vi accedono per ricevere assistenza o una prestazione sanitaria, ma anche quelle acquisite dal personale sanitario o dai visitatori (DUCEL, G., FABRY, J., NICOLLE, L.: "Prevention of hospital-acquired infections: a practical guide", 2002, 2nd ed., World Health Organization, Geneva).

Il veicolo di trasmissione può essere il contatto fisico diretto tra la fonte di infezione e il paziente (contatto persona-persone), ad esempio con la palpazione addominale. L'infezione può verificarsi anche in modo indiretto, quando la trasmissione dalla fonte al paziente avviene passivamente, mediante un oggetto intermedio (di solito inanimato), ad esempio un endoscopio precedentemente utilizzato su una persona infetta. Il passaggio dell'agente infettivo può, infine, avvenire per via aerea quando la fonte e il paziente sono molto vicini, come nella trasmissione attraverso le goccioline (*droplet*) che vengono emesse starnutendo o tossendo.

L'insorgenza delle infezioni produce un rilevante impatto non solo sugli ammalati, ma anche sulle strutture sanitarie. I primi, dal punto di vista della salute, sono costretti a sopportare una patologia infettiva ulteriore rispetto a quella di base e a subire eventuali conseguenze in termini di stress emotivo o disabilità funzionale, quando addirittura non sopraggiunga la morte. Il prolungamento della malattia può anche avere conseguenze economiche per i pazienti e per le famiglie. Per le strutture di degenza, poi, si determina un carico economico aggiuntivo collegato al prolungamento dei ricoveri, agli interventi terapeutici, agli esami diagnostici e di laboratorio, ecc., per patologie potenzialmente evitabili. Nel sistema sanitario pubblico, in definitiva, si verifica uno squilibrio nell'allocazione delle risorse già di per sé scarse.

Il rischio di trasmissione, intimamente connesso all'attività di assistenza sanitaria, può essere minimizzato, prevenendo in molti casi l'insorgenza delle infezioni con l'adozione di misure preventive parametrate a una preliminare valutazione del rischio di contagio.

Sotto l'aspetto normativo i primi interventi in Italia sono risalenti nel tempo e sono costituiti da due circolari ministeriali del 1985 e del 1988.

La prima, la n. 52 del 1985, concernente le prime "... linee guida in tema di lotta contro le infezioni ospedaliere...", individuava quale strumento di prevenzione la "... sorveglianza mirata...", da condurre mediante "... la raccolta continua di informazioni, analisi dei dati, applicazione di misure di controllo e valutazione dell'efficacia delle stesse". In particolare, indicava la necessità di istituire presso

ogni presidio ospedaliero un “Comitato” multidisciplinare per la lotta contro le infezioni, con il compito primario di definire programmi di sorveglianza e controllo. Fondamentale per la sorveglianza, l’individuazione di personale infermieristico specificamente dedicato al controllo delle infezioni. Determinante per la riduzione delle infezioni era considerata la formazione professionale del personale medico e di quello infermieristico. Alle Regioni, infine, spettava la gestione di propri programmi di controllo delle infezioni ospedaliere, il coordinamento delle attività dei “Comitati” e il potenziamento dei programmi di formazione professionale negli ospedali.

La circolare n. 8 del 1988 dedicava particolare attenzione alla attività di “sorveglianza”. Forniva, infatti, precise indicazioni sui criteri da seguire per la definizione delle infezioni, così da permettere il confronto dei dati raccolti in ciascun ospedale. Definiva, poi, i diversi “sistemi di sorveglianza” che ciascuna struttura ospedaliera poteva scegliere, adottando quello più consono alle risorse disponibili e agli obiettivi prefissati. Anch’essa coinvolgeva l’autorità sanitaria regionale affidandole la responsabilità dell’uniformità della raccolta ed elaborazione dei dati, al fine di poter predisporre i necessari interventi di prevenzione.

I due interventi hanno avuto l’effetto meritorio di sensibilizzare gli operatori sanitari e di consentire alle strutture ospedaliere di misurare le dimensioni del problema.

Dopo molti anni nei quali la questione non è stata affrontata dal punto di vista normativo, è intervenuta la legge n. 24 del 2017 che pone come uno dei pilastri a suo fondamento la “sicurezza delle cure”, da realizzarsi anche “mediante l’insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie (c.d. rischio clinico, che può intendersi come la probabilità che un paziente sia vittima di un evento avverso, cioè patisca un “danno o disagio imputabile, anche se in modo involontario, alle cure mediche prestate durante il periodo di degenza, che causa un prolungamento del periodo di degenza, un peggioramento delle condizioni di salute o la morte (KOHN, L., CORRIGAN, J., DONALDSON, M.: “To Err is Human: building a Safer Health System, in National Academies Press (US), 2000) e l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative” (art. I).

Nella sicurezza delle cure si ritiene rientrino a pieno titolo la prevenzione e il controllo delle infezioni correlate all’assistenza sanitaria. A tale scopo la legge prevede, all’art. 2, che in ogni regione è istituito il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, che raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente all’Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità. L’Osservatorio, istituito presso l’Agenzia

nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), acquisisce i dati e individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure, anche predisponendo con l'ausilio delle società scientifiche "linee di indirizzo". Queste ultime, dal valore meramente indicativo, vanno tenute distinte dalle linee guida previste dall'art. 5, che vincolano i professionisti nell'esercizio delle professioni sanitarie, producendo specifici effetti ai fini della valutazione della responsabilità.

Nelle ipotesi di infezioni correlate all'assistenza appare, di regola, ravvisabile una responsabilità autonoma e indipendente della struttura sanitaria, rispetto alla condotta del singolo professionista. Tale responsabilità, non riconducibile all'atto professionale, riguarda più specificamente gli obblighi derivanti dal contratto atipico di assistenza sanitaria (o di spadalità).

La struttura, pertanto, potrà essere chiamata a rispondere per un deficit organizzativo, ai sensi dell'articolo 1218 c.c. e l'inadempimento sarà valutato dal giudice nel caso concreto tenendo conto di quello di un debitore che si uniformi ai parametri di diligenza dell'art. 1176 c.c.

Nell'infezione da COVID-19 sicuramente potrà essere chiamata a rispondere per inadempimento la struttura sanitaria o sociosanitaria, salvo che dimostri di aver osservato diligentemente le regole di condotta in quel momento accreditate dalla migliore scienza ed esperienza del settore (art. 43 c.p.). Nel caso specifico, il livello di diligenza esigibile può essere misurato in funzione delle regole cautelari acquisite in quel momento: ad esempio, aver individuato percorsi specifici per i pazienti da coronavirus o sospetti tali, aver isolato pazienti già ricoverati per altre comorbidità, aver utilizzato i dispositivi di protezione individuale adeguati.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DERIVADOS DEL CONTAGIO DEL COVID-19 EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ABIERTO AL PÚBLICO

LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY INFECTION OF COVID-19 IN
RETAIL STORES AND COMMERCIAL ESTABLISHMENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 512-523



Fernando PEÑA
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El artículo analiza los problemas fundamentales que plantea al derecho de daños una demanda en la que un cliente reclama la reparación de los daños que ha padecido por haber contraído el COVID-19 en el establecimiento abierto al público de un empresario o profesional. El autor se ocupa sucesivamente de determinar el régimen de responsabilidad aplicable, de la especial problemática que plantea la relación de causalidad en los contagios de enfermedades, y del contenido y función del deber de diligencia del empresario.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; servicios defectuosos; causalidad; culpa.

ABSTRACT: *This paper analyses the major legal problems posed by an eventual lawsuit claiming damages for contagion of COVID-19 within the retail store or commercial establishment of an entrepreneur. The author deals with the following questions: the tort law rules applicable to such a case, the problems surrounding the proof of causation, as well as the content and role of the entrepreneur's duty of care.*

KEY WORDS: COVID-19; defective services; causation; fault; negligence.

I. El objeto primario del presente trabajo es analizar las condiciones que deberían concurrir para que se declarase la responsabilidad civil del titular de un establecimiento comercial abierto al público, en el caso de que uno de sus clientes interpusiese una demanda contra él, pretendiendo la reparación de los daños sufridos por haber contraído el COVID-19 en el establecimiento. Los hechos básicos del supuesto analizado son, por lo tanto, la visita de un potencial cliente a un establecimiento comercial durante la pandemia (por ejemplo, en alguna de las etapas de la desescalada en la que nos encontramos ahora mismo en España), el descubrimiento posterior, por parte del visitante, de que ha contraído el COVID-19, y la presentación de una demanda argumentando que el contagio se produjo en el establecimiento comercial del empresario o profesional demandado.

No analizaré, por lo tanto, ni la eventual responsabilidad que podría tener el mismo empresario o profesional en el supuesto de que quien se contagie sea uno de los trabajadores contratados por él, ni tampoco la que se podría generar respecto de los proveedores, prestadores de servicios u otros terceros empresarios que cooperen, de un modo u otro, en la actividad del establecimiento. Se trata también de supuestos de hecho abstractos interesantes, pero he preferido centrarme en los clientes del empresario. Esta elección, obviamente, nos sitúa en el marco de una relación de consumo, dado que todos los clientes (o potenciales clientes) que acceden al establecimiento comercial tienen la condición de consumidores en el sentido del art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

El hecho de que nos encontremos ante una relación de consumo conduce a que debamos preguntarnos, como cuestión previa básica, acerca de si resultan aplicables al caso que nos ocupa las reglas generales de responsabilidad del Código Civil (arts. 1902 CC y ss.), o si lo son alguno de los régimenes de responsabilidad establecidos en el libro III del TRLGDCU (cuya rúbrica es “responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”). En este sentido, pese a que la respuesta parezca, en principio, sencilla: por aplicación de la regla *lex specialis derogat lege generale* habrá que aplicar las normas de consumo y no la legislación civil general, lo cierto es que no lo es tanto. Y no lo es porque: a) para llegar a esa conclusión, alguno de los régimenes del libro III TRLGDCU tendría que ser capaz de abarcar al supuesto que nos interesa, y b) porque antes de excluir a ninguna regulación es preciso comprobar que las dos que se están considerando son excluyentes.

• **Fernando Peña López**

Profesor Titular Derecho Civil, Universidad de A Coruña. Correo electrónico: fernando.peña@udc.es

a) Comenzando por la segunda de las comprobaciones que acabo de plantear (a saber: si la aplicabilidad de los regímenes del libro III TRLGDCU excluye la de los del CC), lo cierto es que, desde el inicio, el legislador español –y también el europeo que creo las reglas sobre responsabilidad de productos- nunca han querido que los regímenes especiales de responsabilidad civil por daños al consumidor, excluyesen necesariamente a los de responsabilidad civil general. Tanto en la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que el gobierno refundió en el libro III TRLGDCU, se permitía al consumidor optar por ejercitar las acciones de responsabilidad civil general, en caso de que así lo prefiriese. Dado que el gobierno que refundió esas dos leyes aprobadas por las Cortes Generales, carece de competencia para modificar las normas que las componen, debe interpretarse que esta facultad de optar del consumidor sigue vigente [cfr., PARRA LUCÁN, M.A.: "Comentario del art. 128 TRLGDCU", en BERCOVITZ (dir.): *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, punto V (BIB 2009\3440)]. En conclusión, los regímenes del TRLGDCU y los del CC no son excluyentes.

b) En cuanto a la primera de las premisas para determinar la relación entre los regímenes del TRLDCU y los del CC (acerca de si existe en el TRLGDCU algún régimen que abarque la eventual responsabilidad por contagio que analizamos), a mi modo de ver, esta sí merece una respuesta positiva. De todos modos, no se trata de una respuesta evidente. Es preciso dar alguna explicación para justificarla. Esta necesidad se deriva de que los regímenes de responsabilidad del libro III TRLGDCU están pensados para reaccionar frente a los daños que se producen como consecuencia, por un lado (el de responsabilidad por productos defectuosos), de la tenencia o uso de los productos entregados por los empresarios y, por otro lado (los de responsabilidad por servicios defectuosos), de la prestación de los servicios contratados por los consumidores. Sin embargo, el caso abstracto de contagio que nos interesa no encaja bien del todo en ninguno de estos dos ámbitos fundamentales de regulación de los regímenes del TRLGDCU.

No encaja nada bien en la responsabilidad por productos del TRLGDCU, porque el único supuesto imaginable en el que la infección puede producirse por la tenencia o uso de un producto (infección por contacto del cuerpo del cliente con un bien infestado de virus) difícilmente será un caso subsumible en el capítulo I del título II del libro III TRLGDCU (en el que se regula la responsabilidad por productos). El régimen de responsabilidad contenido en ese capítulo regula la responsabilidad del productor, no la del titular de la tienda o establecimiento abierto al público. Se trata de una responsabilidad por defectos originarios del

producto y que, por consiguiente, queda excluida cuando: “es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto” (art. 140.b TRLGDCU). Así pues, sólo en el extraño caso de que “quepa presumir” que el producto ya estaba infectado por el virus cuando el productor lo puso en circulación, podría ser aplicado este régimen.

En lo que se refiere a los regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos (arts. 147 y 148 TRLGDCU), ambos están pensados para reaccionar frente a la prestación de servicios contratados por el consumidor. Por consiguiente, serán sin duda aplicables en todos aquellos casos en los que el cliente afirma haber contraído el virus mientras el empresario o sus dependientes le prestaban el servicio contratado dentro del propio establecimiento (mientras el peluquero le arreglaba su barba, o mientras el dentista le practicaba el empaste). Más dudas, sin embargo, podrían suscitar aquellos casos en los que el contagio que afirma haber padecido el consumidor no tiene que ver con la prestación de un servicio contratado por él y prestado dentro del establecimiento, sino con las propias condiciones del local comercial del empresario. Me refiero, por ejemplo, a aquellos casos en los que el cliente mantiene que el contagio se produjo en un local repleto de clientes, sin mantener la más mínima distancia entre ellos, al que había acudido para comprar algún producto. Por mi parte, entiendo que a todos estos supuestos de contagio debido a las condiciones del establecimiento comercial, se les puede aplicar, también sin problema, alguno de los regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos. El mismo hecho de tener un establecimiento abierto al público supone, en mi opinión, que el empresario está ofreciendo a cualquier consumidor que acceda al local un servicio de atención personal en condiciones de seguridad y salubridad. Se trata de una mera consecuencia del deber general de seguridad de los bienes y servicios del art. II TRLGDCU. En el momento en el que el consumidor accede al local, acepta tácitamente ese ofrecimiento del empresario, y surge para aquél una obligación de hacer (una obligación de prestar un servicio), cuyo contenido incluye la garantía de que la visita a local “en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración”, no supone “riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas” (art. 11.2 TRLGDCU). La defectuosa prestación de este servicio de atención en condiciones de seguridad es, a mi modo de ver, perfectamente incardinable en los regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos del texto refundido.

Una vez que los he considerado aplicables al caso de contagio que nos interesa, todavía falta por precisar cuál de los dos regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos del TRLGDCU (arts. 147 y 148 TRLGDCU) sería el

relevante. En concreto si lo sería el “régimen general” del art. 147, o el “régimen especial” del 148, al cual la doctrina siempre ha considerado un régimen de responsabilidad objetiva. En este sentido, no hay una respuesta única. Habrá que estar a las características del servicio a cuya prestación el consumidor atribuya el contagio. En concreto, la aplicación del régimen especial de responsabilidad objetiva depende de que pueda probarse que dicho servicio, por su propia naturaleza, exige “controles sistemáticos de calidad” y la “garantía de determinados niveles de eficacia y seguridad objetivamente determinados”. Como ilustración de lo que estas exigencias implican, el 148.2 TRLGDCU contiene una lista de servicios que quedan *ex lege* sometidos a este régimen de responsabilidad objetiva. Se trata de los: “servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”. Como puede apreciar el lector, salvo el caso de los servicios sanitarios, ninguno de los que están en la lista tiene especial interés para el supuesto que nos ocupa. Excepto el mencionado y los servicios de transporte (que no se ejecutan en el establecimiento mercantil y que merecerían un análisis específico), todos los listados son servicios que se prestan actuando sobre un objeto al que, por definición, no se le puede contagiar el virus. En cuanto a los servicios sanitarios, baste decir que la jurisprudencia española, desde siempre, ha hecho todo lo que ha podido por evitar la aplicación a los mismos de regímenes de responsabilidad objetiva (entre ellos, éste del art. 148 TRLGDCU) –un objetivo razonable, todo hay que decirlo-, para lo cual no ha tenido inconveniente en doblegar y retorcer la letra de la ley todo lo que le ha parecido necesario [uno de los últimos ejemplos de esta tendencia, respecto del art. 148 TRLGDCU, ha sido la STS 18 julio 2019 (Roj 2019, 2763) sobre responsabilidad por infecciones nosocomiales].

En definitiva, y sin perjuicio de que en alguna ocasión, pudiéramos encontrarnos con que podría resultar de aplicación el art. 148 TRLGDCU (piénsese por ejemplo, en la prestación de servicios de odontología o de podología, calificables, sin duda, como servicios sanitarios), la mayor parte de las veces será el régimen del art. 147 el relevante para resolver los supuestos de contagio del COVID-19 por prestación defectuosa de servicios.

2. Solventada la cuestión previa, consistente en determinar el régimen jurídico de responsabilidad civil aplicable al contagio del COVID-19, con la conclusión de que el cliente afectado tendría la posibilidad de elegir entre los regímenes de responsabilidad civil general del CC (normalmente, los de los arts. 1902 CC y 1903) y los regímenes de responsabilidad por servicios defectuosos del TRLGDCU

(normalmente el del art. 147), es el momento de explicar qué requisitos deberían cumplirse, en los unos y en el otro, para que prosperase la eventual acción ejercitada por el cliente contagiado. En este sentido, la diferencia fundamental entre estos tres régimen es se encuentra en que, en los dos primeros –al menos en principio- correspondería al cliente la prueba de la culpa o negligencia del empresario (o del dependiente del empresario, si lo que aplicamos es el art. 1903 CC). En el art. 147 del TRLGDCU, sin embargo, una vez probado que el daño se ha causado por el empresario prestador del servicio, a él le corresponde probar que ha cumplido “las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. Se trata, por lo tanto, de un régimen de culpa presunta, frente al régimen común del art. 1902 CC en el que el demandante es el que tiene que acreditar la culpa como hecho constitutivo de su pretensión [aunque este no es el objeto del presente trabajo, es necesario al menos apuntar que, a pesar de lo dicho, en ocasiones, el Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba de la culpa, también en el ámbito del art. 1902 CC, y que en la jurisprudencia actual esta “inversión” está reservada sólo para actividades generadoras -por naturaleza- de un riesgo o peligro especial, “superior a los estándares medios”, [cfr. PEÑA LÓPEZ, F.: “Comentario del art. 1902 CC” en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, T.IX, pp. 12759].

Al margen de la diferencia en cuanto a quién debe probar la culpa, así como de la necesidad de alegar que el daño se ha producido prestando un servicio en el marco de una relación de consumo si se opta por el art. 147 TRLGDCU, el resto de condiciones que deben darse para que el demandante tenga éxito son las mismas: además de la culpa (o de la no culpa), debe probarse que: a) el demandante ha sufrido un daño y b) que ese daño se encuentra en relación de causa-efecto con una acción u omisión del empresario. De estas tres condiciones básicas: culpa, causalidad y daño, la tercera, en el caso de contagio del COVID-19, estará constituida, obviamente por los daños físicos, patrimoniales y morales derivados del hecho de padecer la enfermedad (ya sea que ésta produzca la muerte del cliente, lesiones permanentes o sólo lesiones temporales). En cualquier caso, en España, todos estos daños y perjuicios es seguro que se valorarán conforme al sistema de valoración de daños personales de Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, TRLRCSCVM). Este sistema, previsto en principio sólo para daños derivados de accidente de tráfico, hace mucho tiempo que se emplea “con carácter orientativo” (en la práctica, esta cualificación apenas significa nada) por parte del TS para valorar cualquier daño personal. En realidad, la mención de este “carácter orientativo” tiene como única consecuencia la posibilidad para el demandante de probar que alguno de los perjuicios producidos por el hecho dañoso no está bien valorado

en el sistema del TRLRCSCVM (llamado coloquialmente, “el baremo”), y obtener una cantidad adicional por ello, que se sumará a la indemnización resultante de aplicar dicho sistema [cfr., v.gr., STS 8 abril 2016 (Roj 2016, 1420), que resuelve la vertiente española del caso del hundimiento del buque Costa Concordia]. Más allá de lo que se acaba de señalar, lo más interesante, en mi opinión, del supuesto que nos hemos planteado para hacer este análisis, tiene que ver con la relación de causalidad y con la culpa o negligencia.

3. El primero de los dos presupuestos de la responsabilidad que me faltan por analizar es la causalidad. Desde mi punto de vista, el más complejo de todos los que componen la responsabilidad civil. En el derecho español, como en cualquier otro derecho de nuestro entorno, el demandante debe probar que el daño que demanda (el derivado de haber contraído el COVID-19) es el efecto de una acción u omisión del demandado. En el supuesto objeto de análisis, el hecho a tener en cuenta será la prestación del servicio defectuoso por parte del empresario: bien del servicio de atención personal al cliente en condiciones de seguridad, dentro de los establecimientos abiertos al público (en la tienda donde se adquiere la camisa o la lámpara), bien del servicio en particular que el consumidor haya contratado y que se le presta en el propio establecimiento (el corte de pelo, la extracción de la muela, el masaje hidrotermal o la comida en el restaurante). Una vez acreditada esta circunstancia, será preciso además, comprobar que esa causalidad física o empírica (el hecho de que el cliente se ha contagiado en el local comercial) es, además, relevante jurídicamente. Este segundo componente de la causalidad, que en otros países recibe el nombre de causalidad jurídica o causalidad próxima, en España está constituido por llamada imputación objetiva.

En el caso del contagio, los problemas se centran en el primer componente de la causalidad: la prueba empírica de que el COVID-19 se ha contraído en el establecimiento del empresario demandado. Naturalmente, para conseguir una declaración de responsabilidad del empresario no es suficiente con la prueba de que el cliente se ha infectado con el COVID-19 y de que, además, ha acudido al establecimiento del empresario o profesional demandado. Es necesario probar que lo segundo es el antecedente causal de lo primero. Ello implica, en primer término, acreditar una secuencia temporal entre un hecho y el otro (el cliente debe haber estado en el establecimiento antes del contagio). Este simple suceder de los dos hechos en el tiempo ya no resulta fácil, en relación con un virus, como el SARS-CoV-2, cuyo período de incubación oscila entre los cinco y los quince días [cfr., v.gr., LAUER, GRANTZ et al.: “The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application”, en *Annals of Internal Medicine*, consultado 5 mayo 2020 (accesible

en www.annals.org]). Pero, si esto ya es complicado, todavía es más difícil probar que el contagio se produjo precisamente allí, en el local del empresario, y no en cualquier otro lugar (de camino al establecimiento, a la vuelta, o al acudir al trabajo al día siguiente).

Obviamente, probar con certeza dónde, cómo y cuándo se produjo la entrada de un virus nanoscópico como el SARS-CoV-2 en el cuerpo del cliente es del todo imposible. Todo lo más que podremos llegar a acreditar es que el hecho de contagiarse en el establecimiento del empresario es más o menos probable. Algo que no parece lo mismo que probar la causalidad. Sin embargo, lo cierto es que la imposibilidad de obtener la certeza en el ámbito probatorio no es infrecuente ni extraña en el mundo de la responsabilidad civil (ni, por extensión, en el mundo del derecho en general). Todo lo contrario, es algo cotidiano con lo que el ordenamiento jurídico y el derecho de la responsabilidad civil tienen que convivir necesariamente. Probar qué o cómo sucedieron ciertos hechos en el pasado es una actividad que exige, por definición, trabajar con probabilidades, y no con certezas [sobre esta cuestión, recomiendo la lectura del libro MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, ed. Civitas, Madrid, 2019].

Desde siempre, a esta realidad probabilística, en la que necesariamente debe operar el derecho, se la ha sometido a un tipo especial de normas a las que suele denominarse estándares probatorios. Estos estándares probatorios son normas de naturaleza procedural que establecen qué intensidad o grado debe tener la probabilidad de un suceso para que se entienda acreditada su realidad. Se trata de normas cuyo ejemplo más conocido es la norma, típica del derecho anglosajón, que ordena probar la comisión de un delito “más allá de toda duda razonable”, y que equivale aproximadamente a nuestra presunción de inocencia. En la práctica, esta norma implica que es necesario acreditar una probabilidad muy alta de ocurrencia, para que se considere probado, un hecho delictivo (se suele cifrar en un 85-90%). Otra norma de este tipo, muy común en el derecho español, es la que ordena presentar un “principio de prueba” para que se produzcan determinados efectos procesales. Es lo que sucede, por ejemplo, con la exigencia de presentar “un principio de prueba” para que se admita la demanda de paternidad. En el lenguaje de las probabilidades, esta exigencia supone que el que quiere interponer la demanda de reclamación de paternidad debe probar que existe un cierto grado de probabilidad de que, efectivamente, sea hijo de quién afirma serlo (un grado que podríamos cifrar quizás en un 20-25%).

En definitiva, para conocer cómo debemos solventar el problema de la incertidumbre acerca del contagio del COVID-19 en el establecimiento del empresario, es necesario determinar el estándar probatorio aplicable a una

cuestión de derecho de daños como la que analizamos. En este sentido, si estuviera escribiendo sobre derecho inglés o americano, la respuesta sería rápida y sencilla: en un supuesto de derecho de daños, el estándar probatorio aplicable es el general del “mayor grado de probabilidad” (*on a balance of probabilities*). Este estándar establece que, para entender acreditado que el COVID-19 se contrajo en el establecimiento del empresario, el demandante debe ser capaz de probar que existen más probabilidades de que así fuese, que de lo contrario. Obviamente, corresponderá al juez determinar si la prueba aportada al proceso satisface ese nivel de probabilidad. Para ello será importante acreditar hechos como que el cliente apenas había salido de su domicilio, que siempre llevaba elementos de protección y cumplía con las normas de seguridad, el nivel de desprotección e incumplimiento que existía en el establecimiento comercial, la existencia de otros casos detectados por haber visitado el mismo establecimiento, así como los datos disponibles sobre transmisión comunitaria del virus en el lugar de residencia del cliente, entre otras muchas circunstancias. De lo que se trata es de convencer al juez de que lo más probable es que el demandante se contagiase donde él afirma haberlo hecho, aunque puedan existir dudas razonables de que así ha sido [puede consultarse, por ejemplo, VELDSMAN, J.: “One size does not fit all”, en *De Rebus*, december 32/2013, accesible en <http://www.saflii.org/za/journals/DEREBUS/2013/247.html>, sobre un caso de derecho sudafricano de responsabilidad por contagio, en el que se aplica esta estándar básico del derecho anglosajón].

¿Es este mismo criterio de la mayor probabilidad aplicable al derecho español? A mi modo de ver sí. Aunque nunca se ha expresado por la jurisprudencia de la forma consciente y clara en la que se hace en el derecho anglosajón, es el único criterio que respeta el principio de igualdad de partes que rige el proceso civil español. Inclinarlo hacia arriba o hacia abajo, sería igual que beneficiar a una de ellas –demandante o demandado–, que necesitarían menos “intensidad probatoria” que la otra para que se entendiese probado un suceso que les interesa (vid. MEDINA ALCOZ, *op. loc. cit.*). En realidad, pienso que es este criterio el que está aplicando el Tribunal Supremo cuando utiliza, de forma poco rigurosa técnicamente, la teoría de la causalidad adecuada para probar la causalidad física (entendiendo acreditada la causalidad por el hecho de que parece razonable, conforme a las reglas de criterio humano, entender que existe relación de causa efecto en el caso de que se trate). Es más, en un supuesto de derecho de consumo como el que nos ocupa, en el que el consumidor es la parte débil de una relación asimétrica, exigir un mayor grado de probabilidad que el 51% para entender acreditado el contagio, nos conduciría necesariamente a beneficiar a la parte que se considera fuerte o predominante en la relación de consumo (el empresario, el cual, con una probabilidad de no contagio de menos del 49% no sería declarado responsable). Siendo así, como ya he dicho, en el asunto que nos interesa, lo único que se le debe exigir al demandante en materia de causalidad es convencer al juez de que

es más probable que se contagiase en el establecimiento del empresario, que lo contrario.

Probada esta circunstancia, ¿existe algún criterio de imputación objetiva que podría permitir excluir la responsabilidad del empresario? En otros casos de contagio de enfermedades, como catarros comunes, gripes, el sarampión, etc., entiendo que jugaría un papel destacado el criterio de los riesgos generales de la vida. Es bastante probable que, si alguien demandase a otra persona, exigiéndole responsabilidad por haberle contagiado, por ejemplo, la varicela (muy virulenta en los humanos adultos), el demandado pudiese alegar con éxito la falta de imputación objetiva porque contraer este tipo de enfermedades comunes, constituye uno de esos riesgos a los que todos estamos sometidos por el simple hecho de vivir en sociedad. Sin embargo, no parece que este criterio de imputación objetiva pueda servir al mismo fin exonerador en relación con la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, al menos en el caso de que en el establecimiento no se cumpliesen rigurosamente los protocolos de seguridad anti COVID-19. Como he expuesto en otra ocasión (PEÑA LÓPEZ, F.: *Dogma y realidad del derecho de daños: culpa, causalidad e imputación objetiva en el derecho español y en los PETL*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011), el límite de lo que está permitido y no permitido por el criterio de los riesgos generales de la vida suele estar determinado por el deber de diligencia exigible al demandado. Si éste lo ha vulnerado, el riesgo creado por la actuación del pretendido dañador habrá dejado de ser uno de esos riesgos generales que todos tenemos que asumir, al haberlo intensificado la propia negligencia del demandado.

4. Para concluir, quedan por analizar los problemas que puede plantear el último presupuesto que debe probar el demandante para conseguir la declaración de responsabilidad por contagio del COVID-19: la culpa o negligencia. En este sentido, no es complicado definir, en abstracto, el contenido del deber de diligencia del empresario o profesional en relación con el modo en que debe prestar servicios a sus clientes. De hecho, en España, como supongo que sucede en todo el planeta, llevamos meses debatiendo y discutiendo, política y socialmente, acerca de la necesidad o conveniencia de adoptar unas u otras medidas de precaución y cuidado para evitar la propagación de la enfermedad. Desde el comienzo de la pandemia, distintas autoridades públicas españolas en sus diversos ámbitos de competencia (pero sobre todo el gobierno central) han venido dictando normas, reglas y emitiendo recomendaciones acerca de cómo deben comportarse los empresarios de los distintos ramos de actividad y los ciudadanos en general. Estas normas de distinto rango (cuya claridad en cuanto a su contenido y ámbito de aplicación a veces deja que desear), así como las recomendaciones que las acompañan, son

las que conforman los diversos deberes de diligencia exigibles a los empresarios y profesionales. Con ellas, cada empresario debería conformar un protocolo de actuación cuyo cumplimiento, llegado el momento, sería la demostración de que satisfizo su deber de diligencia y que, por lo tanto, el contagio –aunque pudiera ser que tuviese lugar en su establecimiento- no se produjo por su culpa o negligencia.

Como suele suceder en muchos otros casos de responsabilidad civil, en un asunto sobre contagio del COVID-19 en un establecimiento comercial, no es posible la probabilidad causal con un simple informe pericial (en el supuesto que nos interesa es posible, a diferencia de lo que sucede, v.gr. en los casos de daños causados por radiaciones excesivas de una antena, llamar a un científico para que elabore un informe sobre la incidencia de la antena en la enfermedad del demandado). Por el contrario, no nos quedará más remedio que acreditar las probabilidades del contagio a través de las circunstancias que rodean al supuesto hecho dañoso. Debido a este motivo, la prueba de la diligencia y la de la causalidad, en un caso real de contagio del COVID-19, aparecerán entremezcladas. En efecto, si el cliente prueba que el servicio se le prestó sin mascarilla, sin que se mantuviesen las distancias con otros clientes y sin ofrecerle el líquido desinfectante de rigor, no sólo estará probando que el empresario actuó con culpa, sino además que la probabilidades de que se contagiase en ese preciso lugar son más elevadas.

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

RESPONSABILITÀ MEDICA E COVID-19: PRIME IMPRESSIONI

THE MEDICAL LIABILITY AND COVID-19: FIRST IMPRESSIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 524-535



Luca OLIVERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto si sofferma sull'operato dei medici nell'affrontare la situazione legata al coronavirus, dalla fase di diagnosi a quella di cura, sottolineando come tale operato debba essere valutato alla luce delle concrete circostanze in cui si sono verificati gli eventi. In tale ottica, le regole legislative e giurisprudenziali del sottosistema della responsabilità sanitaria già presenti nell'ordinamento italiano risultano idonee a tutelare i medici che abbiano agito senza colpa, dovendosi così escludere ogni ricorso alla solidarietà costituzionale.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; clausole generali; medico; responsabilità; causalità.

ABSTRACT: *The paper focuses on, and analyzes how the work of doctors in addressing the situation related to coronavirus, from the diagnosis phase to treatment one, be assessed in light of the concrete circumstances in which the events occurred. In this context, the legislative provisions already present in the Italian legal system seem suitable to protect doctors who have acted without fault, thus having to exclude any recourse to constitutional solidarity.*

KEY WORDS: COVID-19; general clauses; doctor; civil liability; causality.

I. “Sanno tutti le condizioni del povero spirito umano, il quale non riesce a mettere in moto le sue forze di riflessione, se l’esperienza con le sue prove non colpisce dolorosamente la vita, privandola di qualche cosa che le è necessaria” (CAPOGRASSI, G.: “Il diritto dopo la catastrofe”, in *Jus*, 1950, p. 177).

Con queste parole, l’Autore – nell’immediato secondo dopoguerra – inizia un’analisi profonda (a tratti così diretta e tagliente da apparire addirittura sconcertante per chi legge) e del tutto priva di retorica (invero, inutile e perniciosa in tali contesti) che lo spinge ad interrogarsi su cosa il mondo, e il mondo del diritto in particolare, abbiano imparato (e dovessero ancora imparare) dalla tristissima esperienza appena vissuta. Parole mai così attuali, specie in considerazione del costante paragone (prettamente giornalistico, ma non solo) tra il nostro tempo di pandemia e quello “di guerra”: la privazione di un “qualcosa di necessario” ci aiuta a riflettere e pensare al futuro alla luce di quanto appena accaduto.

Orbene, questo paragone – che potremmo definire come un dato di fatto di tipo spiccatamente narrativo – costituisce l’utile punto di avvio della breve riflessione che si vuole qui offrire: le restrizioni alla libertà di circolazione, a causa del “confinamento” che ne deriva, pongono tutti i soggetti nelle condizioni di interrogarsi su come affrontare al meglio tutte quelle particolari situazioni sulle quali la crisi ha inciso in maniera più o meno intensa. Il giurista, ovviamente, non può sottrarsi a tale compito (da ultimo, si veda IRTI, N.: “Il diritto pubblico e privato in un’epoca che fa eccezione”, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, p. 20: “Il diritto non è uno spettatore inerte della tempesta che infuria sul mondo. In tutti gli Stati, orientali e occidentali, il coronavirus ha determinato un’intensa e assidua produzione di norme. Questo è, per così dire, il «diritto di guerra»”) e dovrà, quindi, pensare – fin dai momenti iniziali dell’emergenza – ai nuovi problemi applicativi e alle soluzioni da predisporre: bisogna capire, dunque, se gli strumenti già a disposizione del giurista (quel famoso “strumentario giuridico”) possano risultare idonei ad affrontare la nuova, imprevista (e imprevedibile) e straordinaria contingenza e, cosa ancor più importante, tutte le sue possibili conseguenze; in caso contrario, e cioè ove si riscontri la necessità di un più puntuale intervento normativo derivante – ad avviso di chi scrive – da una assoluta impossibilità di adattamento delle norme già disponibili (o anche solo dal prevedibile esito pratico-applicativo che, nell’ottica del legislatore, non paia conforme alle sue valutazioni discrezionali, che possono essere volte a favorire un più equo e “giusto” assetto della realtà post-pandemica), si potrà allora procedere in tal senso.

• Luca Oliveri

Dottorando di ricerca in Diritto Privato Università di Genova. Correo electrónico: luca.oliveri@edu.unige.it

A questo punto, prima di procedere oltre, penso siano necessarie due brevi premesse, una di carattere metodologico (oltre che ermeneutico), l'altra di carattere sociologico.

La prima. L'estrema rapidità di diffusione del morbo ha colto tutti di sorpresa e ha inciso in maniera profonda sulle situazioni economiche, finanziarie e produttive. Tralasciando gli interventi di ordine pubblicistico volti a minimizzare tale impatto negativo, c'è da domandarsi come il civilista abbia accolto le prime (scarne, ma apprezzabili) indicazioni legislative contenute nei provvedimenti governativi (si veda l'art. 91 del d.l. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 27/2020). Alcuni Autori (BENEDETTI, A.M.: "Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020) hanno prospettato, in questo peculiare frangente, la possibilità di far diventare il rapporto obbligatorio "il luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse" (p. 8). Le clausole generali, dunque, vengono viste quale strumento idoneo a favorire l'"adattamento all'emergenza", pur "evitando automatismi eccessivi" (*ibidem*). Tuttavia, occorre a mio avviso riflettere sul fatto che le clausole generali sono uno strumento straordinario da utilizzare in tempi di ordinarietà, e non viceversa: esse garantiscono non soltanto l'"apertura dell'ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro" (RODOTÀ, S.: "Il tempo delle clausole generali", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 715), in assenza di una disciplina positiva soddisfacente.

Le clausole generali, nei cui confronti la dottrina "si è quasi sempre riferita con giudizi altamente elogiativi", servono come "valvola o [...] polmone dell'ordinamento" (PROTO PISANI, A.: "Brevi note in tema di regole e principi", in *Foro it.*, 2015, V, c. 456): la loro funzione sembra quindi essere quella di garantire un rimedio eccezionale a nuovi e straordinari episodi "problematici" in cui le norme di dettaglio esistenti finirebbero per produrre risultati contrari a quella evoluzione interpretativa favorita, invece, dalle clausole generali; evoluzione capace di tener conto di una molteplicità di fattori culturali, sociali e, non da ultimo, economici. Tale evoluzione, come si è accennato, deve però godere – in considerazione della formulazione generale delle clausole – di un solido retroterra che si sia sedimentato progressivamente e significativamente nel tempo, che sia quanto più diffusamente accettato e accettabile e, quindi, idoneo a rafforzare l'interpretazione della clausola stessa in un determinato senso: essa deve essere in grado di garantire il flessibile adattamento dell'ordinamento ai nuovi tempi, senza sacrificarne – di contro – l'intrinseca coerenza e corrispondenza con il contesto. È per questo che una situazione come quella che stiamo vivendo non può – per la sua eccezionalità e, si spera, anche per la sua limitazione temporale – rappresentare quel punto di svolta interpretativa incidente sulle clausole generali (mi riferisco,

naturalmente, alla solidarietà di cui all'art. 2 Cost.): se così non fosse, si rischierebbe di far deviare in maniera repentina (e, almeno potenzialmente, incontrollabile) l'attività interpretativa in una direzione che, nell'immediato, potrebbe forse sembrare quella maggiormente idonea ai tempi di crisi, ma che non è detto risulti essere, ad emergenza cessata, conforme a quello sviluppo – logicamente coerente – che l'ordinamento avrebbe avuto in mancanza dell'evento eccezionale. Di contro, e cioè qualora i postumi emergenziali (da intendersi, ovviamente, in senso stretto) dovessero essere così intensi e duraturi, di tale fattore si terrà conto nel procedimento interpretativo della clausola generale, il tutto però in un arco temporale decisamente più ampio e con l'intervento – fisiologico in tale campo – di tutti i formanti dell'ordinamento (così SCOGNAMIGLIO C.: “L'emergenza COVID-19 : quale ruolo per il civilista?”, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 5: la concretizzazione della clausola generale – nella specie buona fede – “richiede un approccio, per così dire, multilivello che interpella, allo stesso modo, oltre che il giudice, il legislatore ed il giurista teorico”).

La seconda. Dal momento in cui si è posta l'attenzione sulla reale e catastrofica portata degli effetti che il dilagare del virus stava producendo, i diversi mezzi di comunicazione – encomiabilmente – hanno dato il più ampio risalto alla meritoria e indefessa dedizione (che va ben oltre il semplice adempimento dei doveri lavorativi) con cui tutti gli operatori sanitari si sono prodigati nel far fronte all'emergenza. Tuttavia, bisogna evitare che il momento di riflessione a cui si è fatto riferimento in apertura tenda – una volta che l'attenzione dei media e dell'opinione pubblica si sia volta altrove – a non tenere in considerazione questa (attuale) euforica e lodante gratitudine, per sfociare, in definitiva, nella ricerca di un colpevole “a qualsiasi costo”. A tal proposito, seppur in ambito penalistico (ma alcuni aspetti non possono non essere condivisi pure dal civilista), risulta assai utile la lucida riflessione svolta in un agile volumetto di recente pubblicazione (SGUBBI, F.: *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019), in cui si evidenzia senza timore la sempre maggiore propensione ad attribuire grande rilevanza alle “fonti socialmente diffuse” (p. 28) al fine dell'individuazione e della punizione di un colpevole. In siffatto contesto, “i diritti della vittima sono potenzialmente infiniti e il credito morale di cui la vittima gode rende sempre giusta la sua causa” (pp. 29-30). Una precisazione. In tal modo, non si vuole affatto predicare (ma lo si vedrà meglio in seguito) il riconoscimento – a livello generale – di una causa di non punibilità, ma si vuol solo esternare la preoccupazione per i potenziali (rischiosi) esiti di un andamento ondivago («emozionale e compassionevole» direbbe il nostro Autore) di quella che – con un'espressione assai utilizzata, ma dal contenuto alquanto indefinito e fors'anco indefinibile – si suole chiamare “opinione pubblica”.

In conclusione, penso si possa notare la stretta connessione tra le due premesse e gli aspetti fortemente problematici che potrebbero scaturirne: il

mutamento della disposizione d'animo nei confronti di certi soggetti, unito alla libertà interpretativa del giudice giustificata dall'emergenzialità in relazione alle clausole generali, potrebbe finire col provocare un cortocircuito del sistema, cosa da evitare in maggior misura proprio in questi momenti "particolari". Infatti, si può "effettivamente dubitare se non sia proprio l'eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore" (SCOGNAMIGLIO, C.: "L'emergenza COVID-19", cit., p. 6).

2. A questo punto, e alla luce di quanto appena detto, pare opportuno riallacciarsi alla questione iniziale, e cioè analizzare se – all'esito del giudizio di adeguatezza degli strumenti legislativi già presenti – paia o meno necessario un intervento del legislatore in via eccezionale.

L'apparato normativo a disposizione del giurista, nel campo oggetto della presente indagine, è costituito – come noto – dalla legge c.d. Gelli-Bianco (l. n. 24/2017), pacificamente applicabile alle fattispecie concrete verificatesi in questo periodo (cfr. Cass. n. 28994/2019, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento. Gli speciali del Foro italiano*, n. I/2020, c. 377). Quest'ultima nacque con il preciso obiettivo di riportare ordine all'interno di quel particolare "sottosistema" della responsabilità civile "dotato di un'intrinseca razionalità" (DE MATTEIS, R.: *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. IX), stabilendo – in contrasto con quella giurisprudenza di legittimità fondata sulla teoria del "contatto sociale" (cfr. Cass. n. 589/1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332) – la responsabilità aquiliana del medico dipendente della struttura sanitaria (art. 7, c. 3), al fine di canalizzare la "responsabilità civile in capo alle strutture" e contenere i "guasti e [gli] sprechi della medicina difensiva" (PARDOLESI, R.: "Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria", in AAVV: *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)* (a cura di F. VOLPE), Bologna, 2018, p. 42) e mantenendo, invece, il regime della responsabilità contrattuale per la struttura sanitaria (art. 7, c. 1).

Tenendo conto di questa precisa (e, si spera, non giurisprudenzialmente sovvertibile in maniera surrettizia) scelta di campo e del relativo nuovo assetto degli oneri probatori tra medico e paziente, si proverà a formulare qualche considerazione su come le problematiche legate alla diffusione del virus possano incidere su questo sistema "riformato". Inoltre, prima di procedere, va evidenziato come – sempre nell'ottica di adeguatezza testé menzionata – l'attuale situazione possa offrire un utile "banco di prova" (quasi una sorta di stress test) per capire – a livello più generale – se la riforma della responsabilità sanitaria – arricchita da alcuni orientamenti della giurisprudenza – sia adatta a regolare, se non proprio tutte le

fattispecie caratterizzate dall'emergenzialità (e, quindi, non solo quelle legate ad un singolo e peculiare evento), almeno una buona parte di esse (ancorché, allo stato, non prefigurabili compiutamente nel loro concreto sviluppo): il grado di elasticità, dunque, è il parametro da utilizzare per il giudizio (immediato) a cui si cerca qui di dare risposta, giudizio i cui esiti possono però ritenersi suscettibili di influenzare fin d'ora anche le future valutazioni, il tutto con l'indubbio vantaggio di non dover ricorrere alle già menzionate clausole generali.

Come detto, la responsabilità del medico è qualificata come extracontrattuale, stante l'esplicito richiamo all'art. 2043 c.c. operato dall'art. 7, comma 3. Di conseguenza, per poter ravvisare una sua responsabilità, si dovrà fare riferimento a tutti gli elementi previsti dalla norma richiamata e procedere ad una puntuale verifica della loro sussistenza. Non si vuole in questa sede ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale sul tema e, pertanto, ci si soffermerà su di un singolo aspetto, e cioè quello relativo all'imputabilità al medico del fatto dannoso subito dal paziente.

Preliminarmente, non può non segnalarsi come, oggigiorno, il paziente che scelga di agire in giudizio contro il medico (sul tema dell'azione nel nuovo sistema si veda TURCI M.: "L'azione diretta del soggetto danneggiato nel quadro della nuova responsabilità sanitaria", in *Responsabilità medica*, 2019, p. 455 ss.) e debba sottostare al più rigido regime probatorio sembri quasi mosso da un *odium medici*: tale atteggiamento può forse spiegarsi alla luce di quanto si è appena esposto nel paragrafo precedente, e cioè la necessità di trovare un soggetto "persona fisica" a cui addossare la "colpa" (da intendersi non in senso proprio) di quanto accaduto, come se non bastasse – eventualmente – vedere condannata una struttura "impersonale".

Differenza probatoria sull'imputabilità, si è detto. Come noto, in ambito extracontrattuale i criteri previsti dal codice civile (e qui fruibili) sono la colpa o il dolo: si ritiene maggiormente interessante analizzare il primo criterio, anche per la sua intrinseca maggiore complessità rispetto al secondo. I primi tre elementi richiamati dall'art. 43 c.p. per la descrizione della colpa sono la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, ed è in relazione a tali parametri che devono essere valutate le diverse possibili condotte del medico causative di un danno alla persona, condotte che paiono essere – "grossso modo" – sussumibili in tre grandi (e classiche) macro-categorie: a) danni per omessa o tardiva diagnosi; b) danni da contagio e c) danni per cure non appropriate.

3. La tempestiva diagnosi (per una più completa trattazione dell'errore diagnostico si rinvia a ZENO-ZENCOVICH, V.: *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994 e, per la casistica esaminata, GRIBAUDI,

M.N.: "Il danno da perdita di chance", in *La responsabilità medica* (a cura di N. TODESCHINI), Milano, 2016) di un virus che è stato fin da subito connotato da un altissimo indice di contagiosità (in un'analisi condotta da numerosi studiosi – tra cui molti dell'Istituto Superiore di Sanità –, apparsa sul sito medrxiv.org l'11 aprile 2020 e successivamente menzionata dal sito istituzionale del Ministero della Salute italiano, dal titolo "Epidemiological characteristics of COVID-19 cases in Italy and estimates of the reproductive numbers one month into the epidemic", si può leggere, a p. 2: "The COVID-19 infection in Italy emerged with a clustering onset similar to the one described in Wuhan [...]. Initial R₀ at 2.96 in Lombardia, explains the high case-load and rapid geographical spread observed") pare essere un fattore assai rilevante con riguardo alla necessità di prestare, altrettanto rapidamente, i primi soccorsi (per le cure si rimanda a quanto si dirà *infra*) e, di conseguenza, diminuire il rischio di complicanze "severe" e, almeno potenzialmente, l'esito letale della patologia.

Sulla base di queste prime – e, dunque, parziali – evidenze scientifiche potrebbe affermarsi la sussistenza in capo al medico di una responsabilità per omessa diagnosi ove lo stesso non abbia riconosciuto i sintomi del morbo, in quanto sembrerebbe riscontrabile un nesso di causalità (materiale) tra la condotta del medico e l'esito infausto (in generale, sul nesso di causalità in relazione alla legge Gelli-Bianco, si veda Di CIOMMO, F.: "Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica", in *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., p. 85 ss.). Sennonché, alcuni elementi di fatto finiscono con l'incidere sull'imputabilità a titolo colposo della condotta di omessa o tardiva diagnosi. Il primo è costituito dalla "poca specificità dei sintomi comuni dell'infezione da coronavirus" (dalla pagina "Sintomi e diagnosi" del sito dell'Istituto Superiore di Sanità): fin dai primi momenti di manifestazione della malattia gli esperti hanno evidenziato non solo la presenza (numericamente non affatto trascurabile) dei soggetti cc.dd. asintomatici (i quali, non manifestando effetti empiricamente riscontrabili del contagio, possono essere ritenuti meno a rischio di esiti critici o fatali e, pertanto, in tal caso, verrebbe a mancare l'elemento finale del "danno" nel giudizio di responsabilità per omessa diagnosi), ma anche la possibilità che i primi sintomi siano confusi vuoi dal paziente vuoi dal medico quale manifestazione di un'altra patologia (quale, ad esempio, l'influenza stagionale).

È per questo motivo (ed ecco il secondo elemento di fatto) che lo strumento maggiormente raccomandato a fini diagnostici era (o è ancora? Il dibattito sull'utilizzo del mezzo dell'analisi sierologica entra ora nel vivo) costituito dagli ormai noti "tamponi", ma pure tali strumenti hanno presentato – in un numero non indifferente – una non totale affidabilità ("However, due to intrinsic limitations [...], sensitivity of RT-PCR at initial presentation ranges between 60% and 71%", "Chest CT Features of COVID-19 in Rome, Italy", reperito sulla pagina internet

della Rivista *Radiology*, 3 aprile 2020, p. 3). Inoltre, sempre con riguardo ai mezzi diagnostici, va doverosamente notato come la tomografia computerizzata (CT) al torace presenti un grado di sensibilità maggiore (“the diagnostic performance of chest CT in this study was in accordance with recently published data. Using RT-PCR as reference, we report a high sensitivity of 97%, moderate specificity of 56% and accuracy of 72%”, p. 8), ma si consenta di dubitare della concreta praticabilità di una soluzione diagnostica diffusa in tal senso orientata: l'enorme ed improvviso afflusso di pazienti con esito positivo del “tampone” avrebbe comportato la necessità di sottoporre tutti (o quasi) a questo ulteriore esame ospedaliero (siccome non si potrebbe escludere, perfino in presenza di sintomi lievi dovuti forse ad una prima forma di manifestazione del morbo, una successiva degenerazione della patologia, e questo rileverebbe dal punto di vista del nesso causale, *sub specie* della causa produttiva dell'effetto finale), soluzione decisamente non percorribile per la sproporzione tra numero di prestazioni richieste e macchinari disponibili.

Quanto appena esposto non deve far credere – ma lo si è già detto – che chi scrive auspichi l'introduzione di una nuova causa di non imputabilità, e ciò in quanto i criteri di valutazione della colpa sono sufficientemente elastici da poter tenere in debito conto tutte queste peculiari situazioni di fatto: la perizia dovrà essere valutata alla luce non tanto delle conoscenze mediche già in possesso di ciascun sanitario (le quali – ovviamente – non possono essere ancora possedute in relazione alla presente patologia virale in ragione della novità della stessa), ma di quelle che saranno fornite dalla comunità scientifica sulla base delle evidenze progressivamente ottenute dai diversi studi (in generale, sulla inaccettabile pretesa di “onnicienza” del medico e sulla necessaria valutazione «di tutti gli elementi del fatto concreto», si vedano le puntuali osservazioni di MARCHISIO E.: “Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina “difensiva””, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 209). In tal caso, dunque, non sembrano sussistere particolari problemi nell'applicazione della regola di cui all'art. 2236 c.c., siccome tale norma “introduce un criterio di valutazione dell'operato professionale da fondarsi su parametri oggettivi” (così DE MATTEIS, R.: *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Milano, 2017, p. 345).

I dati di fatto (e, dunque, elementi oggettivi) sopra menzionati paiono ben adatti, invero, ad entrare nel giudizio circa la perizia dell'operato del medico (*contra*, sul punto, FACCIOLO M.: “Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19”, in *rivistaresponsabilitamedica.it*, p. 4), con l'indubbio vantaggio, inoltre, di essere facilmente dimostrabili da quest'ultimo (soggetto su cui grava, per costante orientamento giurisprudenziale, l'onere di provare gli elementi integranti il regime di prova maggiormente favorevole di cui vuole giovansì).

Tuttavia, il medico, nello svolgimento delle sue prestazioni, dovrà mantenere dei livelli adeguati di diligenza e prudenza, onde evitare di incappare nel giudizio di responsabilità per non aver rispettato questi due ulteriori criteri, criteri che però dovranno essere apprezzati dal giudice – specie in sede di merito – in relazione alle concrete modalità in cui i soggetti hanno prestato le loro attività (sono noti i ritmi di lavoro estenuanti a cui i medici e, più in generale, gli operatori sanitari sono sottoposti in tale contesto e omettere tale incontrovertibile risultanza dal processo costituirebbe non solo una patente ingiustizia, ma anche una scelta del tutto illogica).

In definitiva, per quanto concerne questo primo aspetto di possibile responsabilità degli operatori sanitari, non può che rilevarsi come il ruolo del giudice sia particolarmente importante e delicato, ma non sprovvisto degli strumenti normativi per poter valutare compiutamente le vicende concrete sottoposte alla sua attenzione.

4. La seconda macro-categoria di danni presa in esame è quella "da contagio". Con tale espressione, si intende qui fare riferimento a tutti quegli ipotizzabili comportamenti per cui il medico o è diretto vettore del virus (perché malato) o utilizza sul paziente strumenti non igienizzati (o non sterili). Ebbene, la prospettiva rispetto al punto precedente sembra ora capovolgersi, in virtù del fatto che la perizia richiesta per utilizzare i dispositivi tipici della professione e per la loro disinfezione non richiede significative modificazioni dovute alla peculiare contingenza: riacquisiranno pertanto maggiore rilievo la diligenza e la prudenza.

Sul primo punto, emerge un altro elemento che ha caratterizzato l'intera vicenda, costituito dalla necessità di mantenere in servizio, a causa del numero non sufficiente di personale, quei medici che – pur infettati – fossero ancora in grado di espletare le loro mansioni. In questo caso, al medico è richiesto, mediante l'utilizzo di dispositivi di protezione, il rispetto di uno standard di diligenza nel non contagiare altri soggetti che è da quest'ultimo facilmente osservabile grazie alle competenze precedentemente acquisite; ove, invece, il medico malato – seppur diligente e prudente – abbia contagiato (sempre nell'esercizio delle mansioni, giova ricordarlo) altri soggetti a causa della mancanza di dispositivi di protezione individuali, la responsabilità andrà posta in capo ad altri soggetti, in particolar modo a coloro che ricoprono ruoli organizzativi e gestionali (il tema meriterebbe un'analisi approfondita che non può qui essere svolta. Ci si limita a rinviare a FACCIOLO, M.: *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, in particolare pp. 62-64 e alla dottrina citata).

Sul secondo punto, invece, si ritiene non applicabile all'attività di disinfezione degli strumenti (riconducibile al più generale tema delle infezioni nosocomiali, per il quale si rimanda a DE MATTEIS, R.: *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., p. 250 ss.) l'art. 2236 c.c., in virtù del “carattere del tutto ordinario d[elle] operazioni” (FACCIOLI M.: “Il ruolo dell'art. 2236 c.c.”, cit., p. 4): di conseguenza, il medico e gli operatori sanitari dovranno tenere una condotta diligente e prudente onde evitare di utilizzare strumenti infetti su pazienti sani (la problematica, invero, potrebbe essere limitata dalla predisposizione – come è stato fatto – di appositi percorsi per i soggetti infetti o potenzialmente infetti, così da limitare tanto il contatto tra pazienti transitanti nella struttura per altre patologie, quanto la promiscuità di ambienti e personale dedicati ai differenti ambienti). In ogni caso, va altresì rilevato, come – in sede processuale – debba essere dimostrato – con qualsiasi mezzo di prova – un nesso di causalità materiale tra il singolo comportamento del medico e l'evento “contagio”: le circostanze concrete finiscono (nuovamente) col costituire l'elemento essenziale della valutazione giudiziale, senza che si debba inutilmente generalizzare.

5. Come accade in relazione a tutte le nuove patologie, le cure da prestare ai malati rappresentano un aspetto molto problematico, in quanto basate su studi parziali e non confortate da un consolidamento temporalmente esteso (specie per quanto riguarda le possibili controindicazioni dei farmaci somministrati, spesso prodotti per la cura di malattie differenti). Siffatta problematica si è presentata in maniera ancor più complessa in riferimento al COVID-19. Infatti, in base ai dati pubblicati l'8 maggio dall'ISS (pagina internet istituzionale), è possibile rilevare come l'età media dei deceduti (80 anni) aumenti sensibilmente rispetto a quella media dei contagiat (62 anni): la popolazione colpita con esito letale è particolarmente anziana ed è ulteriormente caratterizzata da un pregresso stato di commorbosità non irrilevante (il 59,9% dei deceduti presentava 3 o più patologie, il 21,3% presentava 2 patologie; le più frequenti sono, nell'ordine: ipertensione arteriosa, diabete di tipo 2 e cardiopatia ischemica). Il medico chiamato a curare questa particolare tipologia di pazienti ha un compito non facile già in condizioni di normalità (sul rapporto tra linee guida e polifarmacoterapia, si veda l'esempio contenuto in FRANZONI, M.: “Colpa e linee guida nella nuova legge”, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 277-278), compito che si complica ancor di più laddove – come nel caso di specie – deve essere valutata attentamente l'opportunità di somministrare farmaci che, oltre ai loro (possibili) effetti collaterali, rischiano anche di interferire con quelli necessari per la cura delle patologie pregresse (sul sito dell'AIFA è presente una ricca pagina di suggerimenti e avvertenze per quanto concerne diversi medicinali).

Questo dato di fatto deve essere tenuto in debito conto nell'eventuale giudizio di responsabilità nei confronti del medico; di contro, la rilevanza di quest'ultimo potrà ridursi (ma mai azzerarsi a causa di quanto si è detto poco sopra) qualora il paziente che si ritiene leso per aver ricevuto farmaci non appropriati non presentasse patologie preesistenti oltre al COVID-19. Pertanto, torna in risalto la necessità di una scrupolosa analisi del fatto nelle sue specificità concrete, specificità sempre diverse da caso a caso e, quindi, non suscettibili di aprioristica trattazione unitaria.

6. In queste brevi – e, perciò, frammentarie e incomplete – riflessioni, si spera di essere riusciti a far emergere tanto i principali aspetti problematici della responsabilità del medico, quanto l'adeguatezza degli strumenti che il giudice avrà a disposizione in ipotetici (e si spera non numerosi) procedimenti. La precisa scelta di campo del legislatore del 2017 in favore della responsabilità di tipo aquiliano del medico (scelta che si colloca all'interno di un movimento "oscillatorio" nel tempo tra i diversi regimi di responsabilità del medico e il rispettivo rigore probatorio, come evidenziato da MARCHISIO, E.: "Evoluzione della responsabilità civile medica", cit., pp. 189-191) è dunque assai utile e pienamente opportuna in questo preciso contesto, e ciò in ragione della intrinseca elasticità delle norme codistiche che regolano la materia, norme che sembrano idonee a disciplinare anche situazioni "emergenziali".

MEDIDAS DURANTE EL COVID-19 Y DERECHO MERCANTIL
(PARTE I: ASPECTOS SOCIETARIOS Y DEL MERCADO DE
VALORES)

MEASURES UNDER COVID-19 AND COMMERCIAL LAW (PART I:
COMPANY AND STOCK MARKET ASPECTS)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 536-549



José Miguel
CORBERÁ
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis generada por la pandemia del COVID-19 ha obligado a tomar múltiples medidas de diferente índole para paliar sus efectos bajo el estado de alarma. Entre estas medidas se encuentran aquellas que repercuten en diversas instituciones del Derecho Mercantil, como son las referentes al Derecho de sociedades y el Mercado de Valores.

PALABRAS CLAVE: Derecho Mercantil; sociedades; mercados de valores; COVID-19 ; medidas.

ABSTRACT: *The crisis generated by the COVID-19 pandemic has forced it to take multiple measures of different kinds to mitigate its effects under the alarm state. These measures include those that have repercussions on various commercial law institutions, such as those relating to company law and the stock market.*

KEY WORDS: *Commercial Law; companies; stock markets; COVID-19 ; measures.*

I. A través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14/03/2020 [en adelante RD /2020]), se declaró estado de alarma, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19. Su entrada en vigor se produjo en el momento de su publicación en el BOE, de acuerdo con la Disposición Final Tercera del RD 463/2020. Su vigencia, inicialmente, se extendía por un periodo de quince días conforme estableció su artículo 3, y para todo el territorio nacional como se previó en el artículo 2 del citado RD 463/2020. Entre las múltiples medidas adoptadas en este RD 463/2020 se encuentra la suspensión de los plazos procesales prevista en la Disposición Adicional Segunda, por la que, salvo en algunos supuestos concretos expresamente previstos en esta disposición, se suspendieron términos, así como también se suspendieron e interrumpieron los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, al tiempo que se estableció que el cómputo de los plazos se reanudaría en el momento en que perdiera vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo. Pocos días después se aprobó el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020 [en adelante RD 465/2020]), por el que se introdujeron en el anterior RD 463/2020 diversas modificaciones orientadas a reforzar la protección de la salud pública y asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales.

De manera coetánea a las anteriores medidas de gestión de la crisis sanitaria, centradas en la contención reforzada y con indudables efectos económicos, se han aprobado diversas normas que se proyectan de manera específica en la actividad económica y que afectan a diversas normativas correspondientes al Derecho Mercantil. De la misma fecha que el RD 465/2020, tanto en su aprobación como en su publicación, es el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020 [en adelante "RDL 8/2020"]), que entró en vigor el 18 de marzo, y que prevé medidas frente al COVID-19 con incidencia en diversas instituciones del ámbito del Derecho Mercantil. Se trata de un conjunto de medidas positivizadas, en concreto, en los artículos 40 a 43 que

• **José Miguel Corberá Martínez**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil. Universitat Politècnica de València – CEGEA. Correo electrónico: jcorbera@upv.es

integran en el Capítulo V del RDL 8/2020, bajo la rúbrica, “Otras medidas de flexibilización”, y, asimismo, en la Disposición Final Cuarta. Estas medidas atañen, en lo que ahora interesa, a diversos aspectos societarios y del mercado de valores en los que se centrará el presente trabajo, así como a otros referentes a los plazos de caducidad de los asientos del registro y el plazo del deber de solicitud del concurso (se incluye también en el Capítulo V, el régimen particular para la suscripción de convenios de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relacionados con la gestión de la emergencia sanitaria, que tampoco será objeto de este trabajo). El Preámbulo del RDL 8/2020 expresa que su objetivo, con carácter general, es ‘contribuir a evitar un impacto económico prolongado más allá de la crisis sanitaria, dando prioridad a la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas’. Para ello las medidas previstas se orientan a un triple objetivo: el refuerzo de la protección de los trabajadores, familias y colectivos vulnerables, el apoyo de la continuidad en la actividad productiva y del empleo, y finalmente, el refuerzo de la lucha contra la enfermedad.

2. Con el título “Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado”, el artículo 40 del RDL 8/2020 establece un conjunto de normas que flexibilizan diversos aspectos del curso de las personas jurídicas de Derecho privado, entre las que cabe destacar en este momento las sociedades. La flexibilización se deduce, con carácter general, de la modificación de aspectos que afectan a los órganos de la sociedad y al cumplimiento de determinados deberes característicos del Derecho de sociedades. Se trata, principalmente, de aspectos de carácter formal en los que se posibilita que la presencialidad se realice de forma síncrona a través de medios de telemáticos, y, asimismo, también de aspectos de carácter temporal. Las medidas de carácter temporal entrañan la prórroga del periodo para el cumplimiento de un determinado deber, o un nuevo plazo, una vez finalice el estado de alarma.

De una forma más concisa, en primer lugar, el artículo 40.I RDL 8/2020 estableció que durante el periodo de alarma las sesiones de los órganos de gobierno (como bien puede ser la junta general de una sociedad), y de administración de las sociedades mercantiles y del consejo rector de las sociedades cooperativas (así como de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones y sociedades civiles y del patronato de las fundaciones), podrían celebrarse por videoconferencia, aunque los estatutos no lo hubieran previsto. Para ello, el propio precepto preveía, inicialmente -en su redacción original-, la concurrencia de diversos requisitos. El primer requisito consistía en que se asegurara la autenticidad, sin mayor indicación al respecto, si bien cabe apreciar que la autenticidad debe

referirse al carácter verdadero y legítimo de la reunión y de sus participantes. El segundo hacía referencia al medio y al carácter síncrono en el que se tenía que desarrollar la sesión, al especificar que se tratara de una conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto. Esta flexibilidad se extiende de igual manera a las comisiones delegadas y demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuvieran constituidas las sociedades y personas de Derecho privado. Finalmente, el artículo 40.1 RDL 8/2020 establece que en estos casos la sesión se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica, lo que ya se estableció en la redacción inicial de la norma. Sin embargo, la redacción del anterior precepto fue modificada por la Disposición Final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 91, de 01/04/2020 [en adelante "RDL 11/2020"]). Esta modificación amplía los medios para llevar a cabo las sesiones de manera no presencial en sentido físico y las garantías de su desarrollo, en un intento de disipar las dudas que pudiera generar la alusión a la "auténticidad". En concreto, la redacción vigente del artículo 40.1 RDL 8/2020 contempla que las sesiones de los órganos de gobierno y administración antes citados puedan celebrarse no solo por videoconferencia, sino también por conferencia telefónica múltiple, para lo que se requiere, en primer lugar, que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, en segundo lugar que el secretario del órgano reconozca su identidad y así lo exprese en el acta y, en tercer lugar, que el Secretario remita dicha acta de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. Por otra parte, también se permite, de acuerdo con el artículo 40.7 RDL 8/2020, que el notario requerido para asistir a una junta general y levantar acta de la reunión pueda emplear medios de comunicación a distancia en tiempo real siempre garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial.

A estos efectos, es oportuno recordar que el Derecho de sociedades ya contaba con la posibilidad de celebrar y asistir de manera no presencial en el sentido físico a una sesión, como es de ver en la regulación de la asistencia telemática a la junta de la sociedad anónima prevista en el artículo 182 de la Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03/07/2010 [en adelante "LSC"]). Este precepto también requiere la observancia de varias condiciones, como son el hecho de que la modalidad de asistencia telemática esté prevista en los estatutos, que dichos medios telemáticos garanticen debidamente la identidad del sujeto y que la convocatoria describa los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En este sentido, la norma destinada a las sociedades de capital permite que los administradores puedan determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular

quienes asistan de manera telemática, que se deberán remitir a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Asimismo, también prevé el artículo 182 LSC que las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se realizarán por escrito en los siete días posteriores a la celebración de la junta. A estos efectos, algunos sectores en la doctrina han sostenido la pertinencia de la asistencia telemática solo en sede de sociedades anónimas, mientras que otras aproximaciones han postulado que la posibilidad de que tenga mayor acogida en sede sociedades anónimas no debe mermar la posibilidad de su aplicación en el contexto de las sociedades de responsabilidad limitada, pues de esta manera, en abstracto, de igual forma los medios telemáticos deben servir para facilitar al socio de una sociedad de responsabilidad limitada el ejercicio del derecho de asistencia y de votación. Además, y como se ha puesto de manifiesto en la crisis sanitaria sin precedentes generadas por el COVID 19, las tecnologías que pueden permitir la asistencia y votación telemática, en la actualidad, son técnicamente solventes al tiempo que accesibles. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado abrió la posibilidad de la asistencia telemática en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, en su RDGRN de 19 de diciembre de 2012 (BOE núm. 22, de 25/01/2013) en la que, en primer lugar, se reconoce el cariz acotado a las sociedades anónimas que ofrece la normativa societaria al tiempo que se afirma que tampoco prohíbe su aplicación para las sociedades de responsabilidad limitada.

Otra medida extraordinaria establecida en relación con las personas de Derecho privado atañe a la posibilidad de alcanzar acuerdos en la modalidad de votación por escrito y sin sesión. De acuerdo con el artículo 40.2 RDL 8/2020, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades mercantiles (así como del resto de personas de Derecho privado antes relacionadas), podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión, aunque no se haya previsto en los estatutos. La activación de esta medida requiere la decisión del presidente y cuando lo soliciten dos miembros del órgano al menos. También se prevé la extensión de la medida al resto de comisiones y el reconocimiento del domicilio social como lugar de celebración. Finalmente, el artículo 40.2 RDL 8/2020 establece de manera expresa la aplicación del artículo 100 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE núm. 184, de 31/07/1996 [en adelante "RRM"]), a todos estos acuerdos, aunque no se trate de sociedades mercantiles. El artículo 100 RRM regula los supuestos especiales en el contexto de la documentación de los acuerdos sociales. Así, de acuerdo con este precepto, cuando la Ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia u otro medio que garantice su autenticidad, como ocurre en el contexto del estado de alarma, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los socios o, en su caso, de los

administradores, y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. Bajo esta modalidad se entiende que los acuerdos han sido adoptados en el domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos. Por su parte, en el supuesto de acuerdos del órgano de administración también se expresará que ningún miembro del mismo se ha opuesto a este procedimiento. Finalmente, el artículo 100.3 RRM establece que salvo disposición contraria de la escritura social, el voto por correo se deberá remitir dentro del plazo de diez días a contar desde la fecha en que se reciba la solicitud de emisión del voto, pues en otro caso carecerá de valor. De esta manera, a través del artículo 40.2 RDL 8/2020 se extiende a los órganos de gobierno y de administración de las personas jurídicas de Derecho privado una solución prevista, anteriormente en el artículo 248 LSC, para las sociedades anónimas cuyo órgano de administración sea un consejo de administración, al tiempo que las garantías previstas en el artículo 100 RRM para las sociedades mercantiles.

Otro conjunto de medidas extraordinarias se centran en el cierre del ejercicio y la formulación de cuentas previstas en el artículo 40.3 RDL 8/2020, que establecía en su redacción originaria un plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social para que el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada formule las cuentas anuales, y, en su caso, el informe de gestión. Además, preveía la suspensión, hasta que finalizara el estado de alarma, para formular los demás documentos que sean legalmente obligatorios por la legislación de sociedades, reanudándose el plazo por otros tres meses a contar desde la finalización del estado de alarma. Ahora bien, de acuerdo con la redacción inicial del artículo 40.4. RDL 40.4 8/2020, para el supuesto en el que el órgano de gobierno o de administración hubiera formulado las cuentas anuales del anterior ejercicio a la fecha de la declaración del estado de alarma, el plazo para la verificación contable de esas cuentas, si la auditoría fuera obligatoria, se entendería prorrogado por dos meses contados desde la finalización del estado de alarma. Sin embargo, estos preceptos también han sido modificados por la citada Disposición Final I.13 del RDL 11/2020, mediante la que, aun con diferente redacción, se establece de la misma forma la suspensión de la obligación de formular cuentas anuales y, cuando fuera exigible, del informe de gestión y demás documentos hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose por otros dos meses desde que finalice. Sin embargo, tras la modificación operada por el RDL 11/2020, también se reconoce la validez de la formulación de las cuentas que realice el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica durante el estado de alarma y la posibilidad de realizar su verificación contable, bien sea dentro del plazo legalmente previsto o bien acogiéndose a la prórroga prevista en artículo 40.4 RDL 8/2020, que tras la modificación llevada a cabo por el RDL 11/2020 reconoce la formulación de cuentas realizada a la fecha de declaración

del estado de alarma y la efectuada durante la vigencia del mismo y extiende la aplicación del plazo de dos meses de prórroga desde que termine el estado de alarma para la verificación contable de esas cuentas, no solo en el supuesto de auditoría obligatoria sino también en el de auditoría voluntaria.

Asimismo, también se establecen medidas extraordinarias que siguen el curso societario y que corresponden a la junta ordinaria por la que aprobar las cuentas del ejercicio anterior que, de conformidad con el artículo 40.5 RDL 8/2020, se reunirá necesariamente dentro de los tres meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formular las cuentas anuales. De esta forma, se articula un plazo en consonancia con las opciones que permite el artículo 40.3 y 4 en las que se prevé la suspensión del plazo de formulación, al tiempo que se reconoce la validez de aquellas realizadas durante el estado de alarma. En relación con la convocatoria de la junta general, el artículo 40.6 RDL 8/2020 regula otra medida extraordinaria. En concreto, para el supuesto en que se hubiera publicado la convocatoria de la junta general antes de la declaración del estado de alarma y su celebración fuera posterior se prevén las posibilidades de modificar el lugar y la hora, así como de revocar el acuerdo de convocatoria mediante un anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en su defecto, en el BOE. Además, en el supuesto de revocación el órgano de administración convocará de nuevo la junta general en el plazo de un mes a contar desde que finalice el estado de alarma.

El RDL 11/2020 ha introducido en el RDL 8/2020 el novedoso artículo 40.6bis en el que, más allá de establecer plazos de suspensión y de prórroga, permite a las sociedades mercantiles que hayan formulado las cuentas anuales y también convocado la junta ordinaria tras esta modificación, sustituir la propuesta de la aplicación del resultado contenida en la memoria por otra. A diferencia de las anteriores medidas centradas en flexibilizar diversos aspectos formales de carácter formal, la presente medida permite a las sociedades alterar la manera en la que van a tratar los resultados obtenidos en el ejercicio anterior a la luz de la actual crisis sanitaria y económica. Ahora bien, el cambio en la propuesta de la aplicación del resultado requiere su justificación por el órgano de administración sobre la base de la situación creada por el COVID-19 y que se acompañe del escrito del auditor de cuentas indicando que no habría modificado su opinión si hubiera conocido en el momento de su firma la nueva propuesta. El segundo inciso del nuevo artículo 40.6bis RDL 8/2020 establece la forma en la que se llevará a cabo la modificación de la propuesta de la aplicación del resultado. Así, en el supuesto en el que la junta general de una sociedad estuviera convocada, el órgano de administración podrá retirar la propuesta de aplicación del resultado del orden del día a efectos de someter una nueva propuesta a la aprobación de una junta general. Dicha junta se celebrará también dentro del plazo legalmente previsto para la celebración de la junta general ordinaria. Además, la decisión del órgano de administración

deberá publicarse antes de la celebración de la junta general que hubiera sido convocada. Finalmente, se permite la posibilidad de que la certificación del órgano de administración a efectos del depósito de cuentas se limite a la aprobación de las cuentas anuales, quedando pendiente la presentación posterior en el Registro Mercantil certificación complementaria relativa a la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado.

Otro grupo de medidas extraordinarias tocantes a aspectos societarios es el referente a la suspensión y prórroga del ejercicio de algunos derechos, como el derecho de separación del socio en las sociedades de capital hasta que llegué a su fin el estado de alarma previsto en el artículo 40.8 RDL 8/2020, o el deducido del reintegro de las aportaciones a los socios cooperativos que causen baja durante el estado de alarma, toda vez que se prorroga hasta seis meses después de que finalice el estado de alarma, de acuerdo con el artículo 40.9 RDL 8/2020. Semejante efecto de suspensión y prórroga se contempla en los supuestos del transcurso del término de la duración de la sociedad durante el estado de alarma, que conlleva que no disuelva de pleno derecho hasta dos meses después a contar desde la fecha en que termine el estado de alarma según el artículo 40.10 RDL 8/2020, y asimismo, de suspensión en el supuesto de concurrencia de causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad que acontezca con anterioridad o durante el estado de alarma, en el que el plazo legal de la convocatoria, por el órgano de administración, para alcanzar el acuerdo de disolución o aquellos tendentes a contrarrestar la causa, queda suspendido hasta que termine el estado de alarma, de acuerdo con el artículo 40.11 RDL 8/2020. Además, si la causa de disolución se produce durante el estado de alarma los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo, como establece el artículo 40.11 RDL 8/2020.

Finalmente, en relación con las causas de disolución -y en previsión de que las pérdidas generadas por la crisis del COVID-19 en el ejercicio 2020 comprometan viabilidad de un amplio volumen de sociedades de capital-, mediante el artículo 18 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 119, de 29/04/2020 [RDL 16/2020]), se establece la suspensión de la causa de disolución por pérdidas. Esta medida se proyecta, únicamente, sobre la causa de disolución prevista en el artículo 363.I.e) LSC que establece la causa de disolución de la sociedad por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Con esta medida, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020 a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.I e) LSC. El ámbito temporal de esta

medida se circumscribe al correspondiente al ejercicio 2020, pues como prosigue el artículo 18 RDL 16/2020, si en el resultado del ejercicio 2021 se aprecian pérdidas en el sentido previsto en el artículo 363.I.e) LSC, los administradores deberán convocar una junta, que también podrá solicitarse por los socios, en el plazo de dos meses contados desde el cierre de dicho ejercicio, para disolver la sociedad, salvo que se aumente o reduzca el capital social en la medida suficiente como para que no concurran los presupuestos de la causa de disolución. Asimismo, como prevé el artículo 18.2 RDL 16/2020, la anterior medida se debe entender sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso conforme el propio RDL 16/2020.

3. El RDL 8/2020 también contempla medidas extraordinarias específicas respecto al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas en su artículo 41, que también fue modificado por el RDL 11/2020. Dicho precepto aconseja realizar dos precisiones previas a la descripción de su contenido. La primera es que, a diferencia de lo previsto en el artículo 40 en el que se hace una referencia genérica a las personas de Derecho privado, el artículo 41 acota su aplicación a las sociedades anónimas cotizadas. La segunda ataña al hecho de que, a diferencia de las especialidades previstas en el artículo 40.I RDL 8/2020 que se establecen con un alcance que incluye a los órganos de gobierno y de administración, el artículo 41 únicamente alude a los órganos de gobierno, si bien contempla medidas destinadas de manera específica al consejo de administración. En síntesis, se trata de un conjunto de medidas aplicables a sociedades con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea durante el año 2020. Estas medidas se asemejan a las establecidas en el artículo 40 RDL 8/2020, por cuanto flexibilizan diversos aspectos formales que, con se dijo con anterioridad, de un lado, permiten la presencialidad de forma síncrona a través de medios telemáticos, y, de otro, afectan aspectos de carácter temporal, en la medida en la que establecen plazos para el cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter societario.

Al primer conjunto de medidas relativas a flexibilidad en la presencialidad a través de medios de comunicación a distancia corresponde la posibilidad de que el consejo de administración prevea en la convocatoria de la junta general la asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia en los términos previstos en los artículos 182, 189 y 52I LSC, conforme establece el artículo 41.I.C) RDL 8/2020. Al respecto, además de remitir a los comentarios realizados anteriormente, cabe recordar que en la actualidad no debe resultar extraña la realización de la junta general a través de medios telemáticos en el contexto de las sociedades anónimas cotizadas, prueba de ello es que la regulación de la asistencia telemática se proyecta en la LSC de manera expresa, únicamente, sobre la sociedad anónima. Este precepto permite también la realización de la junta en cualquier lugar del

territorio nacional y, asimismo, la posibilidad de recurrir a estas dos medidas en el supuesto en el que se hubiera convocado la junta general con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, en cuyo caso se exige la publicación de un anuncio complementario con al menos cinco días anterioridad a la celebración de la junta general.

También se contempla la posibilidad de que el órgano de administración acuerde mediante anuncio complementario la celebración de la junta de manera telemática en el supuesto de que las medidas impuestas por las autoridades públicas impidiesen celebrar la junta general en el lugar y sede física establecidos en la convocatoria y, además, no pudiera hacer uso de la facultad anterior expuesta. En este caso, el artículo 40.I.d).ii) RDL requiere que se ofrezca la posibilidad de participar alguna de las siguientes modalidades: asistencia telemática; representación conferida al Presidente de la Junta por medios de comunicación a distancia y voto anticipado a través de medios de comunicación a distancia. A estos efectos, el artículo 40.2 RDL 8/2020 reconoce, con carácter excepcional, la validez de los acuerdos del consejo de administración y de la Comisión de Auditoría que, en su caso, haya de informar previamente, adoptados por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, para lo que se requiere que todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para tal fin, y el Secretario reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta y en la certificación de los acuerdos que se expida. De la misma forma, que regula el artículo 40, la sesión se considerará única y celebrada en el domicilio social.

Al segundo conjunto de medidas, centradas en aspectos temporales, corresponde el plazo previsto en el artículo 41.I.a) RD 8/2020 para la publicación y remisión del informe financiero anual a la CNMV y el informe de auditoría de las cuentas anuales, que será de seis meses desde el ejercicio del cierre social, y para el que se reconoce la posibilidad de que se extienda durante cuatro meses más para la publicación de la declaración intermedia de gestión y el informe financiero semestral. Por otra parte, otra medida centrada en aspectos temporales, es aquellas por la que se permite que la junta general ordinaria se pueda realizar en los diez primeros meses del ejercicio social como establece el artículo 41.I.b) RDL 8/2020.

4. En relación con las sociedades también es oportuno dar noticia, finalmente, de dos medidas introducidas a través del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 112, de 22/04/2020 [en adelante “RDL 15/2020”]). Se trata, en primer lugar, de la medida extraordinaria para flexibilizar de forma temporal el uso del Fondo de Promoción y Educación de las Cooperativas con la finalidad de paliar

los efectos del COVID-19, prevista en el artículo 13 RDL 15/2020, por el que durante la vigencia del estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020, el Fondo de Educación y Promoción Cooperativo de las cooperativas podrá ser destinado, total o parcialmente, bien como recurso financiero, para dotar de liquidez a la cooperativa en caso de necesitarlo para su funcionamiento, o asimismo, a actividades para paliar la crisis sanitaria del COVID-19. En segundo lugar, el artículo 14 RDL 15/2020, establece una medida de flexibilización para las sociedades laborales consistente en prorrogar durante 12 meses más, el plazo de 36 meses contemplado en uno de los requisitos para la calificación de sociedad laboral previsto en el artículo 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (BOE núm. 247, de 15/10/2015).

5. En el ámbito de la regulación del mercado de valores, la crisis sanitaria y económica generada por el COVID-19 también ha motivado la reacción de los organismos competentes en la materia y de los legisladores en los diversos ordenamientos jurídicos. En concreto, en nuestro ordenamiento destacan, principalmente, dos medidas de intervención basadas como son, en primer lugar, la prohibición de las denominadas operaciones de posiciones cortas netas (así como la venta en corto con respecto a diversas sociedades cotizadas), y, en segundo lugar, el control de las inversiones extranjeras *ex ante*.

La primera de estas medidas es la prohibición temporal de la constitución o incremento de posiciones en corto netas sobre acciones cotizadas. Se trata de una medida de intervención acordada en fecha 16 de marzo de 2020 (y con efectos desde el día siguiente), por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante "CNMV"). Aunque inicialmente, esta medida se estableció con periodo de duración de un mes, a la fecha se ha prorrogado hasta el 18 de mayo. Como ha puesto de manifiesto la CNMV en su acuerdo de 15 de abril, mediante esta medida se busca dar respuesta a los riesgos e incertidumbre en la evolución de la economía y de los mercados generada por el COVID-19 y frente a la alta volatilidad y riesgo de que se produzcan movimientos de precios desordenados. Así, se prohíben, con algunas excepciones, las posiciones cortas netas en el sentido definido en el artículo 3.I del Reglamento (UE) N° 236/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DOUE L 86/I, de 24.3.2012 [en adelante RVC]). Dicho precepto define posición corta, en relación con el capital en acciones emitido de una sociedad (o con la deuda soberana emitida de un emisor soberano), la posición resultante de la venta en corto de acciones emitidas por la sociedad o de instrumentos de deuda emitidos por un emisor soberano, o de la realización de una operación que crea

un instrumento financiero o se refiere a un instrumento financiero distinto de los anteriores, cuando tenga como efecto conferir una ventaja financiera a la persona que realice dicha operación en caso de que disminuya el precio o valor de la acción o del instrumento de deuda.

Asimismo, la CMNV también acordó en fecha 12 de marzo de 2020 la prohibición temporal de las ventas en corto sobre acciones de 69 sociedades cotizadas, en atención a las extraordinarias caídas en los precios de las acciones europeas (-14,06% IBEX 35), con las que rebasaron los umbrales previstos en el RVC, en el que se definen las ventas en corto, en relación con una acción o un instrumento de deuda, como toda venta de los mismos sin que el vendedor los posea en el momento de cerrar el contrato de venta, incluso en el caso de que, en el momento de cerrar el contrato de venta, el vendedor haya tomado en préstamo, o acordado tomar en préstamo, la acción o el instrumento de deuda para su entrega en la fecha de liquidación. Se excluyen de esta definición la venta por una de las partes en el marco de un pacto de recompra, la transmisión de valores en el marco de un acuerdo de préstamo de valores y la celebración de un contrato de futuros u de derivados en el que se acuerde vender valores a un precio especificado en una fecha futura.

La aplicación de la prohibición de posiciones cortas no resulta novedosa en el ordenamiento jurídico español, toda vez que se estableció en diversos períodos comprendidos entre los años 2011 y 2013 como consecuencia de los efectos de la crisis económica iniciada en el año 2008. Sin embargo, tanto en aquella ocasión como en esta, dicha medida ha merecido diversas críticas fundadas en atención a su escasa efectividad y a los escasos beneficios que acarrea en aquellos territorios en los que se aplica con respecto a la situación económica de aquellos territorios en los que no se ha aplicado.

La segunda medida relevante para hacer frente a la crisis generada por el COVID-19 en el ámbito del mercado de valores es la consistente en el control sobre inversiones extranjeras deducido de la exigencia de autorización *ex ante* de las operaciones de inversión extranjera. Esta medida se recogió en la Disposición final cuarta RDL 8/2020, por la que se modifica la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE núm. 160, de 05/07/2003 [en adelante "LRJTE"]). La justificación de esta medida se encuentra, como se describe en el apartado VI del Preámbulo del RDL 8/2020, en el hecho de que el impacto de la crisis desencadenada por el COVID-19 sobre los mercados bursátiles es una amenaza incierta para las empresas españolas cotizadas, como también las no cotizadas, lo que explica la extraordinaria y urgente necesidad de modificar del actual modelo de

control de las inversiones extranjeras para introducir mecanismos de autorización *ex ante*. De esta forma, mediante la citada Disposición final cuarta RDL 8/2020 se llevó a cabo la modificación de la LRJTE consistente en la introducción de un nuevo artículo 7bis. Este precepto estableció que las inversiones extranjeras directas (en adelante “IED”), que son las realizadas por inversores residentes en países extranjeros, a excepción de aquellos integrados en la Unión Europea y en la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante “AECL”), quedaban suspendidas por motivos de seguridad pública, orden público y salud pública, en los principales sectores estratégicos, cuando tras la operación el inversor ostentara una participación de al menos el 10% del capital social de la sociedad española o en el caso de que tomara el control de su órgano de administración. Esta medida también se extendió a las empresas publicidad o de control público o de fondos soberanos de terceros países. De esta forma, de acuerdo con el nuevo artículo 7bis.5 LRJTE, la suspensión del régimen de liberalización determina que las operaciones de inversión queden sometidas a la obtención de autorización en los términos del artículo 6 LRJTE, pues en otro caso carecerán de validez y efectos jurídicos. Asimismo, un aspecto que ha sido objeto de crítica desde una perspectiva de técnica jurídica fue el contenido en el artículo 7bis.6 LRJTE en el que se estableció que la suspensión regiría hasta que se dictara Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se determinara su levantamiento. Este último precepto se suprimió a través de la modificación efectuada mediante el RDL 11/2020, en el que también se establece la modificación del artículo 7bis.1 LRJTE.

El Preámbulo del RDL 11/2020 justifica esta modificación sobre la misma necesidad apreciada anteriormente en el contexto del RDL 8/2020, si bien en esta ocasión la modificación consiste en la ampliación del ámbito de aplicación de la medida, que ahora afecta también a las realizadas por inversores residentes en países de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio, cuando están controlados por entidades que residan fuera de aquellos ámbitos territoriales. Por otra parte, otro objetivo de la modificación se centra en agilizar el procedimiento de solicitud de autorización previa. A estos efectos, la Disposición transitoria segunda RDL 11/2020 contempla un procedimiento transitorio en dos supuestos: en primer lugar, para las operaciones iniciadas cuando entró en vigor el artículo 7bis LRJTE, y, en segundo lugar, para aquellas con importe entre 1 y 5 millones de euros, al tiempo que se eximen de autorización *ex ante* las operaciones de menos de 1 millón de euros. Con todo, esta medida también ha merecido crítica centrada, tanto en su justificación como por la amplitud de sectores económicos a los que abarca.

MEDIDAS DURANTE EL COVID-19 Y DERECHO MERCANTIL (PARTE II: DERECHO CONCURSAL)

MEASURES UNDER COVID-19 AND COMMERCIAL LAW (PART II:
INSOLVENCY ISSUES)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 550-559



Felipe PALAU
RAMÍREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis generada por la pandemia del COVID-19 ha obligado a tomar múltiples medidas de diferente índole para paliar sus efectos bajo el Estado de Alarma. Entre estas medidas se encuentran aquellas que repercuten en diversas instituciones del Derecho Mercantil, como son las referentes al Derecho concursal.

PALABRAS CLAVE: Derecho Mercantil; insolvencia; concursal, COVID-19 , medidas.

ABSTRACT: *The crisis generated by the COVID-19 pandemic has forced it to take multiple measures of different kinds to mitigate its effects during the Alarm State. These measures include those that have effects on various commercial law institutions, such as those relating to insolvency issues.*

KEY WORDS: *Commercial Law; insolvency; bankruptcy; COVID-19 ; measures.*

I. Instituido el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14/03/2020), en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (en adelante, RDL 11/20), se extendió a las empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en los términos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, adoptándose ya algunas medidas dirigidas a la interrupción del plazo fijado para que el deudor en estado de insolvencia no tenga el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 43 RDL 8/20), que han sido sustituidas por la regulación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (en adelante, RDL 16/20); ello no obstante quedan vigente algunas disposiciones de orden laboral sobre suspensión de contrato y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, que se aplican a las empresas en concurso (véanse arts. 22 y 23 y Disposición adicional décima RDL 8/20. Especialidades en aplicación del Capítulo II a las empresas concursadas. Esta última disposición ha sido introducida por la Disposición final primera RDL 11/20; ver también sobre esta materia laboral la Disposición transitoria cuarta).

Puestos en antecedentes, el grueso de las medidas adoptadas en España para atemperar los efectos de la crisis del COVID-19 en materia concursal se contienen en el mencionado RDL 16/20 y, pese a adoptarse por los efectos que la crisis pandémica puede causar en las empresas, se aplican sin necesidad de justificar dicha afectación, lo que facilita su aplicación y evita las controversias en una situación como la actual en la que la crisis parece generalizada salvo para algunas actividades.

Las medidas adoptadas tienden fundamentalmente a dos objetivos: retardar hasta 2021 las declaraciones de concurso y los efectos del incumplimiento de los convenios de acreedores y de los acuerdos de refinanciación homologados, fundamentalmente la entrada en fase de liquidación, por una parte, y por otra, facilitar la conservación de la empresa mediante medidas dirigidas a facilitar la inversión en la empresa por personas especialmente relacionadas con el deudor, dejando de penalizar sus créditos, así como mediante la simplificación de la

• **Felipe Palau Ramírez**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat Politècnica de València – CEGEA. Correo electrónico: fpalau@upv.es

liquidación aumentando la discrecionalidad del juez para permitir la venta de la empresa o de unidades productivas por medios distintos de la subasta judicial o extrajudicial, lo que, por lo demás, ya se viene haciendo *de facto*. A estas medidas, se suman otras disposiciones que tienen por efecto la simplificación de trámites procedimentales para conseguir una mayor agilidad. A continuación, y a los solos efectos expositivos, se van a agrupar las medidas en 4 apartados: régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores; medidas relativas a los convenios y a los acuerdos de homologación judicial que permiten retrasar la entrada en fase de liquidación; medidas para facilitar la financiación de las empresas concursadas/en situación de insolvencia; medidas para simplificar y agilizar trámites y la liquidación concursal.

2. Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores. Entre las medidas para retardar los efectos de la situación de crisis, sin duda en la esperanza de una recuperación de la situación económica lo más rápida posible que permita a las empresas continuar su actividad tras superar una situación provisional de insolvencia, destaca la suspensión de la obligación de solicitar la declaración del concurso por el deudor, así como la limitación de su declaración por los acreedores.

Así, en cuanto al concurso voluntario, “(h)asta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio” (art. 11.1 RDL 16/20). Se trata, pues de una suspensión del deber, que no evita que el deudor puede solicitar ya su concurso, pero que impedirá la declaración del concurso como culpable por no haberse solicitado en el plazo de dos meses (art. 5.1 en relación con el artículo 165.1.1º LC) y exonerará también a los administradores de hecho y de derecho de la responsabilidad a la que podrían ser condenados de dar cobertura, total o parcial del déficit, en la medida en que su conducta haya generado o agravado la insolvencia (art. 172 bis LC). No se trata de un exoneración total de los administradores y demás personas objeto de la sentencia de calificación concursal de culpabilidad, puesto que el retraso podría haber sobrepasado los dos meses de plazo ya con anterioridad a la declaración del estado de alarma, o la culpabilidad puede inferirse de otras actuaciones, como alzamiento de bienes o graves irregularidades contables, cuyos efectos en la generación de deudas o aumento de su cuantía sí que deberá tenerse en cuenta en la cuantificación de la posible responsabilidad en el concurso solicitado transcurrido el plazo de suspensión legal.

Y respecto al concurso necesario, no solo no se admitirán a trámite las solicitudes presentadas desde la declaración del estado de alarma, sino que de presentarse una solicitud por el deudor antes de final de año, se tramitará ésta con preferencia a la solicitud presentada por los acreedores, aunque esta sea anterior (art. 11.2 RDL 16/20). La disposición transitoria segunda, apartado 1, extiende temporalmente esta previsión sobre el concurso necesario a las solicitudes presentadas por el deudor durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del RDL 16/20).

Queda abierta la cuestión de si durante este período de suspensión o exención de solicitar el concurso, corre, sin embargo, el plazo de dos meses desde la situación de insolvencia que sitúa al deudor en el deber de solicitar el concurso. En mi opinión, la previsión legal no es la interrupción del cómputo del plazo de dos meses sino la exención de presentar la solicitud del concurso, por lo que durante el estado de alarma y el resto de tiempo hasta el 31 de diciembre de 2020 corre dicho plazo de dos meses, bien para la solicitud del concurso, bien para la comunicación del artículo 5 bis LC. De ahí que, transcurrido, el período de exención, deba solicitarse el concurso si ya ha transcurrido el plazo de dos meses desde el estado de insolvencia, salvo que con anterioridad se haya realizado la comunicación del artículo 5 bis LC y no haya transcurrido todavía el plazo de su tramitación, que es de 3 meses. Esta interpretación parece confirmada por la previsión del párrafo 3 del artículo 11 RDL 16/20: "Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley".

3. Medidas relativas a los convenios y a los acuerdos de homologación judicial que permiten retrasar la entrada en fase de liquidación. La entrada en fase de liquidación concursal puede retrasarse si el deudor presenta, durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de marzo de 2021), una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en fase de cumplimiento. La solicitud, que deberá ser acompañada de "una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos" (art. 8.1, párrafo 1, RDL 16/20), ha de ser tramitada conforme a las mismas reglas vigentes, aunque ahora la tramitación ha de ser en todo caso por escrito, véase art. 115 bis LC que permitía ya al juez adoptar esta forma), y aprobada por las mismas mayorías que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, sin que afecte

“a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación” (art. 8.1, párrafo 2, RDL 16/20). Como señala DÍAZ MORENO, A.: “Modificación del convenio concursal (art. 8 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de mayo)”, GA_P, mayo 2020, p. 8, si la modificación no afecta a los créditos privilegiados sujetos al convenio originario, estos créditos continuarán sometidos al convenio originario en los términos previos a la modificación o quedarán en la misma situación que tendrían si nunca hubieran estado vinculados y, por tanto, en libertad para ejercitar las acciones individuales para el cobro de sus créditos. Los acreedores de la masa nacidos con anterioridad a la fase de cumplimiento del convenio quedarán al margen de la modificación conforme a las reglas generales. Tampoco dispone la norma ninguna regla especial sobre el contenido del convenio, que seguirá siendo el del artículo 100 de la Ley Concursal. En consecuencia, la regulación, que también es aplicable a los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 8.3 RDL 16/20), poco tiene de facilitación de aprobación de nuevos convenios, pero al menos posibilita su aprobación si así lo consideran conveniente los acreedores tras una valoración de las nuevas circunstancias. Se trata de una medida ya conocida en nuestro sistema concursal, que fue introducida en nuestro ordenamiento, aunque con diferencias por las disposiciones transitorias tercera del Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015.

En cuanto a las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio o de un acuerdo extrajudicial de pago, dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de septiembre de 2020), se dará traslado al concursado pero no se admitirán a trámite hasta que transcurran 3 meses desde la finalización de dicho plazo (hasta el 14 de diciembre de 2020), y durante esos 3 meses se permite que el concursado pueda presentar una solicitud de modificación del convenio que se trasladará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento (art. 8.2 RDL 16/20), con lo cual queda en manos del concursado el retraso de la entrada en fase de liquidación y es decisión de los acreedores dar otra oportunidad aprobando un convenio que permita conservar la empresa.

La única regla que puede facilitar la aprobación de convenios o su modificación, por cuanto puede facilitar la financiación de la empresa evitando la postergación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son precisamente las que más interés pueden tener en financiar la sociedad para su conservación, es aquella que, en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, establece: “tendrán la consideración de créditos contra la

masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios deanáloga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las que, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir" (art. 9.3 RDL 16/20).

Atendiendo a la finalidad de la norma no se entienden los motivos que llevan a fijar los diez *a quo* de los plazos desde la declaración del estado de alarma y no desde su terminación, a no ser que no se previera que la duración del estado de alarma tuviera la duración que está teniendo o que se quisiera mantener el alcance estrictamente excepcional de la norma sobre todo atendiendo a que se han establecido plazos muy amplios. De hecho, durante un año desde la declaración del estado de alarma se exime también al deudor de su obligación de solicitar la liquidación de conformidad con el artículo 142.2 LC, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos y obligaciones contraídas por el convenio concursal, siempre que presente una propuesta de modificación de convenio (art. 9.1 RDL 16/20). Y en todo caso, durante ese plazo de un año, el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación, aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso (*sic*, art. 9.2 RDL 16/20).

Reglas muy similares a las prevista para los convenios y acuerdos extrajudiciales de pago se han adoptado en relación con los acuerdos de refinanciación homologados. Así, durante el plazo de un año desde la declaración del estado de alarma, "el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación" (art. 10.1 RDL 16/20). De otra parte, en cuanto a las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentadas por los acreedores en los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, se dará traslado al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta que transcurra un mes desde la finalización de dicho plazo de seis meses. "Durante ese mes el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro

nuevo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores" (art. 10.2 RDL 16/20).

4. Medidas para facilitar la financiación de las empresas concursadas/en situación de insolvencia. En línea con la regla establecida en el artículo 9.3 RDL 16/20 de considerar bajo determinadas condiciones créditos contra la masa aquellos que hayan facilitado la aprobación o modificación de un convenio con los acreedores, se establece también una excepción a la prelación de créditos establecida en el artículo 89 y siguientes de la Ley Concursal, respecto de los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, al considerar créditos ordinarios y no subordinados los realizados en este período por las personas especialmente relacionadas con el concursado (véase art. 93 LC) derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza (art. 12.1 RDL 16/20) o aquellos en que se hubieran subrogado como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta del concursado (art. 12.2 RDL 16/20).

5. Medidas para simplificar y agilizar trámites y la liquidación concursal. Junto con las medidas de mayor calado referidas otras van dirigidas a facilitar la impugnación del inventario y de la lista provisional de acreedores admitiendo únicamente como medio de prueba los documentos y las pericias (art. 13.1 RDL 16/20). Además, la falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate acreedores de derecho público, y los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten (art. 13.2 y 3 RDL 16/20).

Por otra parte, se establece la tramitación preferente de cuestiones como: "a) Los incidentes concursales en materia laboral. b) Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo. c) Las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio. d) Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa. e) La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente. f) La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del Juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos" (art. 14 RDL 16/20).

La tramitación judicial del acuerdos extrajudicial de pagos también se agiliza al preverse que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma, “se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado” (art. 17 RDL 16/20), con lo cual el deudor podrá solicitar el concurso sin la pérdida de la eventual exoneración del pasivo insatisfecho.

La liquidación de los bienes y derechos de la masa activa se facilita al establecerse que se haga de forma extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación establezca otra cosa (art. 15.1 RDL 16/20). Ello no obstante, en aras de la conservación de la empresa, la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la Ley Concursal (art. 15.2 RDL 16/20). Y las medidas en sede de enajenación de la masa activa termina con la siguiente previsión: “Si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización” (art. 15.3 RDL 16/20).

Por último, respecto de los concursos pendientes tramitación durante el estado de alarma, cuando a su finalización “hubieran transcurrido quince días desde que el plan de liquidación hubiera quedado de manifiesto en la oficina del juzgado, el Juez deberá dictar auto de inmediato, en el que, según estime conveniente para el interés del concurso, aprobará el plan de liquidación, introducirá en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordará la liquidación conforme a las reglas legales supletorias” (art. 16.1 RDL 16/20). En el caso de que dicho plan todavía no esté en la oficina del juzgado, el Letrado de la administración de justicia así lo acordará de inmediato y, una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del Juez (art. 16.2 RDL 16/20).



CONTRATO DE SEGURO E PANDEMIA

INSURANCE CONTRACT AND PANDEMICS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 560-567



Maria Inês
DE OLIVEIRA
MARTINS

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: O presente texto analisa o impacto do contexto actual de pandemia no contrato de seguro, salientando quais as coberturas que podem ser especialmente acionadas e os problemas levantados pelos regimes de agravamento do risco e não pagamento do prémio. No final, apontam-se algumas potenciais tendências de evolução do mercado segurador, no rescaldo da presente crise.

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro; estado de emergência; exclusão de cobertura; agravamento e redução do risco; não pagamento do prémio; riscos catastróficos; dispersão do risco.

ABSTRACT: *This text analyses the impact of the present pandemic upon insurance contracts, pointing to the types of coverage especially prone to give rise to insurance claims in this context and referring to issues that may result from the norms on aggravation of risk and non-payment of the insurance premium. Lastly, it suggests possible trends that may be detected in the insurance market in the aftermath of the present crisis.*

KEY WORDS: *Insurance contract; state of emergency.; exclusion of coverage; aggravation and reduction of risk; non-payment of the insurance premium; catastrophic risks; risk dispersion.*

I. Uma primeira pergunta que se coloca é a de saber quais as coberturas seguradoras que podem ser especialmente problemáticas – ou seja, especialmente accionadas em contexto de pandemia. Tratar-se-á presumivelmente, no imediato, das que cubram riscos de cancelamento de viagens e eventos; no curto/médio prazo, das que cubram riscos de saúde e de incapacidade, riscos de vida e ciberriscos; no médio prazo, destacam-se as coberturas de lucros cessantes não ligado a danos numa coisa (vg., por interrupção de uma cadeia logística), bem como as coberturas ligadas a eventos de crédito (seguros de crédito e de caução/garantia), a par, novamente, das coberturas de ciberriscos.

Com o maior accionamento destas coberturas, emerge a divergência de interesses entre seguradores e segurados. Se os seguradores concordarem geralmente em prestar, podem enfrentar desembolsos muito significativos; e, caso adoptem a estratégia de se recusar a prestar, os segurados podem então ver a cobertura recusada ou a vigência do contrato terminada.

2. A recusa da cobertura depende de o segurador invocar com sucesso cláusulas de exclusão da cobertura ou o não acatamento de deveres de controlo do risco. O que, por sua vez, depende da interpretação do contrato de seguro, determinando o âmbito do risco coberto e interpretando cláusulas de exclusão e de imposição de deveres de conduta.

A este respeito, não se deve esquecer que estamos perante contratos geralmente de adesão, celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais. Como tal, estes devem ser interpretados de acordo com as expectativas legitimamente formadas por um declaratário normal à luz da finalidade do concreto contrato (da protecção que o contrato concretamente deveria conferir face aos interesses em causa, para que tivesse utilidade). Em caso de dúvida, vale a doutrina *contra proferentem*.

Certas exclusões gerais, ou previsões gerais de deveres de conduta, podem ser especialmente invocadas no presente contexto. Vale a pena referir um caso debatido em Portugal, perante o pano de fundo dos diplomas legais sobre estado de emergência, e das suas normas que limitam os casos em que é lícita a circulação, inclusivamente automóvel. Perguntou-se se, caso alguém circulasse de automóvel

• **Maria Inês de Oliveira Martins**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Correio electrónico: mivom@fd.uc.pt

fora das hipóteses permitidas pelo regime do estado de emergência, preencheria uma cláusula prevista num seguro facultativo de responsabilidade civil automóvel, ou num seguro de acidentes pessoais, que excluisse a cobertura das consequências de actos praticados em contravenção a normas legais ou regulamentares aplicáveis. Não parece, porém, que a cláusula de exclusão opere nestes casos. A norma violada, integrante do diploma sobre estado de emergência, não visa prevenir riscos de acidente, mas sim riscos de contágio, pelo que *não há causalidade entre violação da norma e sinistro potencial*. E, em qualquer caso, a exclusão é um do direito do segurado, pelo que caberia ao segurador o ónus da prova de que tal exclusão se preencheu (incluindo desde logo a prova de que o segurado não utilizava o veículo ao abrigo de uma das hipóteses em que tal é autorizado). De resto, após o surgimento deste debate nos meios de comunicação portugueses, algumas seguradoras prontamente esclareceram que não equacionavam invocar tais exclusões nessas hipóteses.

3. Mesmo que não ocorra um sinistro, quando, perante a cobertura em causa, o contexto de pandemia torne a sua ocorrência mais provável, o diferendo pode emergir. O segurador pode querer desembaraçar-se do contrato, deixando-o caducar ou não o renovando, quando o contrato for a prazo; pode denunciá-lo ou rescindí-lo, mas só quando tal seja admissível. Tal poderá ser especialmente visível no caso de seguros cujo risco se tenha agravado, e que comporte vários sinistros ao longo da sua vigência. Pense-se, por exemplo, no seguro de crédito, pelo qual o credor se protege do risco de não cumprimento pelos seus devedores.

Em qualquer caso, pode equacionar-se se a cessação do contrato é lícita ou se defrauda expectativas legitimamente criadas. Porém, para evitar incertezas e desigualdades, é uma matéria em que pode ser aconselhável intervenção através de leis especiais para o contexto da pandemia.

4. Perguntar-se-á ainda se podem ser celebrados seguros que protejam face a impactos do COVID-19. Colocam-se aqui problemas de descaracterização do contrato de seguro, e de limitação dos negócios que as seguradoras podem licitamente celebrar (e que tipicamente são apenas seguros e operações conexas, bem como actos instrumentais face a este âmbito).

A solução é linear para os casos de : aqueles em que o sinistro já , ou tornou-se. Seria o caso de se celebrar com a data de hoje um seguro de cancelamento de um evento público, quando já se proibiu a realização de eventos públicos em geral. Neste caso, o contrato não pode produzir efeitos como contrato de seguro,

pois já não se refere a um risco, mas a uma certeza, dando lugar a dois pagamentos certos (o do prémio contra o da indemnização). O Direito português prescreve directamente a nulidade para estes contratos (44.º do RJCS); ainda que assim não fosse, ela decorreria do facto de os seguradores não terem normalmente autorização para este tipo de negócio.

Diferentes destes são os casos em que a verificação do sinistro é de elevadíssima probabilidade. Aqui, há que determinar se, ao tempo da celebração do contrato, aquele risco era de verificação tendencialmente certa, de modo a que já não se possa falar de um risco e de um seguro. Mesmo riscos de elevada probabilidade podem ser cobertos (vg., um seguro de incapacidade temporária por saúde de um médico do serviço de cuidados intensivos, neste contexto), desde que haja oferta e procura de cobertura para eles.

5. Uma outra questão discutível é a de saber se os seguradores podem reportar-se a um agravamento do risco em termos gerais, por se ter declarado situação de pandemia, ou de estado de emergência. Ou seja, se podem invocar o regime do agravamento do risco, que permite a modificação do contrato ou sua resolução.

A resposta a esta questão é negativa. O regime do agravamento do risco tem que ver com alterações daquela esfera de risco em concreto, dialogando com a avaliação inicial que o segurador fez do risco daquele segurado (através de questionários, exames médicos, inspecções, consulta de registos...), pela qual mensurou o risco que concretamente suportaria e fixou o prémio em conformidade. A variação de riscos gerais corre por conta do segurador, devendo estar reflectida nas estatísticas e estimativas de que este se serve; o segurador é exactamente o perito na avaliação dos riscos. De outro modo, far-se-ia retornar à esfera do segurado a falha do segurador em, ao fixar os prémios, tomar em consideração dados estatísticos adequados e estimativas prudentes.

De resto, os regimes que permitem a cessação ou modificação do contrato prevêem prazos estritos (os ordenamentos europeus gravitam em torno do prazo de um mês) para a sua invocação pelo segurador. Ora, desde Janeiro que se sabe da existência de uma epidemia em território chinês, e da sua grande transmissibilidade; e os primeiros casos concretos de infecção foram detectados na generalidade dos países europeus nos meses de Janeiro e Fevereiro – há bem mais de um mês, portanto.

Uma questão contígua é a de saber se a presente alteração do estilo de vida dos sujeitos, determinada pelo confinamento doméstico em contexto de estado

de emergência, poderá configurar agravamento de certos riscos na esfera do sujeito em concreto. Tratar-se-ia, por exemplo, de argumentar que o risco de incêndio pelo facto de trabalharmos a partir de casa. Não se pode, porém, concluir sem mais nesse sentido. Há vários pressupostos para a aplicação do regime do agravamento (de outro modo, o seguro não cumpriria a sua finalidade de permitir a planificação da actividade económica dos sujeitos) e um deles é que, no cômputo geral das circunstâncias que se modificaram o saldo seja de agravamento. Se a alteração de circunstâncias traz factores que diminuem e factores que agravam o risco, eles compensam-se entre si. E estar mais em casa também é estar mais vigilante a possíveis focos de incêndio, o que é um factor de diminuição do risco.

6. A respeito das modificações do risco seguro, há no ordenamento português um dado normativo muito recente, e de toda a relevância. Trata-se do Decreto-lei que “estabelece um regime excepcional e temporário relativo aos contratos de seguro, no âmbito da pandemia da doença COVID-19”, aprovado no dia 7 de Maio em Conselho de Ministros, e cujo texto ainda não é conhecido. De todo o modo, nos termos do Comunicado divulgado no site do Governo (<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=345>), “nos contratos de seguro em que se verifique a redução significativa ou mesmo a eliminação do risco coberto, em decorrência direta ou indireta das medidas legais de resposta à epidemia, estabelece-se o direito de os tomadores de seguros requererem o reflexo dessas circunstâncias no prémio, assim como a aplicação de um regime excepcional do seu fracionamento”.

Resta, pois, conhecer os pormenores da regulação. E, no plano dos efeitos práticos, resta saber se esta possibilidade dará impulso à invocação do regime simétrico, de agravamento do risco, por parte dos seguradores.

7. De acordo com o referido comunicado de Conselho de Ministros, este mesmo diploma aborda também uma outra questão da maior importância: a das consequências da falta de pagamento do prémio.

O regime português do não pagamento do prémio de seguro é, além de pouco transparente (designando por “regime especial” aquele que é na verdade o regime geral e absolutamente imperativo – arts. 58.º e ss. RJCS), draconiano nas suas consequências, obedecendo a uma lógica estrita de “”. Assim, a cobertura do risco depende do prévio pagamento do prémio: a falta de pagamento da primeira fracção do prémio determina a cessação automática do contrato a partir da data da sua celebração e a falta do pagamento de fracções subsequentes determina a

cessação automática do contrato a partir da data do vencimento destas (art. 59.^º e 61.^º). Bem se vê a potencialidade deste regime para a causação de consequências sociais da maior gravidade no contexto de crise económica em que presentemente entramos. Basta que um sujeito falte ao pagamento de uma prestação do prémio para imediatamente ver caducar o contrato, perdendo protecção seguradora.

Nos termos do referido Comunicado, o novo regime transitório “vem flexibilizar o regime de pagamento do prémio de seguro, convertendo-o num regime de imperatividade relativa, ou seja, admitindo que seja convencionado entre as partes um regime mais favorável ao tomador do seguro. Na falta de convenção, e perante a falta de pagamento do prémio ou fração na respetiva data do vencimento, a cobertura dos seguros obrigatórios é mantida na sua integralidade por um período limitado de tempo, mantendo-se a obrigação de pagamento do prémio pelo segurado”.

Ou seja, na prática, a única medida efectiva parece ser em relação aos seguros obrigatórios, em que se determina a manutenção da cobertura e cobrança dos prémios *a posteriori*. No que toca aos seguros facultativos, tudo o que se passa a permitir é temporariamente, que seja acordado um regime diverso do regime geral draconiano – o que não só é afastar de modo meramente temporário uma imperatividade absoluta que não tem, em geral, razão de ser, como é fazer a implantação de regimes menos drásticos depender da boa vontade do segurador.

8. As últimas palavras devem ser dedicadas a uma tentativa de prever as mudanças que a presente conjuntura acarretará, de futuro, no mercado segurador. Claro está que, perante um contexto de alteração da organização social e económica tão profundo como o que hoje se vive, qualquer exercício de previsão comporta muita incerteza. Mais ainda, quando está em causa um contrato que é especialmente sensível a dados de contexto, já que organiza a protecção contra aqueles que sejam, em cada momento, os riscos reconhecidos como relevantes.

Ora, é típico dos processos de tomada de decisão que o aumento da consciência em relação a certo risco que tenha causado danos no passado recente leve a um aumento da respectiva procura. Pode, por isso, supor-se, no médio/longo prazo, um aumento do interesse por seguros ligados a riscos de interrupção de cadeias logísticas (sobretudo seguros de lucros cessantes não ligados a danos em coisas), embora tal dependa do modo como a produção se reorganize à escala global. Nos sistemas em que a prestação de cuidados de saúde seja intermediada por seguros ou planos de saúde, será de esperar um aumento ou reforço de coberturas obrigatórias. E, em termos gerais, com o salto na direcção da digitalização que foi agora dado, será de esperar um aumento tanto dos ciberriscos, ligados a ataque

informático ou mera falha técnica, como da consciência destes riscos e procura de cobertura para eles.

Deve, por outro lado, supor-se que haverá procura de coberturas que cubram especificamente riscos de pandemia (vg., nos seguros relativos à realização de grandes eventos adiados para 2021, os segurados quererão provavelmente que o risco de cancelamento/ adiamento/ maiores custos em razão de pandemia). Porém, os riscos ligados a situação de pandemia serão em geral riscos catastróficos, ou seja, com aptidão a afectar toda a carteira do segurador e, sobretudo do ressegurador (no caso de pandemias, nem sequer a dispersão geográfica do risco é viável). Como tal, esta cobertura só surgirá no mercado se houver modos de dispersar o risco para lá da mutualidade de segurados ou ressegurados, de um modo paralelo ao que se foi desenvolvendo para catástrofes naturais. Nesta sede, o *mercado de instrumentos financeiros derivados* poderá ter um papel importante a desempenhar.

LAS PRETENDIDAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES CON MOTIVO DEL COVID-19

THE SO-CALLED CONSUMER PROTECTIVE MEASURES OF OCCASION OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 568-581



Maria José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza las medidas adoptadas por el Gobierno en los RD-Ley 8/2020, 11/2020 y 15/2020 con motivo de la crisis sanitaria generada por el COVID-19, que tienen especial incidencia en la esfera jurídica de protección de los consumidores.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; consumidores; pandemia; contrato de suministro de luz, agua, electricidad; vulnerabilidad económica; plazo devolución; acción de resolución del contrato; viajes combinados; tracto sucesivo; vuelos; servicios, derecho de desistimiento; telecomunicaciones; portabilidad; préstamos de consumo; moratoria.

ABSTRACT: *This work analyzes the measures adopted by the Government in RD-Law 8/2020, 11/2020 and 15/2020 on the occasion of the health crisis caused by COVID-19, which have a special impact on the legal sphere of the consumer protection.*

KEY WORDS: *COVID-19; consumers; pandemic; water, electricity supply contract; economic vulnerability; return term; contract termination action; Combined trips; successive tract; flights; services, right of withdrawal; telecommunications; portability; consumer loans; moratorium.*

I. Con motivo de la pandemia generada por el COVID-19, el Gobierno ha publicado diversas medidas contenidas en el RD-Ley 8/2020; RD-Ley 11/2020 y RD-Ley 15/2020 que afectan a las personas en su condición de consumidoras, con el propósito de paliar los efectos devastadores generados por esta crisis sanitaria.

A pesar de su breve periodo de vigencia, un número considerable de estas medidas han sido objeto de revisión y modificación en posteriores normas, propiciando con ello una situación de incomodidad y de inseguridad jurídica, reforzada por la falta de rigor jurídico en el recurso a determinadas figuras, que aboca, en algunas situaciones, a un resultado opuesto al que inicialmente y de forma expresa se declara que se pretende conseguir, como se podrá apreciar seguidamente.

2. Las medidas que afectan directamente a los intereses de los consumidores se pueden encuadrar en tres grandes bloques.

Un primer bloque de medidas se encuentra contemplado en el RD-Ley 8/2020 y son las referidas al suministro de servicios básicos; al mantenimiento de servicios de comunicaciones electrónicas y conectividad; al servicio de telecomunicaciones, suspensión de la portabilidad e interrupción del plazo de devolución de los productos.

El segundo bloque de medidas está contenido en el RD-Ley 11/2020 y afecta al suministro de energía eléctrica y al plazo de resolución de los contratos de bienes y servicios de trámite sucesivo.

Finalmente, un tercer bloque de medidas se encaminó inicialmente a dotar de protección específica a consumidores con préstamos hipotecarios en situación de vulnerabilidad económica, que posteriormente se amplió a todo tipo de préstamo; a regular las situaciones en las que es posible solicitar una prórroga extraordinaria en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y, a regular la moratoria en el pago de la renta arrendaticia.

El presente comentario se centra únicamente en describir las medidas adoptadas en los dos primeros, puesto que el tercero será tratado en un comentario separado.

• María José Reyes López

Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es

3. El primer bloque de medidas adoptadas en el RD-Ley 8/2020 se centró en ampliar la cobertura de colectivos vulnerables en el ámbito del suministro de servicios públicos esenciales, en el ámbito del agua, el gas natural y la electricidad, posteriormente ampliado en el RD-Ley 11/2020 para garantizar, en su art. 29, que durante la vigencia del estado de alarma, no podrá suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores. El periodo durante el que esté en vigor el estado de alarma no computará a efectos de los plazos comprendidos entre el requerimiento fehaciente del pago y la suspensión del suministro por impago.

Para evitar que los beneficiarios del bono social eléctrico dejen de percibir los descuentos y beneficios que les corresponden, en el caso de que agoten el plazo de vigencia de dos años, se prorroga de forma automática dicho plazo de vigencia hasta el 15 de septiembre de 2020. También el RD-Ley 11/2020 ha ampliado el colectivo de potenciales perceptores del bono social de electricidad, al que podrán acogerse, de manera excepcional y temporal, las personas físicas, en su vivienda habitual, con derecho a contratar el precio voluntario para el pequeño consumidor, que tengan una renta igual o inferior a determinados umbrales referenciados al IPREM, y que acrediten ante la comercializadora de referencia, haber cesado en su actividad profesional como profesionales autónomos o haber visto su facturación reducida en un 75 por ciento en promedio respecto al semestre anterior.

Con relación a la conectividad, se establece su mantenimiento y que los servicios de comunicaciones electrónicas se sigan prestando por los operadores en las mismas condiciones que con anterioridad a la declaración del estado de alarma, de forma que no se podrán suspender o interrumpir, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de servicios suscritos entre operadores y consumidores.

Igualmente se establecen medidas para garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. En particular, y mientras esté en vigor el estado de alarma, el proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas deberá garantizar la prestación de los elementos que integran el servicio universal de telecomunicaciones y mantener, como mínimo, el conjunto de beneficiarios actuales, así como la calidad de la prestación del conjunto de servicios que conforman dicho servicio universal, con especial referencia a la prestación del servicio de acceso funcional a Internet y a las condiciones de asequibilidad del servicio universal de telecomunicaciones.

Con el fin de evitar que los ciudadanos tengan que desplazarse físicamente a centros de atención presencial a clientes de los operadores de telecomunicaciones o de que estos tengan que realizar intervenciones físicas en los domicilios de los

clientes, se establecen limitaciones a la suscripción de servicios de comunicaciones electrónicas que requieran de portabilidad numérica, de forma que, mientras esté en vigor el estado de alarma, se suspenderán todas las operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil que no estén en curso, excepto en casos excepcionales de fuerza mayor. En aquellos supuestos en que se hubiese iniciado una operación de portabilidad y hubiese que suspenderla por requerir la realización de alguna actuación presencial para completar el proceso, los operadores deberán garantizar que dicha operación de portabilidad no se complete y que en ningún momento se interrumpa el servicio al usuario. Tampoco los operadores proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas podrán incrementar los precios de los servicios en los contratos ya celebrados, ya sea de abono o de prepago, siempre que dichos servicios pudieran dar lugar a operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil una vez finalizado el estado de alarma.

Finalmente, mientras esté en vigor el estado de alarma, no se realizarán por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas campañas comerciales extraordinarias de contratación de servicios de comunicaciones electrónicas que requieran la portabilidad de numeración.

Con relación a las ventas se establece como medida excepcional en el art. 21 RD-Ley 8/2020, la interrupción de los plazos de devolución de los productos comprados por cualquier modalidad, presencial u on-line durante la vigencia del estado de alarma.

Su interpretación vinculada con la exposición de motivos de la norma sugiere sin embargo una interpretación más restrictiva que la que surge del tenor literal del precepto. En efecto, la exposición de motivos del RD-Ley 8/2020 justifica que, en la adopción de esta medida, se ha tenido en cuenta la interrupción de los plazos procesales y administrativos, y que el derecho de desistimiento de los consumidores suele estar sujeto a un límite temporal. Sin embargo, esta explicación no es acertada. El plazo de catorce días para ejercitar el desistimiento no es un plazo procesal, aunque sí es un plazo de caducidad, que omite la exposición de motivos. Por su parte, el derecho de desistimiento no se concede en todas las ventas. Sólo está atribuido legalmente a las ventas a distancia y las celebradas fuera de establecimiento mercantil, pero no así a las ventas presenciales salvo que se haya pactado expresamente o se reconozca en la oferta, promoción publicidad (art. 68.2 TRLGDCU).

No se pronuncia sin embargo el precepto sobre quién debe soportar el riesgo durante el tiempo en que el producto esté en poder del consumidor porque no lo haya podido devolver y sufra alguna merma o deterioro, por lo que habrá que aplicar los criterios dispuestos en el art. 75 TRLGDCU.

El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el RD 463/2020 o, en su caso, sus prórrogas.

4. El RD-Ley 11/2020, además de las moratorias en materia de préstamos y de renta de alquiler, introduce en su art. 36, ubicado en la sección 3^a, una nueva modalidad de acción de resolución para los consumidores que, paradójicamente titula: medidas de protección de los consumidores.

La exposición de motivos de la norma justifica la introducción de esta medida en la necesidad de dotar a los consumidores y usuarios de los mecanismos que garanticen sus derechos y su protección en un contexto excepcional como el actual. A tal fin, el precepto se estructura en cuatro apartados, que adoptan diferentes medidas aplicables a los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sean o no de trato sucesivo, en atención a que su ejecución sea de posible o imposible cumplimiento como consecuencia exclusivamente de la aplicación de las medidas adoptadas con la declaración del estado de alarma.

La redacción del primer párrafo ha sido modificada por el contenido en el apartado 5º de la disposición final 10^a del RD-Ley 15/2020, que introduce matizaciones importantes respecto a la primera versión del precepto.

Establece dicho apartado 1º, que, cuando como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de trato sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución de este. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato, obviamente sobre la base de la buena fe.

Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión.

De la lectura del primer párrafo parece deducirse que el redactor del RD-Ley se ha inspirado en el art. 1124 del CC, que regula la resolución por incumplimiento contractual, para hacer una reformulación que, en nada, beneficia al consumidor.

El precepto señala que sólo para las situaciones que se hayan generado como consecuencia del COVID-19, y ninguna otra, se le concede al consumidor la facultad de ejercitar el derecho a resolver el contrato en el plazo máximo de catorce días, que, la modificación prevista en la disposición final 10.5 del RD-Ley 15/2020 aclara que deberá ser ejercitada desde el momento en que se haga patente su imposible ejecución, condicionando su concesión a que se realice una negociación con el empresario para buscar una solución adecuada y, sólo en el caso de que ello no sea posible, instar la resolución.

La indicación de que la resolución del contrato deba instarse desde el momento en que resulte imposible su cumplimiento descarta el planteamiento que se ha venido defendiendo sobre la necesidad de respetar el plazo de sesenta días para lograr un posible acuerdo y, sólo en el caso de que no se lograra o transcurriese dicho periodo, ejercitar la resolución. Los pasos por seguir son precisamente los contrarios, el consumidor deberá ejercitar la resolución del contrato en el plazo de catorce días, pero sólo se podrá resolver el contrato si demuestra que no se ha podido llegar a un acuerdo, o si el empresario ha dejado transcurrir los sesenta días sin negociar.

El plazo de catorce días para instar la resolución es un plazo de caducidad, y, por tanto, ahora está suspendido. Esta resolución por tanto no es automática puesto que las partes se ven compelidas a hacer propuestas de revisión y, sólo en el caso de que no se llegue a un acuerdo que reequilibre la situación contractual originaria, cabrá apreciar la resolución. Parece por tanto que sólo cabrá estimar la pretensión de resolución cuando no quepa obtener de la propuesta/s una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato, por lo que, si no se acredita dicho fracaso, tampoco se podrá dar el contrato por resuelto y, por tanto, pasa a ser un requisito previo.

El tenor literal de este primer párrafo suscita además otras dudas. Una de ellas con relación a su ámbito de aplicación; la otra, respecto a su pretendido carácter protector de los intereses de los consumidores.

La facultad de resolver el contrato se predica para la compraventa de bienes, en lugar de referirla a productos, que sería el término adecuado y, en coherencia, con la normativa de protección a los consumidores; sin embargo, la acepción compraventa de bienes, obliga a cuestionar si el precepto también está incluyendo los bienes inmuebles, y consiguientemente todas las faltas de cumplimiento en las ventas de pisos... cuya entrega, falta de ejecución de determinadas prestaciones se hayan generado como consecuencia de la parálisis generada por el COVID-19. De otra parte, el pretendido carácter tuitivo de esta acción también queda en entredicho porque supone una merma a los derechos que ostentaba cualquiera de las partes contratantes antes de producirse la pandemia. En concreto, el

precepto adiciona presupuestos respecto al régimen general para resolver el contrato porque ahora añade la necesidad de demostrar que se ha negociado o han transcurrido sesenta días sin que haya mediado intención de hacerlo, y el plazo de ejercicio de la acción se ha reducido de cinco años, plazo reconocido de prescripción para aquellas acciones personales que no tengan atribuido un plazo determinado, al plazo de caducidad de catorce días.

Dicha pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quiepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Estas propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso.

Se establece la presunción de que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión. Aunque se ha señalado que es preceptivo esperar el transcurso de dicho periodo de tiempo, la redacción del precepto también podría admitir que el consumidor puede resolver el contrato antes de que haya transcurrido dicho periodo siempre que demuestre que no ha sido posible llegar a un acuerdo. De esta forma, el plazo máximo de 60 días supondría una limitación temporal que impediría la aparición de situaciones abusivas causadas por la inactividad del empresario y resultaría más favorable para el consumidor.

En aquellos supuestos en los que el cumplimiento del contrato resultase de imposible cumplimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor y, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario. Excluye por tanto la posibilidad de exigir cualquier otro tipo de indemnización distinta a la del mero reembolso.

En los contratos de prestación de servicios de trato sucesivo, como gimnasios, guarderías... el contrato no queda rescindido, sólo se paralizará el cobro de nuevas cuotas hasta que el servicio pueda volver a prestarse con normalidad. En estos casos, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y, sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación, se podría proceder a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio.

La empresa prestadora de servicios debe durante el periodo de alarma abstenerse de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo que así lo decidan ambas partes.

El cuarto apartado del precepto contempla la cancelación de los viajes combinados con motivo del COVID-19. Como medida específica se prevé que, el organizador o, en su caso el minorista, puedan entregar al consumidor o usuario un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido y, una vez haya transcurrido dicho periodo sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado. Lo novedoso en este caso es la exigencia de que las empresas cuenten con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución. A pesar de que se abre la posibilidad de que las empresas puedan ofrecer bonos con el fin de dilatar los reembolsos, seguidamente se establece que, el organizador, o en su caso el minorista, deberán proceder a efectuar el reembolso a los consumidores y usuarios en el supuesto de que estos solicitaran la resolución del contrato, cuando concurran circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado, siempre que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato.

Antes de que se adoptasen medidas excepcionales para paliar los efectos devastadores causados por el COVID-19, en el caso de que concurriesen circunstancias inevitables y extraordinarias que afectasen de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, los viajeros podían solicitar la resolución del contrato antes de su inicio sin pagar ninguna penalización, teniendo derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, si bien, no a una compensación adicional. Sin embargo, tras la entrada en vigor de las medidas adoptadas en el art. 36 RD-LII/2020, los viajeros afectados por las cancelaciones producidas tras la declaración del estado de alarma sólo podrán solicitar el reembolso si los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios o, a la parcial, si lo hubiesen hecho de forma más limitada, pero esta circunstancia escapa al conocimiento del consumidor, por lo que el reembolso queda en manos de la decisión de las agencias de viaje, a lo que

se suma que, en todo caso, se producirá un aplazamiento en el pago respecto a la situación anterior. Así, mientras en el resto de situaciones no excepcionales se deberá reembolsar al viajero en el plazo máximo de catorce días naturales, en las cancelaciones producidas por el COVID-19, el organizador o, en su caso, el minorista, tendrán que hacerlo en un plazo no superior a sesenta días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución, que, por lo expuesto anteriormente normalmente será de la primera, por lo que lejos de mejorar, supone nuevamente una restricción a los derechos de los viajeros reconocidos en el art. 160.4 TRLGDCU.

Por último, hay que señalar que han sido muchas las cancelaciones de vuelo generadas como consecuencia del cierre de las fronteras y de la declaración del estado de alarma y, aunque las compañías se están limitando a ofrecer bonos a los viajeros en lugar del reembolso del billete, no es ésta la única solución admisible. Aceptar la exclusividad de esta medida supondría mermar los derechos de los pasajeros, cuyo derecho a que se le reembolse el precio del billete viene avalado por el Reglamento 262/2004 en su art. 8, norma comunitaria de obligado cumplimiento en todos los países de la UE. Distinta sería sin embargo la pretensión del consumidor a solicitar indemnización por los daños y perjuicios motivados por la cancelación del vuelo. En este caso, la empresa transportista no está obligada a su resarcimiento, al haber estado justificada la cancelación a una circunstancia extraordinaria y sobrevenida (art. 5.3 Reglamento (CE) 261/2004).

5. Queda finalmente referirse a las medidas previstas para solicitar moratoria en los préstamos al consumo.

Aunque inicialmente el RD-Ley 8/2020 sólo recogió la posibilidad de solicitar moratoria para los préstamos garantizados con hipoteca, el posterior RD-Ley 11/2020 ha ampliado dicha posibilidad a cualquier tipo de préstamo, sin establecer ningún criterio de selección. Así pues, dentro de ellos, es indudable que se encuentran comprendidos los préstamos al consumo.

Esta moratoria la podrán solicitar los deudores de estos préstamos siempre que sea una persona física que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica y como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 o los fiadores y avalistas del deudor principal. Estos últimos podrán exigir que el acreedor agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión, que, aunque es la práctica usual, no es sino un reconocimiento del

carácter accesorio de la fianza. En ambos sujetos deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que el potencial beneficiario pase a estar en situación de desempleo.
- b) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:
 - i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
 - ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.
 - iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.
 - iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.
 - v. En el caso de que el deudor sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.
- c) Que el total de las cuotas hipotecarias, más los gastos y suministros básicos resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

Se consideran gastos y suministros básicos, el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil y las contribuciones a la comunidad de propietarios.

- d) Que, a consecuencia de la emergencia sanitaria, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, A tal fin, se entenderá que se ha producido

una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente el total de la carga hipotecaria, entendida como la suma de las cuotas hipotecarias de los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 19 sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,3.

Es unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda.

Estos presupuestos exigidos para apreciar la situación de vulnerabilidad económica previstos en el art. 16 del RD-Ley 11/2020, se completan con los específicos recogidos en el art. 18, que establece que la moratoria que se puede obtener por esta vía es compatible con la hipotecaria y del alquiler; contempladas en esta misma disposición. A tal fin se establece que no se tenga en cuenta la aplicación de una posible moratoria hipotecaria o de alquiler, a efectos de calcular si se ha alcanzado o no el límite de la carga hipotecaria o la renta arrendaticia del 35% de los ingresos; y, en el caso de que el potencial beneficiario no tuviera contratado un préstamo hipotecario pero tuviera que hacer frente al pago periódico, o bien de una renta por alquiler de su vivienda habitual, o bien de cualquier tipo de financiación sin garantía hipotecaria frente a una entidad financiera, o a ambas simultáneamente, se sustituirá el importe de la cuota hipotecaria por la suma total de dichos importes, incluyendo la renta por alquiler aunque sea objeto de moratoria. Asimismo, a efectos del cálculo de la carga hipotecaria, se utilizará la suma total de dichos importes. Si el potencial beneficiario tuviera que hacer frente a un único préstamo sin garantía hipotecaria y no tuviera que hacer frente al pago periódico de una renta por alquiler de su vivienda habitual, se tendrá en cuenta sólo dicho préstamo sin garantía hipotecaria a los efectos anteriores.

Cabrá entender que se pueden adicionar los préstamos de los distintos miembros de la unidad familiar, puesto que se suman las rentas de todos en el denominador de la fracción.

Esta moratoria se podrá solicitar hasta transcurrido un mes después de la finalización del estado de alarma, a diferencia de los préstamos hipotecarios cuyo plazo es de quince días, comenzando desde el momento en que se solicitó y se concedió automáticamente puesto que no requiere pacto entre las partes para que produzca efectos y, tendrá una duración de 3 meses.

No obstante, a pesar del carácter ventajoso de la inmediatez de la medida, dicho carácter puede resultar perjudicial para el consumidor si posteriormente se verifica que no cumplía los requisitos exigidos, puesto que será responsable de

los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar, no pudiendo, el importe de los daños, perjuicios y gastos resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

La suspensión no requerirá acuerdo entre las partes para que surta efectos, ni novación contractual alguna, surtiendo efectos desde la solicitud del deudor al acreedor, acompañada de la documentación requerida, a través de cualquier medio. No obstante, si el crédito o préstamo estuviera garantizado mediante algún derecho inscribible distinto de la hipoteca o hubiera accedido al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles a los efectos previstos en el apartado I del artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, será necesaria la inscripción de la ampliación de plazo que suponga la suspensión, de acuerdo con las normas generales aplicables.

Durante el periodo de vigencia de la suspensión:

- a) El acreedor no podrá exigir el pago de la cuota, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni parcialmente.
- b) No se devengarán ningún tipo de intereses, ni ordinarios, ni de demora.

La fecha del vencimiento acordada en el contrato se ampliará por el tiempo de duración de la suspensión, sin modificación alguna del resto de las condiciones pactadas.



PANDEMIA ED ADEGUATEZZA DEI POTERI REGOLATORI DELLE AUTORITÀ DI SUPERVISIONE EUROPEE

PANDEMIC AND ADEQUACY OF THE RULE MAKING POWERS OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 582-591



Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il propagarsi della pandemia al livello mondiale, oltre a porre in serio pericolo la salute degli individui, ha messo in profonda crisi i sistemi economici. Al fine di fronteggiare il diffondersi del COVID-19, infatti, gli Stati hanno fortemente limitato le attività produttive generando una paralisi dell'economia reale che non ha tardato a ripercuotere i suoi effetti anche nell'ambito dei mercati regolamentati. Il presente lavoro analizza, proprio alla luce delle peculiari problematiche introdotte dalla pandemia, l'adeguatezza dei poteri regolatori riconosciuti alle Autorità europee di supervisione.

PALABRAS CLAVE: Emergenza COVID-19; poteri regolatori Autorità europee; disciplina dei mercati; soft law; adeguatezza.

ABSTRACT: *The spread of the pandemic worldwide, in addition to seriously endangering the health of individuals, has put economic systems in serious crisis. To mitigate the spread of COVID-19, in fact, the world's states have severely limited the production activities generating real economic paralysis that has not been slow to pass on its effects also in the context of regulated markets. This work analyzes, precisely in light of the particular problems introduced by the pandemic, the adequacy of the regulatory powers recognized to the European Supervisory Authorities.*

KEY WORDS: COVID-19 emergency; regulatory powers European Authorities; market discipline; soft law; adequacy.

I. Che il mercato potesse avere un impatto sulla salute dell'uomo appare, alla luce degli eventi connessi al cambiamento climatico, un dato su cui da tempo anche la dottrina giuridica si è soffermata e che è oggi al centro di una rinnovata sensibilità normativa. Forse, però, non si era mai riflettuto abbastanza su come la salute degli individui potesse, a sua volta, condizionare il mercato. Gli eventi connessi alla diffusione del COVID-19 hanno invece fatto emergere, in tutta la loro crudeltà, lo strettissimo rapporto fra processi economici, libertà fondamentali e valori apicali del nostro ordinamento. Il problema, infondo, è proprio questo: fra esigenze dell'economia ed esigenze dell'uomo gli ordinamenti, ciascuno con la sua sensibilità ma tutti tentando di bilanciare gli interessi in gioco, hanno correttamente sacrificato il dinamismo del mercato al fine di mitigare gli effetti della pandemia.

Per limitare queste considerazioni introduttive al sistema italiano, l'emergenza sanitaria è stata formalizzata con la Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, con la quale è avvenuta la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". Da tale momento è iniziato il disordinato stillicidio di disposizioni che, da un lato hanno fortemente limitato le libertà fondamentali al fine di evitare il propagarsi dell'epidemia e, dall'altro, hanno tentato di far fronte ai pesantissimi effetti negativi che tali misure hanno determinato sotto il profilo economico. La ieratica staticità alla quale siamo costretti dalle misure restrittive, produce un attrito stridente con il dinamismo concorrenziale che, invece, deve caratterizzare i mercati. È un dato di fatto che la nostra società, nei mesi della pandemia, abbia consumato senza produrre (v. le riflessioni di DI RAIMO, R.: "Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda", in www.giustiziacivile.com, 2020, pp. 3 ss.).

Nell'ambito dei mercati regolamentati, il virus sembra aver rimescolato le carte spostando la riflessione, dal come tali compatti impattano sull'economia reale, a come la realtà economica nella quale viviamo incida sui primi. Se nel 2007 sono state le disinvolte prodezze della finanza a "contagiare" i processi di produzione e distribuzione di beni e servizi, sembra che oggi - per uno scherzo del destino - la "finanza" stia subendo un "contagio di ritorno" che, oltre a porre seri problemi di tutela del cliente (ANNUNZIATA, F.: "La distribuzione di prodotti di investimento e l'emergenza sanitaria. Una proposta", in www.dirittobancario.it, 2020) pone sotto stress gli operatori del mercato, la loro stabilità finanziaria, l'adeguatezza della loro

• **Giovanni Berti de Marinis**

Ricercatore tipo B in Diritto dell'economia, Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Economia. Correo electrónico: giovanni.bertidemarinis@unipg.it.

struttura organizzativa e delle loro policy proprio in funzione dello sconvolgimento globale delle economie "reali".

È evidente poi che, di fronte ad una pandemia mondiale, il problema non sia solo nazionale ma vada letto in chiave globale cosa che ripropone il problema delle regole che governano i mercati e della loro qualità. Se tale tema di riflessione è emerso già in tempi di pace, nell'attuale tempo di "guerra" appare ancor più impellente. In questo momento, infatti, le imprese di settori tanto complessi e delicati richiedono l'applicazione di regole comuni, immediate, certe e, pur se con effetti limitati nel tempo, contraddistinte da un forte pragmatismo.

Lo spirito delle brevi riflessioni che seguiranno, si orienta proprio nel senso di verificare se i poteri regolatori degli organismi di vigilanza finanziaria europei siano adeguati a far fronte alla situazione emergenziale che dobbiamo affrontare.

2. L'esigenza di cercare regole comuni applicabili omogeneamente nell'ambito del mercato interno europeo, hanno riguardato anche i comparti finanziari che, proprio per le loro caratteristiche intrinseche, richiedono il supporto regolatorio di Autorità di settore europee (cfr., sul punto, Chiti, E.: *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002; Tovo, C.: *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016). Queste, infatti, hanno il delicatissimo compito di sorvegliare il regolare andamento dei mercati, facilitare l'uniforme applicazione delle regole europee, coordinare le singole autorità domestiche di settore e fare, in un certo senso, da collettore rispetto alle stesse.

L'esigenza di supervisori europei si è posta, con particolare urgenza, proprio a seguito della crisi finanziaria del 2007 che aveva posto a nudo le carenze sotto tale profilo stimolando riforme che permettessero al sistema di prevenire situazioni di crisi e di gestirle nella maniera più adeguata possibile. Quello della vigilanza europea appare, sotto questo profilo, un percorso in continuo divenire condizionato da un lato dalle "gelosie" dei singoli Stati membri che tendono a mal tollerare cessioni di sovranità soprattutto in settori strategici dell'economia e, dall'altro, dalla chiara esigenza di affrontare le moderne sfide finanziarie ad un livello istituzionale superiore. Proprio la consapevolezza che una vigilanza esclusivamente nazionale – che continua ad essere fondamentale in quanto particolarmente indicata ad affrontare le problematiche emergenti all'interno dei peculiari mercati nazionali – non permetta di cogliere ed affrontare le sfide globali della finanza ha portato ad un progressivo rafforzamento degli strumenti europei di vigilanza. Sulla scorta delle considerazioni contenute nel Rapporto de Larosier inizia la trasformazione dei comitati tecnici in vere e proprie Agenzie europee competenti ciascuna per il

proprio mercato di riferimento (v., sul punto, GODANO, G.: “Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea”, in *Dir. Un. eur.*, 2010, pp. 75 ss.).

Di qui la nascita del “Sistema europeo di vigilanza finanziaria” (con i regolamenti UE 1093/2010, UE 1094/2010 e UE 1095/2010 – per come da ultimo modificati con regolamento UE 2019/2175 - nascono, rispettivamente EBA, EIOPA ed ESMA; con il regolamento UE 1092/2010 – da ultimo modificato con regolamento UE 2019/2176 -, invece, è stato istituito il Comitato europeo per il rischio sistemico con competenze prevalentemente macroprudenziali) che di fatto, concretizzando pur se con intensità diverse una cessione della sovranità degli Stati in favore di organismi europei, doveva avere la funzione di dare risposte regolatorie comuni nei settori finanziari (v., in generale, D'AMBROSIO, R.: “Le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione”, in *Dir. banca merc. fin.*, 2011, pp. 109 ss.; CHITI, E. e VESPERINI, G. (coord.): *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, 2015 e, con specifico riferimento alla vigilanza bancaria, POLITI, F.: “Le funzioni della vigilanza bancaria nella BCE nelle dinamiche delle istituzioni europee e nei rapporti fra Unione europea e Stati membri, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2018, pp. 1035 ss.”).

Un sistema di vigilanza che, pur essendo stato criticato fin dall'origine per l'eccessiva timidezza con la quale perseguiva l'obiettivo della centralizzazione su base europea della vigilanza nei mercati, ha avuto il merito – pur se con i limiti che a breve si vedranno – di stimolare una uniforme applicazione delle regole europee, della creazione di comuni standard di vigilanza al fine di evitare il fenomeno del c.d. *gold plating* che portava le singole Autorità domestiche a “personalizzare” le regole comuni adattandole alle specificità del proprio mercato (GODANO, G.: “Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea”, cit., pp. 80 ss.).

Nonostante i pregevoli risultati raggiunti, viene da alcuni segnalato il problema relativo alla efficienza di un tale modello di vigilanza decentrato reso particolarmente complesso dalla necessità di costante coordinamento dell'attività svolta in senso allo stesso con quella portata avanti dalle agenzie domestiche cui spetta, evidentemente, il ruolo di tradurre poi in vincoli tecnici le regole europee (MACCHIA, M.: “Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, pp. 367 ss.).

Va dunque verificato se tale modello, nato dalle esigenze fatte emergere da una crisi nata ed esplosa nell'ambito della finanza, risulti oggi idoneo a gestire correttamente una nuova crisi. Nuova non soltanto perché più recente ma, soprattutto, perché non individua le sue origini in carenze o leggerezze interne al sistema finanziario. È una crisi esogena che, tuttavia, richiede regole rapide e comuni al fine di mitigarne gli effetti.

3. Nonostante le peculiarità che caratterizzano le tre agenzie europee (per quanto riguarda l'EBA v. ANTONIASSI, S.: “L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale negli enti creditizi ed il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie”, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 359 ss.; per quanto riguarda l'ESMA v. MAGLIARI, A.: “La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza al livello sovranazionale: prospettive e problemi”, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, pp. 391 ss.; per quanto riguarda EIOPA v. MARIANI, P.: “Evoluzione e nuovo assetto del sistema di regolamentazione e vigilanza del mercato assicurativo in Italia tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea”, in *Dir. comm. int.*, 2017, pp. 365 ss.) un dato comune può essere evidenziato e risiede, fondamentalmente, nel carattere tendenzialmente non vincolante degli interventi regolatori posti in campo da tali soggetti.

Alla luce dei regolamenti istitutivi, cioè, pur non essendo radicalmente da escludere interventi a carattere vincolante, il ruolo svolto da parte delle tre Autorità di supervisione è quello di contribuire all'elaborazione di norme tecniche e prassi comuni di regolamentazione e di vigilanza e, tutto ciò, dialogando con le istituzioni UE. Dialogo che avviene fornendo pareri o elaborando orientamenti, raccomandazioni o progetti di norme tecniche. A ciò si aggiunga lo sforzo che le stesse devono attuare al fine di giungere ad una applicazione uniforme degli atti vincolanti UE evitando arbitraggi normativi e contribuendo, quindi, alla creazione di una comune cultura della vigilanza (in questo senso, v. l'art. 8 della dir. UE 1093/2010, l'art. 8 della dir. UE 1094/2010 e l'art. 8 della dir. UE 1095/2010).

Oltre che in ossequio al dato normativo, tale soluzione sembra imporsi di fatto a causa del peso che continuano ad avere – in seno alle singole Agenzie - le istanze nazionali che, non sempre coincidenti, portano sovente all'elaborazione di soluzioni di compromesso che, evidentemente, mal tollerano di venir veicolate attraverso atti con natura vincolante. (FERRAN, E.: “The Existential Search of the European Banking Authority”, in *Eur. Business Org. Law Review*, 2016, 17, p. 285 ss.).

In tale quadro istituzionale, le Agenzie di supervisione sembrano preferire parlare agli attori del mercato attraverso atti di *soft law* (specifici riferimenti in SCHEMML, J.: “The ESA guidelines: soft law and subjectivity in the european financial market – Capturing the administrative influence”, in *Indiana journal of legal studies*, 2015, pp. 455 ss.) che, nonostante la loro assenza di vincolatività, hanno senza dubbio una forte capacità persuasiva ed un sicuro impatto – almeno in tempi di assenza di particolari stress di mercato – in termini di corretta regolamentazione del mercato di riferimento.

Ci si trova, cioè, di fronte a provvedimenti – spesso estremamente dettagliati e sovente dal contenuto tecnico – che tuttavia non pongono obblighi giuridici

di conformazione in capo ai destinatari della norma. Da tale dato discente, quale logica conseguenza, l'assenza di sanzioni giuridiche derivanti dal mancato spontaneo adeguamento al precezzo la cui violazione, però, espone il trasgressore a conseguenze negative "imposte" dal mercato. Tali anfibie caratteristiche rappresentano, contestualmente, tanto il punto di forza quanto quello di debolezza di tali provvedimenti la cui rilevanza giuridica, pur in assenza di precettività, si lascia particolarmente apprezzare proprio nell'ambito dei mercati regolamentati (AMOROSINO, S.: "Trasformazione dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia", in *Dir. econ.*, 2016, pp. 341).

Non vi è dubbio, in generale, che la maggiore flessibilità garantita da tali provvedimenti li renda particolarmente appetibili in tutte le circostanze nelle quali le problematiche ordinamentali da affrontare richiedano approcci disciplinari meno rigidi e, quindi, maggiormente idonei ad adattarsi a scenari in corso di rapida evoluzione. L'informalità che caratterizza tali provvedimenti, poi, li rende tempestivi strumenti di intervento, pur se *soft*, per far fronte ad esigenze immediate. Da altri, ancora, è stata evidenziata la capacità di tali provvedimenti a rendere maggiormente efficienti mercati già competitivi stimolando di fatto i destinatari della norma ad adottare condotte sempre più virtuose (LEMMA, V.: "Best practices ed altri aspetti della "soft law", in *Mondo bancario*, 2006, pp. 9 ss.; ID.: "Soft law e regolazione finanziaria", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 600 ss.).

Va inoltre segnalato come l'assenza di formale precettività non rende neutra sotto l'aspetto "sanzionario" la violazione di tali provvedimenti. Il profilo dipende, per ovvie ragioni, dalla tipologia di provvedimento di *soft law*. Tali disposizioni si differenziano infatti, non tanto per il distinto *nomen juris* che di volta in volta assumono nei diversi mercati, quanto per le funzioni che assolvono.

In questo senso, ad esempio, i provvedimenti di *moral suasion* che contengono degli inviti rivolti ai soggetti vigilati a tenere comportamenti adeguati, spingono i destinatari ad uniformarsi agli stessi data la capacità persuasiva dell'autorità che li emana e l'interesse che hanno i soggetti vigilati ad uniformare le proprie condotte al fine di non ricevere un giudizio negativo dai Vigilanti e dal mercato. In altre circostanze i provvedimenti di *soft law* hanno una portata "preparatoria" avendo quale obiettivo quello di portare gradualmente i destinatari delle disposizioni ad uniformarsi a vincoli che, di lì a poco, verranno introdotti attraverso norme vincolanti [CAPRIGLIONE, F.: "Fonti normative", in AA.VV.: *L'ordinamento finanziario italiano* (a cura di F. CAPRIGLIONE), 2^a ed., Padova, 2010, pp. 41 ss.]. Tale funzione perseguita tramite atti di *soft law* appare di estremo rilievo all'interno dei mercati regolamentati nei quali ogni cambiamento normativo richiede un congruo tempo di decantazione per garantire ai soggetti vigilati di modificare la propria struttura e le proprie prassi e, contestualmente, necessita disposizioni sufficientemente

dettagliate per permettere ai soggetti vigilati di iniziare il percorso che li porterà ad essere *complaint*.

In altri casi ancora, le Autorità offrono attraverso tali provvedimenti chiarimenti di natura interpretativa circa disposizioni vincolanti già emanate. Con tali atti, di fatto, i Vigilanti offrono una sorta di interpretazione “autentica” della norma o, detto in altri termini, offrono evidenza di come applicheranno la disposizione interpretata in sede di vigilanza. Appare evidente anche in questo caso, e forse in maniera ancor più incisiva, come tali atti non abbiano solo una portata ermeneutica ma rechino un invito a conformarsi alla disposizione principale dandole, però, il significato suggerito dal Vigilante (ANNUNZIATA, F.: “Interpretare o legiferare? Le comunicazioni persuasive delle Autorità di controllo sui mercati finanziari” in *Riv. soc.*, 1995, pp. 896 ss.).

4. In questo quadro vanno a collocarsi gli interventi regolatori che, stimolati dalle impellenti esigenze generate dal propagarsi della pandemia, hanno visto le Autorità di supervisione chiamate ad assumere decisioni dettate dall’obiettivo di preservare la stabilità dei rispettivi mercati interni e di mitigare le esternalità negative prodotte nei singoli comparti.

Non è intenzione di queste brevi riflessioni quella di individuare nel dettaglio il contenuto dei singoli interventi regolatori adottati dalle Autorità ma basti qui segnalare, ai fini della presente trattazione, che il contenuto dei suddetti atti appare estremamente eterogeneo – anche in funzione delle peculiarità del singolo mercato - riguardando inviti a tenere in considerazione l’impatto della pandemia sulla tutela del cliente (anche in relazione alle procedure di *product governance*), la necessità di una più attenta *disclosure* sui prodotti, l’esigenza di valutare con maggiore prudenza – ma con flessibilità - i requisiti patrimoniali dei soggetti vigilati, l’opportunità di evitare o limitare la distribuzione di dividendi ecc.

Si tratta di *Statement* e *Guidelines* che da un lato incidono, come accennato, su aspetti centrali dei soggetti vigilati ma che, dall’altro, assumono le consuete forme della raccomandazione che, pur se autorevolmente formulata, deve poi essere filtrata dalle Autorità domestiche e dai soggetti vigilati che ne adatteranno forme e contenuti alle specifiche esigenze del mercato nazionale o del singolo operatore.

Se tale modalità di *rule making* appare del tutto adeguata in condizioni di mercato normali, nelle quali la linea guida del supervisore può operare in un mercato che si muove in maniera tendenzialmente prevedibile, forse risulta inadeguata quando le turbolenze del mercato richiedono, invece, disposizioni vincolanti che obblighino

tutte le autorità domestiche europee e tutti soggetti vigilati ad uniformarsi alle stesse.

Ciò risulterebbe maggiormente opportuno sia perché permetterebbe di gestire al livello comunitario una crisi economica che – probabilmente - non ha precedenti in quanto a dimensioni e fattori scatenanti, sia perché si eviterebbe di creare disequilibri regolatori fra gli Stati membri. Le disposizioni menzionate, infatti, a seconda di come e se vengono seguite dai singoli operatori nazionali possono produrre una arbitraggio normativo che, di fatto, potrebbe produrre degli svantaggi competitivi in funzione della più o meno rigida applicazione delle raccomandazioni da parte dei singoli mercati nazionali.

La creazione della regola, in questi casi, presuppone infatti l'apporto collaborativo dei destinati della stessa che, persuasi dal fatto che non rispettare le raccomandazioni potrebbe determinare un pregiudizio per lo stesso all'interno del mercato, allineano le proprie condotte e le proprie scelte a quanto previsto del supervisore europeo. Tale capacità di indurre i soggetti economici a collaborare con le statuzioni dell'Agenzia europea, però, potrebbe perdere il suo mordente in situazioni di crisi nelle quali gli stessi operatori devono fare i conti con le eterogenee peculiarità del mercato nazionale e delle scelte normative che nello stesso vengono imposte per fronteggiare la pandemia.

I poteri regolatori in parola, quindi, nati nell'ambito delle carenze emerse dalla crisi finanziaria del 2007, appaiono idonei ad articolare le regole dei mercati di riferimento in maniera tale da prevenire l'insorgere di turbolenze che nascano da carenze interne al sistema e che, quindi, chiamano lo stesso sistema finanziario ad individuarle ed eliminarle. Rafforzano, per rimanere in tema, il “sistema immunitario” dei mercati che, così rafforzati, dovrebbero essere in grado da soli di reagire alle instabilità alle quali è esposto. Un “organismo” così immunizzato, riprendendo il parallelismo con la triste realtà epidemiologica, non è in grado di rispondere adeguatamente a contagi derivanti da fattori esterni nuovi, esogeni e, probabilmente, non ponderati adeguatamente i quali, di fatto, hanno portato ad una momentanea sospensione di gran parte dei processi economici della realtà produttiva e distributiva.

In tali circostanze, quindi, emerge la necessità di un rafforzamento del carattere vincolante delle regole di mercato. Non si può abbandonare l'efficacia della risposta normativa nei confronti di una crisi tanto pervasiva, alla diversa sensibilità e responsabilità dei singoli attori del mercato. I mercati, soprattutto quelli caratterizzati da una maggiore complessità ed attraverso i quali si realizzano istanze fondamentali delle moderne società, hanno bisogno in queste circostanze di regole comuni certe, vincolanti, pragmatiche e – sicuramente – temporanee che

servano a condurre tali compatti economici fuori dalla turbolenza per poi tornare, ovviamente, alla "normalità".

5. Le riflessioni sopra brevemente riportate lasciano, quindi, emergere delle criticità sotto il profilo dei poteri "normativi" attribuiti dalle Autorità di supervisione europee che sono il frutto, come segnalato, della necessità di mediare fra le esigenze del mercato europeo e le istanze particolaristiche dei singoli Stati membri. Quella descritta appare, però, una posizione necessariamente da rivedere anche alla luce della progressiva riforma del Sistema di vigilanza europeo (su cui v. CARPARELLI, A.: "La riforma delle Autorità europee di vigilanza: verso una nuova architettura", in *Bancaria*, 2018) che punta, come segnalato da una parte della dottrina, alla creazione di una Unione dei mercati di capitali al livello europeo - *Capital Market Union* – (su cui v. PUPO, C.E.: "Information in the Context of Financial Markets and in Particular of Private Placements", in *The Italian Law Juornal*, 2019, I, pp. 287). Tale evoluzione presupporrebbe la necessità di dare un maggior peso alle Autorità di supervisione sia sotto il profilo della vigilanza, sia sotto quello della definizione di regole tecniche comuni (MAGLIARI, A.: "La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza al livello sovranazionale: prospettive e problemi", cit., pp. 394 s.).

I momenti di crisi servono a mettere a nudo criticità e difficoltà invisibili in altre circostanze. Bisognerebbe quindi sfruttare tali tristi contingenze e cercare di porre le basi per una virtuosa evoluzione del sistema che permetta di affrontare con maggiore consapevolezza, tempestività ed efficienza le future sfide alle quali risultano esposti i mercati regolamentati.

PACCHETTI TURISTICI E DIRITTI DEI VIAGGIATORI
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO AI TEMPI DEL
CORONAVIRUS

TRAVEL PACKAGES AND TRAVELER'S RIGHTS IN THE ITALIAN
LEGAL ORDER AT THE TIME OF THE CORONAVIRUS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 592-601



Monica PUCCI

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: L'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha spinto il Governo italiano ad adottare una serie di misure per il contenimento del contagio che hanno avuto pesanti ripercussioni sul turismo, settore maggiormente colpito dalla condizione di emergenza.

Le restrizioni relative agli spostamenti delle persone, infatti, hanno generato inevitabili ricadute tanto sulle attività delle imprese turistiche che di fatto hanno azzerato la loro produzione, quanto sui diritti dei viaggiatori, specie degli acquirenti di pacchetti turistici, a causa dell'imposizione del divieto di ogni tipologia di viaggio non giustificato da comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute.

In questo periodo di estrema urgenza, la tutela riconosciuta al viaggiatore dalla normativa ordinaria di diritto interno, ovvero dal Codice del Turismo, viene messa in discussione dall'art. 88 bis di cui all'Allegato alla legge 24 aprile 2020 n. 27 di conversione del d.l.17 marzo 2020, n. 18 cd. "Cura Italia" che, sostanzialmente, limita le tutele riconosciute all'acquirente del pacchetto sia rispetto alle previsioni di cui al Codice di settore, sia rispetto alle prescrizioni di cui alla direttiva comunitaria 2302/2015 Ue relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, alimentando un ampio dibattito in merito ai profili rimediali fruibili qualora, a causa dell'emergenza sanitaria, siano impossibilitati a godere del viaggio.

PALABRAS CLAVE: Emergenza sanitaria da COVID-19; effetti dell'emergenza epidemiologica sui contratti di vendita di pacchetti turistici; circostanze inevitabili e straordinarie.

ABSTRACT: *The epidemiological emergency caused by COVID-19 led the Italian Government to adopt a series of measures to contain the contagion, which had a serious impact on tourism, the sector most affected by the emergency.*

The restrictions on the movement of people have inevitably had an impact on the activities of tourist businesses, which have in fact reduced their production to zero, and on the rights of buyer of packages travel already sold, due to the prohibition of any type of travel that is not justified by proven occupational needs, situations of necessity or health reasons.

In this period of extreme urgency, the protection granted to the traveler by the ordinary national legislation, the Italian Tourism Code, seems to be challenged by art. 88 bis of the Annex to law 24 april 2020 n° 27 converting the d.l. 17 march 2020 n° 18 "Cura Italia" which, substantially, limits the protection granted to the purchaser of the package with respect to the rules of the Italian Tourism Code, and with respect to the requirements of Directive EU 2302/2015 on package travel and linked travel arrangements, creating a broad debate regarding the remedial profiles available if, due to the health emergency, they are unable to enjoy the trip.

KEY WORDS: COVID-19 emergency; effects of the epidemic emergency on package travel contracts; unavoidable and extraordinary circumstances.

I. L'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia di COVID-19 ha inciso profondamente sul tessuto socio-economico della nostra società con inevitabili ripercussioni per il sistema giuridico italiano, che hanno reso necessaria l'adozione da parte del Governo di provvedimenti normativi d'urgenza [Fisiologicamente destinati ad essere sostituiti, a pena di decadenza, da una legge di conversione: in proposito, CRISCIONE, C.: “Legge di conversione di un decreto-legge ed emendamenti”, in *diritto.it*, 20 aprile 2020] finalizzati a regolamentare in via straordinaria, in virtù della eccezionalità della situazione di riferimento, i contratti in corso e la regolare esecuzione dei relativi rapporti privatistici [Cfr. VERZANI, S.: “Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19”, in *giustiziacivile.com. Emergenza COVID-19 - Speciale n. 1*, pp. 213 ss.].

In particolare, gli stringenti vincoli alla libera circolazione delle persone imposti al fine di evitare il diffondersi del virus hanno provocato pesanti ricadute sul settore turistico, specie sui contratti di vendita di pacchetti turistici, a causa delle molteplici cancellazioni di viaggi da parte dei *tour operator* e/o delle rinunce alla partenza dei viaggiatori.

In un tale contesto, si reputa indispensabile una riflessione sull'incidenza rispetto a tali contratti degli interventi normativi straordinari tra cui il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. “Cura Italia” convertito, con modificazioni, in legge 24 aprile 2020 n. 27 [Recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi”, in G.U. Serie Generale n. 110 del 29.04.2020 - Suppl. Ordinario n. 16], prestando particolare attenzione alle deviazioni introdotte dalla previsione di cui all'art. 88 bis rispetto alla disciplina di ordinaria applicazione, ovvero il Codice del Turismo [Allegato n. 1 al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79. Tale codificazione rappresenta ad oggi il principale riferimento normativo in materia di “contratti del turismo organizzato” disciplinati all'interno del Capo I del Titolo VI, artt. 31-51 novies], nell'ambito dei rimedi esperibili dagli acquirenti dei pacchetti turistici a tutela dei propri diritti nel caso in cui si verifichino circostanze inevitabili e straordinarie che impediscano la partenza.

Ma procediamo con ordine.

• **Monica Pucci**

Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Perugia. Correo electrónico: monica.pucci85@gmail.com

2. A seguito della riforma del nostro Codice di settore, conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62 [tale decreto ha dato attuazione alla direttiva Ue 2015/2302 in materia di pacchetti turistici e servizi turistici collegati. In proposito, ex multis, VENDITTI, P.: *I pacchetti turistici dopo la riforma. Commento organico al d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, di modifica del Codice del turismo*, Roma, 2018], il legislatore italiano ha predisposto, a fronte di una regolamentazione ante riforma piuttosto disomogenea, una disciplina analitica del diritto di recesso del viaggiatore [Tale diritto costituisce il principale strumento giuridico di protezione degli interessi della parte debole del rapporto contrattuale di viaggio: permettendo, infatti, lo scioglimento unilaterale del contratto successivamente alla sua conclusione, consente di rimediare all'originario squilibrio sussistente rispetto alla posizione contrattuale dell'operatore turistico. Cfr. GAMBINI, M.: "Il recesso nella contrattazione turistica", in AA.VV.: *Scritti in Onore di Vito Rizzo* (a cura di E. CATERINI, L. NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI), Napoli, 2017, pp. 797 ss.], mediate l'introduzione di una disposizione *ad hoc*, l'art. 41, volta a regolamentarne l'esercizio prima che abbia avuto inizio l'esecuzione del pacchetto.

Per quanto qui di interesse, si evidenzia che il comma 4 di tale disposizione stabilisce espressamente che qualora si verifichino nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze "circostanze inevitabili e straordinarie" che compromettano in maniera sostanziale l'esecuzione del pacchetto, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, senza essere gravato dall'onere di corrispondere spese di recesso, e ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati, entro 14 giorni [Ridotto all'essenziale, il recesso gratuito del viaggiatore trova quindi fondamento in un'impossibilità a fruire della prestazione sopravvenuta ed oggettiva suscettibile di impedire l'esatta esecuzione in sicurezza dei servizi combinati nel pacchetto turistico. Impossibilità sopravvenuta che deve essere altresì straordinaria, ovvero si deve collocare oltre la soglia della prevedibilità, fuori dal controllo dell'organizzatore del pacchetto e le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare neanche adottando ogni ragionevole misura [Cfr. SANTAGATA, R.: *Diritto del turismo*, Torino, 2018, pp. 300-301; PAGLIANTINI S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE", in *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 41 ss.).

Il concetto di "circostanze inevitabili e straordinarie" viene esemplificato dal Considerando n. 31 della direttiva Ue 2015/2302 con il quale il legislatore comunitario cita espressamente nell'ambito delle stesse i "(...) rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio (...) che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto turistico".

È indubbio, pertanto, che la condizione di emergenza sanitaria causata dalla diffusione del COVID-19 rappresenti un'ipotesi riconducibile alla nozione di cui sopra tale da giustificare l'applicazione del comma 4 dell'art. 41 cod. tur. e, quindi, il riconoscimento in favore del viaggiatore che rinuncia al viaggio del diritto ad ottenere il rimborso integrale di quanto pagato.

3. La considerazione precedente, tuttavia, necessita di essere riformulata a seguito dell'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. "Cura Italia" [Con conseguente abrogazione, ex art. 1, comma 2, del precedente d.l. 2 marzo 2020, n. 9 che regolamentava, all'art. 28, comma 5, l'esercizio del diritto di recesso dai contratti di pacchetti turistici durante l'emergenza da COVID-19. Per una prima riflessione sulla disciplina di cui al d.l. n. 9 del 2020 v. SANTAGATA, R.: "Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020] con la quale si introduce una disciplina del recesso dai contratti di pacchetti turistici che deroga, almeno temporaneamente, ovvero finché permarranno nei luoghi di partenza e di destinazione le misure di restrizione a tutela della salute pubblica [Cessata l'emergenza, in caso di recesso da parte dell'acquirente del pacchetto turistico, tornerà ad applicarsi la disciplina ordinaria di cui all'art. 41, comma 1, cod. tur.], all'art. 41, comma 4, cod. tur.]

L'art. 88 bis, comma 6, di cui all'Allegato a tale legge riconosce il diritto di recesso, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n. 79 del 2011, nelle ipotesi di "contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, o negli Stati dove è impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19", in favore dei soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri e con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia di tali decreti [Art. 88 bis, comma 1, lett. d]; degli acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della suddetta situazione emergenziale epidemiologica [Art. 88 bis, comma 1, lett. f], nonché degli altri soggetti indicati al comma 1º, lett. a, b, c.

Le perplessità e le critiche suscite dalla norma riguardano i diritti spettanti al viaggiatore a seguito del recesso: a fronte, infatti, della normativa di settore che - come precedentemente indicato - riconosce esclusivamente il diritto al rimborso

integrale dei pagamenti effettuati, il comma 6 dell'art. 88 bis dispone espressamente che in caso di recesso, l'organizzatore, possa "offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure (...) procedere al rimborso o, altrimenti, (...) emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un voucher [Sulla natura giuridica del voucher v. CRISCIONE, C.: "Natura giuridica e vicende del voucher introdotto dalla decretazione d'urgenza", in *diritto.it*, 31 marzo 2020] da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante".

Palese è la limitazione dei diritti per il viaggiatore realizzata dalla disposizione che, sostanzialmente, conferisce all'organizzatore la facoltà di scelta in merito alle tre opzioni indicate [Cfr. GIGLIOTTI, F.: "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", in *giustiziacivile.com. Emergenza COVID-19 - Speciale n. 1*, p. 251] ponendo così l'acquirente del pacchetto, obbligato ad accettare l'eventuale voucher proposto dall'organizzatore [L'art. 88 bis, comma 12, infatti, dispone che "l'emissione dei voucher (...) assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario"], in una posizione più sfavorevole rispetto a quella che deriverebbe dall'applicazione della disciplina ordinaria. L'art. 41, comma 4, cod. tur., infatti, impone all'organizzatore l'obbligo di restituire le somme integralmente pagate al cliente: solo quest'ultimo, sulla base di una scelta volontaria, può eventualmente decidere di rinunciarvi in favore, d'intesa con l'organizzatore, di una forma di ristoro diversa quale, ad esempio, l'emissione di un voucher [Cfr. SANTAGATA, R.: "Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti", cit.].

Ciò su cui si vuole concentrare l'attenzione [Cfr. CAPRINO, M. e MARAFFINO, M.: "Coronavirus e vacanze annullate: voucher o rimborso? ecco cosa dice la legge", in *ilsole24ore.com*, 4 aprile 2020] è che proprio una normativa d'urgenza che teoricamente dovrebbe tutelare chi ha dovuto rinunciare al viaggio a causa della pandemia, risulti essere maggiormente pregiudizievole per il viaggiatore, sicuramente penalizzato dalla scelta dell'organizzatore di erogare un voucher sostitutivo del rimborso nell'ipotesi in cui, ad esempio, si venga a trovare in una situazione di difficoltà, dovuta magari alla perdita del posto di lavoro, e sia quindi impossibilitato materialmente ad affrontare un viaggio entro un nuovo anno. Per non parlare, poi, del rischio non inverosimile, considerata la generale condizione di crisi economica causata dall'emergenza COVID-19, di un *default* finanziario dell'organizzatore successivo all'emissione di tale voucher.

La riflessione che ne consegue induce a ritenere che, in luogo di una soluzione idonea a realizzare un corretto bilanciamento - secondo il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della nostra carta costituzionale - tra la tutela dell'industria

del turismo e gli interessi dei viaggiatori, la norma varata con l'emergenza abbia privilegiato la protezione delle imprese turistiche falcidiate dal Coronavirus, le quali hanno sostanzialmente azzerato la loro attività e che, pertanto, non verserebbero nella possibilità di eseguire il rimborso immediato di somme non più presenti nel loro patrimonio, concedendogli il beneficio di una dilazione connessa all'emissione del *voucher* [Nello stesso senso SANTAGATA, R.: “Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti”, cit.; in senso contrario CRISCIONE, C.: “Natura giuridica e vicende del voucher introdotto dalla decretazione d'urgenza”, cit., per il quale è stata fatta “la scelta di realizzare il concorso in attività di carattere solidaristico, ponendo in essere una norma di coesione sociale grazie alla quale ciascuno ha la possibilità di dare “il proprio contributo” al fine di creare le condizioni di una rapida ed auspicata ripresa a vantaggio della sopravvivenza e dello sviluppo della comunità intera”]. Di contro, è stato addossato ai viaggiatori, i cui diritti sono stati eccessivamente compressi, l'onere di “supportare” con i propri sacrifici l'impresa del turismo [Il comma 7 dell'art. 88 bis, peraltro, ha esteso il termine per la corresponsione del rimborso o per l'emissione del voucher dagli originari 30 a 60 giorni rispetto alla data prevista di inizio del viaggio].

Il quadro si complica ulteriormente a svantaggio dell'acquirente del pacchetto turistico a causa della qualificazione delle disposizioni di cui all'art. 88 bis [V. art. 88 bis, comma 13] come “norme di applicazione necessaria” [A tale scopo vengono richiamati l'art. 17 della l. n. 218 del 1995 in tema di diritto internazionale privato e l'art. 9 del reg. (Ce) n. 593 del 2008 sulle obbligazioni contrattuali], in quanto il loro rispetto è ritenuto per l'Italia “cruciale per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto” [V. art. 9 del reg. n. 593 del 2008]. Tale qualificazione consente di affermarne la prevalenza sulle disposizioni di diritto internazionale pregiudicando ulteriormente la posizione di viaggiatori già ampiamente penalizzati, che saranno anche impossibilitati a beneficiare di eventuali disposizioni più favorevoli eventualmente adottate da altri Stati membri dell'Ue.

In ogni caso, e a prescindere dalle valutazioni individuali circa l'idoneità o meno della nuova disciplina nazionale a realizzare un effettivo bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, ciò che emerge con oggettività è che l'art. 88 bis sia in aperto contrasto non solo con la normativa interna di settore, ma anche con la direttiva Ue 2015/2302 [A tal proposito, SANTAGATA, R.: “Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti”, cit., sottolinea che l'art. 4 della direttiva abbia introdotto un principio di armonizzazione massima, con conseguente divieto per gli Stati membri di adottare disposizioni che comportino un livello di tutela diverso per il viaggiatore] di cui l'art. 41, comma 4, cod. tur. costituisce attuazione.

L'art. 12.2 della normativa comunitaria, infatti, riconosce espressamente in favore del viaggiatore il diritto di risolvere il contratto ed il conseguente rimborso integrale dei pagamenti effettuati qualora si verifichino circostanze inevitabili e straordinarie [Di cui al Considerando n. 31] nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che incidono in maniera sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione.

4. Le considerazioni che precedono ci consentono di concludere che la disciplina introdotta dalla legge di conversione del d.l. "Cura Italia" infligga un grave *vulnus* alle tutele sinora garantite ai viaggiatori in Europa, ponendosi in aperto contrasto con la disciplina comunitaria e con l'impianto di protezione realizzato nel tempo mediante regolamenti e direttive.

A tal proposito, non si può fare a meno di notare come la stessa Commissione Europea abbia ribadito con riferimento ai diritti riconosciuti dai regolamenti Ue ai passeggeri che viaggiano in aereo, treno, autobus o nave nel corso dell'emergenza da Coronavirus, che la proposta del *voucher* offerto in caso di cancellazione del viaggio non possa in alcun modo influire sul diritto del passeggero a scegliere il rimborso come forma di ristoro alternativa [Cfr. Comunicazione della Commissione: "Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al COVID-19", Bruxelles, 18.3.2020 C(2020) 1830 final, in ec.europa.eu]. Diametralmente opposta la soluzione adottata dal legislatore italiano che impone, ex art. 88 bis, comma 12, anche con riguardo all'acquisto di singoli servizi turistici disaggregati l'accettazione del *voucher* quale rimedio proposto dal vettore [V. art. 88 bis, comma 3] in caso di cancellazione del viaggio.

Non ci si può esimere dal rilevare, quindi, che in sede di conversione del d.l. "Cura Italia" il legislatore abbia sprecato l'opportunità di modificare un sistema, quello dei *voucher* sostitutivi del rimborso, già al centro di un'accesa diatriba durante la vigenza del previgente d.l. n. 9 del 2020 [V. infra], accrescendo così la possibilità di contenziosi tra viaggiatori ed organizzatori basati sulla difformità tra la normativa nazionale e la direttiva comunitaria. Contenziosi che potrebbero indurre i giudici italiani a sollevare questione di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia europea ex art. 267 TFUE e che, in ogni caso, dal punto di vista pratico esporrebbero i viaggiatori al rischio di vincere una causa quando ormai la controparte potrebbe non essere più in grado di pagare. La capacità effettiva di rimborso degli operatori turistici dopo eventuali cause, infatti, dipenderà non solo dalla durata della crisi, ma anche dall'entità degli aiuti da parte dello Stato a disposizione delle imprese del settore turistico.

In secondo luogo, l'introduzione, ex art. 88 *bis*, comma 7, dell'espresso riconoscimento del diritto di recesso in favore dell'organizzatore del pacchetto e l'attribuzione allo stesso di una facoltà di scelta in merito alla possibilità di erogare il *voucher* in alternativa al rimedio del rimborso integrale di cui all'art. 41, comma 5, lett. b) cod. tur., limita ulteriormente il viaggiatore anche rispetto alla precedente normativa d'urgenza.

L'art. 28, comma 5, del d.l. n. 9 del 2020, infatti, non avendo espressamente statuito in merito al recesso dell'operatore turistico, faceva salva l'applicazione della disciplina ordinaria di cui al Codice del turismo assicurando, così, il diritto del viaggiatore a rifiutare legittimamente il *voucher* e richiedere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati in caso di cancellazione del pacchetto da parte dell'operatore turistico [Ciò nonostante, la prassi seguita da alcuni dei maggiori *tour operator* durante la vigenza di tale d.l., è stata quella di imporre i *voucher* anche nell'ipotesi in cui non fosse il viaggiatore a chiedere la cancellazione del viaggio. Tale condotta, considerata illegittima per contrarietà alla disciplina ordinaria, ha spinto il Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, comunemente conosciuto come "Codacons", a presentare denuncia all'Antitrust in cui si è chiesto di aprire formale istruttoria per pratica commerciale scorretta ai danni dei consumatori].

Successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. "Cura Italia", invece, il viaggiatore che si troverà di fronte all'emissione di un *voucher* a seguito del recesso dell'organizzatore non potrà rifiutarsi di accettarlo.

Evidente è la disparità di trattamento, in violazione del principio di egualianza di cui all'art. 3 della nostra Costituzione, subita dai viaggiatori a seconda che il recesso dell'organizzatore si sia verificato sotto la vigenza del d.l. n. 9 del 2020 o della nuova disciplina, considerato che l'art. 1, comma 2, della legge di conversione del d.l. "Cura Italia" salva "gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base" dell'abrogato d.l.

Appurato che il sistema dei *voucher* confermato e potenziato [Il comma 11 dell'art. 88 *bis* prevede espressamente la possibilità di emettere *voucher* per tutti i rapporti inerenti ai contratti di pacchetto turistico "instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 (...)] dalla legge n. 27 del 2020 abbia inflitto un'ulteriore ferita ai cittadini-viaggiatori già duramente colpiti dalle pesanti ripercussioni economiche della pandemia, ci si interroga in merito all'esistenza di suoi eventuali correttivi finalizzati a consentire una tutela simultanea degli interessi delle imprese turistiche e dei viaggiatori, senza correre il

rischio di comprimere eccessivamente i diritti di questi ultimi di per sé già circoscritti da una contrattazione standardizzata che si caratterizza per un evidente squilibrio contrattuale tra le parti fin dalla fase genetica del rapporto.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il viaggiatore assuma le vesti di “contraente debole” [Sul punto, MEZZASOMA, L.: “El contraente protegido en los contratos de turismo organizado: del consumidor al viajero”, in AA. VV.: *Turismo y daños* (a cura di L. MEZZASOMA. e M.J. REYES LÓPEZ), Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 153 ss.] dinnanzi ad un operatore turistico che predispone unilateralmente un regolamento contrattuale per lui indubbiamente più vantaggioso, avvalendosi di rigide condizioni generali di offerta e di vendita dei servizi che l’acquirente del pacchetto si trova a dover accettare senza alcuna possibilità di negoziazione. Tale condizione di debolezza contrattuale - che ha spinto il legislatore italiano ad adottare la disciplina speciale di cui al Codice del turismo proprio al fine di intensificare la tutela del viaggiatore rispetto al comune consumatore [In proposito, ex multis, SANTAGATA, R.: *Diritto del turismo*, cit., pp. 273-274] - dovrebbe indurre a far sì che, dinnanzi al verificarsi di circostanze straordinarie ed inevitabili che prescindono dalla volontà dell’acquirente, quali l’emergenza da Coronavirus, e che impediscono la regolare esecuzione del pacchetto, si possa garantire un sistema di protezione che gli consenta di contare ragionevolmente su una tutela intensificata, piuttosto che ridotta rispetto a quella di cui potrebbe beneficiare in situazioni ordinarie.

In tale ottica, le considerazioni che precedono consentono di concludere che sarebbe stato più ragionevole, e non solo ai fini di una conformità rispetto alla normativa comunitaria, lasciare al viaggiatore la libera scelta in merito all’opzione rimborso/voucher. In secondo luogo, ai fini di una effettiva tutela dei diritti degli acquirenti del pacchetto turistico, si sarebbe potuto prolungare la scadenza del voucher oltre la soglia annuale; ovvero, in ordine gerarchico, prorogarne la validità per ulteriori 12 mesi in caso di mancato impiego; permetterne un utilizzo frazionato in singoli servizi turistici; e, come ultima *chance*, consentirne il riscatto in denaro in caso di impossibilità ad usufruirne.

Tuttavia, nessuna di queste alternative è stata presa in esame lasciando, così, la strada aperta a probabili numerosi contenziosi.

SALUTE DELLA PERSONA E ORGANIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ ALBERGHIERA AI TEMPI DEL COVID-19 *

PERSON'S HEALTH AND HOTEL BUSINESS IN COVID-19 TIMES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 602-613

* Il paragrafo 1 è attribuibile a Federico Pascucci e il paragrafo 2 a Roberto Garett

Federico
PASCUCCI
e Roberto
GARETTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza i possibili profili di responsabilità dell'albergatore nei confronti della salute dei lavoratori (suoi o di terzi) e dei clienti a seguito di contagio da COVID-19. Si inizia con l'esame dell'obbligo di sicurezza nei confronti dei prestatori di lavoro che operano all'interno dei locali aziendali, per concludere con i rischi che l'albergatore deve fronteggiare per assicurare la sicurezza dei clienti.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; salud; trabajador; cliente; responsabilidad.

ABSTRACT: *The essay focuses on the hotelier's liability towards the workers (both employees and third parties) and the customers for infection from COVID-19. It starts examining the safety obligation towards the employees who work inside the company premises, and then analyzes the risks that the hotelier must face to ensure the safety of the customers.*

KEY WORDS: *Coronavirus; health; worker; customer; liability.*

I. L'imprenditore alberghiero riveste una posizione atipica. Deve dirigere la "comunità" di persone che sono a lui legate da un contratto di lavoro, ma può gestire anche lavoratori di terzi che svolgono mansioni nei suoi locali aziendali.

Ne deriva un ambiente in cui i contatti tra persone sono stretti e dove il rischio da fattore biologico – specie se un agente patogeno altamente infettivo come quello responsabile del COVID-19 – è elevato. Ancora di più se si pensa che la chiusura delle attività produttive non essenziali prevista dal D.P.C.M. 22 marzo 2020 (e modificata dal D.P.C.M. 26 aprile 2020) non ha riguardato proprio i servizi alberghieri.

Già dalle disposizioni costituzionali (art. 2, 32 e 41 Cost.) emerge l'obbligo dell'albergatore di prendersi cura della salute psicofisica dell'altro, inteso come "persona" (PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 435), a maggior ragione se poi detta persona entra in contatto con l'apparato produttivo che egli organizza, e la sua conseguente responsabilità ove tale obbligo rimanga inadempito. Ma che tipo di responsabilità? Perché se egli è obbligato contrattualmente a tutelare la salute e la sicurezza delle persone che lavorano per lui in base al d.lgs. n. 81 del 2008 (d'ora in poi TU) ed alla norma di chiusura dell'art. 2087 c.c., rimane da vedere il titolo che legittima colui che ha contratto la malattia COVID-19 al di fuori del contratto di lavoro a domandare il risarcimento all'albergatore.

Di quale tutela potranno disporre i lavoratori del terzo imprenditore che svolgono le loro mansioni presso i locali dell'albergatore? La loro pretesa sarà contrattuale oppure aquiliana?

La domanda non è oziosa, vista la differente disciplina – sia in tema di onere probatorio, sia in termini di prescrizione – che discende dall'applicazione della prima oppure della seconda opzione.

Se è pur vero che l'art. 2043 c.c. configura una clausola generale che punisce il "danno ingiusto", non è men vero che l'obbligazione di risarcire detto danno deriva dal comportamento colpevole di un soggetto che, solitamente, non ha nessun altro collegamento con il danneggiato che non sia il fatto illecito (si parla

• **Federico Pascucci**

Assegnista di ricerca Unicam. Correo electrónico: federico.pascucci@unicam.it

• **Roberto Garetto**

Assegnista di ricerca Unicam. Correo electrónico: roberto.garetto@unicam.it

di responsabilità del passante o *quisque de populo*; CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, p. 180).

Discorso diverso va fatto per chi, non avendo con taluno rapporti *ex contractu*, non potrebbe richiedere in termini strettamente contrattuali la tutela della sua integrità psicofisica, ma si trova comunque in contatto con la sfera giuridica di questi. Contatto che potrebbe rivelarsi dannoso (Rossi, S.: "Contatto sociale (fonte di obbligazione)", in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 2010, V, p. 349; FAVALE, R.: "Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco", in AA.VV.: *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 71). In tali casi prendere in considerazione solo il verificarsi del danno significherebbe non tenere conto dello svolgimento dell'intera vicenda (FLAMINI, A.: "La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»", in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2015, vol. 4, p. 7). Questa non inizia con l'evento dannoso, ma col "rapporto" tra soggetti che, pur non essendo legati da vincolo contrattuale, espongono a pericolo loro interessi meritevoli di tutela in occasione del "contatto sociale" che si instaura nell'esecuzione di altri contratti che uno o più di loro adempie (CASTRONOVO, C.: "Ritorno dell'obbligazione senza prestazione", in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 681). Sembra proprio quest'ultima la situazione che viene ad instaurarsi tra l'albergatore ed i lavoratori che interagiscono con l'organizzazione da lui predisposta ed i rischi che essa comporta. Specie poi quando uno di detti rischi è il COVID-19, che nei luoghi di concentrazione degli individui può mostrare tutto il suo deleterio potenziale per la salute umana.

Un'attività di lavoro rende sempre possibile che una malattia oppure un infortunio possa avere la sua causa esclusiva, o una concausa, nell'ambiente in cui essa avviene. Vi è perciò l'esigenza di prevenire gli eventi lesivi per la salute del lavoratore cercando di scongiurare o ridurre i rischi legati allo svolgimento delle mansioni o alla mera permanenza sul luogo di lavoro (DEL PUNTA, R.: *Diritto del lavoro*, 6^a ed., Milano, 2014, p. 523).

La norma chiave nella protezione della salute sul posto di lavoro è l'art. 2087 del codice civile, secondo cui "il datore di lavoro è tenuto ad adottare tutte le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". La norma addossa sul datore un obbligo di sicurezza della persona del lavoratore, obbligo che entra a far parte del contratto di lavoro ed al quale corrisponde un diritto soggettivo indisponibile (ALBI, P.: *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Milano, 2008, p. 125). L'omessa o incompleta adozione delle misure di sicurezza, ed il loro inefficiente funzionamento, configurano un inadempimento contrattuale ed ingenerano, in capo al datore, una corrispondente responsabilità ex art. 1218 c.c. (Cass., 12 marzo 2018, n. 5957, in *De Jure*). L'obbligo di protezione dei

lavoratori è dinamico. Il datore ha sempre il dovere di adeguare i presidi protettivi ai progressi tecnologici in modo che la sicurezza dei dipendenti rimanga costante, e non può limitarsi ad adottare mezzi tecnici o procedure di protezione basandosi sul rapporto costi/benefici, dato che tale rapporto può essere ammesso solo nel caso di tutela di beni materiali, ma viene escluso riguardo la vita e l'integrità fisica della persona (Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2016 n. 3616, inedita; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 101). Nello scegliere gli strumenti e le procedure di sicurezza più adatti, il datore dovrà sempre adottare (salvo impossibilità oggettiva) quelle che consentano di azzerare, o almeno di mitigare, il rischio al massimo livello (c.d. principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"; DEL PUNTA, R.: *Diritto del lavoro*, cit., p. 525).

Anche se può sembrare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ossia una responsabilità del datore per il mero fatto dell'infortunio o della malattia del lavoratore per causa di lavoro, l'art. 2087 presuppone sempre la colpa (*in eligendo* oppure *in vigilando*). Dato che il "rischio zero" non esiste, il datore non ha un "obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile ed innominata diretta ad evitare qualsiasi danno", ovvero non deve predisporre qualsiasi procedura di protezione per qualsiasi rischio che riguardi i suoi lavoratori, ma solo quelli specifici che essi corrono *hic et nunc*, ossia in base ai fattori rilevabili nelle concrete condizioni di lavoro (Cass., 17 aprile 2012, n. 6002, in *Mass. Giur. lav.*, 2013, p. 873).

La prova liberatoria del caso fortuito o della forza maggiore sarà comunque particolarmente difficoltosa per il datore (tanto che DEL PUNTA, R.: *Diritto del lavoro*, cit., pp. 525-526, parla di responsabilità tendente a divenire "di fatto, di natura quasi oggettiva"), in quanto essa corrisponderà solo al c.d. rischio elettivo, ossia ad un comportamento del lavoratore talmente abnorme ed imprevedibile da porsi al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo.

L'art. 2087 non è la sola norma che il datore deve rispettare. In tema di sicurezza vi è anche il corposo TU del 2008, applicabile a tutti i lavoratori (subordinati, autonomi, parasubordinati ed atipici) che prevede regole sia generali, sia specifiche in base ai fattori di rischio. Tra le prime devono essere menzionate l'obbligo del datore di valutare i rischi generici e specifici della sua attività e redigere il conseguente Documento di Valutazione dei Rischi (DVR) ex art. 28 TU, nonché l'onere di coinvolgere direttamente i lavoratori nel sistema di prevenzione mediante il loro diritto-dovere di ricevere un'informazione ed una formazione adeguata sui rischi generali e specifici e sulle misure di protezione (artt. 36-37 TU). Il datore non può fermarsi al mero rispetto della normativa settoriale di protezione, ma deve valutare il pericolo in base alle caratteristiche della prestazione lavorativa e degli ambienti di lavoro e adottare qualunque misura che "in concreto" si renda

necessaria “per la tutela del lavoratore in base all’esperienza e alla tecnica” (Cass., 17 aprile 2012, n. 6002, cit.).

Potrebbero sotto quest’ultimo profilo venire in aiuto le linee guida emanate soprattutto dalle autorità sanitarie – quali le linee guida dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) oppure il Protocollo “Accoglienza sicura” della Federalberghi – per eliminare o almeno contenere il rischio da infezione COVID-19? Tecnicamente detti strumenti, ove non recepiti in un atto legislativo, non avrebbero forza coercitiva, sia perché semplici “raccomandazioni” da applicare volontariamente, sia perché spesso di contenuto estremamente generico, quando non addirittura ovvio (vedi la raccomandazione prevista dal 3.I del Protocollo “Accoglienza sicura”).

Ove però essi fossero utilizzati dall’albergatore per predisporre il DVR o inglobati nelle sue direttive, potrebbero divenire vincolanti e comunque andare a completare il principio della massima sicurezza tecnicamente fattibile ex 2087.

Questo quadro di responsabilità del datore rispetto ai suoi lavoratori può considerarsi valido anche in tempi di COVID-19. Sul punto a nulla rileva la novità del fattore patogeno. Esso non cambia in linea generale gli obblighi datoriali in ordine ai doveri di informazione e formazione nonché dotazione dei presidi di sicurezza, come ben dimostrato dal primo caso di infezione da Hiv nel marzo del 1987 nell’ospedale di Torino, ove venne riconosciuta la responsabilità del datore per omessa formazione e controllo sul corretto utilizzo dei macchinari e delle dotazioni protettive individuali al personale sanitario (Torino, 22 marzo 1989, in *Foro it.*, 1990, II, p. 58).

Come si atteggiava invece l’obbligo datoriale nei confronti di coloro che sono sì lavoratori, ma di un altro soggetto, e che entrano in contatto con la sua organizzazione imprenditoriale per adempiere alle loro mansioni nei confronti del loro datore di lavoro?

Ove due imprenditori stipulano un accordo in forza del quale il lavoratore di uno è chiamato a lavorare presso l’altro (tipici sono il contratto di appalto oppure il distacco), si viene a creare anche tra il lavoratore ed il soggetto nei cui luoghi aziendali egli lavora un rapporto da “contatto sociale qualificato” che obbliga quest’ultimo a tutelare l’integrità psicofisica del primo esattamente come egli farebbe con i suoi lavoratori.

Né l’ipotesi deve apparire peregrina. L’ambito di applicazione dell’art. 2087, già come visto molto ampio, è stato ancora più esteso dalla dottrina, che ha configurato l’obbligo di sicurezza non soltanto come dovere di tutelare i soggetti che si muovono all’interno dei locali dell’azienda, ma anche e soprattutto come

obbligo di fornire un ambiente lavorativo salubre “per se” (LEPORE, M.: “La prestazione di sicurezza”, in AA.VV.: *Contratto di lavoro e organizzazione* (a cura di M. MARAZZA), in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI) vol. IV, t. II, Padova, 2012, p. 1761). Anche la giurisprudenza, specie quella penale, ha avuto modo di porsi sulla stessa linea, affermando che l'imprenditore “ha l'obbligo di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro per tutti i soggetti che prestano la loro opera nell'impresa, senza distinguere tra lavoratori subordinati e persone estranee all'ambito imprenditoriale e ricorre l'aggravante della violazione di norme antinfortunistiche anche quando la vittima è persona estranea all'impresa, in quanto l'imprenditore assume una posizione di garanzia in ordine alla sicurezza degli impianti non solo nei confronti dei lavoratori subordinati o dei soggetti a questi equiparati, ma altresì nei riguardi di tutti coloro che possono comunque venire a contatto o trovarsi ad operare nell'area della loro operatività” (cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2525 in <https://olympus.uniurb.it>).

Se dunque quella dell'imprenditore è una posizione di garanzia nei confronti dei dipendenti (suoi o di altri) che si trovano “qualificatamente”, perché a vario titolo legittimati, all'interno dei suoi locali aziendali (posizione che la pandemia non affievolisce), questi si trova a dover rispondere anche dell'affidamento che detti dipendenti hanno nei suoi confronti riguardo al rispetto degli obblighi di sicurezza. Di questo affidamento egli risponderà sempre a titolo contrattuale, benché non vi sia nessun rapporto di lavoro che lo leghi a tali lavoratori (Rossi, S.: “Contatto sociale”, cit., p. 351; CASTRONOVO, C.: *La nuova responsabilità*, cit., p. 252). In concreto, per evitare – o almeno minimizzare – il contagio da COVID-19 nei confronti dei lavoratori, l'albergatore dovrà sicuramente rispettare quanto previsto dal TU in tema di DVR e di informazione e formazione specifica sul rischio da coronavirus, nonché adempiere a tutte le incombenze che riguardano la prevenzione e protezione dagli agenti biologici (cfr. titolo X del TU).

Inoltre sarà tenuto all'applicazione di ciò che è disposto dal Protocollo di sicurezza sui luoghi di lavoro del 24 aprile del 2020 (all. 6 del D.P.C.M. 26 aprile 2020), siglato dal Governo e dalle parti sociali per la prevenzione e gestione del rischio COVID-19 negli ambienti lavorativi. In esso sono previsti – tra gli altri – la possibile misurazione della temperatura dei dipendenti all'entrata dei luoghi di lavoro, il rispetto della distanza di sicurezza, la possibilità di utilizzare telelavoro oppure lavoro agile, la dotazione di dispositivi di protezione individuali (DPI), tra cui guanti, mascherine ed eventualmente camici. Del rispetto di tali prescrizioni l'albergatore risponderà altresì nei confronti dei lavoratori non suoi, così come risponderà nei loro confronti delle disposizioni specifiche previste dal TU per gli appalti, i distacchi o le somministrazioni (artt. 3, comma 6 e 26 del d.lgs. 81/2008).

In ogni caso di inadempimento delle norme speciali o del principio della massima sicurezza tecnicamente fattibile ex art. 2087, l'imprenditore alberghiero sarà chiamato ex *contractu* sia verso i suoi dipendenti (T. Roma, 24 maggio 2011 in *Ragiusan*, 2011, fasc. 329, p. 129, riguardo alla responsabilità del Ministero delle finanze a seguito della morte per legionella di un suo dipendente), sia verso i dipendenti di terzi, ma che sono pur sempre legittimati a svolgere le loro mansioni all'interno dei suoi locali.

2. Il contratto d'albergo si connota come contratto d'impresa (D'ETTORE, F.M., MARASCIULO, D.: *Il contratto d'albergo. Profili civilistici*, Milano, 2008, p. 112). In relazione alle situazioni di emergenza sanitaria poste dalla pandemia da COVID-19, l'albergatore, quale imprenditore, è tenuto a garantire la fruizione di un ambiente sano e sicuro tanto ai lavoratori, quanto ai clienti. Il rischio che la trasmissione del virus sia favorita da condizioni ambientali sotto il suo diretto controllo è reale.

La polmonite atipica da SARS, diffusasi tra il 2002 e il 2003 in Cina, costituisce per il giurista un riferimento preciso per esaminare le implicazioni dell'attuale pandemia da COVID-19, che evidenzia con la precedente significativa analogia (DE LISLE, J.: "Atypical Pneumonia and Ambivalent Law and Politics: SARS and the Response to SARS in China", in *Temple Law Review*, 2004, p. 193). Nel corso di tale epidemia si verificarono eventi di accelerazione del contagio (*superspreading virale*) tramite condizionatori d'aria (AA. VV.: "Sars and international legal preparedness", in *Temple Law Review*, 2004, p. 157). Quello più grave riguardò il Blocco E dell'*Amoy Gardens* di Hong Kong, ove i condizionatori furono strumenti di trasmissione del virus attraverso diffusione del *bioaerosol*, con la contaminazione di più di 300 ospiti. È quindi accertato che, in presenza di situazioni non debitamente controllate, spazi chiusi ad elevata concentrazione abitativa, se dotati di condizionatori, possono diventare lo scenario di disastrosi eventi infettivi (AA.VV.: "Multi-zone modeling of probable SARS virus transmission by airflow between flats in Block E, Amoy Gardens", in *Indoor Air*, 2004, p. 110). Poiché il Blocco E era costituito da unità abitative date in locazione, il contenzioso si limitò ad ipotesi di recesso dal contratto per giusta causa, ipotesi peraltro ritenuta non ravvisabile (cfr. Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong [2003] HKDC 54). Il giudice ritenne infatti che l'epidemia da SARS, pur essendo evento imprevedibile, non fosse sufficiente ad alterare il rapporto obbligatorio di natura contrattuale; il locatario fu tenuto a corrispondere al locatore il canone anche per il periodo successivo all'abbandono dell'unità abitativa (JACOBS, L.A.: "Rights and Quarantine During the SARS Global Health Crisis: Differentiated Legal Consciousness in Hong Kong, Shanghai, and Toronto", in *Law & Society Review*, 2007, p. 543).

È evidente tuttavia come la fattispecie descritta possa essere facilmente configurabile anche nel contesto di un albergo. Nell'ordinamento italiano l'albergatore, in questo caso, risponderebbe per i danni alla salute provocati ai clienti dalla diffusione del virus attraverso condizionatori ai sensi dell'art. 2051 c.c. Sul tema vi è ormai giurisprudenza consolidata (cfr. Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1723). Si configura una responsabilità da custodia nell'esercizio delle attività alberghiere; tale responsabilità ha natura oggettiva, in quanto si ritiene sufficiente che il danneggiato fornisca la prova della sussistenza del nesso causale tra la cosa che ha provocato l'incidente e l'evento dannoso, indipendentemente dalla diligente condotta dell'albergatore, sul quale incombe l'onere di provare il caso fortuito o la forza maggiore.

La responsabilità dell'albergatore ex art. 2051 ha una portata assai vasta, sino al limite della responsabilità assoluta, tanto da trasformarla, per cose in custodia, in una sorta di assicurazione delle vittime degli incidenti (CERCHIA, R.E.: "Art. 2051 c.c. e «stato dei luoghi». Ci si è dimenticati di qualcosa?", in *Danno resp.*, 2012, p. 1053). Tale portata si amplia ulteriormente allorchè si considera che l'attività alberghiera è oggi il risultato di una complessa sequenza di operazioni contrattuali (D'ETTORE, F.M., MARASCIULO, D.: *Il contratto d'albergo*, cit., p. 7). Oltre al contratto d'albergo in senso stretto, tale attività può ricoprendere servizi riferibili ai contratti di ristorazione, di trasporto (tramite l'utilizzo di mezzi messi a disposizione del cliente), di lavanderia, nonché servizi funzionali alla salute ed al benessere, riconducibili tutti a corrispondenti forme contrattuali atipiche. Queste attività, come sottolineato dalla Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 23 dicembre 2003, n. 19769 in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1763), non assumono carattere accessorio sotto il profilo causale rispetto al contratto di albergo, inteso come locazione di alloggio, che conserva carattere preminente.

Da tale ventaglio di situazioni contrattuali correlate la questione della responsabilità dell'albergatore nei confronti dei clienti esce accresciuta per effetto dell'art. 2049 c.c., che grava l'imprenditore di una responsabilità indiretta per il fatto dannoso del dipendente. L'articolo postula l'esistenza di un nesso di occasionalità necessaria (Cass., 6 aprile 2002, n. 4951 in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1513) tra l'illecito e il rapporto che lega l'albergatore ed il suo dipendente, nel senso che le mansioni affidate abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno al cliente. Un simile aggravio di responsabilità è riconducibile all'applicazione del principio *ubi commoda, ibi incommoda*. È infatti posto a carico dell'imprenditore, come componente dei costi e dei rischi dell'attività economica, il risarcimento del danno cagionato dai soggetti della cui prestazione egli si avvale per perseguire il profitto (D'ADDA, A.: "Il nesso di occasionalità necessaria tra mansioni e condotta dannosa del preposto: ancora una discutibile pronuncia della Suprema Corte", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 188).

Quali strumenti avrà quindi l'albergatore per garantire alla comunità che fa capo alla sua attività, costituita da dipendenti, collaboratori esterni e clienti, condizioni di sicurezza sanitaria tali da minimizzare il rischio di infezione da COVID-19 contrattata all'interno della sua struttura?

In ordine alle ipotesi di responsabilità previste ex art. 2049, l'albergatore potrà cautelarsi implementando le disposizioni del Protocollo di sicurezza sui luoghi di lavoro ed imponendo al dipendente l'uso di guanti monouso e di strumenti di protezione respiratoria, in particolare mascherine FFP2 o FFP3 (AA. VV.: "Surgery in COVID-19 patients: operational directives, in *World Journal of Emergency Surgery*", 2020, p. 26), idonee a fornire totale protezione tanto alla sua salute, quanto a quella del cliente (purché la mascherina non abbia la valvola: in tal caso la protezione del cliente non sarebbe garantita).

Il Protocollo consente pure – come detto – la misurazione della temperatura corporea del dipendente. Tale pratica, già efficacemente adottata per regolare i flussi di accesso in strutture nelle aree colpite da SARS nel 2003 (AA.VV.: "Infrared Thermography to Mass-Screen Suspected Sars Patients with Fever", in *Asia-Pacific Journal of Public Health*, 2005, p. 26), consente all'albergatore di prevenire eventuali danni alla salute sia dei dipendenti, sia dei clienti.

Le speciali misure di cautela che si impongono per ridurre al minimo il rischio di contagio da COVID-19 all'interno di una struttura alberghiera necessitano di un apporto collaborativo da parte del cliente. Mentre rispetto ai dipendenti l'albergatore, in virtù del rapporto di lavoro, può stabilire regole di condotta e vigilare sul loro rispetto, nei confronti del cliente è necessaria una sua specifica adesione a regole di sicurezza sanitaria.

Ciò pone due ordini di problemi: quali siano le regole da adottare e con quali modalità si possa richiedere al cliente l'adesione ad esse, prevedendo eventuali sanzioni contrattuali, ove non si uniformi.

Quanto al primo problema, oltre alla normativa interna, sarebbe opportuno per l'albergatore fare riferimento alle linee guida dell'OMS in materia di prevenzione della pandemia da COVID-19 nelle strutture ricettive (cfr. "Operational considerations for COVID-19 management in the accommodation sector", 30 aprile 2020). Ad esse potranno aggiungersi indicazioni provenienti dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (cfr. "Disinfection of environments in healthcare and nonhealthcare settings potentially contaminated with SARS-CoV-2", in www.ecdc.europa.eu, marzo 2020) dall'Organizzazione mondiale del turismo, nonché da organizzazioni di settore nazionali (vedi il già citato Protocollo "Accoglienza sicura").

Inoltre l'albergatore potrà adottare *standard* di sicurezza più elevati al fine di tutelare la salute dell'intera comunità cui fa riferimento l'attività alberghiera, giacché rileva sotto tale profilo il valore della persona unitariamente inteso (PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 730). Con l'intento di garantire a ciascuna delle persone che si trovino all'interno della struttura la tutela della salute (art. 32 Cost.), egli potrà richiedere anche al cliente una collaborazione attiva, in base ai presupposti solidaristici che caratterizzano il nostro ordinamento (art. 2 Cost.).

Nella fase precontrattuale dell'offerta al pubblico, ex art. 1336 c.c., l'albergatore potrà indicare le norme di comportamento richieste al cliente, quali l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale forniti nella struttura alberghiera, come gel igienizzanti per le mani, mascherine, etc., allorché questi transita o staziona nelle aree comuni. L'accettazione espressa dell'offerta al pubblico, così come formulata, nel giungere all'albergatore determinerà la conclusione del contratto d'albergo (Cass. civ., III, 3 dicembre 2002, n. 17150, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 36) e vincolerà il cliente. L'albergatore potrà prevedere una clausola penale, ex art. 1382 c.c., ove il cliente non osservi le norme di comportamento espressamente indicate. Tale clausola avrà una funzione risarcitoria (in ordine ad esempio ad eventuali misure di sanificazione che dovessero ritenersi necessarie) e al tempo stesso deterrente, potendo coesistere entrambe le funzioni nella pattuizione privata (GALGANO, F.: "Art. 1382-1384", in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJ e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1993, p. 165). La clausola penale, ai sensi dell'art. 1229 c.c., non esonerà il cliente da responsabilità per dolo o colpa grave.

Poiché al contratto d'albergo è applicabile, ricorrendone i presupposti, la disciplina del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), graverà sull'albergatore provare, specie nell'ipotesi in cui l'offerta sia resa nota via internet (ponendo il cliente-consumatore nella posizione di "aderente" rispetto ad un contratto concluso mediante moduli o formulari) che la clausola pattizia sia stata comunque oggetto di specifica trattativa, ai sensi dell'art. 33, ult. comma, Codice del consumo (D'ETTORE, F.M., MARASCIULO, D.: *Il contratto d'albergo*, cit., pp. 160-161).

Le condizioni di salute del cliente al momento dell'accesso nell'albergo e durante la sua intera permanenza possono avere implicazioni complesse. È evidente che uno stato patologico per infezione da COVID-19 costituisce rischio tanto per gli altri clienti, quanto per i lavoratori. Significativo il caso verificatosi nel Metropole Hotel di Hong Kong nel 2003, ove un cliente ha infettato numerosi ospiti dell'albergo (vedi AA. VV.: "The role of the hotel industry in the response to emerging epidemics: a case study of SARS in 2003 and HINI swine flu in 2009 in Hong Kong", in *Globalization and health*, 2018, p. 119).

L'albergatore potrebbe trovarsi a disporre di dati “ipersensibili” sulla salute del cliente. Di tali dati, in linea generale, è vietato il trattamento, salvo sussistano motivi di interesse pubblico nel settore della sanità. Questi motivi possono prescindere dal consenso dell'interessato solo qualora vi sia una norma specifica dell'Unione Europea o dello Stato Membro che autorizzi il trattamento, purché detta norma preveda misure specifiche ed appropriate per tutelare i suoi diritti e libertà, ai sensi dell'art. 9, § 2, lettera i), Reg. 679/2016 (GDPR).

L'OMS, al punto 4 delle sue linee guida, raccomanda all'albergatore, tenuti presenti gli aspetti connessi alla *privacy*, di monitorare le condizioni di salute dei clienti, tenendo anche conto delle loro richieste di prestazioni mediche, così da facilitare il rilevamento e la gestione di eventuali casi sospetti da parte delle autorità sanitarie locali. Ciò si potrebbe giustificare sul presupposto che “la sensibilità dell'informazione personale debba essere intesa in senso relativo e valutata caso per caso con riferimento al contesto ed alla natura intrinseca dell'informazione” (DI RESTA, F: *La nuova “Privacy europea”. I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, pp. 16-17). Sarebbe tuttavia necessario che tali linee guida fossero richiamate all'interno dell'atto normativo europeo o nazionale, in quanto da sole non avrebbero la forza di integrare la disciplina prevista dall'art. 9, § 2, lettera i), GDPR.

L'elevato rischio che l'albergatore deve fronteggiare nell'esercizio dell'attività d'impresa durante la pandemia da COVID-19 può in parte essere mitigato con la stipulazione di polizze assicurative. Tali polizze tuttavia dovrebbero essere predisposte *ad hoc*, giacché il risarcimento per danni da epidemia è escluso normalmente dalle polizze *standard*. Nel corso dell'epidemia SARS del 2003 il settore assicurativo in area asiatica ebbe una forte crescita proprio in relazione alla vendita di polizze per risarcimento di danni da contagio (DOMBEY, O.: “The effects of SARS on the Chinese tourism industry”, in *Journal of Vacation Marketing*, 2003, pp. 7-8). Questa possibilità potrebbe costituire un incentivo a proseguire l'attività alberghiera, di indubbia valenza sociale, anche laddove la valutazione del rischio potenziale potrebbe scoraggiare l'albergatore, inducendolo a comportamenti eccessivamente prudenziali.

ADIÓS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE INVERSIONES... ¿SÓLO EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS?*

**GOOD BYE TO THE FREE CIRCULATION OF FOREIGN
INVESTMENTS... ONLY IN TIMES OF CORONAVIRUS?**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 614-623

* Artículo realizado en el marco del Proyecto I+D PROMETEO GVA2018/III.



Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Las inversiones extranjeras están siendo objeto de una aproximación más cautelosa y crítica en los últimos años en gran número de países. Una posición que se refleja en su régimen jurídico y se manifiesta, entre otros extremos, en el diseño de mecanismos de control previo con base en su eventual contrariedad con la seguridad nacional del país receptor. La pandemia del COVID-19 no ha hecho sino acentuar esta tendencia. La posición mantenida por la UE al respecto, y la suspensión de la libre circulación de inversiones decidida por el Gobierno español son manifestaciones de ello que, todo apunta, han venido para perdurar.

PALABRAS CLAVE: Inversiones extranjeras; libre circulación de inversiones; control de las inversiones extranjeras; Unión Europea; España; seguridad nacional; COVID-19.

ABSTRACT: *In recent years, foreign investment is subject to a more cautious and critical approach in many countries. This attitude is reflected in its regulation and in the growing design of screening mechanisms on national security grounds. The COVID-19 pandemic has accelerated this trend. The position adopted by the EU and the suspension of the free circulation of investments approved by the Spanish Government reflect also this attitude. The issue now is to know whether they are transitory or will remain once the pandemic is over.*

KEY WORDS: Foreign investment; free circulation of foreign investment; screening of foreign investment; European Union; Spain; national security; COVID-19.

I. Desde finales de los ochenta del siglo pasado la inversión extranjera ha sido bienvenida en la mayoría de los Estados, valorándose como un elemento de estabilidad y paz superior a la actividad comercial. Ello ha favorecido su crecimiento incesante hasta bien entrada la primera década del Siglo XXI, a la vez que ha permitido consolidar cambios importantes en el entorno en que se producen.

Así, el origen de los flujos inversores ha variado, difuminando de forma tajante la tradicional distinción entre países emisores de inversión –los más desarrollados– y los receptores de aquellas –los emergentes o menos desarrollados-. El destino de la inversión se ha visto igualmente alterado: si en la década de los 70 del siglo pasado, al sector servicios llegaba tan sólo al 25% del global inversor, 3 décadas más tarde recibe cerca de dos tercios de éste. A la vez que se ha consolidado la presencia de actores que actúan de manera global, y que, significativamente, además de no encontrarse exclusivamente vinculados, como antaño, a los países desarrollados son, en algunas ocasiones, propiedad de Estados extranjeros o aparecen controladas por éstos, generando dudas sobre la transparencia y objetivos de su gestión, y sus condiciones de actuación.

2. A este novedoso panorama se le añade ahora un dato adicional. La globalización, al igual que el libre comercio y la libertad de circulación de capitales e inversiones, es objeto hoy de críticas por parte de amplios sectores de la sociedad en muchos lugares del planeta.

En el caso concreto de las inversiones extranjeras, la positiva actitud mantenida hacia ellas en los últimos años coexiste, en estos momentos, con un creciente recurso a ideas que tienden a limitarlas, o al menos a condicionarlas, y que se proyectan en el carácter progresivamente restrictivo de las regulaciones nacionales en la materia. Sobre todo, en relación con las inversiones que tienen su origen en ciertos países –fundamentalmente la República Popular China (RPC)-, se dirigen a sectores punteros de la industria -robótica, inteligencia artificial, biomedicina...- o buscan controlar determinados recursos –energía, medios de comunicación, recursos naturales... - del país de recepción de la inversión.

3. Este movimiento involutivo respecto de las inversiones foráneas, además, se produce en multitud de Estados. Con independencia de su grado de desarrollo

• **Carlos Esplugues Mota**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult., LLM (Harvard), MSc (Edinburgh), Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es

y localización, muchos de ellos cuestionan hoy sus ventajas, impugnando su marco normativo, y optando por soluciones unilaterales de marcada naturaleza nacionalista tendentes a controlarlas.

Un número creciente de naciones, incluidas los más desarrolladas, está reevaluando los costes y los beneficios que les reporta la inversión foránea, y comienzan a concluir que no toda ella es necesariamente positiva para sus economías, o para la promoción de sus intereses como Estado. Planteándose, igualmente, si es aceptable que elementos básicos de su actividad económica, o industrias de gran relevancia, puedan ser controlados por inversores extranjeros, en algunos casos vinculados a naciones que no necesariamente comparten sus principios sociales, económicos o, incluso, democráticos, y que, en ocasiones, pueden actuar por criterios meramente políticos o geoestratégicos, y no estrictamente comerciales o económicos.

4. El elenco de instrumentos diseñados en el plano comparado para el control de las inversiones extranjeras es muy plural, y responde a enfoques bien diversos. La prohibición, total o parcial, de acceso de las inversiones extranjeras en ciertos sectores sensibles de la economía y la defensa nacional resulta la restricción más obvia de todas las posibles. A ella se une el mantenimiento de monopolios estatales como forma de preservar algunos sectores de la economía, o empresas, considerados críticos o estratégicos para el Estado frente a la inversión extranjera, la presencia de restricciones de participación empresarial en concretas áreas, así como la exigencia de registro obligatorio, o la imposición de distintas condiciones de conducta futura de la empresa controlada por el inversor foráneo.

Sin embargo, el factor que califica al momento presente es el creciente diseño de mecanismos de verificación previa –screening– de ciertas inversiones extranjeras, atendiendo estrictamente a su potencial riesgo para la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales de seguridad, y nociones similares, del Estado receptor. Instrumentos acotados en su objetivo que, de partida, no suelen mermar el apoyo de los países que los adoptan a la idea de libre circulación de inversiones. El objetivo no es cerrar la puerta a las inversiones sino, gráficamente, “entornarla”. Estos mecanismos se articulan sobre criterios diferentes, pero comparten la misma idea de proveer al Estado con un instrumento eficaz para proteger distintas empresas o sectores económicos de una inversión extranjera que, por sus características, se entiende que puede generar riesgos para sus intereses nacionales.

En línea con este pensamiento, un grupo importante de naciones, algunas con largas tradiciones de apertura hacia la inversión extranjera –entre otras, Alemania,

Estados Unidos, el Reino Unido, la RPC y ahora, también, España- han reformado, en tiempos recientes, sus normativas en la materia, diseñando instrumentos de distinta naturaleza, filosofía y alcance para el control y prevención, con carácter previo, de algunas propuestas inversoras potencialmente riesgosas para su seguridad nacional. Incluso la Unión Europea (UE), un espacio especialmente abierto a la inversión, ha aprobado en 2019 el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (DO L 79, de 21.3.2019) destinado a proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la Unión, o de sus Estados miembros.

5. Los mecanismos de screening de las inversiones extranjeras han sido considerados compatibles con el Derecho Internacional. En este sentido, la imposición de limitaciones a la entrada de inversiones extranjeras en un concreto país, incluso cuando se dirige exclusivamente hacia ciertos inversores o grupos de inversores, fue en su día entendida como compatible con las obligaciones derivadas del GATT. De esta suerte, en 1984, en el caso de *Canada – Administration of the Foreign Investment Act* (L/5504-3 30S/140, párs. 5.18 y 6.2), se avaló el mecanismo canadiense que sometía la aceptación de la inversión extranjera a la obligación del inversor de exportar una cierta cantidad o proporción de su producción.

También en el específico marco de la UE se ha avalado la compatibilidad de estos sistemas nacionales con los artículos 63 y 65.3 TFUE siempre, eso sí, que, como apunta la STJUE de 1 de octubre de 2009, en el asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07 (ECLI:EU:C:2009:593), “esté fundada en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que establezcan suficientemente los límites de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales” (pár. 39). Y que el sistema diseñado asegure ciertos principios básicos que le permitan satisfacer altos estándares de calidad en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido. Lo que se traduce en la exigencia de que cualquier modelo que se articule venga exclusivamente dirigido a la protección de intereses generales legítimos, disponga de períodos estrictos para el ejercicio de los poderes de oposición a la inversión prevista y permita una efectiva revisión por los tribunales de la decisión adoptada (STJUE de 14 de marzo de 2000, en el asunto C-54/99, *Église de scientologie*, párs. 21 y 22, ECLI:EU:C:2000:124)

6. Esta percepción cautelosa de las inversiones extranjeras, plasmada en el diseño de mecanismos de control previo, se ve ahora drásticamente incrementada por la crisis del COVID-19, que está afectando de manera dramática al planeta,

y cuyo polimorfo impacto queda todavía lejos de ser plenamente estimado. Ello se observa con especial claridad en la Unión Europea y, también, en España. Las soluciones pergeñadas son diversas, atendida la diferente base normativa existente en una y otra realidad, pero comparten la misma filosofía de prevención hacia la inversión foránea.

7. La crisis del coronavirus de 2020 ha impactado de forma brutal en las diversas economías de la UE, y ha puesto en alerta a la Comisión Europea respecto de los flujos de inversión extranjera de carácter “predatorio”, poniendo de manifiesto la urgente e ineludible necesidad de controlarlos en estos tiempos de pandemia. Aunque aparentemente focalizado en el sector de la salud, la Comisión es plenamente consciente de que la volatilidad, o la infravaloración, de los mercados de valores europeos derivada de la crisis puede generar el peligro de que determinados activos estratégicos “cruciales para la seguridad de Europa” al formar “parte de la columna vertebral de su economía y, por consiguiente, de su capacidad para recuperarse rápidamente” sean objeto de compras “predatorias” por parte de inversores extranjeros que aprovechen esta situación (Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas) (2020/C 99 I/01), DO C 99, de 26.3.2020, p. 2 y Anexo núm. 4, p. 5, respectivamente).

Se destaca, así, que la sempiterna apertura de la UE a la inversión extranjera debe compensarse con instrumentos de control adecuados de los flujos inversores que eviten tales adquisiciones y, con ello, la pérdida del control europeo de ciertas industrias críticas. Tal como precisa la propia Comisión, en estos momentos resulta imprescindible “mantenerse vigilantes para garantizar que tales inversiones extranjeras directas no tengan efectos perjudiciales en la capacidad de la UE para cubrir las necesidades sanitarias de sus ciudadanos”, una posibilidad que tendría consecuencias muy negativas para estos y, también, para la Unión en su conjunto. En consecuencia, la Comisión “insta” a los Estados miembros a “estar alerta y utilizar todos los instrumentos de que dispongan a nivel nacional y de la Unión para evitar que la actual crisis provoque una pérdida de activos y tecnología esenciales” (*Ibid.*, p. 1).

Respecto de los países europeos que ya cuentan con un modelo de screening de las inversiones extranjeras directas, esta exigencia de vigilancia se traduce en el requerimiento de que los utilicen “plenamente desde ahora... con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el

suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE" (*Ibid.*, p. 2). Procediendo, consecuentemente, a "valorar el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los mencionados intereses públicos (por ejemplo, si pueden dar lugar a una dependencia excesiva de los inversores extranjeros de terceros países para la prestación de suministros o servicios de carácter esencial)." (*Ibid.*, Anexo 4, p. 5). En relación con aquellos Estados miembros que no cuenten con este tipo de mecanismos, se les insta a "que utilicen todas las demás opciones disponibles para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda suponer un riesgo para la seguridad o el orden público de la UE, incluido un riesgo para las infraestructuras sanitarias esenciales y el suministro de insumos críticos" (*Ibid.*, p. 2).

Se trata, en suma, de que todos, la Comisión y los Estados, se muestren especialmente vigilantes para evitar "que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes" (*Ibid.*, Anexo, núm. I, p. 3). Y redunde, con ello, en la pérdida de músculo económico y empresarial del viejo continente.

8. El impacto del COVID-19 en la aproximación a, y regulación de, la inversión extranjera se hace igualmente patente en España. La plana aceptación de la libre circulación de inversiones extranjeras en nuestra normativa no impide al gobierno establecer distintos condicionantes y limitaciones de ésta, que pueden llegar, como ahora ha ocurrido, a la suspensión, global o particular, del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras en España (art. 7 Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, BOE de 5.7.2003, y art. 10.1 RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, BOE de 4.5.1999).

En este sentido, y a pesar de que el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 13.3.2020) no hace mención alguna a la normativa europea en este punto, la revisión del modelo español de inversiones extranjeras que articula, debe analizarse en el marco de esta necesidad urgente de proteger determinados ámbitos críticos de la economía nacional, no sólo los relacionados con la salud, de la posibilidad de ser adquiridos por inversores extranjeros, aprovechando la situación de emergencia económica generada por la crisis del coronavirus. Y, también, de manera más amplia, como reflejo del proceso más global de aproximación crítica a las inversiones extranjeras, que encuentra en el

aumento de los sistemas nacionales de screening de las inversiones foráneas una de sus manifestaciones más notorias.

9. Hasta marzo de 2020 España ha contado con un modelo extraordinariamente flexible en materia de inversiones extranjeras. No obstante, la situación de emergencia económica creada por la crisis del COVID-19 ha llevado al Gobierno español a suspender el régimen de liberalización de éstas, introduciendo un requisito de autorización previa en ciertos casos.

El Real Decreto-ley 8/2020 inserta un nuevo artículo 7bis en la Ley 19/2003. El precepto tiene como objetivo evitar las posibles compras predadoras por parte de inversores extranjeros, privados o soberanos, de empresas españolas que actúan en sectores estratégicos. Adquisiciones facilitadas por las importantes pérdidas que la crisis sanitaria está causando en la valoración de las empresas cotizadas, y por la falta de liquidez que otras no cotizadas están igualmente sufriendo. Escasamente dos semanas después de su incardinación en la Ley 19/2003, este precepto ha visto ampliado su ámbito de aplicación, y añadido un procedimiento abreviado de autorización, por el RD-L 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1.4.2020).

El precepto prevé diversas situaciones. Así, en primer lugar, el numeral 3 del artículo 7bis suspende el régimen de liberalización, de forma automática, cuando el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país. Así como cuando ha realizado inversiones o ha participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, o se le ha abierto un procedimiento administrativo o judicial en otro Estado miembro, en el Estado de origen, o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales.

Junto a ello, el numeral 1 del artículo 7bis procede a suspender el régimen de liberalización respecto de las inversiones extranjeras directas superiores a 1 millón de euros (DT segunda.3 RD-L 11/2020) que permitan al inversor extranjero pasar a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española, o les faciliten participar de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad. Siempre, eso sí, que la inversión extranjera se realice por residentes de países de fuera de la UE y de la AELC, o por residentes de países de la UE o de la AELC cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de ellas. Esto es, que posean o controlen, directa o indirectamente, un

porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de aquél.

Adicionalmente a este requisito de control, estas sociedades españolas objeto de la inversión deben realizar actividades en ciertos sectores estratégicos listados de forma no exhaustiva en el numeral 2 del artículo 7bis, en línea con lo recogido en el artículo 4 del Reglamento 2019/452 de 19 de marzo de 2019: infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, tecnologías críticas, y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, en particular energía, sectores con accesos a información sensible, en particular, acceso a datos personales o con capacidad de control de dicha información y medios de comunicación.

La suspensión del régimen de liberalización implica el sometimiento de la eventual inversión a autorización previa, diseñándose en la Disposición transitoria segunda del RD-L 11/2020 un procedimiento simplificado transitorio para aquellas propuestas inversoras no superiores a 5 millones de euros, o que se acremente que existían antes de marzo de 2020. La no obtención de tal autorización determina que la inversión carezca de validez y efectos jurídicos en tanto no se produzca su legalización (art. 7bis.5.II Ley 19/2003). A la vez que puede dar lugar a una infracción muy grave y a las oportunas sanciones de acuerdo con lo prevenido en la nueva redacción de los artículos 8 y 12 Ley 19/2003.

10. La suspensión del régimen de liberalización en España se presentaba, de partida, como meramente temporal. No obstante, la derogación del apartado 6 del artículo 7bis por el RD-L 11/2020 parece dotarle ahora de un cierto halo de permanencia. Qué ocurría en la UE es algo todavía por escribir. Sin embargo, los rápidos movimientos de la Comisión reflejan un cambio de actitud hacia cierta inversión extranjera que, al igual que otras muchas realidades generadas o favorecidas por la actual pandemia, han venido para permanecer.



PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE COVID-19

INTERNATIONAL CONSUMER PROTECTION IN TIMES OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 624-633



Guillermo
PALAO
MORENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis del COVID-19 ha generado una gran inquietud en los consumidores, resultando necesaria la intervención de los Estados, con el fin de proteger sus intereses y derechos. Este análisis ha centrado su atención en las cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo en los supuestos internacionales afectados por el Coronavirus, así como la interrelación que existe entre esas medidas de protección de los consumidores estatales y el Reglamento Roma I.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; contratos de consumo internacionales; ley aplicable internacional; normas imperativas; Reglamento Roma I.

ABSTRACT: *The COVID-19 crisis has generated great concern among consumers, requiring the intervention of States in order to protect their interests and rights. This analysis has focused attention on issues related to the determination of the applicable law to consumer contracts in those international cases affected by the Coronavirus, as well as the interrelation that exists between those state consumer protection measures and the Rome I Regulation.*

KEY WORDS: *COVID-19; international consumer contracts; applicable law; mandatory provisions; Rome I Regulation.*

I. Puede que no haya sido así para otros actores globales, pero el inicio de la crisis del COVID-19 ha pillado totalmente desprevenido al consumidor y todavía más, en situaciones de naturaleza transfronteriza; en donde, a los riesgos habituales a estas transacciones, se añaden los vinculados a la propia “internacionalidad” de la relación –entre otros motivos, por la incertidumbre que le genera la puesta en contacto de más de un ordenamiento jurídico estatal-. La rápida diseminación de esta pandemia internacional (declarada por la OMS, el 11 de marzo de 2020), de efectos fulminantes y con unas evidentes repercusiones globales, unida a una no tan resuelta o incluso confiada actuación por parte de los gobiernos algunos países, ha hecho que se hayan generado situaciones donde los intereses y derechos de este colectivo se hayan visto seriamente comprometidos, resultando necesaria una intervención legislativa de urgencia para atenderlos debidamente.

La prensa nos ofrece numerosos ejemplos de este tipo de situaciones, sirviendo de muestra los que a continuación se relatan. A inicios de marzo, la Asociación de consumidores “Österreichischer Verbraucherschutzverein” (VSV), lanzaba una invitación abierta, para participar en una acción colectiva contra las autoridades locales y regionales del Tirol, por su negligente comportamiento al mantener abiertas varias estaciones de esquí, a pesar de que en tales fechas ya se habían localizado varios casos de infección en dichos lugares. En esas mismas fechas, miles de turistas europeos, que habían organizado sus viajes (ya fuera en el marco de servicios de viaje y viajes combinados o fuera de estos esquemas), vieron cancelados sus vuelos –prácticamente de un día para otro-, por las medidas de cuarentena y de cierre de fronteras que se multiplicaban en los países de origen y de destino. Menos suerte tuvieron, sin embargo, aquellos turistas que ya habían iniciado su viaje con antelación a la adopción de restricciones de movimiento entre países, quedando literalmente atrapados en sus destinos vacacionales y con serias dificultades para poder mantenerse y regresar a su país de origen. Junto a ello, la prensa igualmente se ha hecho eco de las reclamaciones presentadas frente a conocidas plataformas multinacionales de distribución de productos -adquiridos a través de internet- (como Amazon o eBay), por los defectos que mostraban artículos estrella en este incierto y novedoso contexto, como son el papel higiénico o las mascarillas sanitarias. Una serie de casos a los que habría que sumar las sucesivas cancelaciones de eventos de todo tipo (deportivos, musicales, congresos), cuyos tickets ya habrán sido adquiridos por los consumidores con antelación (seguramente, con las correspondientes reservas de vuelos y de hotel).

• **Guillermo Palao Moreno**

Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València, Miembro del Grupo de Investigación de Excelencia MedArb GIUV2013-090 y del Proyecto MINECO DER-2016-74945-R. E-mail: Guillermo.palao@uv.es

2. En pocos días, se instauró la inquietud entre las empresas y los consumidores. Las autoridades estatales, casi de forma coetánea en el caso de los Estados miembros de la UE (que han sido recogidas en su portal eJustice), comenzaron a publicar medidas que siguieron a la declaración internacional de la pandemia, cuyo objetivo se presumía encaminado a proteger a los consumidores en estas excepcionales circunstancias. Aunque, como se observa tras un análisis más detenido, tales medidas realmente parecen ir más allá, atendiendo a los intereses de los empresarios y la propia economía. En el caso español, por ejemplo, sobresale el más del centenar de medidas que se han ido aprobando para protección a los ciudadanos contra los efectos del virus, en sucesivas oleadas y desde el 15 de marzo, a partir de la publicación del RD 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (cuya tercera prórroga acaba de ser aprobada).

En este sentido, a efectos de la tutela de los derechos de los consumidores y de forma resumida, destacaría la adopción de medidas iniciales, como la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones y los derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma (DF 4^a RD 463/2020); a la que habrían seguido previsiones como las contenidas en el art. 21 del RDL 8/2020, por medio del que se interrumpe el plazo de devolución los bienes adquiridos durante el plazo de vigencia del estado de alarma; o en la Sección 3^a –“Medidas de protección de consumidores”- del RDL 11/2020, en concreto su art. 36, donde -atendiendo a las particularidades de distintos tipos de relaciones-, se garantiza al consumidor el derecho de resolución del contrato por la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por la otra parte, sin penalización y durante en plazo de 14 días, admisible cuando no cupiera obtener una propuesta de revisión de las pretensiones (una novación contractual que podrá ir, según los casos, desde la obtención de un bono o un vale sustitutorio, hasta opciones de recuperación *a posteriori*) durante los 60 días desde que resultara imposible la ejecución del contrato.

3. A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta la multiplicación de situaciones en las que se ven comprometidos los derechos de los consumidores, por causa de la crisis del COVID-19, la presente nota tiene por objeto examinar este tipo de medidas en un contexto global. Esto es, su juego en relación con las (frecuentes) situaciones de consumo que cuentan con un elemento de extranjería; en las que, por lo tanto, entraría en juego el sistema de Derecho Internacional privado. Sin embargo, debido a las características de este número de la revista “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, el presente análisis se ve necesariamente sometido a una doble limitación. Por una parte, por razón del objeto de las medidas mencionadas,

únicamente se hará referencia a la dimensión contractual, con exclusión de las eventuales reclamaciones extracontractuales que podría iniciar el consumidor por los perjuicios sufridos con ocasión del COVID-19. Por otra parte, igualmente se excluirá la dimensión relativa al acceso a la justicia en este tipo de supuestos –tanto a la jurisdicción ordinaria, como a los mecanismos de resolución alternativa como la mediación o el arbitraje de consumo-, ciñendo el mismo a los aspectos relativos a la determinación de la ley aplicable. En definitiva –y a pesar de la relevancia de los otros extremos señalados- en esta sede tan sólo se examinarán las cuestiones conflictuales relativas a los contratos celebrados con consumidores de naturaleza internacional, y la incidencia que en ellos ha tenido la crisis del COVID-19 –en particular, las medidas legislativas de protección que se han adoptado con ocasión de la misma-.

4. De forma previa y también brevemente, señalar que el marco jurídico relativo a los contratos internacionales de consumo se sitúa principalmente en el Reglamento (CE) nº 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El cual resulta obligatorio a Estados miembros como a España –desplazando las soluciones autónomas-debido a que este instrumento cuenta con un carácter universal o *erga omnes* (art. 2). Aunque -en atención a lo previsto en su art. 23- sus normas ceden ante las soluciones conflictuales especializadas presentes en ciertas Directivas que -estando ya incorporadas en el ordenamiento español, fundamentalmente en el TRLGDCU-, tienden a establecer el carácter imperativo de sus disposiciones. Tal y como llevan a cabo, de forma paradigmática, los arts. 6.2 de la Directiva 93/13/CE, 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, 24.4 de la Directiva 2008/48/CE, 12.2 de la Directiva 2008/122/CE, y 22 de las Directivas 2019/770, 2019/771. No obstante, de nuevo por la extensión de este estudio, solamente se analizarán las soluciones previstas en el más general y medular Reglamento Roma I.

5. El Reglamento Roma I contiene diversos preceptos de interés en relación con las relaciones de consumo que se han visto afectadas por los efectos globales del Coronavirus. Para empezar, su art. 5 establece una regla de conflicto especializada para los contratos de transporte, cuyo numeral 2º se consagra al transporte de pasajeros –con exclusión de los viajes combinados, como se deriva de una lectura conjunta con el art. 6.4, b), al que se hará referencia seguidamente-, ofreciendo una cierta tutela a esta persona que habrá de tenerse en cuenta en los supuestos analizados. No cabe duda que el sector del transporte internacional de pasajeros se ha visto especialmente afectado por esta crisis –al restringirse la movilidad de las personas- en el que, además, le van a asistir los derechos que como pasajero

le garantizan los Reglamentos (CE) 261/2004 –transporte aéreo- y (UE) nº 1177/2010 –transporte marítimo y por vías navegables-. Los cuales contarán con una naturaleza imperativa.

De este modo, por un lado, el art. 5, en su párrafo II, limita el juego de la autonomía de la voluntad conflictual, pudiendo las partes seleccionar únicamente determinados ordenamientos vinculados con la relación –como son, de forma alternativa, la ley de la residencia habitual del pasajero, la del transportista o su administración central, al igual que la ley de origen o la del lugar de destino-. Mientras que, por otro lado, en defecto de elección de ley, en el párrafo I se prima la aplicación de la ley de la residencia habitual del pasajero –siempre que ésta coincidiera con el lugar de origen o de destino-, acudiendo a la ley de residencia del transportista en su defecto. En cualquier caso, su apartado 3º incorpora una “cláusula de escape”, que permite excepcionar la solución prevista en el anterior numeral si, del conjunto de circunstancias, se estableciera que existe otro ordenamiento más estrechamente vinculado al contrato. Por lo que, a la vista de este precepto, la normativa de la residencia habitual del pasajero -cuando coincidiera con el lugar de origen del transporte-, se vería privilegiada; favoreciendo así, en los casos analizados, a los residentes en España que iniciaran el viaje desde nuestro país, a resultar aplicables en estos casos las medidas mencionadas. Sin embargo, también es cierto que el consumidor residente en España no siempre vería garantizada la aplicación de su normativa. Una circunstancia sobre la que se profundizará seguidamente al analizar el art. 9, donde se regula el juego de las leyes de policía.

6. La norma central que prevé el Reglamento Roma I para la protección de los consumidores se sitúa en su art. 6. Una norma de conflicto especializada y con una evidente orientación material tutitiva. Para empezar su apartado I delimita este tipo de contratos, tanto en función de que éste se hubiera celebrado para un uso ajeno a la actividad comercial o profesional de una persona; como porque el empresario ejerciera su actividad en el país donde residiera habitualmente el consumidor; o hubiera dirigido sus actividades a dicho país o a ese entre otros (no resultando suficiente, sin embargo, con que la página web del empresario en cuestión fuera accesible desde el país de residencia habitual del consumidor), así como que el contrato en cuestión estuviera comprendido entre estas actividades.

Una vez que el contrato contara con la caracterización de contrato de consumo -a los efectos del precepto-, la tutela de los derechos que corresponden a esta persona se llevaría a cabo, en primer lugar, por medio de la limitación del juego de la *electio iuris*, siempre que dicho ordenamiento no elimine la protección que confiera la normativa indisponible de carácter imperativo del ordenamiento

objetivamente aplicable (apartado 2). La cual, como señala su primer numeral, no es otra que la del país de la residencia habitual del consumidor, cumpliendo la doble función de establecer tanto un límite a la autonomía de la voluntad como de designar la ley rectora de la relación en su defecto. De nuevo, el recurso a la normativa de la residencia habitual del consumidor resultaría a todas luces ventajosa en los supuestos mencionados. Pensemos, a modo de ejemplo, en los supuestos a los que se refiere el art. 21 del RDL 8/2020, por medio del que se interrumpe el plazo de devolución los bienes adquiridos. Sobre todo, en las situaciones de compra de productos o adquisición de servicios a través de internet, que hubiera sido precedida de una oferta dirigida al país de residencia habitual del consumidor.

7. Sin embargo, para el juego efectivo del art. 5 –y, consecuentemente, no caer en las reglas generales aplicables a los contratos comerciales previstas en los arts. 3 y 4 del Reglamento- el contrato en cuestión ha de verse incluido en el ámbito de aplicación material del art. 6 (tal y como se prevé en los numerales I y 4, respectivamente de forma positiva y negativa); siendo que habría dos tipos de relaciones conflictivas que, sin embargo, se verían excluidas y que podrían encontrarse entre las que aquí interesan. Así, por un lado, se verían excluidos los contratos de prestación de servicios cuando éste debiera prestarse exclusivamente en un país distinto del país de residencia habitual del consumidor –como así sucedería, por ejemplo, en el caso de la infección en las instalaciones de esquí o cuando se produjera la cancelación de un evento ya contratado-. De otro lado, tampoco se podría acudir a la protección conflictual prevista en este precepto, al respecto de contratos de transporte distintos de un viaje combinado –al ya contar con una solución específica en el art. 5-. Y es que, *sensu contrario*, este precepto sí que prevé una tutela del pasajero en los supuestos de viajes combinados -delimitados en la STJUE (Gran Sala), 7 diciembre 2010, en los asuntos acumulados C585/08 y C144/09, Peter Pammer (ECLI:EU:C:2010:740)-, con los beneficios que ello implica en los casos que se están analizando; contando estos, a su vez, con una prolífica reglamentación sustantiva específica en el TRLGDCU -como resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva (UE) 2015/2302, que además cuenta con un carácter imperativo, como establece su art. 23- donde ya se prevé el derecho de resolución del contrato en su art. 160.3-.

8. Consecuentemente, las soluciones conflictuales examinadas prevén un aceptable nivel de protección al consumidor en situaciones transfronterizas, en relación con una parte significativa de los supuestos afectados por el COVID-19. Tal y como se aprecia, al respecto de los contratos de transporte de viajeros, los viajes combinados, la adquisición de bienes por internet o de servicios cuando se

hayan de prestar en el país de residencia del consumidor. Una tutela que, como se ha expuesto, partiría de contemplar la importancia que posee la normativa española y las medidas adoptadas en tanto que ley del lugar de su residencia habitual (localizada en el momento en que se celebró el contrato, como concreta el art. 19.3), para re establecer el equilibrio contractual entre las partes, y que, además de responder a la exigencia general de previsibilidad, atiende igualmente a las expectativas del consumidor.

Hay que tener presente, a su vez, que la ley aplicable al contrato contará con un ámbito de aplicación especialmente amplio, como se destaca en el art. 12. Así, entre otras cuestiones, y como se deriva del tenor de su apartado I, d) la *lex causae* se ocupará de no sólo los modos de extinción de las obligaciones, sino también de “la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo” –desde una dimensión sustantiva-. Por lo que medidas como las previstas en la DF 4^a del RD 463/2020 resultarían plenamente aplicables en las situaciones internacionales examinadas, en tanto que pertenecientes a la ley del contrato, cuando se hubiera pactado la aplicación de la ley española o jugara ésta por ser nuestro país donde el consumidor reside habitualmente.

Junto a ello, en atención a lo previsto en el art. 12.2, habrá que tener en cuenta lo establecido en la ley del lugar de cumplimiento del contrato por lo que respecta a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso. Algo que afectaría, para los supuestos analizados, a los casos en los que la adopción de medidas urgentes por el COVID-19 en el país donde debe ejecutarse el contrato, afectara al cumplimiento de los compromisos alcanzados. Pensemos, por ejemplo, en las situaciones de eventos cancelados o que se hubieran pospuesto, o en los casos de devolución de los bienes adquiridos a través de internet. Recordar, en todo caso, que este numeral no contempla tanto de dar debido cumplimiento al ordenamiento foráneo del lugar de cumplimiento, sino a su toma en consideración en tanto que *local data*.

9. Junto a lo expuesto, y con una significativa importancia en este ámbito, no cabe duda alguna de que las medidas expuestas caerían dentro de la categoría de “leyes de policía” previstas en el art. 9 del Reglamento Roma I. Esto es, constituirían disposiciones que, debido a estar diseñadas para salvaguardar intereses públicos de un país, cuentan con un carácter imperativo y, por lo tanto, resultan indisponibles para las partes, no pudiendo excluirlas mediante acuerdo. Tal y como sucede, en los supuestos analizados, con las previsiones contenidas en la DF 4^a del RD 463/2020, al igual que con los arts. 21 del RDL 8/2020 y 36 del RDL 11/2020 –en particular, por lo que respecta a esta caracterización, cuando se trata de previsiones sobre la prescripción y la caducidad de las acciones –plenamente

trasladable a los supuestos analizados, aunque se refiera al Reglamento Roma II, tégase en cuenta la STJUE, de 31.I.2019, en el Asunto C149/18, da Silva Martins (ECLI:EU:C:2019:84)-.

Pues bien, en atención a lo dispuesto en el art. 9, el legislador europeo prevé la aplicación de las leyes de policía propias de la *lex contractus* (numeral 1º) y de la *lex fori* (numeral 2º), contemplando igualmente que se dé efecto a las disposiciones imperativas propias del ordenamiento de un país tercero en determinadas circunstancias (numeral 3º). Así las cosas y, para empezar, hay que partir del hecho de que el juego de estas disposiciones de aplicación necesaria quedaría plenamente garantizado por lo previsto en el art. 6, como ya se ha visto. Una garantía que, a su vez, se vería reforzada para los supuestos cubiertos por los arts. 5 y 6, en atención a lo establecido en el apartado 1º del art. 9, en tanto que estas disposiciones imperativas formarían parte de la ley del contrato.

10. Sin embargo, los casos aquí examinados no siempre se ajustan a este patrón, debiendo contemplar si el consumidor igualmente podría contar en tales supuestos, con la protección que le ofrecen los mencionados RD y RDLS. En este sentido, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, en relación con los contratos de transporte, no siempre se vería garantizado el juego de la normativa del pasajero residente en España (si, por ejemplo, se eligiera la ley del lugar de destino como rector del contrato), al igual que algunas de las relaciones de consumo examinadas caerían fuera del ámbito del art. 6 -tal y como serían los casos de servicios que han de prestarse exclusivamente en el país donde este sujeto estuviera residiendo-. Pues bien, cuando el consumidor acudiera a un tribunal español, por un lado y gracias al juego del art. 9.1 del Reglamento Roma I, estos sujetos podrían reclamar a nuestro juez la aplicación de las disposiciones protectoras similares propias del ordenamiento extranjero que rige el contrato, en tanto que disposiciones imperativas propias de la ley del contrato. Asimismo, en virtud de lo establecido en el art. 9.2, igualmente podrían contar con la protección que le ofrecen las medidas elaboradas por el legislador español, en tanto que leyes de policía propias del ordenamiento del foro.

11. Incluso, como se apunta en su numeral 3º, el consumidor podrá demandar que se tome en cuenta la normativa de carácter imperativo propia de un tercer país –distinto, por tanto, a la ley del juez competente y a la ley del contrato, pero relacionado con éste-, para los supuestos en los que esta normativa condujera a que la ejecución del contrato devenga ilegal. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de transporte regulado por el derecho español -por encontrarse en

nuestro país la residencia habitual del pasajero- en los que este sujeto acudiera a un tribunal español, solicitando que tomara en consideración la normativa del país del país de destino (como país tercero), por razón de que sus medidas de protección por el COVID-19 hubieran imposibilitado su viaje, resultando el contrato imposible de ejecutar. En estas situaciones, sin embargo, hay que tener presente que únicamente se podrá solicitar al juez que “tome en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho”, pero no que aplique esa normativa foránea -STJUE, de 18.10.2016, en el Asunto C135/15, Nikiforidis (ECLI:EU:C:2016:774). Asimismo, el precepto exige también que el juez haya de comprobar la naturaleza y el objeto de estas disposiciones extranjeras (esto es, que efectivamente cuenten con esa naturaleza imperativa y que se encuentre prevista para este tipo de situaciones), así como “las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación” en el caso en cuestión.

I2. En definitiva, las inquietudes que, con ocasión de la pandemia internacional originada por el COVID-19, pudiera tener el consumidor en situaciones internacionales, se encuentran aceptablemente solventadas en atención a las previsiones contenidas en el Reglamento Roma I –como se aprecia de un análisis de sus arts. 5, 6, 9 y 12-. En esta línea, y con una gran incidencia en los contratos examinados, la consideración de normas de carácter imperativo de medidas como las establecidas en la DF 4^a del RD 463/2020 o en los arts. 21 del RDL 8/2020 y 36 del RDL 11/2020 -en el sentido de lo previsto en su art. 9-, favorecen su aplicabilidad más allá de lo contemplado en los arts. 5 y 6 del Reglamento, viéndose ampliadas las posibilidades de su aplicación en los casos examinados, ofreciendo un marco ciertamente seguro y previsible para este colectivo.

EL CONSEJO DE EUROPA Y LA PANDEMIA DE LA COVID-19 (CORONAVIRUS)

THE COUNCIL OF EUROPE AND THE COVID-19 PANDEMIC (CORONAVIRUS)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 634-645



Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A lo largo del presente texto vamos a comprobar cuál ha sido la respuesta jurídica del Consejo de Europa a la pandemia de la COVID-19. Ello comporta el estudio del derecho a la protección de la salud, y de cómo, precisamente para proteger el mismo, los Estados europeos se han visto obligados a tomar medidas que afectan a otros derechos recogidos en el CEDH.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; derecho a la protección de la salud; Consejo de Europa; Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales.

ABSTRACT: *In this text, the legal response of the Council of Europe to the COVID-19 pandemic is checked. This involves the study of the right to health protection, and how, precisely to protect it, the European States have taken measures that affect other rights included in the ECHR.*

KEY WORDS: Pandemic; right to health protection; Council of Europe; European Social Charter; European Committee of Social Rights.

I. Empezar señalando que la crisis de salud pública originada por la pandemia de la COVID-19 ha tensionado los sistemas sanitarios de todo el mundo, no es ninguna novedad. Al fin y al cabo, no se había conocido nada igual en Europa desde hace más de un siglo, siendo su antecedente más próximo, por equivalencia, la mal llamada gripe española de 1918.

Lo que sí que resulta novedoso es el estudio de la respuesta jurídica que se está dando a esta pandemia desde diferentes instituciones, tanto nacionales como internacionales. El presente artículo se va a centrar en el papel que está llevando a cabo el Consejo de Europa (CE) en la lucha contra el coronavirus.

Para ello, estudiaremos los diferentes instrumentos jurídicos con los que cuenta esta organización internacional, y cómo los mismos pueden resultar útiles a fin de garantizar el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos que se encuentran en territorio europeo. De un modo particular, y dado que ellas están siendo las principales víctimas del coronavirus, veremos cuál es el nivel de protección jurídica de las personas de edad avanzada. Haremos una breve mención al Convenio MEDICRIME como instrumento útil para perseguir a aquellos que se aprovechan de la actual situación e introducen en el mercado productos sanitarios falsificados o que no responden a los criterios de calidad exigibles, con el perjuicio que de ello se deriva para la salud pública. Por último, haremos especial hincapié en cómo, precisamente para poder amparar ese derecho a la protección de la salud, los Estados están adoptando medidas que implican la restricción de otros derechos fundamentales, e incluso, en algunos casos, su derogación, como ocurre a través del proceso previsto en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), procedimiento al que ya han acudido diversos Estados del CE.

2. Con carácter previo a estudiar el entramado jurídico que puede servir de salvaguarda para la ciudadanía europea frente a la pandemia del coronavirus, cabe traer a colación la guía de actuación aprobada por el propio CE el pasado día 7 de abril del presente año, titulada “Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19”. Dicha guía va destinada a los Estados miembros.

El texto viene a recordar que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos,

• **Jorge Antonio Climent Gallart**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Jorge.climent@uv.es

pero, a su vez, las mismas no deben ser utilizadas como excusa para socavar los valores inherentes a la democracia, al estado de Derecho y a los Derechos Humanos en Europa.

3. El CE es una organización internacional paneuropea nacida tras la Segunda Guerra Mundial cuyo cometido fundamental es la promoción y defensa de los Derechos Humanos, del Estado de Derecho y de la democracia como sistema político en el continente europeo.

En su seno se aprobaron dos de los tratados más importantes en materia de protección de los Derechos Humanos, como son el CEDH y la Carta Social Europea (CSE). Cabe destacar que aquí haremos referencia a la CSE revisada, texto actualmente vigente que enmendó el tratado original. Además de ellos, y precisamente en relación con el derecho a la protección de la salud, cabe traer a colación el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (también conocido como Convenio de Oviedo).

El CEDH no recoge, como tal, un derecho a la protección de la salud. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), máximo intérprete del CEDH, sí que ha interpretado que el reconocimiento de determinados derechos, como el derecho a la vida, previsto en el art. 2 CEDH, o el derecho a la protección de la vida privada (concepto que incluye la integridad física y psíquica), recogido en el art. 8 CEDH, comporta obligaciones positivas. Estas se manifiestan en el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para salvaguardar los derechos de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción, siendo que esta obligación es exigible en el contexto de cualquier actividad, sea pública o no, en la que puedan estar en juego los bienes jurídicos protegidos. Por tanto, aun cuando no venga reconocido expresamente el derecho a la protección de la salud como tal en el CEDH, dicho bien jurídico sí que encontrará amparado indirectamente, al obligar al Estado a proteger el derecho a la vida o a la vida privada.

La CSE, sin embargo, sí que recoge el derecho a la protección de la salud, en su artículo II, que reza literalmente como sigue:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

- I. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;

2. Establecer servicios formativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes."

También podemos deducir dicho derecho indirectamente de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Oviedo:

"Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada".

4. El derecho a la protección de la salud, tal y como viene recogido en el artículo II de la CSE, ha sido interpretado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), como el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud. Ello incluye el derecho de acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada. Debemos tener en cuenta que, en todo caso, este derecho a la protección de la salud siempre vendrá limitado por el grado de desarrollo alcanzado por la ciencia en el momento en que pretenda ejercerse.

El CEDS entiende por salud, siguiendo la definición expresada en el tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Precisamente para para que el ejercicio de este derecho no sea meramente teórico e ilusorio, será necesario que el Estado adopte todas las medidas apropiadas encaminadas a dotarle de efectividad.

En relación con aquellas situaciones de pandemia de enfermedades altamente contagiosas, como es el caso de la COVID-19, el art. 23.3 CSE obliga a los Estados a adoptar medidas de prevención. El CEDS, a la hora de interpretar esta norma, ha acudido al principio de precaución. De conformidad con el mismo, cuando una evaluación científica preliminar indique que existen motivos razonables de preocupación con respecto a los efectos potencialmente peligrosos del virus para la salud humana, el Estado deberá tomar todas las medidas adecuadas para prevenir esos riesgos. El objetivo del principio de precaución es evitar que dichos peligros potenciales se lleguen a concretar en daños reales.

Precisamente en relación con la labor de prevención, el Estado deberá informar a la población, de manera inmediata y constante, sobre los riesgos conocidos relacionados con la pandemia y sobre los comportamientos o medidas que debe llevar a cabo la ciudadanía para evitar la propagación de la enfermedad.

El deber de protección de la salud alcanza tal grado que, incluso en aquellas situaciones en las que pueda existir incertidumbre sobre la existencia misma de riesgos para la salud humana, el CEDS ha mantenido que las instituciones nacionales pueden tomar medidas de protección sin tener que esperar a que la realidad y la gravedad de esos riesgos se hagan completamente evidentes.

Por último, debemos señalar que el pasado día 21 de abril del presente año, el CEDS emitió una declaración sobre cómo se debe interpretar este derecho en tiempos de pandemia, durante los cuales la vida y la salud de muchas personas están seriamente amenazadas. Garantizar el derecho a la protección de la salud es de crucial importancia, debiendo los Estados tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de su ejercicio.

Para prevenir y limitar la propagación del virus, el CEDS entiende que los Estados podrán realizar tests, ordenar el distanciamiento físico, proveer de mascarillas y desinfectantes adecuados o imponer cuarentenas y confinamientos. Todas esas medidas deben diseñarse e implementarse teniendo en cuenta el estado actual del conocimiento científico y siempre de conformidad con las normas pertinentes de Derechos Humanos.

En cuanto a los ciudadanos que ya están infectados por el virus, el CEDS recuerda a los Estados que deben tomar todas las medidas necesarias para tratar a las personas enfermas. Así pues, deberán garantizar la disponibilidad de una cantidad suficiente de camas de hospital, así como de unidades y equipos de cuidados intensivos. También deben tomarse todas las medidas posibles para garantizar que se despliegue un número adecuado de profesionales de la salud y que sus condiciones de trabajo sean saludables y seguras. Esto incluye la provisión de equipos de protección personal necesarios.

Los Estados deben tomar todas las medidas posibles mencionadas anteriormente en el menor tiempo posible, con el máximo uso de los recursos financieros, técnicos y humanos disponibles, y por todos los medios apropiados, tanto de carácter nacional como internacional, incluida la asistencia y la cooperación internacional.

Termina recordándonos el CEDS que el acceso a la asistencia sanitaria debe garantizarse por los Estados a todos sin discriminación. En este sentido, resulta fundamental que la atención médica sea efectiva para los grupos especialmente

vulnerables, como son las personas sin hogar, las personas pobres, las personas mayores, las personas con discapacidad, las personas encarceladas y las personas con un estatus migratorio irregular.

5. El mayor número de víctimas de la COVID-19 se concentra en aquellas personas mayores de 70 años. De ello es consciente la Comisionada de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Dª Dunja Mijatović, la cual manifestó, el pasado 20 de marzo del presente año, su preocupación por esta cuestión. Así pues, tras reconocer que el sistema institucional vigente no había sabido dar respuesta a la situación de especial vulnerabilidad de este colectivo, alentaba a que, tras superar esta pandemia, se lleven a cabo las reformas necesarias a fin de mejorar las condiciones en que viven buena parte de nuestros mayores.

No obstante, la crisis sanitaria la tenemos ahora, y debemos de comprobar con qué instrumentos contamos para poder atender a los ancianos, pues son la población con un mayor riesgo de fallecimiento por esta enfermedad.

Así, si acudimos de nuevo a la CSE, observaremos que en su artículo 23 se reconocen los derechos de las personas de edad avanzada a la protección social. Entre otros, se incluye el de permitir a estas personas elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo. Y precisamente para que puedan hacer efectivo dicho derecho, la CSE establece, a su vez, que los Estados deberán proveerles de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda, así como de la asistencia sanitaria y de los servicios que requiera su estado de salud.

El CEDS ha interpretado que el artículo 23 comporta una serie de obligaciones positivas para el Estado consistentes en la creación de programas y servicios de asistencia médica (en particular, de atención domiciliaria) específicamente destinados a las personas mayores. Además, el Estado debe desarrollar programas de salud mental para cualquier problema psiquiátrico o psicológico que puedan padecer los ancianos, así como proveer servicios adecuados de cuidados paliativos.

Otro texto al que deberemos acudir, en relación con la protección jurídica de nuestros mayores, es a la Recomendación CM/Rec(2014)2, aprobada por el Comité de Ministros en fecha 19 de febrero de 2014. En su anexo, además de otras, especifica las siguientes recomendaciones en relación con la protección de la salud de los ancianos:

Los Estados deben tomar las medidas adecuadas, preventivas incluidas, para promover, mantener y mejorar la salud y el bienestar de las personas mayores. También deben garantizar una asistencia médica adecuada y de calidad. La misma deberá estar disponible y ser accesible para las personas de edad avanzada.

Los servicios deben estar disponibles dentro de la comunidad para permitir que las personas mayores permanezcan el mayor tiempo posible en sus propios hogares.

Con el fin de evaluar y satisfacer mejor las necesidades de las personas mayores, los Estados miembros deben promover un enfoque multidimensional de la asistencia médica y social y fomentar la cooperación entre los servicios competentes.

Como vemos, tanto el CEDS como el propio Comité de Ministros del CE ya se habían pronunciado a favor de la necesidad de reforzar el derecho a la protección de la salud precisamente de aquel colectivo que, por su avanzada edad, resulta de los más vulnerables. Pero cabe recordar que, en todo caso, la implementación de estas medidas siempre va a corresponder a los propios Estados.

6. El derecho a la protección de la salud también puede quedar seriamente afectado si en el mercado se introducen productos sanitarios o farmacéuticos falsificados o que no responden a los criterios de calidad exigibles. Precisamente para combatir estas prácticas, en el seno del CE se aprobó el Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (también conocido como MEDICRIME).

El Comité de las Partes, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del tratado por los Estados, se pronunció, el pasado 8 de abril del presente año, sobre la oportunidad de utilizar todos los resortes que prevé el Convenio a fin de proteger la salud pública. En tiempos como los actuales, señala el Comité, en los que se da una escasez de productos sanitarios, los oportunistas se aprovechan de estas debilidades introduciendo en el mercado fármacos que no han superado ningún tipo de control, dispositivos médicos deliberadamente deficientes, mascarillas de protección o pruebas de detección rápida que no cumplen con su finalidad (es decir, que no son eficaces ni protegiendo ni detectando), entre otros.

Como por desgracia hemos podido comprobar por los medios de comunicación, incluso los propios Estados europeos han sido víctimas de estos oportunistas, que se han aprovechado de un mercado internacional tensionado. Precisamente el Convenio MEDICRIME es el adecuado para prevenir y perseguir

todas estas conductas. Eso sí, como dice el Comité, el Convenio debe ser aplicado ahora, puesto que muchas de las personas que participan en este tipo de acciones fraudulentas, cuando la situación de emergencia sanitaria termine, desaparecerán, siendo muy difícil entonces perseguirlos. Además, una actuación contundente ahora contra todas estas conductas que ponen en riesgo la salud pública puede tener un efecto disuasorio beneficioso de cara a futuras epidemias y pandemias.

7. A fin de garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos frente a esta pandemia del coronavirus, los Estados miembros del Consejo de Europa se han visto obligados a tomar distintas medidas que afectan a algunos derechos fundamentales.

Los Estados pueden justificar las restricciones los derechos reconocidos en el CEDH (o en cualquier de sus protocolos) amparándolas en alguna de las disposiciones recogidas en el mismo.

Como ejemplo de ello, tomaremos la medida consistente en el confinamiento de la población en sus casas, dado que es la más habitual en los distintos países europeos. La misma supone una restricción, entre otros, de la libertad de circulación, prevista en el artículo 2.1 del Protocolo 4º CEDH. En los puntos 3 y 4 de dicha norma se prevé la posibilidad de que dicha libertad pueda ser restringida por los propios Estados en virtud de diferentes causas: la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos y las libertades de terceros, y, por último, incluye una cláusula más genérica, el interés público de una sociedad democrática. Es obvio que los Estados afectados por esta pandemia podrán ampararse en razones de interés público, como es el velar por la salud pública, para poder ordenar dicho confinamiento. Debemos pensar que el aislamiento social, de conformidad con los criterios de los expertos epidemiólogos, es la medida más efectiva para evitar la propagación del coronavirus.

En todo caso, para que tanto el confinamiento, como cualquier otra medida restrictiva aprobada por los Estados, pueda ser declarada conforme con el CEDH, deberá superar el test de Estrasburgo, es decir, habrá de cumplir con una triple condición: En primer lugar, dicha limitación tendrá que venir recogida por la legislación interna; segundo, habrá de perseguir alguno de los objetivos legítimos previstos en el propio CEDH (en el caso del confinamiento, velar por la salud pública); y, por último, deberá poder considerarse como 'necesaria en una sociedad democrática'. El TEDH interpreta el término "necesaria" del tercer requisito, como "necesidad social imperiosa", es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática.

Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir. En relación con la pandemia actual, el confinamiento sería una medida pertinente y proporcional en relación con el objetivo perseguido: la protección de la salud pública.

Pero además de la limitación de derechos, los Estados van a poder acudir a la vía prevista en el artículo 15 CEDH, titulado “Derogación en caso de excepción”; en aquellos supuestos en los que entiendan que las medidas que van a tener que aprobar para poder hacer frente a esta pandemia sean tan gravosas que su implementación resulte incompatible con las disposiciones del CEDH (o de alguno de sus protocolos).

Esta vía es más contundente que la anterior. Aquí ya no se trata de aprobar una medida restrictiva de un derecho reconocido en el CEDH, la cual deberá luego superar los requisitos del test de Estrasburgo, si el Estado es demandado ante el TEDH. Aquí directamente el Estado pretende desvincularse temporalmente de las obligaciones derivadas del CEDH. En todo caso, ello no significa que el TEDH no pueda, con carácter posterior, entrar a revisar tanto las causas alegadas, como las medidas concretas adoptadas. Recordemos que el TEDH es el órgano encargado de controlar el cumplimiento del CEDH por parte de los Estados, lo cual incluye también el artículo 15 CEDH.

Para que esta medida excepcional de derogación pueda ser considerada legítima, requiere que se den unos requisitos de fondo y de forma:

Así pues, en primer lugar, nos debemos encontrar ante una situación de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación. Se debe entender por tal, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado. Desde luego, la pandemia de la COVID-19 encajaría perfectamente en ese concepto.

En segundo lugar, las medidas que derogen las obligaciones derivadas del CEDH solo resultarán legítimas, cuando sean estrictamente necesarias. Además, tales medidas no deberán entrar en contradicción con las restantes obligaciones que dimanan del Derecho Internacional.

En tercer lugar, no se admitirán medidas que derogen el derecho a la vida (salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra), la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de

la esclavitud y la servidumbre, el mandato “no hay pena sin ley”, la abolición de la pena de muerte y el derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces.

Aquel Estado que pretenda ejercer el derecho de derogación deberá tener plenamente informada a la Secretaria General del CE, Dª Marija Pejcinovic Buric, de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Esta no es una cuestión menor, puesto que de no realizar dicha comunicación, el artículo 15 no se aplicará a las medidas adoptadas. De igual modo, el Estado deberá comunicarle la fecha en que dichas medidas hayan dejado de estar en vigor, volviendo a tener plena aplicación las disposiciones del CEDH.

En este mismo momento, diversos Estados europeos ya han comunicado a la Secretaria General del CE su voluntad de ejercer esta opción. No obstante, lo bien cierto es que, como hemos visto previamente, el propio CEDH prevé causas que pueden ser alegadas por los Estados como justificación de las medidas restrictivas adoptadas. Por ello, creemos innecesario tener que acudir a la vía excepcional de la derogación para poder hacer frente a esta pandemia.

8. Podemos concluir que el CE cuenta con una serie de instrumentos jurídicos que pueden ser muy útiles en la lucha contra el coronavirus. Especialmente importante resulta la CSE, en la cual, de manera explícita, se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Para proteger este derecho, los Estados se han visto obligados a tomar determinadas medidas que suponen la afección de otros derechos fundamentales, como ha ocurrido con el confinamiento, que restringe, entre otros, la libertad de circulación. Incluso algunos han decidido acudir a la vía de la derogación del artículo 15 CEDH.

Es precisamente en la adopción y aplicación de estas medidas restrictivas de derechos por parte de los Estados, donde debemos estar especialmente vigilantes. Ha de evitarse que la protección de la salud se convierta en una excusa perfecta para llevar a cabo acciones que se extralimiten de dicho objetivo. Como muy acertadamente se recoge en la guía de actuación aprobada por el propio CE, titulada “Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19”, el virus está destruyendo muchas vidas, no debemos permitir que también destruya nuestros valores fundamentales y nuestras sociedades libres.



LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA EL PROGENITOR SUSTRACTOR?*

*INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION IN TIMES OF CORONAVIRUS:
AN OPPORTUNITY FOR THE ABDUCTING PARENT?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 646-655

* Artículo realizado en el marco de la Ayuda para la Formación del Personal Universitario (FPU), financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.



María
GONZÁLEZ
MARIMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19 podrá tener una significativa afectación de los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. Particularmente preocupante es la afectación de la pandemia en la duración de los procedimientos y en la efectividad del retorno del menor, sobre todo si se tiene en cuenta la especial incidencia que posee el transcurso del tiempo sobre los menores de edad. La pandemia también abre la puerta a nuevas interpretaciones de la excepción de no retorno por grave riesgo de peligro físico o psíquico sobre el menor. Mientras que el progenitor no sustractor se encontrará con importantes obstáculos para conseguir un retorno rápido y seguro del menor en este contexto, el progenitor sustractor podrá ver una oportunidad para justificar el no retorno del menor.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores; Convenio de La Haya de 1980; grave riesgo de retorno; COVID-19; interés superior del menor.

ABSTRACT: *The sanitary crisis caused by the COVID-19 pandemic is likely to have a significant impact on international child abduction proceedings, both from the procedural and substantial perspective. Particularly worrisome is the impact of the pandemic on the duration of the proceedings and on the effectiveness of the return of the child, taking into account the special effect that time has on children. The pandemic also opens the door to new interpretations to the exception of return of the child in cases of grave risk of physical or psychological damage to the child. While the left-behind parent will face important obstacles in order to achieve a fast and safe return of the child in this context, the abducting parent will see an opportunity to justify the non-return of the child.*

KEY WORDS: *International child abduction; 1980 Hague Convention; grave risk of return; COVID-19; best interest of the child.*

I. La sustracción internacional de menores constituye, sin duda, uno de los grandes retos actuales en el contexto de las familias transfronterizas. Mediante esta expresión hacemos referencia al traslado o retención ilícito de un niño, niña o adolescente (en adelante menor) a un Estado distinto al de su residencia habitual. La ilicitud del traslado se identifica con una infracción de los derechos de custodia del menor regulados de conformidad con la legislación del Estado de residencia habitual del menor. Ante este tipo de situaciones, consideradas altamente perjudiciales para el menor, los Estados han establecido distintos cauces de cooperación con el objetivo de desincentivar este tipo de prácticas.

En esta materia ocupa un lugar central el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante Convenio), con más de 100 ratificaciones. Como en cualquier otro texto normativo que afecte a la figura del menor, el Convenio está centrado en el principio del interés superior, entendido como el retorno del menor al lugar de su residencia habitual en el menor tiempo posible. La finalidad es devolver al menor al *statu quo* anterior, frente a una conducta ilícita que ha extraído abruptamente al menor de su entorno. Ahora bien, esta regla general de obligación de retorno del menor se ve complementada por una serie de situaciones excepcionales tasadas en las que se permite denegar el retorno del menor en base al interés del menor afectado en ese caso concreto.

2. En general en cualquier asunto que afecte a un menor, y muy en particular en los supuestos de sustracción internacional de menores, el tiempo es un factor esencial. Básicamente, porque el transcurso del tiempo tiene una afectación especial sobre los menores de edad y sobre sus relaciones personales y su integración. Este es el motivo por el cual, frente a una situación en la que el menor se ve repentinamente privado de su entorno y de las relaciones personales con uno de sus progenitores, el objetivo del Convenio es el retorno del menor en el menor tiempo posible, fijando un plazo orientativo de seis semanas de duración.

Es evidente que la situación actual provocada por el COVID-19 podría tener una grave incidencia sobre el bienestar del menor desde el punto de vista del transcurso del tiempo. El cierre de fronteras y la paralización de los sistemas judiciales en la gran mayoría de Estados, sin duda, va a suponer un gran obstáculo para la resolución de este tipo de procedimientos. Y aún en mayor medida la

• **Maria González Marimón**

Personal Investigador en Formación de Derecho Internacional privado, Universitat de València. Correo electrónico: maria.gonzalez-marimon@uv.es

ejecución efectiva de una resolución de retorno del menor, la cual requiere que el menor cruce una frontera, y en la mayoría de los supuestos, a través de un avión. Quizá en otras materias la mera suspensión del procedimiento y la espera a que la situación mejore, puede ser una respuesta satisfactoria dada la gravedad de las circunstancias. Sin embargo, desde el punto de vista del bienestar del menor, el tiempo no se detiene y transcurre veloz. Y, recordemos, que como en todo asunto que afecta a un menor, su interés debe prevalecer frente a cualquier otro. En consecuencia, la nueva situación del COVID-19 plantea nuevos escenarios interpretativos del Convenio que los Jueces nacionales de cada Estado deberán resolver.

3. La repentina situación del COVID-19 ha desencadenado en la realidad práctica distintas situaciones relacionadas con la sustracción internacional de menores.

4. Por un lado, habrá que identificar las situaciones de traslados o retenciones ilícitos existentes y en qué estado se encuentran – el procedimiento podrá no estar siquiera iniciado, estar iniciado o ya resuelto-. Desde el punto de vista procesal surgen innumerables interrogantes que se dejan planteados a la espera de poder analizar cuál es la respuesta práctica de los Tribunales de cada Estado contratante del Convenio.

En cuanto al inicio del procedimiento de retorno del menor, el progenitor no sustractor tendrá serios problemas para contactar con las Autoridades Centrales correspondientes, así como con los Tribunales de un Estado tercero, ya que en la mayoría de Estados su funcionamiento ha quedado paralizado, salvo situaciones urgentes. En este sentido, dependiendo del Estado se considerarán o no los supuestos de sustracción internacional de menores como un caso urgente. Entendemos que así debería ser, por la ya apuntada incidencia que posee el transcurso del tiempo sobre los menores de edad.

La crisis sanitaria del COVID-19 también habrá incidido en el desarrollo del procedimiento. De nuevo, habrá que estudiar si se han suspendido los procedimientos de retorno ya iniciados, y su afectación sobre el plazo de seis semanas de resolución que sugiere el Convenio. En caso de continuar con los procedimientos, se habrán planteado importantes limitaciones en la obtención de pruebas, y en especial, en la audiencia del menor. Recordemos que es un derecho fundamental del menor ser escuchado en todos los asuntos que le afecten, tal y como recogen tanto el artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre los

Derechos del Niño como el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En relación con este derecho, quizá la situación generada por el COVID-19 sea una oportunidad para explorar la vía de la audiencia del menor por vía telemática para evitar riesgos para la salud, tanto del menor como de la salud pública. Es una buena oportunidad para abrir el debate sobre la idoneidad de una audiencia *on line* del menor, y si es posible ofrecer las necesarias garantías para un adecuado ejercicio de este derecho en tal formato.

Finalmente, la situación del COVID-19 también podrá afectar a la ejecución de las resoluciones de retorno como consecuencia de las restricciones de movilidad y el cierre de fronteras a nivel internacional. Siempre dependiendo de las circunstancias del caso concreto, quizá una opción muy sensata sea resolver el retorno del menor, pero suspender su ejecución hasta que la situación mejore, tanto en el Estado al que deba retornar como en la situación del tráfico internacional.

5. Por otro lado, podrá concurrir una segunda situación en la que se haya producido una retención ilícita de *facto*, pero no intencionada. Efectivamente, multitud de progenitores que en el momento del cierre de fronteras estaban disfrutando de un derecho de visita en un Estado distinto al de su residencia habitual, podrán encontrarse con que dicho periodo termina, y, sin embargo, les es imposible devolver al menor al lugar de su residencia habitual debido a la emergencia sanitaria existente. Ante esta potencial situación, sin duda la mejor solución sería alcanzar un acuerdo entre los progenitores de forma que se pueda extender el periodo de visita hasta que la situación en los dos Estados implicados mejore y permita un retorno seguro del menor.

6. Desde el punto de vista interpretativo, la pandemia podría tener una especial incidencia en la configuración de ciertas nociones recogidas en el Convenio, sobre todo en relación con el juego de excepciones al retorno que prevé el texto convencional. En relación con este punto, la situación de pandemia podría ser empleada por el progenitor sustractor como estrategia para justificar el no retorno del menor al Estado de su previa residencia del menor. Recordemos que la regla general es la obligación de retorno inmediato del menor, regla que se ve completada por una serie de excepciones que, una vez probadas por la parte, pueden ser tomadas en cuenta, discrecionalmente por la autoridad, para denegar el retorno del menor. Evidentemente, en tanto que excepciones, estas situaciones deben ser interpretadas restrictivamente. Particularmente, hay dos excepciones al retorno que suscitarán problemas en la praxis.

7. Una de las mayores repercusiones de la crisis sanitaria del COVID-19 en la práctica de la sustracción internacional de menores, será la alegación de esta crisis como motivo de la denegación del retorno del menor al Estado anterior de su residencia habitual. Concretamente, alegando la excepción recogida en el artículo 13.I.b) del Convenio, según la cual, la autoridad que está conociendo del asunto, podrá denegar el retorno en el caso de que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Obviamente, estamos ante un caso sin precedentes cuyas pautas de interpretación serán establecidas por la jurisprudencia de cada Estado contratante.

Dicho esto, si es posible apuntar ciertas pautas para la interpretación de esta excepción gracias a la reciente “Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (I) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado en 2020 (en adelante Guía).

8. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la excepción contiene tres tipos de riesgos (físico, psíquico y de una situación intolerable) que son independientes entre sí (párr. 30 y 31 de la Guía).

En el contexto del COVID-19, la primera alegación, previsiblemente, será el potencial riesgo físico de contagio del virus y las posibles complicaciones, a pesar de que los menores no están en los grupos de riesgo y las autoridades sanitarias afirman que el virus tiene una incidencia mínima sobre los mismos. Es interesante destacar que la Guía no exige necesariamente que el riesgo de daño físico recaiga directamente sobre la figura del menor, sino también, siempre que se justifique adecuadamente, podría, por ejemplo, alegarse el riesgo físico del progenitor encargado de su cuidado. Es decir, podría argumentarse que el progenitor forma parte de uno de los grupos de riesgo del COVID-19 y, en consecuencia, retornar con el menor le expondría a un grave riesgo. Y, obviamente, también debería argumentarse que sería perjudicial para el menor separarlo de este progenitor puesto que es su principal cuidador/cuidadora (párr. 33).

Más allá del potencial riesgo físico, no se debe subestimar la dimensión psicológica de la situación provocada por la pandemia. La Organización Mundial de la Salud ya ha alertado de que la pandemia está generando miedo y preocupación en la población. Esta percepción llega fácilmente a los menores, sobre todo a aquellos que tengan una madurez suficiente para entender la información que pueda leer o escuchar sobre el COVID-19, que podría hacer sentir al menor ansioso. En consecuencia, aunque el daño físico es mucho más impredecible, se

podría argumentar más fácilmente el potencial riesgo de daño psicológico sobre el menor en caso de retorno. También, potencial riesgo psicológico debido a las severas medidas de confinamiento y distanciamiento social.

Sumado a lo anterior, la Guía especifica que el término grave se refiere al riesgo y no al daño en sí sobre el menor. La parte interesada deberá probar que el COVID-19 supone un riesgo real que alcance el nivel de grave y que coloque al menor en una situación intolerable, esto es, una situación que un menor individual no debería tolerar (párr. 34).

9. En segundo lugar, la Guía podrá ser tomada como referencia en sus orientaciones relativas a los supuestos en los que se alega el riesgo para la salud del menor como causa de no retorno. En estos casos, se dice que el grave riesgo debe focalizarse en la disponibilidad de un tratamiento en el Estado de residencia habitual del menor, y no en una comparación entre la relativa calidad del sistema de salud de los dos Estados implicados (párr. 62). Sin embargo, cabe cuestionarse que esta directriz pueda ser aplicable a la situación actual de pandemia, en la que las circunstancias cambian a una velocidad vertiginosa con una difícil predicción, y quizás sea relevante realizar una comparación entre la situación de los dos Estados en cuestión, no solo de la situación del momento, sino de la posible evolución de la pandemia en tales Estados. En todo caso, la autoridad que esté conociendo del asunto deberá comprobar si la seriedad de las alegaciones tiene entidad suficiente, no siendo suficientes meras alegaciones genéricas.

10. En tercer lugar, no debe olvidarse que las excepciones al retorno del menor deben valorarse siempre en función de las concretas circunstancias del menor afectado. En este sentido, obviamente, la respuesta variará entre un menor que goza de buen estado de salud a un menor que pertenece a un grupo de riesgo frente al COVID-19, pues en este último caso será fácilmente argumentable que el mero viaje del menor supone un riesgo para su salud.

11. Por último, recordemos que la autoridad que está conociendo del asunto, aunque aprecie la concurrencia de un riesgo, podrá ordenar igualmente el retorno del menor si considera que se han establecido medidas de protección suficientes para mitigar el riesgo en el Estado de previa residencia habitual. Una vez más, nos encontramos con el problema de que no hay jurisprudencia ni orientaciones sobre

qué se considera una medida de protección adecuada ante una pandemia como la actual.

I2. En relación con esa excepción, ya están apareciendo las primeras resoluciones en la materia, como por ejemplo la resolución de la High Court of England and Wales (Family Division) [2020] EWHC 834 (Fam), relativa, además, a una familia española. En el procedimiento queda probado que la menor tenía su residencia habitual en España e incluso ésta manifiesta su firme voluntad de regresar a España con su padre, y, por tanto, que la menor ha sido sustraída ilícitamente a Reino Unido por la madre. Sin embargo, la madre alega la excepción de grave riesgo del menor por la situación de crisis sanitaria debido al COVID-19 en España. En relación con la pandemia actual, el Tribunal identifica dos riesgos potenciales para la menor: por un lado, que la pandemia está más avanzada en España que en Reino Unido (en el momento de la resolución), y por otro, el riesgo de realizar un viaje internacional actualmente. El Tribunal reconoce la gravedad de la pandemia, pero afirma no tener evidencia suficiente, más allá de que, pese a que en España la epidemia está más avanzada, en Reino Unido se prevé que los casos continúen aumentando. Afirma que no puede saber si hay diferente riesgo de contagio en un Estado y en el otro. Y por todo ello, concluye que con la evidencia que posee, no puede afirmar que la menor tenga más riesgo de contraer el virus en España que en Reino Unido. Además, exige el retorno más rápido posible ya que al aumento de las restricciones de movimiento y el cierre de fronteras hace que no haya garantías de que el retorno de la menor pueda realizarse durante mucho más tiempo ante un inminente cierre de las fronteras.

I3. Queda constatado que para que un Tribunal acoja favorablemente la excepción de grave riesgo no basta con meras alegaciones genéricas como, por ejemplo, una mera alusión a la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID-19. El riesgo del menor deberá probarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y será la jurisprudencia la que irá estableciendo en qué casos y en qué condiciones es admisible denegar el retorno en base al grave riesgo físico o psíquico del menor a consecuencia de la pandemia.

I4. Una segunda excepción, cuya interpretación podrá generar importantes interrogantes en la praxis, es la recogida en el artículo I2 del Convenio. Este precepto habilita a la autoridad que está conociendo del asunto a denegar el retorno siempre que concurren dos condiciones: que el procedimiento se haya

iniciado una vez haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícito, y además, se pruebe que el menor se ha integrado en el nuevo ambiente. La finalidad de esta excepción es tomar en consideración el interés superior del menor en el caso concreto, en el que precisamente por haberse integrado en el nuevo Estado, se considera perjudicial que se le vuelva a extraer de su entorno, considerándose que el menor ha adquirido su nueva residencia habitual en el Estado en el que se encuentra.

15. El COVID-19 podría tener una incidencia en la noción de "integración en el nuevo medio". Esta noción debe ser probada por el progenitor sustractor, cuestión que, al igual que la excepción del artículo 13.I.b) del Convenio, ya ha suscitados importantes problemas interpretativos en la práctica debido, fundamentalmente, al carácter de concepto jurídico indeterminado de esta expresión. A la ya de por si complicada concreción y prueba de la integración del menor en el nuevo medio, se debe sumar las posibles complicaciones suscitadas a raíz de la pandemia del COVID-19. Particularmente complicado será aportar elementos de hecho que demuestren la integración del menor, como la escolarización o las relaciones personales del menor con familiares y amigos, la práctica de hobbies etc., en un contexto en el que, con mayores o menores restricciones, no está permitido o en todo caso recomendado salir de casa, y las escuelas están suspendidas y están recomendadas fuertes medidas de distanciamiento social. Desde esta perspectiva el progenitor sustractor tendrá ciertamente complicada la prueba de la integración del menor.

16. En segundo lugar, cabe preguntarse si el periodo temporal en el que se decrete la crisis sanitaria debe ser computado como transcurso del periodo de un año. En la práctica podrían generarse casos límite en los que el periodo de un año estuviera próximo a cumplirse y se haya terminado cumpliendo en los meses de confinamiento. Este extremo podría colocar en una difícil situación al progenitor no sustractor que aún no haya iniciado los trámites legales para su retorno. Sobre todo, si tenemos en cuenta la importancia del transcurso del tiempo para los menores, en los que su interés superior puede no verse adecuadamente satisfecho con una mera suspensión de los plazos procesales, ya que en estos asuntos aquello que prima por encima de otros intereses es el bienestar del menor.

17. En definitiva, como en muchos otros campos, la inesperada situación generada por la pandemia del COVID-19 tendrá una importante afectación en

los supuestos de sustracción internacional de menores, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. Mientras que el progenitor no sustractor se encontrará con importantes obstáculos para conseguir un retorno seguro y rápido del menor, el progenitor sustractor intentará aprovechar la situación para justificar el no retorno del menor. Frente a estos intereses contrapuestos, será el principio del interés superior del menor el que deba guiar la resolución de estos casos, teniendo especial importancia, evidentemente, su salud, pero también, el transcurso del tiempo y la afectación sobre el menor. Serán los jueces de los distintos Estados contratantes los que vayan proporcionando respuestas a estos interrogantes, de la mano de la rápida e impredecible evolución de esta pandemia sin precedentes, pero esperemos siempre respetando la finalidad del Convenio y el carácter excepcional de las causas de no retorno.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ANTE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19 : PRINCIPALES MEDIDAS Y RESPONSABILIDADES

THE OCCUPATIONAL RISKS PREVENTION IN THE COVID-19 HEALTH CRISIS: MAIN MEASURES AND RESPONSABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 656-667



Eduardo E.
TALÉNS
VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Sin lugar a dudas, una de las obligaciones laborales más importantes que deben de cumplir las empresas durante la presente pandemia ocasionada por el COVID-19 guarda relación con las medidas de seguridad e higiene a favor de sus empleados. Esto es completamente necesario para evitar que los mismos se puedan contagiar con el virus en el desempeño de la prestación de sus servicios laborales. En este breve estudio comentaré las principales obligaciones en materia de PRL que deben de adoptarse en relación con el COVID-19 y expondré los distintos tipos de responsabilidad en las que pueden incurrir las empresas en caso de no dar cumplimiento a las necesarias medidas de salud e higiene en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; Derecho del Trabajo; Prevención de Riesgos Laborales; responsabilidad empresarial.

ABSTRACT: *Undoubtedly, one of the most important labour obligations that companies must be during the present pandemic caused by COVID-19 relates to safety and hygiene measures on behalf of its employees. This is completely necessary to prevent them from spreading to the virus in the provision of their work services. In this brief study I will comment on the main OCP obligations to be adopted in relation to COVID-19 and I will expose the different types of responsibility that companies in case of not complying with the necessary health and hygiene measures at work.*

KEY WORDS: COVID-19; Labour Law; Occupational Risks Prevention; corporate responsibility.

I. Durante la presente crisis pandémica ocasionada por el COVID-19 numerosas empresas se han visto obligadas a cerrar y paralizar su actividad económica. Muchas de ellas lo hicieron a raíz del RD 435/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, por estar incluidas en su Anexo. Más tarde, con la aprobación del RDL 10/2020, de 29 de marzo, que reguló un permiso retribuido a favor de los trabajadores se ordenó el cese de todas las actividades que no sean esenciales de acuerdo con un listado incluido en esa propia normativa. Además, otras tantas empresas decidieron cesar en su actividad ante la ausencia de demanda. Quiero con ello expresar que para multitud de empresas, por razones obvias, no existen medidas de prevención que aplicar, toda vez que no han tenido actividad durante la crisis sanitaria. En cualquier caso, para todas las empresas que se han mantenido abiertas, las medidas de PRL relacionadas con la propagación del COVID-19 son absolutamente necesarias en los términos que seguidamente comentaré de forma sumamente concisa. Además, estas medidas de PRL tendrán un importante protagonismo durante las distintas fases de “desescalada”, puesto que la mayoría de empresas irán reiniciando su actividad de forma paulatina, conforme se vaya avanzando en el citado proceso.

2. Con carácter general, cabe apuntar que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esto tiene su origen en la propia CE, donde se prevé, de una parte, el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE); y, de otra, el art. 40.2 CE, que en forma de principio rector de la política social y económica, proclama un mandato expreso dirigido a los poderes públicos, según el cual, estos deberán de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

Descendiendo a un plano de mayor concreción, el art. 14 LPRL dispone, literalmente que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. La contrapartida de este derecho, como es bien sabido, es la existencia de un correlativo deber por parte del empresario de garantizar la seguridad y salud de sus empleados en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para su protección (art. 14.2 LPRL). Desde esta perspectiva, las empresas deberán adoptar aquellas medidas preventivas de carácter colectivo o individual que sean indicadas, en su caso, por el servicio prevención, de acuerdo

• **Eduardo E. Taléns Visconti**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Eduardo.talens@uv.es

con la evaluación de riesgos y en atención al tipo de actividad que desempeña la empresa.

A mayor abundamiento, la LPRL reproduce en su art. 15.I una serie de principios de acción preventiva. Pues bien, del citado repertorio, uno de los principios que, en particular, considero que cobra especial relevancia en la gestión de la reciente crisis ocasionada por la pandemia del COVID-19 es el que se contiene en la letra h). Dicha previsión implica que el empresario, a la hora de aplicar las medidas que integran el deber general de prevención, deberá tener en cuenta como principio general: "Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual".

3. Dejando de lado este breve inciso sobre el genérico deber de protección, comentaré a continuación el específico deber de prevención de riesgos laborales en relación con el COVID-19. De acuerdo con la Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación el nuevo coronavirus, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social para la protección de las personas trabajadoras con riesgo de exposición al COVID-19, hay que partir de una serie de premisas: a) El coronavirus es un virus desconocido anteriormente en la patología humana. b) Las medidas de aislamiento, en los casos investigados, constituyen la primera barrera de protección tanto de la persona trabajadora afectada como de las restantes susceptibles de contacto con la paciente.

Las acciones que expondré a continuación tendrán que ir adoptándose en función del nivel del riesgo existente en un determinado centro de trabajo y, por descontado, de la concreta actividad productiva desarrollada. De esta suerte que, en función del riesgo de exposición al COVID-19, los niveles y medidas de protección que se establezcan por parte del empresario deben de ajustarse y aplicarse atendiendo a la naturaleza de las actividades, a la evaluación del riesgo para los trabajadores y las características del agente biológico. Con todo, con carácter general, las principales medidas de protección que la empresa está obligada a adoptar, de acuerdo con las indicaciones del servicio de prevención son, grosso modo, las siguientes:

a) De entrada, opino que es completamente ineludible que el empresario proporcione información sobre las medidas higiénicas más elementales, tales como: lavarse las manos con frecuencia, no compartir objetos, sobre la ventilación del centro de trabajo y la limpieza de superficies y objetos. Repárese en que estas medidas son las que de forma persistente nos han ido apuntando, con carácter general, a todos los ciudadanos desde las distintas instituciones y autoridades sanitarias a través de los medios de comunicación.

No es dudoso que las medidas mínimas de PRL que se deben de implementar por parte de empresas no reducirán a una mera información, sino que, además, estas deberán poner a disposición de las personas trabajadoras el material higiénico necesario. Es el caso de los dispensadores de geles con alcohol para el lavado y desinfección de las manos después de tocar objetos. Junto con ello, también deberán de adoptar los protocolos de limpieza que fuesen precisos, desinfectando con la mayor eficacia e intensidad posible los lugares de mayor exposición y los de uso común. Por otra parte, dependiendo de la actividad desarrollada el material proporcionado por parte de la empresa deberá de ser más específico y, en determinados casos, considero que tendrá que incluir, necesariamente, mascarillas y/o guantes.

En este sentido, el uso de los denominados “Equipos de Protección Individual” en el lugar de trabajo se encuentra regulado en el RD 773/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, que traspuso al derecho español la Directiva 89/656/CEE); Asimismo, también debe tenerse en cuenta a estos efectos el Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, cuyo objeto es establecer los requisitos sobre el diseño y la fabricación de los EPI que vayan a comercializarse, para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los usuarios y establecer las normas relativas a la libre circulación de los mismos en la UE. Por lo tanto, en los casos en los que sea recomendable su uso, los empresarios también deberán de facilitar equipos de protección de las vías respiratorias (mascarillas) y/o guantes reutilizables. Estos EPI deberán de estar homologados y ser de un solo uso o, en su caso, si el fabricante lo permite, que puedan desinfectarse y reutilizarse.

b) Adoptar, en su caso, medidas específicas para las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, en este caso, al COVID-19. En este sentido, el artículo 25 LPRL impone al empresario la obligación de dispensar una protección especial a los trabajadores que sean más sensibles a determinados riesgos. En el caso del COVID-19 esto se podrá llevar cabo siempre que el empresario sea conocedor de algunas patologías previas por parte de alguno de sus trabajadores y que se puedan llegar a complicar en caso de contraer la enfermedad. No obstante, lo normal es que el empresario no conozca el cuadro clínico de los trabajadores, toda vez que sobre dicha información se proyecta el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Ahora bien, se conociera las afecciones respiratorias de cualquier trabajador vendrá obligado a protegerlos con mayor intensidad. Junto con ello, y con carácter general, parece prudente que las empresas procuren una protección mayor sobre las personas que tengan una determinada edad, puesto que los índices sobre mortalidad son más elevados en ciertas franjas de población. También se tendrá que proteger,

muy especialmente, a las trabajadoras embarazadas, por cuenta es posible que puedan sufrir mayores complicaciones en caso de contraer la enfermedad. A tales efectos, considero que las empresas tendrán que proyectar ciertos cambios sobre la prestación de servicios (cambio de horarios, turnos, etc.), facilitares EPI adicionales o, en su caso, si se puede, será preferible que trabajes desde casa y, si todo esto no fuera posible, se podría suspender su relación contractual de forma individual (evidentemente, sólo en aquellos supuestos en los que la suspensión no se haya producido en virtud de la aprobación de un ERTE).

c) Organizar el trabajo de modo que se reduzca el número de personas trabajadoras expuestas a un determinado riesgo. En el caso del COVID-19 esto puede llevarse a cabo estableciendo reglas específicas para evitar y reducir la frecuencia y el tipo de contacto de persona a persona. Se trata de implementar una serie de medidas de contención a aplicable en empresas que no tengan trabajadores que hayan dado positivo en la enfermedad y que, evidentemente, no están cerradas. Ahora bien, parece que estas medidas de PRL se van a tener que retomar, de forma inexorable, cuando concluya el estado de alarma y la actividad productiva pueda volver a la normalidad de forma paulatina. Particularmente, también cabrá proyectarlas sobre el proceso de "desescalada", en función de las fases aprobadas por parte del Gobierno. En la señalada "desescalada" las empresas deberán de adoptar una serie de medidas tendentes a reducir la acumulación de personas y la proximidad entre las mismas. Para ello, podrán determinar qué trabajadores continúan en ERTE (en caso de que hayan aprobado uno) y cuáles tendrán que prestar servicios. También deberán de adaptar los horarios, los turnos y los espacios, para que los trabajadores puedan respetar la distancia de seguridad marcada por los expertos sanitarios.

El recurso al teletrabajo de toda -o parte- de la plantilla es una solución que deben de adoptar todas las empresas que tengan los medios disponibles para poder llevarlas a cabo. Además, considero que esta situación se deberá de mantener, en su caso, si fuera posible, incluso una vez concluido el estado de alarma y durante el mencionado proceso de "desescalada". No cabe perder de vista que el RDL 8/2020, de 17 de marzo, reconoce en su EM que el trabajo no presencial se configura como un "instrumento de primer orden para conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención de la propagación del virus y, al mismo tiempo garantizar la continuidad en el ejercicio de numerosas actividades empresariales, económicas y sociales". A tales efectos, en el art. 13.4 del ET, reiterando lo previsto en los artículos 4.2 d) y 19 de la misma norma, se reconoce a los trabajadores a distancia el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, subrayándose, además, que resulta de aplicación, en todo caso, lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo. Por su parte, el art. 5 RDL 8/2020, establece una regla especial, conforme a la cual, "se entenderá cumplida

la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora". En definitiva, el recurso al teletrabajo siempre será preferible como medidas de PRL en el caso en el que esta opción sea viable, puesto que, compadece con las medidas de confinamiento y de reducción de los contactos y distanciamiento social.

d) En último término, de acuerdo con lo establecido por el artículo 21 LPRL, cuando las personas trabajadoras estén o puedan estar expuestas a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, la empresa estará obligada a: 1) Informar lo antes posible acerca de la existencia de dicho riesgo; 2) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, las personas trabajadoras puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo.

El artículo 21.1 LPRL exige la presencia de un riesgo "grave e inminente" y, ante la falta de definición del mismo, tenemos que acudir, sistemáticamente, a lo dispuesto por el artículo 4.4 LPRL. En el caso de la presente pandemia ocasionada por el COVID-19 debemos de considerar que el riesgo es, claramente, inminente y, además, carente de cualquier tipo de apreciación subjetiva, es decir, que hay que entenderlo como un riesgo objetivo y, por descontado, grave. Siendo esto así, parece razonable concluir que el artículo 21 LPRL puede operar en el seno de las empresas españolas con total y absoluta legitimidad en los casos en los que se considere que la actividad productiva queda expuesta a unas exposiciones de contagio elevadas y, muy especialmente, cuando en el centro de trabajo exista alguna persona que haya dado positivo en el test por COVID-19. En este sentido, según lo dispuesto por el artículo 13.9 LISOS, se consideran infracciones muy graves las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 LPRL.

La paralización de la actividad no solo puede ser adoptada por el empresario. En este sentido, las personas que, además del empresario, pueden llegar a adoptar medidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 LPRL, son las siguientes:

-En primer lugar, la LPRL contempla el derecho de cualquier trabajador consistente en interrumpir la actividad y/o abandonar el puesto de trabajo. Ni que decir tiene que si existen motivos justificados los trabajadores no podrían ser sancionados por ello, salvo que se demostrase que obrasen de mala fe. En este sentido, si un trabajador presenta síntomas relacionados con el COVID-19, ha mantenido un contacto directo con una persona infectada y, a mayor abundamiento, si ha dado positivo en el test, deberá de dejar de prestar servicios,

comunicando este hecho a la empresa. Se trata, en suma, de una medida individual de cuarentena que tiene que adoptar el propio trabajador infectado, pero que, junto con ello, también deberán de hacerlo los compañeros que hayan tenido contacto directo con esta persona o que comparten un espacio de trabajo marcado por una proximidad física.

-En segundo lugar, los representantes de los trabajadores, por mayoría, pueden decidir paralizar la actividad si consideran que el empresario no cumple con sus obligaciones de adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar este riesgo asociado al COVID-19. De este modo, en el caso que en la empresa existan representantes legales de los trabajadores, ante la noticia de la existencia de alguna persona en el centro de trabajo que ha dado positivo en el test del COVID-19 deberán de advertir a los trabajadores sobre la necesidad o no de paralizar la prestación de servicios. Dicho acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral que, en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada.

-En tercer lugar, los Delegados de Prevención también pueden decidir paralizar la actividad, por mayoría de sus miembros, en los casos en los que no sea posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal anteriormente citado.

4. Para poder implementar las anteriores medidas, parece que los datos sobre la salud y la protección de datos asociados a los mismos deben de flexibilizarse en aras evitar males mayores. En este orden de cosas, la propia AEPD ha publicado un reciente texto en el que analiza el tratamiento de datos personales en relación con la situación derivada de la extensión del virus COVID-19. Asimismo, también ha publicado un Informe - 17/2020- en el que aclara algunos de los interrogantes que la nueva coyuntura sanitaria suscita en materia de tratamiento de datos personales.

Centrándome en el ámbito de las relaciones laborales, como es de sobra conocido, la regla general consiste en que el empresario debe de conocer el estado de salud de los trabajadores, pero sólo en cuanto a la situación que les incapacite para trabajar y no sobre la concreta dolencia o enfermedad padecida por cada uno de ellos. De tal forma, que la persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene la obligación de informar a la empresa sobre la razón concreta de su baja. Sin embargo, tal y como ha reconocido la AEPD, este derecho individual puede ceder frente a la defensa de otros derechos, tales como el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia y, más en general, por la defensa de la salud de toda la población.

Así, en el particular caso de la pandemia que nos acecha, la empresa estará capacitada para conocer los trabajadores que están infectados, dato esencial y a todas luces inevitable para diseñar a través de su servicio de prevención los planes de contingencia que sean necesarios; o bien, los que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias. No cabe perder de vista, tampoco, que sobre el empresario descansa la obligación en materia de PRL y puede incurrir en una serie de sanciones o responsabilidades civiles en caso de no adecuar sus medidas de salud e higiene en el centro de trabajo a la situación actual. Por todo ello, resulta absolutamente necesario que la empresa esté capacitada para realizar test de detección de la enfermedad y que, en caso de no disponer de los mismos, pueda conocer con exactitud la persona o personas infectadas o que han desarrollado la enfermedad.

En otro orden de cosas, no hará falta recabar el consentimiento por parte del trabajador afectado, toda vez que, según lo dispuesto por el artículo 9.2 b) del Reglamento Europeo de Protección de Datos, se exceptúa para el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Otra cuestión que se suscita en relación con la protección de datos es si el empresario debe de informar al resto del personal sobre la existencia de una persona infectada en el seno de la empresa. En principio, el estado de la salud del trabajador no se debe de dar a conocer al resto de la plantilla. Ahora bien, cabe entender que en el supuesto de una pandemia con las características del COVID-19, esta información debería de proporcionarse, eso sí, si es posible, sin identificar a la persona afectada, a fin de mantener su privacidad. Ahora bien, según ha expresado la propia AEDP, a requerimiento de las autoridades competentes, en particular las sanitarias, el nombre de la persona trabajadora afectada también podría llegar a trascender. Esto puede ser importante para que puedan tener virtualidad práctica algunas de las previsiones del artículo 21 LPRL, particularmente, la paralización de la prestación de servicios por parte de algún trabajador concreto o llevada a cabo por los representantes, en cuyo caso puede ser necesario que el nombre del trabajador infectado trascienda.

5. Pese a que, tal y como he ido advirtiendo en los párrafos precedentes, la obligación genérica y específica en materia de PRL le corresponde al empresario, el art. 29 PRL también traslada ciertas repercusiones a la conducta de los trabajadores. En este sentido, el señalado precepto establece en su primer apartado que “corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos

y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario". Ello se concreta en el supuesto de la pandemia ocasionada por el COVID-19 en que los trabajadores deberán de informar de inmediato a su superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. El Informe 17/2020 de la AEPD antes mencionado también va en esta misma línea, señalando que "el trabajador deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas". El empleador deberá tratar dichos datos conforme al RGPD, debiendo de adoptarse las medidas oportunas de seguridad y responsabilidad proactiva que demanda el tratamiento (art. 32 RGPD). En definitiva, los trabajadores deberán de informar si son portadores del virus, en caso de que conozcan esta cuestión, así como si han sido diagnosticados como positivo en la enfermedad, hayan estado en contacto directo con una persona contagiada o conozcan de la existencia de un compañero de trabajo que sí que los esté. Si se demuestra que el trabajador conocería alguno de estos datos y no los ha puesto en conocimiento de la empresa el propio art. 29 LPRL reconocer la posibilidad de sancionarlo disciplinariamente.

6. En último término, realizaré un somero repaso por las diferentes vías de responsabilidad que pueden recaer sobre el empresario que no haya cumplido con sus obligaciones en materia de PRL en relación con el COVID-19.

- En primer lugar, la empresa puede incurrir en responsabilidad administrativa en caso de cometer cualquiera de las diversas infracciones que la LISOS establece en materia de prevención de riesgos laborales.

En este sentido, el artículo 12.16 LISOS considera como infracción "grave" toda conducta que suponga "incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de: f) medidas de protección colectiva e individual o h) Servicios o medidas de higiene personal".

Por otro lado, el artículo 13.9 LISOS tipifica como infracción "muy grave": "las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales".

Igualmente, el artículo 13.10 LISOS otorga la misma consideración —infracción muy grave— por: “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

En todos estos supuestos la responsabilidad vendrá de la mano de una sanción administrativa impuesta por parte d la Inspección de Trabajo en el curso de sus actuaciones.

- La segunda vía de responsabilidad del empresario será la prevista en la LGSS. Esta norma exige del empresario el cumplimiento de una serie de medidas de PRL, en la medida en que tienen conexión con los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales (arts. 242 a 244). Para garantizar ese cumplimiento prevé una responsabilidad específica que incide en las prestaciones. De este modo, el art. 164 TRLGSS establece que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento (se trata del conocido “recargo en materia de prestaciones”, cuyo sujeto obligado será el empresario infractor). A estos efectos, no será suficiente el hecho de que el RDL 6/2020 haya asimilado toda prestación por IT causada por COVID-19 a un accidente de trabajo, sino que será necesario acreditar:

a) Que la enfermedad por COVID-19 se ha contraído en el puesto de trabajo. Esta situación, *a priori*, es bastante difícil de probar. Ahora bien, se podría presumir que una persona se ha contagiado en su puesto de trabajo cuando otro compañero haya dado positivo en dicha enfermedad y se acredite que ninguna otra persona cercana al trabajador la ha sufrido. En cualquier caso, las dificultades probatorias en este punto son más que evidentes.

b) Además, el empresario tiene que ser el causante de dicha contingencia debido a que no haya observado sus obligaciones en materia de PRL, concretamente, en adoptar medidas de higiene y de salud para evitar la propagación de los contagios. En definitiva, cabe acreditar un nexo causal entre la ausencia de medidas de PRL en el seno de la empresa y el contagio producido en el entorno laboral.

- Junto con ello, todas las empresas que tengan que cubrir puestos de trabajo con riesgo de contraer enfermedades profesionales deben practicar reconocimientos médicos previos a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar dichos puestos de trabajo, y a realizar reconocimientos médicos periódicos que para cada tipo de enfermedad resulten exigibles (art. 243.I LGSS y art. 22 LPRL). El incumplimiento por parte de las empresas de dicha obligación determinará que

sean declaradas responsables directas de todas las prestaciones que traigan su causa de las enfermedades profesionales (art. 244.2 LGSS).

- Por su parte, el incumplimiento por parte de las empresas de los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral de paralizar los trabajos que no cumplan las normas sobre seguridad y salud laboral e impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejecuten o para terceros, se equiparan, respecto a los accidentes de trabajo que puedan producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados (art. 242 LGSS). Por consiguiente, si el contagio por COVID-19 es calificado como accidente de trabajo y la empresa no atiende los requerimientos de la ITSS (art. 9.I, f) LPRL) o de la autoridad laboral (art. 53 LPRL), deberá de hacerse cargo del pago de todas las prestaciones de Seguridad Social que se deriven de tal contingencia.

- La última vía de responsabilidad consiste en la denominada "responsabilidad civil patronal" (arts. 168.3 TRLGSS y 1089 CC). Se trata de una responsabilidad contractual que adquiere la empresa cuando no haya cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este supuesto se puede derivar una indemnización civil perfectamente compatible con el recargo de prestaciones antes citado y que se basa en la reparación íntegra del daño sufrido por parte del trabajador y que no se alcanza a cubrir con el sistema de prestaciones de la Seguridad Social. Para que se ocasione esta la responsabilidad civil patronal (que puede asegurarse) se tendrá que acreditar que el trabajador ha sufrido accidente o enfermedad profesional y que se haya producido un incumplimiento por parte del empresario en materia de salud e higiene en el trabajo. Nuevamente, se ha de producir un necesario nexo causal entre ambas vicisitudes y que no se tendrá que romper por la imprudencia grave del trabajador. En mi opinión, podría considerarse que es una imprudencia grave el hecho de que una persona que haya dado positivo fuera a trabajar sin ponerlo en conocimiento de la empresa. Quizás en estos casos, se pueda intentar por parte la empresa romper con el nexo causal *quasi* objetivo que impera en esta materia. En cualquier caso, otro problema consistirá en identificar si el trabajador se ha contagiado en la empresa o fuera de ella. Si se acreditan estas circunstancias, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables, criminal o civilmente.

En conclusión, el empresario puede ser responsable por varias vías cuando no implemente las necesarias medidas de PRL para evitar o, cuanto menos reducir, los contagios en el seno del centro de trabajo.

EL TRABAJO A DISTANCIA COMO MEDIDA PREFERENTE A APlicar EN LAS EMPRESAS FRENTE A LA CRISIS DEL COVID-19

REMOTE WORK AS A PREFERRED MEASURE TO APPLY IN
COMPANIES IN THE COVID-19 CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 668-677



Mercedes
LÓPEZ
BALAGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El artículo analiza la medida del trabajo a distancia regulada en la normativa especial del COVID-19 como recurso de adaptación preferente a implementar en las empresas con el objetivo de reducir los contagios.

PALABRAS CLAVE: Trabajo a distancia; COVID-19.

ABSTRACT: *The article analyzes the measure of remote work regulated in the special regulation of COVID-19 as a preferential adaptation resource to implement in companies with the aim of reducing infection.*

KEY WORDS: *Remote work; COVID-19.*

I. Una respuesta laboral efectiva a la crisis del COVID-19 puede ser sin duda el trabajo a distancia llevado a cabo en el domicilio, teniendo en cuenta la orden generalizada de confinamiento en los domicilios y el objetivo general de evitar contactos y movilidad para reducir y erradicar el contagio del virus. Desde instancias gubernamentales de todos los ámbitos territoriales se ha recomendado desde el inicio de la crisis, antes incluso de la declaración del estado de alarma, el recurso al trabajo a distancia cuando este sea una opción viable en relación con la actividad de la empresa. Y es que, desde luego, resulta una alternativa al trabajo presencial que puede ser la solución más eficiente para el mantenimiento de la prestación laboral en el domicilio de las personas trabajadoras. De hecho, el recurso al trabajo a distancia se ha considerado como la primera medida a adoptar cuando sea factible; y, de este modo, se repite en todos los RDL aprobados para implementar medidas laborales frente al COVID-19. Es decir, se ha decretado que el trabajo a distancia deberá ser la medida prioritaria a adoptar en todas las empresas, tanto en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, en relación con la cesación temporal o reducción de la actividad, como en el RDL 10/2020, de 29 de marzo, en relación con la aplicación del permiso retribuido recuperable.

2. Por una parte, en el RDL 8/2020, el art. 5 viene a señalar que se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Por otra parte, en el RDL 10/2020, el art. 1.2.e) viene a señalar, respecto de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, que quedan excluidas del permiso retribuido recuperable las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.

3. Con ello, se viene a configurar la medida del trabajo a distancia como respuesta a la crisis del COVID-19, teniendo en cuenta que:

• **Mercedes López Balaguer**

Profa. TU Derecho del Trabajo y SS, Universitat de València. Correo electrónico: Mercedes.lopez@uv.es

a) No se trata de una medida obligatoria en todo caso sino para las empresas que puedan adaptar la prestación laboral en términos de proporcionalidad, esto es, sin que su implementación pueda suponer la exigencia, por ejemplo, de una inversión económica extraordinaria.

b) Si el trabajo a distancia es una opción posible, razonable y proporcionada debe considerarse como una obligación para empresas y trabajadores, esto es, no podrá procederse a la tramitación de un ERTE de suspensión o, en su caso, de reducción en las empresas en las que el trabajo a distancia sea una opción posible respecto de los trabajadores que puedan desempeñarlo.

En este sentido, aquellas personas trabajadoras que puedan seguir teletrabajando o trabajando a distancia deberán hacerlo en su domicilio. De este modo, es importante matizar que, por un lado, el art. I.2.e) RDL 10/2020 excluye del permiso retribuido a las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con “normalidad” mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios; y, por otro, el art. 5 RDL 8/2020, viene a señalar que las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en esta norma tienen como “objetivo prioritario” garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se “reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas “si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”. A partir de lo dispuesto en ambos preceptos es posible interpretar que la “normalidad” que se requiere para excluir a las personas trabajadoras a distancia de los ERTE o del permiso retribuido recuperable puede consistir:

- En la continuación de la actividad porque esta puede mantenerse sin grandes cambios en relación con la que se desempeñaba. En este sentido hay que entender que si la continuación de la actividad de la empresa, no es posible a distancia en la práctica (aunque lo sea teóricamente) porque el cierre de todas las actividades no esenciales impide que la misma pueda mantenerse –inexistencia de clientes, imposibilidad de comunicación con otras empresas cerradas, etc.-, no concurrirá el requisito de normalidad al que se refiere el Real Decreto-Ley.

- En la continuación de la actividad como herramienta para la “reanudación” de la misma tras la crisis.

En todo caso, siempre será condición exigible que la adopción de la medida de implantar el teletrabajo o el trabajo a distancia implique un esfuerzo que sea proporcionado económica y funcionalmente para la empresa. Si es así, el teletrabajo o el trabajo a distancia es la opción a seguir tanto frente al ERTE como frente al permiso retribuido recuperable. De lo contrario, la empresa, justificando

la imposibilidad del mismo por las razones señaladas, podrá aplicar una u otra medida en los términos que prevén los RDL.

4. Para analizar brevemente el régimen jurídico del trabajo a distancia, apuntando las particularidades que se pueden presentar en la situación de crisis provocada por el COVID-19, lo primero que hemos de puntuar es que no solo el teletrabajo *stricto sensu* puede ser una opción a habilitar en las empresas, sino que también puede serlo el trabajo a distancia ordinario –antiguo trabajo a domicilio (y es importante recordarlo porque la recomendación actual es la permanencia de la ciudadanía en su domicilio)-. La diferencia entre ambas formas de prestación de servicios radica en el elemento tecnológico que resulta esencial en el teletrabajo (herramienta informática y tecnología de comunicación e información) y, sin embargo, no es necesario en el trabajo a distancia que podríamos denominar ordinario. De este modo, debe valorarse también que las empresas en las que algunas tareas o funciones no requieran de elementos de producción y transporte complejos –o, en su caso, al menos en aquellas fases de la producción en las que sea posible-, puedan facilitar a sus trabajadores la continuidad del trabajo en sus domicilios mediante el traslado a los mismos de las herramientas y materiales necesarios –talleres de costura, montaje manual de piezas medianas o pequeñas, tareas de pintura o decoración de piezas medianas o pequeñas, etc.-. En todo caso, lo cierto es que ni el teletrabajo ni el trabajo a distancia son formas de prestación de servicios asentadas en España, por lo que su implantación como fórmula de adaptación a la situación del estado de crisis, deberá partir del régimen jurídico con el que contamos y que no es otro que el previsto en el art. 13 ET, que configura hoy el trabajo a distancia como un «nuevo» contrato a domicilio que en muchas ocasiones viene vinculado a las nuevas tecnologías frente al «viejo» contrato a domicilio (STS de 11-4-2005, Rec. 143/2004).

5. Se considera en nuestra norma estatutaria que es trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Respecto de este elemento locativo es evidente que, actualmente, la implantación del trabajo a distancia como solución a la crisis pasa por delimitar únicamente el domicilio del trabajador como lugar de trabajo. De este modo, nos podemos encontrar con dos escenarios posibles:

a) Empresas que ya tuvieran implementado el teletrabajo en el domicilio en determinados períodos de tiempo –algunos días de la semana, períodos de verano, etc.-.

b) Empresas en las que no estuviera implementado el teletrabajo en el domicilio.

Para las primeras, no debe haber problema alguno en la adopción de la decisión de que, durante el tiempo en que se mantenga el estado de alarma, sea el teletrabajo la fórmula ordinaria de prestación del servicio. Los trabajadores deberán contar con los equipos informáticos, la tecnología de la información y la provisión del servicio de internet que la empresa deberá poner a su disposición ahora a tiempo completo.

Para las segundas, dada la celeridad e inmediatez con la que se quiere implementar esta medida para evitar los contactos sociales y el contagio del virus, sí que resultará necesario entender que, de manera excepcional, para el desarrollo del teletrabajo el trabajador podrá aportar sus propios medios de teletrabajo, esto es, su equipo informático y su proveedor de servicios de internet. Sin perjuicio de que la empresa se haga cargo de los gastos que genere al trabajador el teletrabajo en la parte proporcional correspondiente al tiempo de la prestación laboral. Esta es una interpretación que se ajusta precisamente a lo previsto en el art. 5.2 RDL 8/2020 cuando se refiere a la implementación del teletrabajo con la adopción de las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

6. Por otra parte, actualmente, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2018-2020 prorroga el Acuerdo vigente hasta 2017 y mantiene la previsión referida al teletrabajo en idénticos términos:

-El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa.

-La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa.

-La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.

El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Este elemento referido al necesario acuerdo de voluntades, no deberá entenderse aplicable respecto de las decisiones de teletrabajo que la empresa adopte a la luz de las normas específicas del COVID-19, puesto que deriva de las obligaciones que el Gobierno está imponiendo para adaptar la prestación laboral a la realidad de la crisis sanitaria que nos afecta. Por ello, en la excepcional situación en que nos encontramos, si la empresa decide la transformación del modo de prestación del servicio presencial al servicio a distancia, los trabajadores deberán asumir esta modificación que, por supuesto, tendrá carácter extraordinario y limitado en el tiempo.

Precisamente en relación con la aplicación temporal del trabajo a distancia como forma de prestación preferente frente a la crisis del COVID-19, es importante señalar que el art. 15 RDL 15/2020, de 21 de abril, prorroga la vigencia del art. 5 RDL 8/2020 “durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la disposición final 1.17 RDL 11/2020, de 31 de marzo. En atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”. De este modo, con bastante falta de claridad, el legislador ha considerado que la aplicación temporal del trabajo a distancia regulado como medida excepcional por el RDL 8/2020, esto es, como medida obligatoria y prioritaria, será de tres meses a contar desde la finalización del estado de alarma. Este es el plazo que resulta de aplicar la ampliación de dos meses prevista en el RDL 15/2020 a la de un mes prevista en la disposición final 1.17 RDL 11/2020.

7. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. Así pues, la modificación en el modo de llevar a cabo la prestación no podrá implicar cambios ni en materia retributiva, ni en relación con el tiempo de trabajo, ni tampoco en relación con la productividad media exigida. Estas condiciones laborales se mantendrán inalteradas para los trabajadores que, a causa de la crisis del COVID-19, pasen o a trabajar a distancia. Únicamente deberá considerarse que el cambio en el modo de trabajo afectará a los conceptos retributivos que queden vinculados a la presencia, por ejemplo, pluses de transporte, dietas, etc. Desde mi punto de vista, en todo caso, dada la aplicación temporal amplia de esta medida de preferencia del trabajo a distancia que hemos analizado antes, hay que

puntualizar que si el fin del estado de alarma implica la vuelta a la actividad de la empresa en la que la persona trabajadora prestaba servicios presenciales, deberá considerarse que resulta necesaria la implicación de aquella en la prestación de servicios a distancia en todo lo referente a medios, herramientas, provisión de servicios de internet, cumplimiento de las medidas de PRL en el domicilio, etc. En este sentido, aunque la persona trabajadora seguirá viniendo obligada, de acuerdo con el art. 15 RDL 15/2020, a trabajar a distancia, lo que entiendo que no resultará posible es sostener la “excepcionalidad” de la situación para justificar que este se siga desempeñando a través de medios y servicios que son propiedad del trabajador y sin que se cumplan todas las necesarias medidas de prevención de riesgos.

8. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido la LPRL. Lo cierto es que la previsión no tiene en modo alguno alcance práctico adaptado a las peculiaridades del trabajo a distancia, como son, los problemas relacionados con la invasión de la intimidad y del domicilio del trabajador que se plantean en los casos de trabajo a distancia y la necesidad de medidas de adaptación a las características de una prestación de servicios que no se desempeña en el centro de trabajo de la empresa y, por tanto, no cuenta con los medios de prevención que en el mismo se utilizan y que, por otro lado, puede requerir de medidas de protección específica en función de los requerimientos que en cada caso se presenten. En relación con la prevención de riesgos laborales, específicamente el art. 5.2 RDL 8/2020 viene a señalar que con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el art. 16 LPRL, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

En esta materia es importante destacar que la medida de cambio del modo de prestación que nos ocupa es precisamente, entre otras cosas, una medida de prevención del contagio en el centro de trabajo. Por ello, en relación con el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, se ha de indicar, respecto de la adopción extraordinaria del cambio al trabajo a distancia, que si el trabajador presencialmente cuenta en la empresa con algún medio individual de prevención que pueda ser enviado con facilidad al domicilio –sillas ergonómicas, flexos, teclados o pantallas especiales, etc.- deberá facilitarse su traslado para cumplir con la obligación de prevención que la empresa mantiene para con los trabajadores a distancia.

9. En materia de derechos colectivos, los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva al igual que el resto de trabajadores. De hecho, los trabajadores a distancia deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa. Es importante en este punto relativo a los derechos colectivos destacar que, aunque nos encontramos en una situación absolutamente excepcional, la información de la empresa a los representantes de los trabajadores en este momento resulta esencial. Así pues, conforme a lo que prevé el art. 64.2.c) ET debe considerarse que las empresas que, atendiendo a la recomendación de las autoridades gubernativas, hayan decidido implantar el trabajo a distancia para todos o para parte de sus trabajadores, deberán informar a los representantes de la adopción de la medida concretando qué trabajadores se verán afectados por la misma.

10. Finalmente, conviene apuntar que, dada la generalizada situación de confinamiento de todos los miembros de la familia, el trabajo desempeñado en el domicilio de las personas trabajadoras va a requerir seguramente en muchos casos del uso por parte de las mismas de las adaptaciones de tiempo de trabajo necesarias para la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, estos podrán acogerse en su caso a las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo por conciliación previstas en el art. 6 RDL 8/2020, esto es, a la adaptación de jornada o a la reducción de jornada en los términos especiales regulados en esta norma, solicitando esa adaptación o reducción plenamente justificada por la necesidad mucho más intensa de atención a menores y mayores.



MEDIDAS EXTRAORDINARIAS DERIVADAS DEL COVID-19 EN MATERIA DE DURACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES

EXTRAORDINARY MEASURES DERIVED FROM COVID-19
REGARDING THE DURATION OF TEMPORARY CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 678-687

Francisco
RAMOS
MORAGUES

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La declaración del estado de alarma para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha supuesto la adopción de numerosas medidas extraordinarias con el propósito de proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, pero, también, combatir los efectos derivados de esta crisis sanitaria, social y económica. Entre esas medidas aquellas que establecen reglas en materia de duración de los contratos temporales. El presente artículo se dirige al análisis jurídico de esta última categoría de medidas.

PALABRAS CLAVE: Contrato de trabajo; contrato temporal; COVID-19; duración, prórroga.

ABSTRACT: *The declaration of the state of alarm to manage the health crisis caused by COVID-19, has involved the adoption of numerous extraordinary measures in order to protect the health and safety of citizens, but also combat the effects of this crisis health, social and economic. Among those measures are those that establish rules regarding the duration of temporary contracts. This article addresses the legal analysis of this last category of measures.*

KEY WORDS: *Work contract; temporal agreement; COVID-19; duration; extension.*

I. La declaración del estado de alarma para gestionar la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que instauró el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, inicialmente para un período de 15 días naturales; pero que, posteriormente, y tras diversas prórrogas, se mantendrá, al menos, hasta el 9 de mayo de 2020; ha supuesto la adopción de numerosas medidas extraordinarias con el fin último de proteger la salud y seguridad de los ciudadanos pero, al mismo tiempo, combatir los efectos derivados de esta crisis sanitaria, social y económica.

De entre la batería de medidas puestas en marcha por el Ejecutivo interesa traer a colación, a los efectos que aquí interesan, aquellas dirigidas a evitar la extinción de los contratos temporales por agotar su duración máxima durante esta situación de emergencia. Desde esta perspectiva, el propósito de este tipo de medidas es claro, a saber: garantizar que los contratos temporales puedan alcanzar su duración máxima y, por ende, desplieguen todos sus efectos. Ahora bien, dentro de esta categoría de medidas extraordinarias resulta imprescindible diferenciar los distintos supuestos que la integran, pues si bien tienen en común posibilitar que la vigencia del contrato se extienda más allá de la duración inicialmente pactada, cada uno de ellos presenta sus propias singularidades: ya sea por la causa que ampara su extensión; ya sea por el ámbito y características en que se celebran los mismos. Pero vayamos por partes.

2. La primera norma que estableció una media de esta naturaleza fue el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; en particular, a esta cuestión se refiere el art. 5, rubricado: “*Interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales*”. Veamos, a continuación, los aspectos más destacables de esta previsión normativa.

De entrada, por lo que atañe a su ámbito subjetivo, la interrupción se extiende a todos los contratos de duración determinada, esto es, tanto a las modalidades clásicas de contratos temporales -eventuales, interinidad y obra o servicio- como a otros supuestos que, estando sometidos a una duración cierta, se sitúan extramuros del art. 15 ET, caso de los contratos formativos (contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje: art. 11 ET; y el contrato de relevo: art. 12 ET).

• **Francisco Ramos Moragues**

Profesor contratado Doctor. Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València. Correo electrónico: francisco.ramos@uv.es

En segundo lugar, la operatividad de esta causa de interrupción requiere, como *conditio sine qua non*, que estos contratos temporales se hayan suspendido con base en lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Dichos preceptos se refieren, como es sabido, a la posibilidad de suspensión contractual por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, relacionadas con el COVID-19. Más claro, para que se aplique la medida contenida en el art. 5 del Real Decreto-Ley es imprescindible que la empresa tramite un Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE) por las causas antedichas y se incluyan en estos a trabajadores con contratos temporales. A sensu contrario, no se verá interrumpida la duración del contrato temporal en el caso de que no se haya procedido a la suspensión contractual; ni en el caso de que la medida de reestructuración adoptada por la empresa sea la de reducir la jornada del trabajador temporal.

En tercer lugar, debe advertirse que el hecho de que, en los términos vistos, se proceda a interrumpir la duración de los contratos temporales, no veda la posibilidad de extinción del contrato durante el periodo de suspensión o una vez se reanude la actividad ni durante el periodo prorrogado o ampliado, siempre y cuando, claro está, concurriese alguna causa que pusiera fin al objeto del contrato; distinta, por supuesto, de la mera expiración del plazo convenido. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de interinidad por sustitución en el que finaliza la causa que motivó su celebración.

Finalmente, interesa hacer hincapié en que la interrupción alcanza a la duración del contrato, pero también, por expresa voluntad del legislador, a “[...] los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido”. Previsión que cobra sentido en contratos de duración determinada como, por ejemplo, el eventual, en el que el legislador no sólo limita su duración máxima (6 meses, con carácter general); sino que también fija el período de referencia dentro del cuál se puede realizar (a salvo de previsión convencional, 12 meses).

3. La segunda media extraordinaria referida a la duración de los contratos temporales se contiene en la Disposición Adicional duodécima del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Para comprender mejor su alcance conviene aludir a tres de las principales medidas que ha supuesto la declaración del estado de alarma. Me refiero, en primer lugar, la limitación de la libertad de circulación de las personas, que se traduce en una restricción a circular por la vía publica o espacios de uso público, salvo en determinados casos excepcionales (art. 7 RD); en segundo lugar, la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles

de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados (art. 9.1 RD). En tercer lugar, la suspensión de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público; cómputo de los plazos que se reanudará cuando pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo (Disposición adicional tercera RD).

La aplicación de estas medidas, si nos centramos en el ámbito universitario, y, más concretamente, por lo que al personal docente e investigador se refiere, ha tenido una notable incidencia en diferentes ámbitos. Fundamentalmente, la suspensión de la actividad educativa ha supuesto una alteración de la forma en la que habitualmente se desarrolla la actividad docente -presencial- hacia otras modalidades compatibles con las restricciones a la libertad de movimientos antedichas. Básicamente, modalidades a distancia y "on line". Pero también ha implicado la suspensión de los procesos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios. No ya sólo por resultar imposible la libre circulación de personal y la celebración de reuniones públicas de las comisiones de selección que han de resolver los procesos selectivos sino también por la suspensión de los plazos administrativos establecida por la Disposición adicional tercera anteriormente mencionada (Dicha circunstancia fue advertida por el Ministerio de Universidades a través de una Nota Informativa en la que se solicitaba la incorporación de una disposición legal como la que, finalmente, se ha recogido en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo).

Todo ello, en fin, puede repercutir sobre una serie de contratos laborales de duración determinada que se encuentran regulados en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), a saber: profesores ayudantes; profesores ayudantes doctor; profesores asociados y profesores visitantes. La dificultad de continuar con la prestación de servicios, al menos, con absoluta normalidad; la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato para el que fueron suscritos; pero, especialmente, las trabas que pueden encontrarse de cara a llevar a cabo las promociones desde estas figuras -algunas de ellas- hacia otros cuerpos o contratos permanentes, como consecuencia de ver reducida su duración inicial, aconsejaban, al menos así lo reclamaba el propio Ministerio de Universidades, el establecimiento de una prórroga en la duración de estos contratos temporales durante el tiempo en que estuviera vigente el estado de alarma; aun cuando ello supusiera exceder los límites temporales máximos que regula la propia Ley Orgánica de Universidades para estas modalidades contractuales.

Pues bien, esta demanda ha sido finalmente acogida por la Disposición adicional citada (en adelante, DA 12^a), en la que se contemplan reglas específicas

aplicables a la duración máxima de determinados contratos de personal docente e investigador celebrados por las Universidades.

Descendiendo a un plano de mayor concreción, los contratos a los que alude la DA 12^a son modalidades de contratación laboral temporales previstas en la Ley Orgánica de Universidades. Con carácter general, se trata de una serie de figuras contractuales *ad hoc* que, debido a las características propias del trabajo a desempeñar, así como por las singulares condiciones de esta relación laboral, no pueden subsumirse en las figuras previstas en la normativa laboral común. Concretamente, se refiere al *contrato profesor Ayudante* (art. 49 LOU); al *Contrato de profesor Ayudante Doctor* (art. 50 LOU); al *contrato de profesor Asociado* (art. 53 LOU); y, por último, al *contrato de profesor Visitante* (art. 54 LOU). La única modalidad de contratación laboral temporal específica prevista en la LOU, pero excluida de la DA 12^a, es la de profesor emérito. Exclusión que, parece razonable, habida cuenta de cuál es el objeto de este contrato y de la finalidad a la que responde la propia disposición adicional: no generar a estos colectivos un perjuicio por la imposibilidad de presentarse a nuevas convocatorias.

Una vez aclarado a quienes se dirige la DA 12^a, el paso siguiente será determinar su objeto. En este sentido, la medida extraordinaria consistirá en prorrogar la duración de aquellos contratos cuya duración máxima finalice durante la vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas. Es decir, la prórroga no operará de forma automática sino sólo si la finalización del contrato coincide con esta situación excepcional que, en principio y a salvo de ulteriores prórrogas, finalizará el 9 de mayo de 2020. Recuérdese que, de conformidad con la regulación prevista en la LOU, a excepción del profesor asociado, en el resto de casos la duración de los contratos viene fijada de antemano por la propia Ley, por lo que es fácil determinar si se va a producir o no una coincidencia entre su duración máxima y la situación de estado de alarma.

En cuanto a la duración de la prórroga de estos contratos, la norma contempla una regla general y una excepción a la misma. Con carácter general, el contrato que finalice durante la vigencia del estado de alarma se prorrogará por una extensión equivalente a la del tiempo que dure el estado de alarma. Esta regla general, como decíamos, contempla una excepción, en virtud de la cual, las partes podrán acordar, antes de la fecha de finalización del contrato, una prórroga del mismo por hasta tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas. El juego de esta excepción requerirá la existencia de "motivos justificados"; aunque no se especifica a qué tipo de razones se refiere, parece razonable considerar que esta excepción estaría justificada para los casos en que sea aconsejable extender la duración del contrato ante la proximidad de finalizar el curso académico o, incluso, para que el profesor en cuestión que haya asumido

la docencia durante el curso sea el encargado de examinar a sus estudiantes. No es difícil intuir, por las fechas en que nos encontramos, que, si se aceptan como “motivos justificados” las razones antedichas, la excepción se convertirá en regla general y en la mayor parte de los casos la prórroga que se aplicará por defecto será la de los tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma.

Por lo demás, la duración de los contratos prorrogados en aplicación de esta disposición adicional podrá exceder los límites máximos previstos para los mismos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre. De esta forma, se da cobertura legal, en un contexto de excepcionalidad, al incumplimiento de la norma (LOU) en materia de duración de los contratos, evitando así eventuales responsabilidades futuras que pudieran derivarse.

4. La siguiente medida destinada a prolongar la vigencia de determinados contratos temporales se encuentra recogida en la Disposición Adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. Concretamente, se prevé la prórroga de aquellos contratos temporales que son financiados con cargo a convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación, efectuadas por los agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación.

El propósito último, manifestado por el legislador, no es otro que el de garantizar la ejecución de tales contratos y el adecuado desempeño del personal investigador así contratado, que estaba siendo cuestionado por la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A mayor abundamiento, la prórroga de este tipo de contratos posibilitará la continuidad de los proyectos de investigación en los que participan estos contratados.

Sentado lo anterior, las reglas particulares a las que se sujeta esta prórroga son las siguientes:

En primer término, los contratos suscritos deben haberse producido con cargo a la financiación procedente de convocatorias de ayudas de recursos humanos realizadas por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación, bajo cualquier modalidad laboral y en el marco de la Ley 14/2011, de 12 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

En segundo lugar, respecto a la concreta duración de la prórroga, la disposición comentada parece contemplar tres escenarios. El primero, de carácter general, es que la prórroga se extienda por el tiempo de duración del estado de alarma; el segundo supuesto, que requerirá “motivos justificados”, será incrementar la

duración del estado de alarma y sus posibles prolongaciones, con tres meses adicionales de prórroga. Esta última previsión es de corte similar a la ya vista en relación a los contratos temporales previstos en la LOU. Habrá que valorar, llegado el momento, si se dan los motivos justificados que justifiquen la extensión adicional de la prórroga. Por último, la disposición establece un supuesto específico, pensado para los casos en que los contratos hayan sido suspendidos para posibilitar que las personas contratadas se integren en el Sistema Nacional de Salud para atender las contingencias derivadas de la situación de emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19. No hay que olvidar las serias dificultades que, en recursos materiales y personales, están encontrando los centros hospitalarios para atender a los numerosos afectados por la enfermedad. Pues bien, en estos supuestos, como no podía ser de otra manera, la prórroga comprenderá, adicionalmente, dicho período de suspensión.

En tercer lugar, la prórroga de los contratos laborales requerirá, en todo caso, la suscripción del correspondiente acuerdo suscrito entre la entidad contratante y la persona empleada, antes de que se alcance la fecha prevista de finalización del contrato.

En cuarto lugar, la duración total del contrato de trabajo y de su eventual prórroga podrá exceder los límites temporales máximos previstos en la Ley 14/2011, de 1 de junio. Esta previsión es similar a la contenida para el profesorado universitario. Por tanto, también en este caso, se da cobertura legal, en un contexto de excepcionalidad, al incumplimiento de la normativa en materia de duración de los contratos, evitando así eventuales responsabilidades futuras que pudieran derivarse para el empleador.

En quinto lugar, la extensión de la duración inicialmente prevista en virtud de la aplicación de las referidas prórrogas va a suponer que los costes laborales y de seguridad social se incrementen. En este sentido, se prevé por la norma que los mismos serán financiados con cargo a los presupuestos del órgano, organismo o entidad convocante, en las mismas condiciones económicas que la convocatoria correspondiente; a tal fin se autoriza a los órganos superiores y directivos (sus titulares), presidentes y directores de los organismos convocantes para la realización de las modificaciones y variaciones presupuestarias que permitan asumir dicha financiación.

Por último, se habilita a los órganos y entidades convocantes para que dicten cuantas resoluciones sean necesarias para adaptar las condiciones previstas en sus correspondientes convocatorias de ayudas contempladas en este real decreto ley, pudiendo, se afirma: “[...] modificar mediante las mismas las condiciones y plazos de la ejecución y justificación de las ayudas, así como cuantas cuestiones pudieran afectar al adecuado desarrollo de los contratos en sus distintas modalidades y

otros conceptos de gasto por motivo de la situación de estado de alarma y de la aplicación de lo dispuesto en esta disposición”.

5. Para concluir con las medidas extraordinarias relacionadas con la duración de los contratos temporales, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, añade una nueva disposición adicional -la decimocuarta- en una línea muy similar a la contenida en la recientemente comentada Disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 11/2020; de hecho, la propia Exposición de motivos la califica como “complemento” de aquella, en virtud de la cual, se posibilite que las entidades que formen parte del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Investigación puedan prorrogar los contratos predoctorales que puedan haber suscrito más allá de las concretas convocatorias públicas de recursos humanos; por ejemplo, se dice expresamente, en el ámbito de proyectos de investigación estatales, autonómicos o europeos, o en el marco de convenios o contratos con otras entidades públicas o privadas. Esta prórroga únicamente podrá tener lugar con cargo a la financiación de la entidad suscriptora del contrato, ya sea con fondos propios o con fondos provenientes de convenios o contratos con otras entidades públicas o privadas.

En suma, la Disposición adicional decimocuarta del Real Decreto-Ley 15/2020 reproduce de manera casi literal las reglas aplicables a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud; pero referidas, esta vez, a los contratos predoctorales para personal investigador en formación suscritos en el ámbito de la investigación y que finalicen desde el 2 de abril de 2020. Siendo así, y a efectos de evitar una reiteración innecesaria, me renito a lo ya señalado en el punto 4 del presente trabajo (*vid. supra*).



NECESIDADES DE CUIDADO DERIVADAS DEL COVID-19. PROGRAMA “MECUIDA”

COVID-19 AND FAMILY CARE. PROGRAMM “MECUIDA”

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 688-699



Patricia NIETO
ROJAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El cierre temporal de los centros educativos, centros de día y resto de recursos asistenciales, como medida preventiva frente a la propagación del COVID-19, ha exigido al legislador la aprobación de una serie de medidas para hacer frente a esta contingencia para los trabajadores con responsabilidades familiares. El RDL 8/2020 aprobó dos medidas para favorecer la conciliación laboral de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19, concretamente reconoce el derecho a acceder a la adaptación de jornada y, subsidiariamente, a situarse en una reducción de su jornada.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; conciliación; adaptación; reducción de jornada; responsabilidades familiares.

ABSTRACT: *The COVID-19 outbreak has forced schools and day care centres to close their doors. In response, many parents are now juggling housework and paid work with a sudden increase in child care responsibilities. The Royal Decree Law 8/2020 have recognized a series of rights to favor the work-life balance of workers employed by third parties who accredit duties of care to dependent persons due to exceptional circumstances related to the prevention of the extension of COVID-19, specifically recognizing the right to agree to the adaptation of working hours and, subsidiarily, to be in a reduction of their working hours.*

KEY WORDS: COVID-19; work-life balance; adaption of working hours; reduction, familiar responsibilities.

I. El cierre temporal de los centros educativos, centros de día y resto de recursos asistenciales, como medida preventiva frente a la propagación del COVID-19, ha exigido al legislador la aprobación de una serie de medidas para hacer frente a esta contingencia para los trabajadores con responsabilidades familiares. A este respecto, el preámbulo del RDL 8/2020 señala que, con su aprobación, se han reconocido una serie de derechos para favorecer la conciliación laboral de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19, concretamente reconoce el derecho a acceder a la adaptación de jornada y, subsidiariamente, a situarse en una reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario, ante la necesidad de atender a personas a su cargo. Se analizan, a continuación, las principales novedades de la referida norma de urgencia, anticipando que las excepcionales medidas de conciliación se conciben como solución subsidiaria al trabajo a distancia, regulado en el RD Ley 8/2020, cuya configuración jurídica ha sido abordada de manera monográfica por el estudio de la profesora López Balaguer. Tales medidas de conciliación excepcionales son alternativas, tratando, en primer lugar, de conciliar las necesidades de cuidado a través del derecho de adaptación frente a la reducción de jornada en él contenida, y así se tenderá a priorizar el derecho de adaptación, frente a la ausencia durante toda la jornada, habida cuenta que la medida adaptativa genera menos efectos adversos tanto en la persona trabajadora como en la propia empresa. Si se opta por la reducción, el trabajador no va a percibir retribución ni prestación alguna durante la situación de emergencia. Procederemos ahora al análisis de las dos alternativas previstas por el legislador:

2. La primera medida prevista en el Programa denominado “MECUIDA” es el derecho a la adaptación de jornada regulado en el art 6.1 RD Ley 8/2020. El mismo se configura como un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores y, como novedad, el RD Ley exige que su concreción ha de hacerse partiendo de un “reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles”. Esta decisión supone la materialización en la ordenación jurídica de la previsión contenida la Ley Orgánica de Igualdad que señalaba a este respecto que los derechos de conciliación de la vida personal,

• **Patricia Nieto Rojas**

Profº visitante Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: Patricia.nieto@uc3m.es

familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (LO 3/2007 art. 44.I). Cabría plantearse entonces si cuando la decisión sea solicitada por una persona casada o formalmente constituida como pareja de hecho, la petición se deberá hacer acreditando que, por las condiciones de tiempo de trabajo del otro miembro de la pareja, la adaptación que se solicita es ajustada al tiempo en el que no hay cobertura del otro miembro para el cuidado. Aunque podría defenderse esta exigencia, entendemos que la misma podría colisionar con la revelación de datos muy íntimos de la esfera personal, y es sabido que parte de la doctrina ha defendido que el juez (y, con más razón, la empresa) no puede solicitar más información de la vida personal y familiar de quien desea conciliar que la indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos.

El reconocimiento del derecho se contempla para el cuidado del cónyuge, extendiendo esta posibilidad a parejas de hechos debidamente constituidas, y en relación a los familiares que alcancen el segundo grado de consanguinidad, no así de afinidad, es decir, solo para el cuidado de padres e hijos, y abuelos, hermanos y nietos. Al hacer el precepto expresa referencia a familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, se obvia el parentesco por adopción, así como las situaciones de guarda y acogimiento lo que debiera arbitrarse mediante el recurso a una interpretación analógica.

Respecto al cuidado de los menores, no establece una limitación por la edad de los menores, sino que, en relación a estos, se entiende que concurren circunstancias excepcionales cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas que, por razones de edad, necesiten de cuidados personales y directos. Asimismo, se considera que concurren circunstancias excepcionales, cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. En relación a otros familiares que, por razón de discapacidad o enfermedad, necesiten atención se considera acreditada la causa bien porque este necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19, bien porque concurren circunstancias excepcionales, singularmente por la decisión de las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen el cierre de centros de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. También se considera que concurren circunstancias excepcionales que requieren la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera

seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19, pensando en quienes se encuentren en situación de aislamiento preventivo o contagio provocados por el COVID-19, y que, hasta dicho momento, asumían la función de cuidadores principales.

Respecto al procedimiento de petición, es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido. Entre las vías posibles para atender a esta contingencia están el teletrabajo, la petición de turno fijo, la concreción horaria para trabajar menos días al solicitar la ampliación de la jornada diaria, etc. Ahora bien, aun admitiendo que este derecho es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, su ejecución exige la aquiescencia empresarial.

En la solicitud se debe concretar el alcance y el contenido de la adaptación de jornada, justificando y acreditando las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar. En relación a cómo se realiza esta concreción de la jornada, la adaptación puede consistir, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas, en la solicitud de las siguientes medidas: cambio de turno; alteración de horario; horario flexible; jornada partida o continuada; cambio de centro de trabajo; cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia; cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o cualquier otra modificación que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado.

A la luz de la doctrina judicial existente, la petición de alteración de las condiciones de prestación laboral ha de estar justificada, ser razonable y proporcionada en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de sean varias personas las que soliciten esta medida. Ahora bien, dada la excepcionalidad del momento y atendiendo al cierre de la totalidad de centros educativos y asistenciales, esta circunstancia hace presumir la necesidad de la medida de adaptación en relación a los trabajadores con responsabilidades familiares, incrementando la concurrencia causal con la recomendación, en el caso de los menores, de que no se relacionen con personas de edad avanzada, significadamente abuelos.

En la regulación del procedimiento, no se hace ninguna mención a qué plazo tiene la empresa para responder a la petición, debiendo entender que es el mínimo posible para estudiar la solicitud y, en su caso, proponer una alternativa si no puede atender la petición de la persona trabajadora pero sí que puede adaptar la jornada de aquella.

Si la empresa acepta la propuesta, los términos de la concreción de la adaptación son los solicitados por la persona trabajadora y con la vigencia condicionada a la

necesidad de cuidado que justifica la aceptación empresarial o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. Cabría que la empresa no pudiera aceptar la propuesta planteada, pero ofrezca una alternativa a la solicitud presentada, siempre, claro está, que esta iniciativa empresarial permita la conciliación del solicitante.

Cabe también que la empresa se niegue a la propuesta, en cuyo caso, tiene que alegar razones objetivas para justificar esta decisión. Ahora bien, dada la excepcional y urgencia que motiva esta petición, el derecho reconocido en el art. 6.1 RD Ley 6/2020 es más consistente que el reconocido en el ET art. 34.8, toda vez que el primero señala que las personas trabajadoras tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada, mientras que el ET art. 34.8 se refiere al derecho a solicitar la adaptación de jornada, de modo que la postura de la persona trabajadora tendrá una configuración preeminente en atención a la extrema gravedad de la crisis derivada del COVID-19. Aun así, de persistir la negativa empresarial, la persona trabajadora dispone de un plazo de 20 días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. En caso de que la empresa no conteste a la petición presentada por la persona trabajadora, este silencio ha de considerarse una decisión denegatoria, lo que permitiría la impugnación judicial de esta negativa. Al haberse incluido en la relación de servicios esenciales del orden jurisdiccional social, por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, los procesos relativos a derechos de adaptación de horario y reducción de jornada, supone que serán celebrados los juicios que tengan por objeto las controversias en esta materia. Dada la celeridad del proceso que acorta los plazos de tramitación, estos se reducen prácticamente a la mitad:

- el juez cita a las partes para los actos de conciliación y juicio en el plazo de 5 días desde la admisión de la demanda –frente a los diez días previstos en el proceso ordinario–;
- dicta sentencia en el plazo de 3 días desde la celebración del acto del juicio.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación puede acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta.

Respecto a la duración de esta medida, el art. 15 del RD Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ha previsto que se prorroguen hasta los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del

RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la Disposición Final 1.17 del RD Ley 11/2020, de 31 de marzo, y expresamente se señala que “en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”. Esta decisión supone que estas medidas extraordinarias de conciliación no están necesariamente vinculadas a la duración del estado de alarma, ni siquiera al confinamiento.

3. La segunda medida de conciliación es un derecho a la reducción de jornada, con reducción proporcional del salario, cuando concurran las circunstancias excepcionales derivadas de la necesidad de cuidado derivadas del COVID-19. Evidentemente, la norma es consciente de la necesaria celeridad que exige la obligación de cuidado y es, por ello, que prevé algunos aspectos tendentes a lograr su utilización de manera sencilla, a saber: plazos muy breves para la solicitud, la posibilidad de que la reducción alcance al 100% de la jornada, y si esta reducción es para cuidado de familiares distintos a los hijos no es necesario que el sujeto que requiera atención no desempeñe actividad retribuida. Solo si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 37.6 ET).

En relación a qué familiares habilitan para la solicitud de esta reducción, se contempla para el cuidado del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, siempre cuando concurran circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19, debiendo, por tanto, entender que, dada la excepcionalidad del momento, la reducción de jornada puede solicitarse para quienes estén guardado de hecho a un menor. En relación a familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad distintos a los hijos, la normativa específica del estado de alarma (art. 6.3 RD Ley 8/2020) modifica la redacción de la regulación ordinaria vigente (art. 37.6 ET, segundo párrafo), entendiendo que para solicitar la reducción no es necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

Respecto a cómo se ha de acreditar la necesidad de cuidado en relación a familiares distintos a los hijos se ha de partir de la siguiente consideración: la ley no exige que el familiar tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, sino que ha optado por una interpretación amplia del concepto, entendiendo a estos efectos a la persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedad, médicaamente constatada, que altere notoriamente su salud. Dado que la norma no exige nada al respecto, ha de entenderse que concurre esta circunstancia tanto en los casos en que existe una declaración formal de discapacidad o dependencia,

pero también cuando, de hecho, el familiar no puede desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. En este último caso, es el trabajador quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad, y teniendo en cuenta que, en todo caso, se entiende que concurren dichas circunstancias excepcionales cuando:

- Sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19.
- Existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos.
- La persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

Dada la excepcionalidad del momento, la reducción de jornada especial debe ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación. La reducción puede alcanzar el 100% de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza. Para que la reducción sea completa, se exige que esta petición sea justificada y sea razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa. Cuando la persona trabajadora se encuentre ya disfrutando de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, se puede renunciar temporalmente a él o tiene derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurran las circunstancias excepcionales.

Respecto a la duración de esta modalidad, la solicitud ha de limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa

Con el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho, se recoge una presunción respecto a la acreditación de la causa, entendiendo que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario. Respecto a la concreción horaria de la reducción de jornada que no alcance el 100% de esta, la decisión corresponde a la persona trabajadora sin que necesariamente tenga que utilizarse

el módulo diario, pues, a diferencia de la reducción de jornada ordinaria, en la aplicación de este derecho no se hace mención a esta exigencia, de modo que cabría la compactación de la reducción en días completos si la reducción no alcanza la totalidad de la jornada.

4. La normativa específica relacionada con el COVID-19 hace una remisión expresa a la regulación estatutaria y al resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las personas que acceden a los derechos establecidos en dicha normativa. Por ello, quienes se acojan a esta excepcional reducción de jornada se beneficiarán de la ficción de cotizaciones, por la que se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal (art. 237.3 LGSS). En otro orden de consideraciones, se extiende la protección de los trabajadores durante el ejercicio de los derechos de conciliación, de modo que es nulo el despido sin causa de los trabajadores que estén disfrutando de alguno de estos derechos de conciliación (TSJ Galicia 15-7-19, Rº 1647/19); protección que se extiende también a quienes hayan solicitado alguno de estos nuevos derechos, aun cuando en la práctica no se encuentren todavía disfrutándolos.

5. Excedencia voluntaria como mecanismo alternativo al programa "MECUIDA". La excedencia ha jugado, en sus diferentes modalidades, un papel fundamental como instrumento de conciliación, y aunque ciertamente las previsiones contenidas en el RD Ley 8/2020 suponen, de facto, un desincentivo a la utilización de las excedencias, al menos, las de cuidado de familiares porque se reconducirían a reducciones de jornada que alcancen el 100%, pudiera suceder que la necesidad de cuidado lo sea para un familiar que sea de tercera línea de consanguinidad o si la petición se hace por un familiar por afinidad, aunque esté sea de primer o segundo grado, en cuyo caso, no cabe acudir a las medidas excepcionales, debiendo entonces utilizarse estas dos soluciones:

6. En relación con los familiares de tercer grado, tanto por afinidad o consanguinidad, solo cabe acudir a una excedencia voluntaria, esto es, el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no

menor a 4 meses y no mayor a 5 años, salvo mejora convencional (art. 46.2 ET). Respecto al procedimiento, la empresa tiene que responder a la solicitud del trabajador en 15 días desde la petición, salvedad que el convenio establezca un procedimiento distinto, en cuyo caso, a él habrá que estar.

7. En relación con los familiares de la persona trabajadora que lo sean por afinidad, no por consanguinidad, expresamente se les excluye de las medidas excepcionales, de modo que, si la necesidad de cuidado no es por familiares propios sino del cónyuge, se acudirá a la regla general, esto es, si lo que solicita la persona trabajadora es

- una adaptación de jornada, la empresa tendrá 30 días desde la presentación de la solicitud para responder, conforme a lo dispuesto en el art. 34.8 ET.
- una reducción de jornada, reducción que, salvo mejora empresarial, solo podrá hacerse tomando como módulo la jornada diaria y entre un octavo y la mitad de esta, limitándose en el caso de menores a que estos tengan una edad inferior a 12 años. Además, el plazo para su ejecución es de 15 días desde la solicitud, salvedad que el convenio establezca otro procedimiento, en cuyo caso, a él habrá de estar.

8. La utilización del permiso por fuerza mayor por necesidades de conciliación reconocido a los empleados de la Administración General del Estado. El permiso legalmente reconocido en el art. 37.3 ET, por el “tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal”, no servirá para atender necesidades de cuidado, pues es esta una obligación legal impuesta a los padres por el Código Civil, que se desenvuelve en el ámbito de las relaciones privadas (TSJ Las Palmas 27-2-17, Rº 1090/16; TSJ Galicia 14-7-17, Rº 1094/17).

Por el contrario, los empleados de la Administración General del Estado sí que podrán exigir este permiso, toda vez que el art. 48. j) EBEP sí que reconoce este derecho por el tiempo indispensable para atender deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, contemplando que, en el caso de que sea imprescindible, se permitirá la permanencia del personal en su domicilio si tiene a su cargo menores o mayores dependientes y se ve afectado por el cierre de centros educativos o de mayores.

Concretamente, la Resolución del Ministerio de Función Pública y Política Territorial de 10-3-20 prevé las siguientes medidas:

1. Flexibilización de la jornada laboral sin sujeción a los límites previstos de forma general.
2. En el caso de que sea imprescindible, se permite la permanencia del personal en su domicilio, teniendo la consideración de deber inexcusable.
3. En el caso de que ambos progenitores o responsables del menor dependiente tengan la condición de personal al servicio de la Administración General del Estado, no pueden disfrutar de estas medidas simultáneamente.



CLAVES PRÁCTICAS DE LA RECUPERACIÓN DEL PERMISO
RETRIBUIDO REGULADO EN EL REAL DECRETO LEY
10/2020

PRACTICAL KEYS TO THE RECOVERY OF PAID LEAVE REGULATED
IN ROYAL DECREE LAW 10/2020

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 700-711



Cristina
ARAGÓN
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente artículo se centra en el análisis de la recuperación de las horas no trabajadas con ocasión de la paralización de la actividad productiva de carácter no esencial, con motivo del Real Decreto Ley 10/2020, con el propósito de reducir al máximo la movilidad de los ciudadanos y minimizar la propagación de la enfermedad COVID-19.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; coronavirus; permiso retribuido recuperable; Real Decreto Ley 10/2020; paralización de la actividad de carácter no esencial.

ABSTRACT: *This article focuses on the analysis of the recovery of hours not worked due to the paralysis of non-essential productive activity, on the occasion of Royal Decree Law 10/2020, with the aim of minimizing the mobility of citizens and reducing the spread COVID -19 disease.*

KEY WORDS: COVID-19; coronavirus; recoverable paid leave; Royal Decree Law 10/2020; stoppage of non-essential activity.

I. El fundamento jurídico de la medida. Localizado inicialmente en la ciudad china de Wuhan, el brote de COVID-19 se ha propagado de forma vertiginosa por todo el mundo. Apenas dos meses y medio después de que China alertara de la existencia de un grupo de casos de neumonía de etiología desconocida, la OMS decidió decretar el estado de pandemia internacional. En España, se confirmó el primer caso de coronavirus el 31 de enero de 2020. Y ante la rápida evolución del número de contagiados y de fallecidos por COVID-19, a nivel nacional, el Consejo de Ministros declaró el estado de alarma el 14 de marzo 2020. Con la intención de contener el avance de la epidemia, se adoptaron varias medidas de distanciamiento social: se limitó la libertad de circulación de las personas, se suspendió la actividad lectiva presencial en todos los niveles formativos, la actividad de hostelería y restauración, la apertura al público de locales y establecimientos minoristas, etc. Se permitieron, sin embargo, los desplazamientos al lugar de trabajo para efectuar una prestación laboral, profesional o empresarial [art. 7.I.c) RD 463/2020, de 14 de marzo].

A pesar de las medidas adoptadas por el Gobierno, el número de contagiados y de fallecidos por coronavirus seguía creciendo. Por eso, el ejecutivo decidió paralizar temporalmente la actividad productiva de carácter no esencial, en la medida en que la actividad laboral y profesional era la causa que explicaba la mayor parte de los desplazamientos que se producían en el país. A tal efecto, y con el objeto de limitar al máximo la movilidad, el RDL 10/2020, de 29 de marzo, prohibió la actividad laboral durante unos días (del 30 de marzo al 9 de abril de 2020), excepto en determinados sectores considerados esenciales (identificados, como tales, en el anexo de la propia norma). Se permitió, no obstante, que las empresas afectadas por la prohibición mantuvieran “la actividad indispensable”, tomando como referencia, a tal efecto, la correspondiente a “un fin de semana ordinario o en festivos” (art. 4).

Esta paralización, sin embargo, no afectó a determinados colectivos: a) a los trabajadores autónomos (art. 2º Orden SND/307/2020); b) a los trabajadores que asumieron, durante ese tiempo, las actividades de representación sindical y patronal (art. 3º Orden SND/307/2020); y c) a los trabajadores asalariados encargados de dar cobertura a la actividad esencial o indispensable. Al objeto de que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pudieran identificar qué concretos trabajadores debían seguir prestando servicios y, por tanto, sus desplazamientos al lugar de trabajo estaban justificados, la empresa debía expedir

• **Cristina Aragón Gómez**

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: cristina.aragon@der.uned.es

en su favor un salvoconducto, mediante una declaración responsable, conforme al modelo contenido en el Anexo de la Orden SND/307/2020.

2. Un reparto de sacrificios ante la paralización de la actividad productiva. La paralización de la actividad económica no esencial del 30 de marzo al 9 de abril, provocó el cese del trabajo durante ese período de tiempo, lo que podía tener un impacto adverso sobre el devengo del salario. Como sabemos, el trabajador está obligado a realizar de modo efectivo la jornada ordinaria y, en contrapartida, el empresario está obligado a proporcionarle ocupación efectiva durante la misma [art. 4.2.a) ET]. Por tanto, si el trabajador no puede prestar sus servicios por causa imputable al empresario, conserva su derecho al salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo, realizado en otro tiempo (art. 30 ET). Lo que ocurre es que este precepto únicamente garantiza la conservación del derecho al salario cuando la falta de ocupación sea imputable a la empresa, por lo que ésta quedaría exonerada de su obligación salarial ante un supuesto de fuerza mayor; siempre y cuando ésta fuese constatada por la Autoridad Laboral (SSTSJ Castilla-La Mancha, 15 diciembre 1997, rec. núm. 387/1997 y Galicia, 8 noviembre 2018, rec. núm. 2256/2018).

Pues bien, teniendo en cuenta el posible impacto de esta paralización de la actividad en el devengo de los salarios, el RDL 10/2020 ha configurado este período como un permiso retribuido de carácter obligatorio y recuperable (art. 2). Con ello se consigue, en palabras de la doctrina más solvente, “un reparto de sacrificios”, pues los trabajadores deben realizar la misma jornada anual, mientras que la empresa tiene la obligación de adelantar la retribución correspondiente a un tiempo de trabajo que se realizará más tarde (VILLALÓN CRUZ, J.: “Permisos retribuidos recuperables”, en *CincoDías*, consultado 29 marzo 2020).

3. El alcance subjetivo del permiso retribuido recuperable. Desde un punto de vista subjetivo, el derecho al permiso retribuido recuperable alcanzó a todos los trabajadores por cuenta ajena de empresas y entidades del sector público o privado cuya actividad había sido paralizada por el RDL 10/2020. Quedaron, sin embargo, fuera de su ámbito de aplicación: a) quienes asumieron las funciones de representación (sindical o patronal) o el mantenimiento de la actividad indispensable; b) quienes pudieron seguir desempeñando su actividad a través del teletrabajo; y c) los trabajadores que tenían el contrato en suspenso (por un ERTE, por una incapacidad temporal o por cualquier otra causa suspensiva).

4. La naturaleza del permiso. La medida prevista en el art 2 RDL 10/2020 se define, por el propio legislador, como un permiso retribuido recuperable. No obstante, su naturaleza jurídica no parece corresponderse con esta definición:

En primer lugar, resulta controvertido que estemos ante un permiso, pues realmente se trata de una obligación legal que se impone a empresas y trabajadores, con el propósito de que no se trabaje durante los días fijados por la norma y así reducir al máximo la movilidad de los ciudadanos. En consecuencia, la medida carece del carácter facultativo que acompaña a la figura de los permisos regulados en el art. 37.3 ET (BAYLOS GRAU, A.: “Sobre el permiso retribuido recuperable como medida de contención de la crisis sanitaria originada por el COVID-19”, en el blog Según Antonio Baylos, consultado 30 marzo 2020).

En segundo lugar, se trata de un permiso recuperable o dicho en otros términos, las horas que se trabajen de menos se adeudan a la empresa y se deben realizar con posterioridad. Por lo tanto, no se está exonerando al trabajador de la obligación de prestar servicios, sino que se está desplazando la obligación de trabajo a una fecha distinta. Concretamente, en la medida en que el RDL 10/2020 ha provocado un parón productivo durante un total de once días naturales (ocho días laborables, si descontamos del cómputo los fines de semana y los festivos de Semana Santa), se ha generado una bolsa de 64 horas adeudadas, tomando como referencia un trabajador con una jornada completa de ocho horas diarias.

Por último, estos días de permiso (utilizando los términos del legislador y a sabiendas ya de que se trata de un puro eufemismo) tienen carácter retribuido, de manera que la persona trabajadora mantiene el derecho a la retribución que le hubiese correspondido de estar en activo, “incluyendo salario base y complementos salariales”. Y conservándose el derecho al salario, parece evidente que se debe mantener también el alta en la Seguridad Social y la obligación de cotizar.

Partiendo de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que ni estamos ante un permiso (puesto que no supone una licencia, sino una imposición), ni éste es retribuido (pues si lo fuese, se computaría como tiempo de trabajo y no habría necesidad de recuperarlo). En puridad, estamos ante una distribución irregular de la jornada con un régimen jurídico particular (en el mismo sentido, BLASCO PELLICER, A., LÓPEZ BALAGUER, M., et al.: *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 81). Y, de hecho, el propio art. 3 RDL 10/2020 realiza una mención expresa al art. 34.2 ET, que es el precepto que regula el régimen común de la distribución irregular de la jornada.

Se trata de una figura que no resulta desconocida para los laboralistas, pues el art. 5 RD 2001/1983, de 28 de julio, preveía la posibilidad de recuperar las horas no trabajadas por fuerza mayor, a razón de una hora diaria como máximo durante los días laborables siguientes, con el único requisito de comunicarlo previamente a los representantes legales de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo. Esta norma fue derogada por Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, y en la nueva regulación desapareció esta posibilidad.

5. El plazo para recuperar las horas no trabajadas. De conformidad con el art. 3.1 RDL 10/2020, la recuperación de las horas no trabajadas se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma y hasta el 31 diciembre 2020, por lo que el trabajador debe devolver las horas adeudadas antes de final de año. Sobre este particular, se suscita la duda de si cabría trasladar la recuperación de las horas más allá esa fecha. Pues bien, por decisión unilateral de la empresa es evidente que no sería posible, pues el legislador ha establecido un límite temporal muy claro. Y por acuerdo colectivo tampoco parece viable: De un lado, estamos ante una norma imperativa que no admite alteración, ni siquiera por la vía de la negociación colectiva. De otro lado, ese acuerdo supondría que durante el año 2021 se superase la jornada máxima anual, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 3.3 RDL 20/2020, que advierte que la recuperación no puede suponer “la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación”. E igualmente contraviene el art. 35.4 ET, de acuerdo al cual la realización de horas extraordinarias tiene carácter voluntario para el trabajador. Por lo tanto, aunque no hubiera reclamaciones ante la Jurisdicción Social (por la conformidad de los trabajadores con una medida), nada podría impedir la aplicación de una sanción por parte de la Inspección de Trabajo, con base en el art. 7.5 LISOS.

El problema es que muchas empresas van a tener, cuando concluya el estado de alarma, una importante caída de la actividad productiva. Y de ahí que resulte paradójico que una distribución irregular de la jornada, que ha sido impuesta por el legislador y sobre la cual la empresa carece de control en su génesis, dé lugar a un régimen de compensación en el que el empresario tiene, en la práctica, un margen temporal tan escaso (GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020). Y de ahí que compartamos la opinión de quien propone la ampliación del período temporal de referencia más allá del 31 de diciembre de este año, en función de cuál sea la fecha definitiva de finalización del estado de alarma (Rojo TORRECILLA, E.: “Emergencia sanitaria y legislación laboral. Notas al RDL 10/2020 de 29 de marzo”, en el blog de Eduardo Rojo, consultado 30 marzo 2020).

6. La forma de recuperación de las horas adeudadas. La recuperación de las horas debe negociarse entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. No obstante, en defecto de pacto tras este preceptivo período de consultas, la recuperación se puede adoptar por decisión unilateral de la empresa. En efecto, el art. 3.2 RDL 10/2020 aclara que, concluido el período de consultas sin acuerdo, la empresa notificará a la comisión representativa y a los trabajadores afectados, su decisión al respecto. Por lo tanto, el legislador impone a las partes la obligación de negociar, pero no la obligación de acordar; previéndose expresamente la posibilidad de acudir ante procedimientos de mediación y arbitraje en caso de bloqueo en la negociación.

Pues bien, a efectos de la recuperación de las horas adeudadas, ¿se podrá llegar a un acuerdo en virtud del cual se trabajasen más horas cada día? El art. 3.3 RDL 10/2020 advierte que la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, por lo que la respuesta es afirmativa, pero siempre y cuando se respete: a) el derecho a descansar doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 34.3 ET); b) el derecho a descansar un período no inferior a quince minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de las seis horas o el tiempo superior que, al efecto, haya previsto la negociación colectiva (art. 34.4 ET); y c) el derecho a no trabajar más de nueve horas al día, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se haya establecido otra distribución del tiempo de trabajo diario (art. 34.3 ET). Por lo tanto, si nada previera el convenio y el período de consultas concluyera sin acuerdo, la empresa no podrá imponer, de forma unilateral, la obligación de trabajar diez o más horas al día.

¿Y se podrían recuperar las horas trabajando más días a la semana? La respuesta igualmente es afirmativa, siempre y cuando se respete el descanso de día y medio a la semana o de tres días seguidos en un período de catorce días (art. 37.1 ET). No obstante, debemos tener en cuenta que, aunque pueden fijarse los sábados o los domingos como días laborables a efectos de recuperar la jornada adeudada, en el marco de una distribución irregular de la jornada, dicha medida puede considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (STSJ Castilla y León, 8 mayo 2013, rec. núm. 207/2013). En consecuencia, se deberían cumplir los requisitos y el procedimiento establecido en el art. 41 ET. En tal caso, entiendo que el período de consultas debería entenderse cumplido; si bien, sería necesario demostrar la existencia de causa y comunicar la medida al trabajador afectado y a sus representantes con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.

Otra de las dudas que suscita la recuperación de las horas no trabajadas es si resulta admisible su imputación a vacaciones. Parece evidente que, por decisión unilateral de la empresa, no cabría esta imputación, pues ello supondría una clara contravención del art. 38 ET, de acuerdo al cual, el período de disfrute de las vacaciones se debe fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador. Pero si media un acuerdo entre las partes, la respuesta no es ni mucho menos clara, pues todo va a depender de si entendemos que la finalidad de las vacaciones ha podido quedar cumplida durante un período de confinamiento obligatorio (como, con acierto, alerta BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia”, en *Iuslabor*, núm. 1, 2020, p. 82). Si consideramos que la finalidad del descanso anual ha quedado satisfecha, por cuanto se trata de un período de no trabajo, nada impediría que por acuerdo se imputara a vacaciones una parte o el total de las horas adeudadas (en este sentido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 457). Pero si entendemos que la finalidad de las vacaciones difícilmente puede entenderse cumplida en esas condiciones, la imputación no sería posible aun cuando mediara un acuerdo, pues el descanso anual no puede sustituido por una compensación económica (TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Permiso retribuido, ¿cómo se deben devolver las horas no trabajadas”, en *CincoDías*, consultado 6 mayo 2020).

¿Y qué pasa si el trabajador causa baja cuando todavía adeuda horas a la empresa? Aplicando, por analogía, la lógica de la distribución irregular de la jornada de trabajo, sí parece que pudiera aplicarse en el finiquito los correspondientes descuentos. Ahora bien, es posible que este resultado se condicione al cumplimiento de dos requisitos: a) que el período de consultas haya concluido con acuerdo; y b) que en dicho acuerdo se prevea de forma expresa la regularización en el finiquito de los saldos pendientes. Debemos tener en cuenta, a este respecto, la STSj Cataluña, 3 mayo 2011, rec. núm. 479/2010, que concluyó que la empresa no podía descontar del finiquito las horas adeudadas por el trabajador y basó su argumento en los siguientes motivos: de un lado, en que era la empresa la que fijaba de forma unilateral los días de descanso y los días en que el trabajador debía recuperar las horas no trabajadas, según sus concretas necesidades productivas. Y, de otro lado, en que en el convenio colectivo de aplicación únicamente se preveía la regularización en el caso de que el saldo de horas fuese positivo (en favor del trabajador), sin hacer la más mínima alusión a los efectos de un saldo negativo (en favor de la empresa).

Ahora bien, si llegado el 31 de diciembre de 2020, los trabajadores no han realizado la jornada anual comprometida por causas que no les son imputables, sino por razones debidas a la demanda o a la propia organización de la empresa, mantendrían íntegro su derecho al salario.

Por último, debemos advertir que la recuperación de las horas adeudadas deberá respetar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

7. La interlocución en el período de negociación. De acuerdo con el art. 3.2 RDL 10/2020, la negociación debe llevarse a cabo entre la empresa “y la representación legal de las personas trabajadoras”. Aunque nada más aclare el precepto, entiendo que se deben respetar las reglas previstas en el art. 41.4 ET, conforme a las cuales se confiere prioridad en la interlocución a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados. En su defecto, la intervención corresponderá: a) al comité de empresa o a los delegados de personal, si la medida afecta a un único centro de trabajo; b) al comité intercentros, cuando la medida afecte a más de un centro de trabajo y dicho comité tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

En el supuesto de que, en la empresa, no exista representación legal de las personas trabajadoras, el art. 3.2 RDL 10/2020 mantiene la misma lógica del art. 23 RDL 8/2020, de 17 de marzo (con respecto al proceso de negociación de los ERTEs por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y advierte que la comisión estará integrada “por los sindicatos más representativos y representativos en el sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación”. Y, a tal efecto, la comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos. Solo en el caso de que la comisión no pudiera conformarse con mandatados del sindicato, la comisión representativa se integraría por trabajadores de la propia empresa elegidos de acuerdo con previsto en el art. 41.4 ET. En tal caso, el banco social estaría integrado “por tres personas trabajadoras”.

La comisión representativa debe estar constituida en el plazo improrrogable de cinco días, de manera que, si no queda conformada en ese período, el empresario puede continuar el procedimiento.

Como advierte la doctrina, el RDL 10/2020 se separa en dos aspectos del régimen general contenido en el art. 41.4 ET: En primer lugar, por cuanto confiere prioridad en la interlocución a los mandatados del sindicato, mientras que la regulación general otorga a los trabajadores la facultad de elegir si quieren ser representados por una comisión de carácter sindical o laboral. En segundo lugar, por cuanto la norma especial establece que el banco social debe estar integrado

por tres personas trabajadoras, mientras que el art. 41.4 ET habla de un máximo de tres miembros (NIETO ROJAS, P.: "COVID-19 y ERTEs por causas económicas: ¿con quién negocia la empresa? Nuevamente más incertidumbres que certezas", en el blog *El Foro de Labos*, consultado 30 marzo 2020).

Pues bien, esta referencia del art. 3.2 RDL 10/2020 a la representatividad sindical nos remite necesariamente a los artículos 6 y 7 LOLS, que atribuyen esta condición a los sindicatos que cumplan determinados requisitos relacionados con el nivel de audiencia electoral y con el criterio de irradiación. Y precisamente por ello, la prioridad en la interlocución de la comisión sindical añade a las pequeñas empresas sin representantes legales de los trabajadores, una carga burocrática no especialmente justificada, pues se verán en la necesidad de identificar qué concretos sindicatos cumplen, en su preciso sector de actividad, los requerimientos legalmente previstos para ostentar la condición de más representativos. Y no podemos olvidar a este respecto que los resultados obtenidos en las elecciones sindicales no son públicos, por lo que la empresa se verá en la necesidad de elevar la cuestión a la Autoridad Laboral. Y ante la ausencia de contestación por parte de ésta, es recomendable que la empresa contacte, al menos, con los sindicatos que hayan firmado el convenio colectivo sectorial que le resulte aplicable. Y que plantee, además, a la comisión paritaria de dicho convenio una consulta sobre qué otros sindicatos ostentaban legitimación para formar parte de la comisión negociadora, pero finalmente no firmaron el acuerdo. Y todo ello con el fin de evitar las consecuencias que se derivan de la incorrecta composición de la comisión representativa: la nulidad del período de consultas y, por lo tanto, del acuerdo.

8. El período de negociación. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, que podrá versar sobre alguno de los siguientes extremos: a) la recuperación (total o parcial) de las horas de trabajo adeudadas; b) el preaviso con el que se debe notificar al trabajador el día y la hora de la devolución, que deberá ser, en todo caso, igual o superior a cinco días, por aplicación del art. 34.2 ET, al que se remite expresamente el art. 3.3 RDL 3/2020; y c) el período de referencia para la recuperación de las horas adeudadas. No obstante, esta alusión no parece admitir la ampliación del dicho período más allá del 31-12-2020, a la vista del rotundo tenor del art. 3.1 RDL 10/2020 (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020).

De otro lado, el período de negociación "tendrá una duración máxima de siete días", frente a los quince días previstos con carácter general en el art. 41.4 ET. De esta forma, el art. 3.2 RDL 10/2020 reproduce, para este concreto proceso de negociación, las reglas especiales establecidas en el art. 23 RDL 8/2020

con respecto a los ERTEs por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Una limitación temporal que no tiene mucha lógica, pues en el caso de los ERTES hay un elemento de urgencia que no parece existir en la negociación de la recuperación de las horas, que puede extenderse hasta finales del año 2020 (CALVO GALLEGOS, F.J.: "Permiso obligatorio, retribuido pero recuperable", en el blog *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, consultado 30 marzo 2020).

9. Conclusión del período de consultas. El período de negociación puede concluir con acuerdo o sin acuerdo. Para que el período de consultas concluya con acuerdo, se precisa la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario. La adopción del acuerdo requiere, por lo tanto, el cumplimiento de una representatividad reforzada, pues la mayoría de los miembros de la comisión que estén conformes con el acuerdo deben representar, a su vez, a la mayoría de las personas afectadas por el permiso. Y no cabe duda que la observancia de esta regla va a plantear importantes problemas aplicativos (*in extenso*: NIETO ROJAS, P.: "La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados", en *Documentación Laboral*, núm. 109, 2017, pp. 197 a 211).

En el caso de que el período de consultas concluya sin acuerdo, la empresa notificará a la comisión representativa y a los trabajadores afectados, su decisión al respecto. El art. 3.2 RDL 10/2020 advierte que la empresa cuenta con un plazo de siete días, desde la finalización del período de consultas, para notificar a los trabajadores y a la comisión representativa, su decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del permiso. Sinceramente, no se comprende bien ni el motivo de esta obligación adicional, ni su limitación temporal, pues es muy probable que el empresario no sepa, en ese preciso momento, en qué fechas concretas va a necesitar incrementar su actividad. En mi opinión, hubiera sido suficiente con que el trabajador afectado conociera, con un preaviso mínimo de cinco días, el momento en el que debe prestar servicios al objeto de recuperar las horas que adeuda. Un período de preaviso que, como hemos visto, debe ser de quince días cuando la recuperación se traduzca en prestar servicios más días a la semana, en la medida en que puede entenderse que estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

10. Reclamaciones judiciales. De acuerdo con el art. 7 RDL 16/2020, de 28 de abril, durante el período que trascurra entre el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales y el 31-12-2020, tendrán carácter urgente y preferente, en el orden jurisdiccional social, los procesos “derivados del procedimiento para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido previsto en el RDL 10/2020.” Los efectos del carácter preferente parecen claros: Si, con carácter general, las vistas de los asuntos se señalan por el orden de conclusión (art. 249 LOPJ), cuando la pretensión es preferente se despacha de forma prioritaria. Más dudas suscita, sin embargo, el hecho de que el legislador haya atribuido a este proceso el carácter de urgente, ¿supone eso que, por analogía con otros procedimientos que han merecido igual calificación, no es perceptivo el intento de conciliación previa (art. 64.I LJS) y la resolución del juzgador de instancia es irrecusable (arts. 138.6 y 139.I.b) LJS)? Aunque entiendo que la respuesta debería ser afirmativa, creo que, por cautela, es preferible agotar el intento de conciliación ante el SMAC.

De otro lado, nada aclara el precepto con respecto al plazo en que debe presentarse la demanda ante el Juzgado. En el orden social, el plazo para accionar es de un año con carácter general (art. 59 ET). Sin embargo, en la mayor parte de los procesos que tienen carácter urgente, el plazo para accionar es sustancialmente más corto: veinte días (arts. 124, 127, 138 y 139 LJS). Ante la falta de un pronunciamiento expreso con respecto al plazo para accionar frente a las medidas de recuperación de las horas no trabajadas, parece que debe regir la regla general de un año. Sin embargo, el carácter preferente y urgente de este proceso únicamente se proyecta “durante el período que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020”, por lo que no parece que el legislador esté pensando en reclamaciones presentadas más allá de esa fecha. La interpretación del precepto, por tanto, resulta confusa. Y teniendo en cuenta cuáles son las consecuencias de presentar la demanda fuera de plazo, hubiera sido conveniente que el legislador hubiera conferido certezas en vez de sembrar incertidumbres.

TRABAJO DOMÉSTICO Y COVID-19

DOMESTIC WORK AND COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 712-723



Elena GARCÍA
TESTAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El trabajo doméstico, regulado en España a través de un régimen laboral y de seguridad social especial, está impregnado de carencias de protección que se han puesto de manifiesto con ocasión de la crisis derivada del COVID-19. La falta de protección por desempleo es una de ellas. Con el objetivo de dar una respuesta a esta falta de protección, el legislador ha aprobado un subsidio extraordinario para atender el desempleo de los trabajadores domésticos. Este artículo analiza esta medida.

PALABRAS CLAVE: Trabajo doméstico; desempleo; protección.

ABSTRACT: *Spanish Employment legislation dedicates a specific regime to domestic work providing particular provisions to employment and social security rules. A major characteristic of such specific regime regards the many deficiencies of protection of domestic workers, which have become evident due to the ongoing COVID-19 pandemic crisis. One of these deficiencies consists in the lack of protection in case of unemployment. Aiming to provide an answer to it, legislature approved an extraordinary subsidy in case of unemployment. This paper analyses this measure.*

KEY WORDS: Domestic work; unemployment; protection.

I. El colectivo de trabajadores domésticos ha sido tradicionalmente uno de los colectivos más invisibilizados en el sistema jurídico de relaciones laborales. Incluso en la actualidad personas empleadas de hogar, cuidadoras de personas y trabajadoras dedicadas a los hogares de otros son tratadas de forma desigual por las normas laborales. Este contexto de crisis sanitaria ha puesto sobre de manifiesto estas deficiencias de la normativa laboral: el trabajo doméstico no resulta protegido de forma suficiente ni igualitaria frente a situaciones de necesidad, tales como las situaciones de inactividad originadas en la pérdida de empleo o reducción de jornada- en ninguna circunstancia, por tanto, tampoco en las actuales vinculadas la crisis del COVID-19. Sin embargo, una vez más se pone de manifiesto la desconsideración a este colectivo, al haber quedado excluidas de las primeras normas laborales protectoras y urgentes aprobadas frente al impacto económico y social del COVID-19. Para el resto de trabajadores se fueron aprobando desde el 17 de marzo de 2020, pero el colectivo de trabajadoras domésticas hubo de esperar hasta el 1 de abril de 2020, día en el que por primera vez una norma se refiere a la necesidad de protección frente a la inactividad, y hasta el 30 de abril (BOE 2 de mayo) para que se aprobara el procedimiento para la tramitación de esta protección vinculada al COVID-19.

2. Cualquier observador puede describir el perfil del colectivo de trabajadoras domésticas en el mundo. La relación entre trabajo doméstico y migración laboral internacional femenina se estableció por la Organización Internacional del Trabajo: las mujeres representan cerca de la mitad de la población total de migrantes internacionales en el mundo, y al llegar a destino la tendencia es emplearse en ocupaciones tradicionalmente femeninas, en las que, además, se enfrentan a situaciones de vulnerabilidad y violación de derechos humanos y laborales: contratación precaria; aislamiento social y cultural; dificultades en la información y conocimiento de las condiciones de empleo; falta de cobertura de la legislación laboral; y restricciones a la libertad de circulación y de asociación. Precisamente la OIT en 2011 aprobó el Convenio 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, como estrategia global para ayudar a proporcionar trabajo decente a los trabajadores domésticos, poniendo de manifiesto que el trabajo doméstico es una de las formas de empleo más precarias, mal retribuidas,

• **Elena García Testal**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València. Correo electrónico: elena.garcia@uv.es

inseguras y desprotegidas. El Convenio 189 OIT aún no ha sido ratificado por España.

Por su parte, en España el 89% de las personas empleadas de hogar son mujeres, la mitad de ellas son migrantes o de origen extranjero, y sólo una parte están afiliadas al sistema de seguridad social (el resto permanece en la economía informal). Además, la mayoría de las trabajadoras domésticas desarrollan su trabajo a tiempo parcial, lo que las impulsa al pluriempleo, prestando servicios en diversos hogares familiares.

Así que la pandemia y el confinamiento derivado del estado de alarma ponen sobre la mesa la irregularidad de que un colectivo de trabajadoras con este perfil de precariedad laboral no tenga, además, ningún tipo de protección en caso de inactividad, reducción de jornada o pérdida de alguno de los empleos. En efecto, con estas características pudiera parecer propio de un Estado social, un tratamiento especial, protector frente a la precariedad en el empleo de las trabajadoras domésticas para evitar su explotación. Y es justo lo que no ocurre. Hace ya unos cuantos años que se decidió que era necesario reconocer unos derechos mínimos a las trabajadoras domésticas. La primera norma que se ocupó fue el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que desarrolla por primera vez la relación laboral especial, con un evidente nivel de infraprotección respecto al resto de trabajadores por cuenta ajena. La regulación tenía como finalidad principal incentivar la utilización no sumergida de este tipo de prestaciones de servicios, pero se mantuvo siempre atenta al riesgo de que un incremento de costes para el empleador generara el efecto inverso incrementando los niveles de fraude: el Decreto 1424/1985 sólo establecía escasas disposiciones normativas y dejaba un amplio margen de actuación al pacto entre las partes, es decir, adoptaba una visión liberal de la relación, permitiendo una amplia libertad para la fijación del contenido obligacional del contrato, lo que ante el desequilibrio entre empleada y empleador conducía a una *negociación* en contra de la parte más débil, la trabajadora doméstica. Y aunque las peculiaridades de su prestación de servicios puedan amparar algunas desviaciones del régimen laboral común, adaptaciones originadas en la realización de un trabajo fuera de un ámbito empresarial, resulta evidente que esas peculiaridades no justifican objetivamente una menor protección en derechos básicos.

De modo que se manifiesta la tensión entre reconocer la laboralidad y consecuente protección de la prestación de servicios de los trabajadores domésticos -algo no sólo necesario, sino también positivo-, pero no alcanzar el nivel de protección de los trabajadores comunes para no grabar en exceso a los empleadores, para que éstos no se retrajan de la contratación formal.

Desde 1985 hasta 2011 ningún gobierno mostró interés en modificar la norma existente para acercar los derechos laborales y de seguridad social de las empleadas de hogar al resto de trabajadores. Fue en el año 2011 en el que los trabajadores domésticos experimentaron, por fin, modificaciones en aspectos laborales (RD 1620/2011, de 14 de noviembre) en un intento de dignificar sus condiciones de trabajo, de establecer mayores y mejores derechos, mayor estabilidad en el empleo y una mayor transparencia en las condiciones de acceso al empleo. También, en cuanto a su protección social, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social determinó la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante el establecimiento de un sistema especial, y aunque en ese momento el objetivo fue la equiparación en la protección otorgada, se mantiene la exclusión de la contingencia de desempleo: las personas trabajadoras del Sistema Especial para Empleados de Hogar no tienen derecho a la prestación por desempleo, ni, obviamente, se cotiza por dicha contingencia.

Es por ello, que existe a día de hoy consenso en la necesidad de proporcionar un marco jurídico más adecuado para la protección de los derechos de las trabajadoras domésticas, y ese nuevo marco jurídico exigiría que España ratificara el Convenio 189 de la OIT, así como modificar algunos aspectos de su régimen jurídico que originan diferencias importantes respecto al resto de trabajadores. El hecho de que se preste un trabajo para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas de una organización familiar, y no para un empresario, no justifica de forma suficiente las diferencias de tratamiento existentes, pues no sólo se incluyen medidas para beneficiar al empleador -el titular del hogar familiar- sino que se las excluye de la protección institucional: no protección del FOGASA, ni prestaciones por desempleo, ni control de su salud laboral...

3. Pero analicemos a continuación la situación de las trabajadoras domésticas desde el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Desde ese 14 de marzo, para los trabajadores ordinarios por cuenta de empresas ordinarias comenzaron a sucederse medidas de regulación temporal de empleo, de conciliación, de tiempo de trabajo... en sucesivas normas: RDLey 8/2020, RDLey 9/2020, RDLey 10/2020. En ninguno de ellos se hizo referencia a los trabajadores domésticos. Finalmente, el BOE del 1 de abril de 2020 publica el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Y entre esas medidas "complementarias" de protección energética y de moratoria

de deudas hipotecarias se incluye, finalmente, un “subsídio extraordinario” para las empleadas de hogar integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social -artículos 30, 31 y 32-. Ya lo anuncia la larga Exposición de Motivos: “En séptimo lugar, se da respuesta al colectivo de las empleadas del hogar, especialmente vulnerables en las circunstancias actuales, dado que no disponen de derecho a la prestación por desempleo. Por ello, se crea un subsidio extraordinario temporal del que se podrán beneficiar ante la falta de actividad, la reducción de las horas trabajadas o la extinción del contrato como consecuencia del COVID-19. (...).”

4. En efecto, son los artículos 30, 31 y 32 del RDLey 11/2020 los que introducen y desarrollan una protección para las situaciones de inactividad de las trabajadoras domésticas, relacionadas con la crisis del COVID-19. En cuanto a las características de esta protección, lo primero que hay que resaltar es que no se está aprobando una extensión de la protección por desempleo vigente para el resto de trabajadores, con el mismo contenido, requisitos y formalidades. No puede afirmarse que se haya introducido la protección por desempleo en el trabajo doméstico, sino exclusivamente que se ha aprobado una medida extraordinaria de atención a los períodos de inactividad, puntual y vinculada a la actual crisis sanitaria. En este mismo sentido se pronuncia la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal (BOE de 4 de mayo) : “El subsidio extraordinario se configura así como un instrumento adecuado para paliar esa situación de desprotección, al que se ha dotado de una regulación específica e independiente de la contenida en el título III de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para las prestaciones por desempleo, circunstancia que se justifica por tratarse de una medida que, al margen de tener como destinatarias a personas que pertenecen a un colectivo no incluido en dicha Ley, presenta unos requisitos de acceso y unas características en cuanto a la duración, cuantía, incompatibilidades, etc., muy distintas a las establecidas para las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, lo que impide que su gestión pueda realizarse del modo previsto para aquellas.”

En segundo lugar, es preciso poner sobre la mesa que la nueva medida de atención a los períodos de inactividad deja sin protección al menos a un tercio de las trabajadoras domésticas, que presta sus servicios de forma informal, es decir, sin que se haya procedido al cumplimiento de las obligaciones de alta y cotización; para ellas solo una política de renta básica serviría para atender su desprotección actual. En este sentido, comienza señalando el artículo 30 del RDley 11/2020 que son beneficiarios del subsidio extraordinario por falta de actividad las

personas que, “estando de alta” en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social antes la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Cese temporal en la prestación de servicios de prestar, total o parcialmente, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19. Es decir, sin mencionarlo de forma expresa, se refiere a los supuestos que para los trabajadores ordinarios se han venido entendiendo como supuestos de suspensión del contrato por fuerza mayor, objeto de expedientes de regulación de empleo temporales, y que fueron objeto de atención en el RDLey 8/2020.

b) Cese definitivo por extinción del contrato de trabajo por despido o por desistimiento del empleador o empleadora, en los términos previstos en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19. Dado que en el caso de trabajadores domésticos se encuentra inexplicablemente prohibida la extinción del contrato por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, porque se entiende que éstas no pueden producirse en un hogar familiar -en el que, obvio, no se desarrolla una actividad económica-, el único despido al que puede referirse este apartado del RDLey 11/2020 es el despido disciplinario, al que se suman los supuestos de desistimiento del empleador -teóricamente extinciones sin causa, solo provocados por la pérdida de confianza-. No se entiende muy bien, para ninguno de ellos, que el precepto señale que despido y desistimiento se hayan producido con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, si acaso, debería haberse señalado que la extinción se hubiese producido “con ocasión de” la crisis sanitaria del COVID-19.

c) Además de estos supuestos, la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) ha añadido que dentro de los supuestos de protección deben entenderse también incluidos los ceses definitivos originados en la muerte o cualquier otra causa de fuerza mayor imputable al empleador que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo, siempre que las causas que determinen la extinción del contrato sean ajenas a la voluntad de la persona trabajadora y se deban a la crisis sanitaria del COVID-19. Esta ampliación resulta claramente positiva, al ampliar los supuestos de protección, pero debe señalarse que se trata de una clara ampliación *extra legem* realizada por una Resolución.

5. En cuanto a la tramitación de este subsidio, se prevé un formulario específico de solicitud que debe presentarse ante el SEPE -preferentemente por medios electrónicos-, acompañado de la acreditación del hecho causante a través

de una declaración responsable, firmada por la persona empleadora o personas empleadoras, respecto de las cuales se haya producido la disminución total o parcial de servicios. En el caso de que haya varios empleadores se deberá presentar una declaración por cada uno de los trabajos suspendidos total o parcialmente, realizada en modelo específico que declara que la persona trabajadora ha dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en el domicilio del empleador con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19. En el supuesto de extinción del contrato de trabajo, éste se acredita por medio de carta de despido, comunicación del desistimiento de la empleadora o empleador, o documentación acreditativa de la baja en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social -en este caso no será necesario aportar la declaración responsable de la persona empleadora-.

6. En relación al contenido del subsidio, es el artículo 31 del RDLey 11/2020 el que señala que su cuantía es el resultado de aplicar a la base reguladora -base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30- de la actividad que se hubiera dejado de desempeñar el porcentaje del setenta por ciento.

Además, han de atenderse a las importantes “reglas específicas”:

- Si fueran varios los trabajos desempeñados en este sistema especial, se calculará la base reguladora correspondiente a cada uno de los distintos trabajos que hubieran dejado de realizarse; la cuantía total del subsidio será la suma de las cantidades obtenidas aplicando a las distintas bases reguladoras correspondientes el porcentaje del setenta por ciento.

- La cuantía del subsidio “no podrá ser superior al Salario Mínimo Interprofesional”, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias con independencia de que se trate de la pérdida de uno o varios empleos. Pero además a este respecto es importante señalar que:

a) El subsidio es compatible con la realización de otras actividades laborales por cuenta propia o ajena, pero sin olvidar la aplicación del límite del SMI. Así pues, si en el momento del hecho causante se estuvieran desarrollando actividades por cuenta ajena o por cuenta propia será imprescindible que los ingresos derivados de aquellos trabajos no alcancen el importe del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si se superase el importe correspondiente al SMI (sin prorrata de pagas extraordinarias) no se tendrá derecho al subsidio. Con este efecto, es preciso acreditar las cantidades percibidas, por lo que se establece que:

- En caso de que en el momento del hecho causante se mantengan otra u otras relaciones laborales, deberá aportarse declaración responsable suscrita por el empleador o empleadores haciendo constar las retribuciones netas percibidas.

- Si en el momento del hecho causante la persona solicitante estuviera realizando una actividad por cuenta propia deberá aportar la documentación que acredite los ingresos derivados de aquella o hacerlo constar en una declaración responsable.

b) En el caso de pérdida parcial de la actividad, la cuantía del subsidio se percibirá en proporción directa al porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora. La pérdida parcial de actividad puede producirse en todos o alguno de los trabajos desempeñados; en estos supuestos se aplicará a cada una de las cantidades obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente; si la cuantía total del subsidio, previamente a la aplicación de dichos porcentajes, alcanzara el importe del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, se prorrateará dicho importe entre todos los trabajos desempeñados atendiendo a la cuantía de las bases de cotización durante el mes anterior al hecho causante de cada uno de ellos, aplicándose a las cantidades así obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente.

c) Este subsidio extraordinario por falta de actividad se percibirá por períodos mensuales, desde la fecha del nacimiento del derecho, es decir, aquella que figure en la declaración responsable firmada por la persona empleadora o personas empleadoras, cuando el hecho causante consista en la reducción de la actividad, o la fecha de baja en la Seguridad Social, en el caso del fin de la relación laboral. La duración del subsidio se mantendrá vigente siempre que el importe del subsidio sumado a los ingresos derivados del resto de actividades compatibles no sea superior al Salario Mínimo Interprofesional. Además, debe tenerse en cuenta la Disposición Final Duodécima del RDLey 11/2020 según el cual “I. Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma”; pero también lo dispuesto en su apartado 2, según el cual “la vigencia de las medidas (...) se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley”.

d) En cuanto al régimen de compatibilidades del subsidio extraordinario por falta de actividad, es importante señalar para poder valorar su alcance que se declara compatible con las percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se estuvieran desarrollando en el momento de su devengo, incluyendo las que determinan el alta en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad

Social, siempre que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de actividades no sea superior al Salario Mínimo Interprofesional. Así pues, este límite de ingresos dejará fuera de la protección a las personas trabajadoras domésticas que los superen.

Por el contrario, se declara incompatible con el subsidio por incapacidad temporal y con el permiso retribuido recuperable regulado en el RDLey 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Téngase en cuenta que, de esta forma, se extiende el ámbito de aplicación del permiso retribuido recuperable a las trabajadoras domésticas. En realidad, el permiso retribuido recuperable, tal y como aparece regulado en el RDLey 10/2020, no era aplicable a las trabajadoras domésticas, pues éste establecía que “El presente real decreto-ley se aplicará a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado …”, y no, en consecuencia, a las que lo prestan en hogares familiares en los que no se desarrolla ninguna actividad económico empresarial ni pública ni privada.

e) Debe añadirse otra diferencia de régimen jurídico respecto a la protección por desempleo del Régimen General de la Seguridad Social. En estos supuestos el art. 273 LGSS regula el abono por la entidad gestora de las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial o la aportación del trabajador, según los casos. En cambio, durante la percepción del subsidio extraordinario para trabajadores domésticos el Servicio Público de Empleo Estatal no efectuará ninguna cotización a la Seguridad Social.

7. Finalmente, la parte que más se ha demorado en darse a conocer ha sido la de la tramitación de este subsidio, pues al no existir previamente un régimen de protección para la inactividad de estas trabajadoras, todas las gestiones y procedimientos debían también crearse de forma específica. Para ello la Disposición transitoria tercera del RDLey 11/2020, además de declarar el carácter retroactivo de este subsidio extraordinario -que será de aplicación a los hechos causantes aun cuando se hayan producido con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo-, estableció una importante demora en su gestión ya que era necesario que el Servicio Público de Empleo Estatal estableciera en el plazo de un mes, a partir de la entrada en vigor del RDLey 11/2020, el procedimiento para la tramitación de solicitudes, los formularios, el sistema de tramitación (presencial o telemático) y los plazos para su presentación.

Este desarrollo del procedimiento se ha producido a través de la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 4 de mayo), a la que ya se ha hecho referencia en este texto. Baste añadir para finalizar que la Resolución prevé que a la vista de los datos y de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal dictará resolución expresa y notificará el reconocimiento o denegación del derecho al subsidio, en el plazo máximo de tres meses. También debe añadirse que la gestión del subsidio extraordinario por falta de actividad se realizará de forma centralizada por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.



LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR FUERZA MAYOR DERIVADOS DEL COVID-19

TEMPORARY REGULATION OF EMPLOYMENT DUE TO FORCE MAJEURE DERIVED FROM COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 724-733

Karen
SANTARUFINA
NATIVIDAD

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: En el presente artículos exponemos la regulación y tramitación de los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor derivados de la crisis sanitaria causada por el COVID-19. Para ello, revisaremos el concepto de fuerza mayor, la regulación de los expedientes temporales de empleo, las modificaciones causadas por el COVID, los beneficios específicos previstos para este tipo de ERTE y la obligación de mantenimiento de empleo.

PALABRAS CLAVE: ERTE; estado de alarma; fuerza mayor; autoridad laboral; compromiso de mantenimiento de empleo; silencio positivo.

ABSTRACT: *In this article we explain the regulation and processing of temporary employment regulation files due to force majeure resulting from the health crisis caused by the COVID-19. To achieve this, we will review the concept of force majeure, the regulation of temporary employment files, the modifications caused by the COVID, the specific benefits foreseen for this type of ERTE and the obligation to maintain employment.*

KEY WORDS: *ERTE; state of alarm; force majeure; labour authority; commitment to maintain employment; no response is treated as a positive response.*

I. Contexto. El 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 por un período de quince días naturales que, posteriormente, se ha ido prorrogando. Esta decisión se tomó por parte del Gobierno con unas cifras oficiales de 136 fallecidos, 293 ingresados en UCI y más de 5.700 contagiados.

En el citado RD 463/2020, se acordó la prohibición de apertura al público en todo el territorio nacional de determinados locales, establecimientos, negocios y actividades.

Con anterioridad, el 13 de marzo de 2020, la Comunidad de Madrid ya ordenó el cierre de una gran parte de comercios y negocios para intentar evitar la propagación del virus en dicho territorio, al ser la comunidad más afectada en ese momento por el virus, a través de la Orden 367/2020 de 13 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19).

Así pues, con la declaración del estado de alarma se tomaron una serie de medidas restrictivas tanto para ciudadanos como para empresas -limitación de la libertad deambulatoria de los ciudadanos y prohibición apertura de negocios que no fueran esenciales- con la finalidad de aislar al máximo numero de personas en sus domicilios e intentar frenar la propagación de la enfermedad y evitar así que el sistema de salud pública sufriera un colapso.

Estas circunstancias excepcionales desembocaron en que algunos sectores económicos tuvieron que cerrar sus puertas al público obligatoriamente al estar incluidos en el listado de actividades del anexo del RD 463/2020. Sin embargo, no solo los negocios incluidos en dicho listado se vieron afectados por la gestión de la crisis sanitaria, sino que gran parte de la actividad económica e industrial del país se vio perjudicado directa e indirectamente por la declaración del estado de alarma y sus consecuencias, tales como: la caída de ventas, falta de libertad deambulatoria de los ciudadanos, falta de suministros, contagio de parte de las plantillas y falta de equipos de protección y EPIS para dotar a los trabajadores durante la prestación de servicios.

• **Karen Santarrufina Natividad**

Abogada. Directora del Departamento de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de Durán & Durán Abogados. Correo electrónico: karen@duranydurabogados.com

Por ello, muchas empresas se vieron en la obligación de llevar a cabo expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE) en aras de poder garantizar la futura viabilidad empresarial.

2. Expediente de regulación temporal de empleo. Los ERTE son procedimientos colectivos de suspensión de contratos o reducción de jornada que afectan temporalmente a una parte o a la totalidad de la plantilla de una empresa. Se trata, en definitiva, de una medida de restructuración empresarial temporal.

El ERTE puede ser de suspensión o de reducción de jornada, es decir, que se puede tomar la decisión tanto de suspender contratos de trabajo como reducir la jornada de trabajo entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada ordinaria. Una medida no es excluyente de la otra, esto es, puede afectarse a una parte de la plantilla con reducción de jornada mientras a otra parte se le suspende.

Existen dos causas para llevar a cabo un ERTE, a saber: a) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP); y, b) fuerza mayor.

En este artículo nos vamos a centrar en los ERTE por fuerza mayor exclusivamente derivados del COVID-19. Ha de tenerse en cuenta que la tramitación de un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es distinta a la de un ERTE por fuerza mayor.

Su regulación la encontramos en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Con posterioridad a la declaración del estado de alarma, se dictaron nuevas normas sobre la tramitación de expedientes de regulación temporal de empleo como consecuencia exclusiva del COVID-19. Así los artículos 22, 23, 24 y disposición adicional sexta del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 o el artículo 3 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, entre otros.

3. Fuerza mayor. El concepto de fuerza mayor ha sido tratado en numerosas ocasiones por los Tribunales. Así, la Sala Social del Tribunal Supremo en su

Sentencia de 20 noviembre de 2018 (ECLI ES:TS:2018:4241) afirmó que “La fuerza mayor equivale, desde luego, a un acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable”.

El Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, definió la fuerza mayor a efectos de la aplicación de ERTEs derivados del COVID-19 en los siguientes términos: “Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”

Muchas de las empresas que se vieron afectadas directa o indirectamente por la declaración del estado de alarma iniciaron expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

4. Beneficios para las empresas y para los trabajadores de los ERTE por fuerza mayor por COVID-19. El mayor beneficio para las empresas ha sido la exoneración del 100% del abono de la cotización a la Seguridad Social para las empresas de menos de 50 trabajadores, y la exoneración del 75% para las empresas de 50 trabajadores o más.

El beneficio para los trabajadores afectados por ERTE de fuerza mayor por COVID-19 es que se encuentran en situación legal de desempleo y tienen derecho a cobrar dicha prestación aun cuando no cumplieran los requisitos previos de cotización. Además, el periodo de cobro de dicha prestación no se tendrá en cuenta para futuras prestaciones, es decir, que el tiempo consumido en desempleo se tendrá como no consumido para aquellos trabajadores que tuvieran que pedir la prestación de desempleo.

5. Tramitación de ERTE por fuerza mayor derivada del COVID-19. El ERTE por fuerza mayor se inicia mediante solicitud de constatación de existencia de fuerza mayor a la Autoridad Laboral.

A dicha solicitud debe acompañarse:

- i) Memoria explicativa de la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19

En la memoria se exponen los datos de la empresa, la estructura de la plantilla, las causas que motivan la presentación del expediente de regulación temporal de empleo, el alcance del mismo, la redistribución de la jornada de trabajo y el objetivo de las medidas.

- ii) Comunicación a los trabajadores o, en caso de que exista, a la representación legal de los trabajadores de la voluntad empresarial de iniciar un ERTE por fuerza mayor.

En dicha comunicación se indicará la medida concreta que se va a solicitar (suspensión de contratos o reducción de jornada), la fecha inicial de efectos y las razones por las que se toma esa decisión.

- iii) Documentación acreditativa de la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19.

No existe una documentación específica o números clausus. Las actividades incluidas en el anexo del RD 463/2020, de 14 de marzo, solamente tendrán que aportar la decisión gubernativa. Sin embargo, las empresas afectadas por cierre de proveedores, contagio de plantilla, falta EPIS, etc., pueden aportar toda la documentación acreditativa de dichos extremos.

Una vez presentada la solicitud con la documentación descrita, las empresas deben presentar la solicitud colectiva de prestaciones por desempleo para sus trabajadores afectados ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los cinco días siguientes desde la solicitud del ERTE, aun cuando no hayan recibido Resolución de la autoridad laboral.

Tras resolución, ya sea expresa o por silencio administrativo, la empresa dará traslado de las medidas concretas de suspensión o reducción de jornada, así como de la estimación de la resolución a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

6. Plazo para resolver. Efectos del silencio positivo. La autoridad laboral tiene un plazo de 5 días para resolver sobre la existencia de la causa de fuerza mayor de carácter temporal, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Si en dicho plazo no ha resuelto y notificado la resolución, la

solicitud se entiende estimada por silencio positivo en aplicación del artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Del mismo modo es de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre los efectos del silencio administrativo positivo de las resoluciones dictadas por el Fondo de Garantía Salarial fuera de plazo. Así, la STS 13 febrero 2020 (RoJ 2020, 785) afirma:

“a. La normativa aplicable al efecto, está recogida en el art. 43.1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, que resulta de indudable aplicación al FOGASA y es cronológicamente pertinente.

b. El alcance del silencio positivo administrativo que viene reconociendo esta Sala, diciendo que “no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”, y siguiendo la interpretación que del silencio administrativo positivo venía haciendo la Sala Tercera de este Tribunal según la cual: “una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos *contrarios* al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad”.

c. Igualmente, se ha considerado la doctrina constitucional que se contiene en la STC 52/2014, de 10 de abril, confirmando que en la norma legal que se aplica el juego del silencio no está en conexión directa con la legitimidad de la solicitud del interesado, sino que aparece como la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación legal de la Administración Pública de resolver expresamente dentro del plazo máximo fijado a tal fin.

d. Esta regulación es la que se mantiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en cuyo artículo 24, sobre el “Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado” se establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos que identifica. También dispone que, en los casos de estimación por

silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

e. Del mismo modo, se ha puntualizado que: "Esta doctrina no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento. - Por el contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET. Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo -resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que 'en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo'".

7. Duración de un ERTE por fuerza mayor. A diferencia de los ERTE por causas ETOP que pueden tener una duración relativamente larga en el tiempo, los ERTE por fuerza mayor están vigentes mientras dure esa fuerza mayor que los motivó. En este caso se mantienen mientras duren las prórrogas del estado de alarma, aunque ya existe un preacuerdo entre Gobierno, sindicatos y asociaciones empresariales para alargarlos hasta el 30 de junio de 2020 con independencia de si se prorroga o no el estado de alarma hasta esa fecha. Una vez alcanzada la fecha límite, las empresas deberán reincorporar a toda su plantilla y volver a hacerse cargo de las cotizaciones y salario.

8. Compromiso de mantenimiento de empleo. La disposición adicional sexta del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo dispone "Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad."

El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 también regula en su disposición adicional decimocuarta que: "las medidas previstas en los artículos 22 a 28 de Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, resultarán de aplicación a todas las personas trabajadoras, con independencia de la duración determinada o indefinida de sus contratos".

La Dirección General de Trabajo, a preguntas formuladas por las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, ha publicado su criterio (criterio orientativo, no vinculante) sobre esta cuestión, entendiendo que “el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. En el caso de contratos temporales, el compromiso tampoco se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.”

A este respecto no se han regulado las consecuencias de este incumplimiento.

Conviene precisar que en el borrador de acuerdo entre el Ministerio de Trabajo, sindicatos y asociaciones empresariales que todavía debe ratificarse y publicarse en el Boletín Oficial del Estado se prevé una excepción a la cláusula de compromiso de mantenimiento de empleo y se regulan las sanciones para las empresas que lo incumplan.

En este sentido, el texto recoge que no están sujetos a la cláusula de mantenimiento las empresas en las que concurra riesgo de concurso de acreedores.

Las sanciones por el incumplimiento pasarían por la devolución de las cotizaciones no ingresadas junto con el correspondiente recargo e intereses de demora, sin prejuicio de la aplicación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.



PROHIBICIÓN DE DESPIDOS POR COVID-19

BAN ON DISMISSAL BY COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 734-743



Emma
RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Un aspecto central que se establece en la normativa laboral de urgencia para hacer frente a los graves efectos económicos y sociales del COVID-19 es la prohibición de despedar por causas derivadas de los propios efectos jurídicos de la crisis sanitaria y la declaración del estado de alarma. Además, se establece un compromiso de mantenimiento del empleo durante los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad. Se trata de previsiones complementarias con las que el legislador gubernativo intenta evitar la destrucción definitiva de puestos de trabajo e intentar paliar el impacto social de la pandemia.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de despido; calificación jurídica; compromiso de empleo; sanciones laborales.

ABSTRACT: A core feature of emergency labor regulations to face the serious economic and social effects of COVID-19 is the prohibition of dismissal for causes derived from the legal effects of the health crisis and the proclamation of the state of alarm. In addition, a commitment to maintain employment is established during the six months after economic activity is resumed. These are complementary provisions with which the legislator tries to avoid the permanent destruction of jobs and mitigate the social impact of the pandemic.

KEY WORDS: Prohibition of dismissal; legal qualification; employment commitment; labour penalties.

I. El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, como su propio nombre indica, ha venido a “complementar” las “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos” previstas en Capítulo II del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

La primera de esas “medidas complementarias” se recoge en el art. 2 de RD-ley 9/2020 al disponer que la “suspensión de contrato y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como causas justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Es, por lo tanto, fundamental poner en común ambas normas para llevar a cabo una correcta interpretación del mandato legislativo.

En efecto, el RD-ley 8/2020 reitera en varias ocasiones –casi podríamos afirmar que con un espíritu didáctico- que la prioridad que persigue es proteger el tejido productivo y social, focalizando ese impacto en el mantenimiento de todo el empleo que sea posible. La norma, en primer lugar, amplía la encorsetada regulación de los ERTEs, eso sí, delimitando tal flexibilidad temporal de las empresas a los supuestos derivados o que tengan su “causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el COVID-19”, según el Criterio interpretativo de la Dirección General –DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo-.

Simultáneamente, en una especie de contrapartida, pretende contener la destrucción definitiva de puestos de trabajo con el requisito de la DA 6^a, sobre el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa, que se comentará a continuación. Pero no sólo, pues refuerza la protección de los trabajadores afectados, a través del reconocimiento de prestaciones de carácter extraordinario –la prestación de desempleo más allá de los casos legales previos con anterioridad a la pandemia, así como la de cese de actividad, para autónomos- y otra serie de derechos vinculados a las acutantes necesidades de conciliación entre las obligaciones laborales y familiares –el llamado Plan MeCUIDA (denominación otorgada por el art. 15 del RD-ley 15/2020)-.

2. Se puede afirmar que se ha aprovechado el campo de cultivo existente en la normativa laboral respecto de la flexibilidad interna empresarial, pero limitándola

• **Emma Rodríguez Rodríguez**

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo. Correo electrónico: emmarodriguez@uvigo.es

ahora por estas normas de urgencia en aras de atribuir también cierta seguridad para los destinatarios de estas medidas. A pesar de la referencia expresa del RD-ley 8/2020 sobre su intención de evitar despidos, muchos contratos temporales, subcontrataciones y otros vínculos laborales precarizados a causa de la legislación heredada de la crisis de 2008, ha optado por rescindirse frente a la opción de los ERTEs, incluso en los días previos a que se decretase el estado de alarma. En el mes de abril la tasa de paro en España vuelve a colocarse por encima del 14%. Según los datos del INE, alcanza el 14,41% a cierre del primer trimestre del año, coincidiendo con la llegada del coronavirus y el inicio del estado de alarma decretado por el Gobierno. La Encuesta de Población Activa (EPA) del organismo de estadísticas muestra un descenso de 285.600 ocupados entre enero y marzo, lo que deja el número total de afiliados a la Seguridad Social en 19,68 millones.

3. Esta destrucción de empleo es la peor consecuencia, en términos económicos y sociales de la pandemia, como reconoce el legislador. Por eso, para intentar evitarla o frenarla en mayor medida, pocos días después de esa extensa primera norma con la que el legislador pretendía minimizar el impacto social centrándose en la flexibilidad interna, aprueba el RD-ley 9/2020 con previsiones complementarias, restrictivas y directas hacia esas dinámicas destructivas de empleo, tanto indefinido como temporal.

Por lo tanto, al igual que las medidas de los ERTEs se estipulan como consecuencia de crisis sanitaria y se ofrecen una serie de “concesiones” a los que se acojan a ellos –bonificación en cotizaciones y la exención del pago a los trabajadores que incluya-, el poder directivo empresarial y, más en general, el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), cede a favor de la protección de la salud (art. 15 CE), ante la urgente y perentoria necesidad que conlleva la crisis sanitaria.

Esta explicación se refuerza con el límite temporal – “mientras se mantenga la situación extraordinaria”- que en todo momento se establece para todas las previsiones relacionadas con el COVID-19 y el propio estado de alarma. Dejando a un lado la actual reclamación sobre la mayor flexibilidad de los ERTEs y la extensión de los beneficios en las cotizaciones para todo tipo de expedientes, el mantenimiento del nivel de empleo es el leitmotiv de toda la normativa laboral que surge en este momento.

4. De tal manera, la prohibición de despido del art. 2 RD-ley 9/2020 tendrá la virtualidad que se deriva de las normas que lo prevén y bajo esa excepcionalidad inaudita deben despejarse las incógnitas que surjan en su aplicación práctica.

a) En cuanto al ámbito objetivo, parece bastante claro que la prohibición de despedir se refiere a las basadas en fuerza mayor y causas objetivas relacionadas con el COVID-19. Es decir, como ha mantenido de manera unánime la doctrina, esta regulación no afecta a los despidos disciplinarios o a cualquier otro individual o colectivo que pudiese producirse, siempre que sea por causas ajenas a la pandemia. Con el panorama actual, esto parece harto complicado, si bien, resulta perfectamente plausible y queda claro, de nuevo, el espíritu excepcional y restringido de la norma, en su conjunto. Es decir, la norma en modo alguno tendrá efectos limitativos de extinciones contractuales legítimas, ni frente a despidos procedentes ajenos a la crisis sanitaria.

b) Más dificultades interpretativas parecen derivarse de la consecuencia jurídica del incumpliendo de esa prohibición de despedir. El legislador de urgencia ha considerado que las causas que justifican las medidas de flexibilidad interna temporal, en ningún caso podrán justificar un despido procedente. Por lo tanto, el despido se calificará como improcedente o como nulo, según las alternativas que ofrece el ámbito legislativo español.

Aunque de la literalidad de la norma y con una interpretación basada en la protección de la salud, como derecho fundamental superior a proteger -no sólo la salud de los trabajadores-, cabría mantener que se trata de una prohibición tajante y su infracción acarrearía la nulidad de la decisión empresarial, la mayoría de los autores se decantan la improcedencia. Lo cierto es que se trata de una regulación excepcionalísima y específica para un intervalo temporal concreto, con un origen determinado y una finalidad superior al propio orden laboral, y que se debe de entender con urgencia y preferencia respecto de la normativa laboral general aplicable hasta el momento. Además, sería hasta más pertinente entender que el poder empresarial que se extralimite, en estos casos de emergencia nacional, causa un “coste laboral” con la destrucción de empleo que justificaría que la sanción del acto fuese la nulidad.

Ahora bien, se trata únicamente de una “aparente prohibición”, ya que el legislador se limita a entender que estos despidos carecen de “causa justificativa”. En efecto se trata más bien de una “declaración ex lege de improcedencia, con las consecuencias de encarecimiento en la indemnización que ello implica. Se seguiría así la jurisprudencia consolidada que se decanta por la calificación de improcedencia, ante la ausencia de especificación de la norma (por todas, STS de 5 de mayo de 2015; rec. 2659/2014). También se ha mantenido esta postura por entender que respalda la efectividad real y práctica de la norma, sobre todo en empresas pequeñas en las que la readmisión de trabajadores se volvería irrealizable, en muchos casos.

A mayor abundamiento, un análisis comparado con la legislación italiana sobre el bloqueo de los despidos en supuestos por COVID-19, la doctrina concluye que el legislador español no ha establecido una norma equiparable, pero tampoco ha concedido una moratoria a las empresas para que puedan recurrir a las extinciones contractuales.

c) Finalmente, de la propia redacción del art. 2 RD-ley 9/2020, parece advertirse una aparente reiteración en la redacción al referirse a la prohibición de llevar a cabo "la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Es cierto que todo despido implica la extinción del contrato y también que la terminología empleada parece referirse a la distinción clásica entre la terminación de los contratos temporales *ante tempus* y la propia resolución contractual motivada o a instancias de una de las partes.

Podría entenderse, sin embargo, que el legislador ha querido eliminar cualquier tipo de duda y se adelanta a las propias disposiciones del art. 5 del mismo texto legal, sobre la limitación en la extinción de los contratos temporales. Es más, abarcaría así cualquier forma de terminación de la relación contractual que se derive directa o indirectamente de la crisis sanitaria, sin causa justificada independiente y procedente, como, por ejemplo, alcanzar la edad de jubilación o el desistimiento durante el período de prueba que se haya podido completar en la duración establecida. En esta línea, resulta muy clarificador el RD-ley 11/2020 que contienen reglas específicas, no tanto para evitar la extinción o el despido, sino para ampliar el límite máximo legal de duración de determinados contratos temporales vinculados a servicios públicos, por lo tanto, sin posibilidad de aplicación de ERTEs, ni de declararse indefinidos por "fraude de ley" porque en realidad su impedimento para desarrollar su trabajo deriva del estado de alarma decretado por la emergencia sanitaria— contratos temporales de investigadores y profesores según la Ley Orgánica de Universidades y los integrados en el Sistema Nacional de Salud, DA 12^a y DA 13^a, respectivamente.

5. Como ya se ha adelantado, la prohibición de despedir es una cláusula pareja a la que establecía la DA 6^a RD-ley 8/2020 que condiciona las "medidas extraordinarias" que prevé en el ámbito laboral al "compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad". La aplicación expresa esta exigencia sobre el mantenimiento del empleo se ha extendido a las empresas concursadas que "resulten viables", por lo que pueden acogerse a los beneficios de estas medidas siempre que presenten en oportuno "compromiso" al respecto, según la DA 10^a.2 del RD 11/2020. De la redacción prevista en estas disposiciones se derivan ciertas incertidumbres que el mismo legislador de urgencia ha ido aclarando en posteriores normas gubernativas.

a) Por un lado, surge la duda sobre la extensión aplicativa de las medidas a las que se refiere. En efecto, el Capítulo II del RD-ley 8/2020 establece ciertas medidas excepcionales de regulación temporal de empleo, de exoneración de cuotas empresariales en los expedientes de fuerza mayor y de protección de desempleo (art. 28), “mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19”.

Queda claro que este requisito sobre el mantenimiento del empleo deberá empezar a computarse con posterioridad a la pérdida de vigencia de esas medidas de regulación temporal del empleo que se derivan de los efectos del coronavirus y del estado de alarma. Sin embargo, parece que se establecen diferencias para el cumplimiento de esa obligación entre los dos tipos de ERTEs que pueden adoptarse. De hecho, el Criterio interpretativo de la Dirección General –DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo- señala expresamente que todos los expedientes debidos a fuerza mayor temporal deberán contar con el compromiso de mantener el empleo, mientras que guarda silencio respecto a los basados en causas objetivas. Además, el RD-ley 9/2020 precisó que la duración máxima de los expedientes por fuerza mayor será la del estado de alarma y sus posibles prórrogas (DA 1^a), lo que dio lugar a interpretaciones restrictivas del compromiso de empleo, al entender que la norma no lo preveía respecto de los ERTEs por otras causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción), se limitaría sólo a los ERTEs por fuerza mayor en los que se solicitase la exención de cuotas. No obstante, parece intuirse que el legislador gubernativo omitió esa referencia explícita a los expedientes por causas objetivas porque era plenamente consciente del más que posible encadenamiento de estas medidas extraordinarias con ERTEs ordinarios, una vez que se reactive la economía, ya no basados en fuerza mayor –pues el COVID-19 habrá cedido en su influencia-, pero sí en causas objetivas lícitas y –por desgracia- reales.

En realidad, el RD-ley 11/2020 aclaró en su exposición de motivos la finalidad perseguida por el legislador de urgencia sobre la salvaguarda del empleo existente durante seis meses “desde la finalización de las medidas de reducción de jornada o suspensión de los contratos basados en COVID-19”, sin distinguir que sea por fuerza mayor o por causas empresariales, computándose desde que se reanude la actividad, aunque en ese momento inicial se vean abocadas a acudir de nuevo a un ERTE ordinario por causas empresariales.

A mayor abundamiento, la DA 14^a RD-ley 11/2020 ha matizado más esa exigencia al afirmar, en términos generales, que ese compromiso –se referirá, en particular a los sectores de artes escénicas, musicales, cinematográficas y audiovisuales- “se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en

particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos", como a los que se dirige concretamente. Y, la misma disposición normativa, en consonancia con la exposición de motivos, recuerdan que este compromiso no se incumple cuando el contrato se extinga por despido disciplinario procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora; por su parte, en el caso de los contratos temporales, tampoco se incumple el requisito sobre el mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga por la expiración del tiempo convenido o la realización del contrato por obra o servicio determinado o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

b) Por último, la otra incógnita se refiere a la determinación de las consecuencias del incumpliendo del compromiso de empleo. Desde un inicio, por analogía con el RD-ley 16/2014, que preveía una cláusula similar para la activación del empleo, se ha interpretado que las empresas incumplidoras deberían reintegrar el importe de las cotizaciones cuyo pago resultó exonerado, además de hacer frente a los intereses de demora y demás consecuencias derivadas de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS).

Como en las cuestiones tratadas con anterioridad, el propio legislador gubernativo, en la regulación posterior ha perfilado esta materia sancionatoria, que requiere de tipicidad para su aplicación. Primero, el RD-ley 9/2020 introduce modificaciones en los arts. 23 y 43 de la LISOS, además de una regulación concreta en su la DA 2^a, para especificar el régimen sancionador y el reintegro de prestaciones indebidas, incluyendo la deducción de los salarios no pagados por el empresario, así como las sanciones correspondientes. Segundo, y más determinante, es la DF 9^a del RD-ley 15/2020, que modificando esa DA 2^a de la norma anterior, introduce la responsabilidad empresarial directa en la devolución de las prestaciones indebidamente generadas. También resulta fundamental el reconocimiento explícito del derecho del trabajador a percibir su salario, deduciendo las cantidades que haya podido percibir en concepto de desempleo. En este mismo orden de cosas, los plazos de la actuación de la Inspección de Trabajo para revisar y, en su caso, sancionar los incumplimientos se suspenden, dotándole así de más capacidad de control sobre los recursos públicos.

6. Como conclusión, parece clara que la intención del legislador respecto de la indemnización derivada de un despido prohibido, según el art.2 RD-ley 9/2020, deberá ascender a 33 días por año trabajado, frente a los 20 días por año trabajado que estipula la norma ordinaria para del despido por causas objetivas o a los 12 días para las extinciones de los contratos temporales. Se trata de una postura

acertada y correcta que presiona e incide en la capacidad de gestión empresarial, sobre todo porque irá acompañada de la sanción administrativa correspondiente y la devolución de las cuotas a la Seguridad Social, además de los salarios pertinentes que reclamará el trabajador.

Es cierto que, de entrada, parece lógico que la calificación fuese la nulidad, pero se trata de una regulación demasiado general –con ausencia de tipicidad– y cuyo amparo en el derecho fundamental a la salud de todas las personas, excede de la interpretación de la norma laboral, en sentido estricto. Parece que lo deseable, tal vez se volviese irrealizable y a través de esta redacción normativa se ha alcanzado el deseado consenso con los interlocutores sociales –son quiénes las van a aplicar– en la promulgación de estas normas laborales de urgencia.

En cualquier caso, puede afirmarse que la conflictividad en los tribunales derivada de estas previsiones limitativas del despido por COVID-19 y sus consecuencias, está asegurada ante la variada casuística a la que debe hacer frente, si bien no debe olvidarse que su finalidad principal es garantizar el interés general ante una situación de crisis sanitaria excepcionalísima y sus nefastas consecuencias sociales.



INCAPACIDAD TEMPORAL Y COVID-19

TEMPORARY DISABILITY AND COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 744-753



Celia
FERNÁNDEZ
PRATS

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente artículo pretende analizar las distintas medidas que se han adoptado en nuestro ordenamiento jurídico para proteger a los trabajadores que como consecuencia de la situación de pandemia generada por el COVID-19, se han visto obligados a cesar en su trabajo, ya sea por enfermedad, al haber sido contagiados por coronavirus, ya sea por recomendarse su aislamiento para prevenir la propagación de la enfermedad.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social; protección social; incapacidad temporal; COVID-19.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the different measures that have been adopted in our legal system to protect workers who, as a consequence of the pandemic situation generated by COVID-19, have been forced to stop their work, either due to illness, having been infected by coronavirus, either because its isolation is recommended to prevent the spread of the disease.*

KEY WORDS: Social Security; social protection; temporary disability; COVID-19.

I. La Organización Mundial de la Salud declaró el pasado 30 de enero que la situación en relación al coronavirus COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional. Unos días más tarde, el 11 de marzo de 2020, declaró pandemia internacional a la situación provocada por el COVID-19. Con ocasión de estas declaraciones, se han ido adoptando en nuestro país una serie de medidas orientadas a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Desde el inicio de la pandemia, incluso con anterioridad a la declaración del estado de alarma, las primeras medidas que se adoptan para hacer frente a esta crisis tienen por finalidad evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores, utilizando para ello el recurso a las situaciones de incapacidad temporal y adaptando las medidas de protección social de las que nuestro ordenamiento jurídico ya disponía, a las nuevas necesidades de esta crisis sanitaria sin precedentes que estamos atravesando.

2. En efecto, la grave situación sanitaria ocasionada fundamentalmente por la rapidez de propagación del virus, que lo convierte en tremadamente contagioso, ha motivado la necesidad de adoptar medidas urgentes y contundentes entre las que se encuentran el aislamiento de personas e incluso el confinamiento de poblaciones enteras o de núcleos de población.

Por ello, con motivo de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, podemos distinguir distintas situaciones en las que una persona va a estar imposibilitada para trabajar y no necesariamente en todas ellas se va a manifestar una enfermedad que le incapacite para el desarrollo de su trabajo. No obstante, se ha decidido proteger todas estas situaciones a través de la prestación económica por incapacidad temporal.

Así, por un lado, existen situaciones de incapacidad por contagio de coronavirus, que efectivamente ocasionan en los trabajadores una alteración de la salud que le incapacitan temporalmente para el desempeño de su profesión. Este contagio se puede haber producido por su relación con el trabajo, como por ejemplo sucede en el caso del personal sanitario, tratarse de un contagio totalmente ajeno a la relación laboral o desconocerse completamente la etiología del contagio.

• **Celia Fernández Prats**

Profesora Contratada Doctora. Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València. Correo electrónico: celia.fernandez@uv.es

Por otro lado, existen situaciones en las que, sin que el trabajador presente ningún síntoma de contagio por coronavirus, se recomienda su ausencia en el trabajo por tratarse de sujetos que han estado en contacto con enfermos de coronavirus y se aconseja su aislamiento preventivo a fin de evitar la propagación de la enfermedad.

Por último, existen también situaciones en las que los trabajadores se encuentran en un escenario de confinamiento total por el que no pueden desplazarse de su localidad de residencia y, por tanto, no pueden asistir a prestar servicios a otra localidad distinta.

3. Como ya se ha dicho, nuestro ordenamiento jurídico protege las situaciones que incapacitan temporalmente para el trabajo a través de la prestación de incapacidad temporal. Concretamente el art. 169.I.a) de la LGSS define las situaciones que dan lugar a esta protección como aquellas debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, por unos períodos máximos delimitados por la ley.

La norma distingue en función de la causa de la que deriva la prestación, otorgando una protección privilegiada a las prestaciones que derivan de contingencias profesionales, respecto de aquellas que derivan de contingencias comunes. La mejor protección de la que gozan las contingencias profesionales alcanza tanto a los requisitos de acceso a la prestación, como a la determinación de su cuantía. Por otro lado, también son importantes las consecuencias de esta calificación en cuanto a la determinación de los sujetos responsables del pago de la misma.

4. Durante la crisis sanitaria son varias las normas que se han dedicado a adoptar medidas en materia de incapacidad temporal o a adaptar la normativa existente a estas nuevas situaciones. En primer lugar, el RDLey 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, dispone que los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social.

En segundo lugar, el RDLey 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, extiende las medidas contempladas en el RDLey 6/2020 al personal encuadrado en el régimen del mutualismo administrativo.

En tercer lugar, el RDLey 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, extiende la protección de incapacidad temporal a las personas que se encuentren en situación de confinamiento total.

Por último, el RDLey 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, da nueva redacción al art. 5 del RD 6/2020, de 10 de marzo.

5. No obstante, antes de que se produjeran los primeros pronunciamientos normativos, la Secretaría de Estado de Seguridad Social se vio obligada a pronunciarse sobre qué solución se debía otorgar desde nuestro sistema de protección social a las situaciones de ausencia laboral que el virus estaba generando. Así, en un primer momento, con fecha de 26 de febrero de 2020, se dictó el Criterio 2/2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, para resolver la situación de los trabajadores que tras haber estado en contacto con un caso de virus SARS-CoV-2, pudieran estar afectados por dicha enfermedad y, por aplicación de los protocolos establecidos por las Autoridades sanitarias competentes, se ven sometidos a un período de aislamiento preventivo para evitar posibles contagios mientras se lleva a cabo el diagnóstico de su situación.

Se pretende resolver mediante dicho Criterio la protección de Seguridad Social que merecen dichos trabajadores mientras se dilucida si están o no afectados por la enfermedad. Durante ese período es evidente que los trabajadores no padecen una alteración de la salud, debida a enfermedad o accidente, que los incapacita para el desarrollo de su actividad, pero también es obvio, por otra parte, que no pueden trabajar y que reciben cierta prestación de asistencia sanitaria por parte de los Servicios Públicos de Salud.

A fin de garantizar la protección de estos trabajadores, y ante la falta de respuesta a juicio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social da nuestro ordenamiento jurídico a estas situaciones, los períodos de aislamiento preventivo a que se vean sometidos los trabajadores como consecuencia del virus SARS-CoV-2 se consideran situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y durante los mismos los afectados tendrán derecho a

las correspondientes prestaciones, cumplidos los demás requisitos en cada caso exigidos.

No comarto la afirmación que realiza la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social cuando señala que el vigente ordenamiento jurídico no da respuesta a estas situaciones. Como ya había puesto de manifiesto la doctrina en distintas ocasiones, la incapacidad para trabajar no debe ser interpretada en un sentido estricto, sino que también deben ser objeto de la situación protegida por la incapacidad temporal todas aquellas situaciones de enfermedades o sospechas de enfermedades víricas o contagiosas, en las que sea necesario aislar al trabajador para no poner en peligro la salud del resto de trabajadores. De hecho, además, ya existían experiencias previas en las que se había llegado a idéntica interpretación. Así se había hecho en 2009 con la gripe producida por el virus A H1 N1 (Res. 7-5-2009 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social).

Días después, con fecha de 9 de marzo de 2020, se dictó el Criterio 3/2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, para declarar que la incapacidad temporal originada por la enfermedad ocasionada por el virus COVID-19 deberá catalogarse como enfermedad común a efectos de las prestaciones de incapacidad temporal, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos previstos en el art. 156 de la LGSS.

6. Posteriormente, el art. 5 del RDLey 6/2020, de 10 de marzo, establece que, con el fin de salvaguardar la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, “exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19”.

Podrán causar derecho a la prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo por los períodos de aislamiento o contagio causados por COVID-19 todas las personas que se encuentren en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. Aunque el art. 11 del RDLey 7/2020, de 12 de marzo, extiende exactamente la misma protección también al personal encuadrado en los Regímenes Especiales de Funcionarios Pùblicos.

Es decir, que tendrán la consideración de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo todas las situaciones de baja en el trabajo provocadas por el virus COVID-19, ya se trate de situaciones de contagio o de períodos de

aislamiento. Por tanto, el RDLey 6/2020 modifica rotundamente los criterios de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

Por su parte, el art. 5.1 del RDLey 6/2020, en su redacción dada por el RDLey 13/2020, por lo que se refiere a las situaciones en las que existe contagio, distingue entre las situaciones de contagio en general y aquellas en las que la enfermedad se contrae como causa exclusiva de la realización del trabajo. Las primeras se considerarán asimiladas a accidente de trabajo, mientras que las segundas se considerarán derivadas de accidente de trabajo.

Son muchas las dudas que genera la lectura de este precepto. Por un lado, en cuanto a su entrada en vigor, la disposición final segunda del RDLey 6/2020, establece que su entrada en vigor se producirá el día siguiente al de su publicación en el BOE. Sin embargo, entiendo que deberá resultar aplicable, con efectos retroactivos, a todas aquellas situaciones de incapacidad temporal causadas por el virus, aunque originadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma. De hecho, el propio RDLey 6/2020 establece que la fecha del hecho causante se entenderá producida en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha (art. 5.4 RDLey 6/2020). Esta interpretación ha sido avalada también por el Criterio 4/2020, de 12 de marzo, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre la aplicación del art. 5 del RDLey 6/2020, de 10 de marzo por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

Por otro lado, no explicita el legislador qué diferencia hay entre las situaciones “asimiladas a accidente de trabajo” y las situaciones calificadas “como accidente de trabajo”. Tampoco ninguna norma, de las muchas que se han ido sucediendo en esta materia, arroja luz acerca del alcance que debe tener dicha asimilación. Pero parece evidente que si el legislador se ha molestado en diferenciar ambas situaciones es porque algún límite se ha pretendido fijar a dicha asimilación.

Obviamente, en aquellos casos en los que se demuestre la existencia de enfermedad y que ésta se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo, resultará de aplicación, a todos los efectos, lo previsto para las situaciones protegidas en el art. 169.I.a) de la LGSS derivadas de contingencias profesionales.

Más dudas plantea la interpretación que ha de hacerse del término situación asimilada a accidente de trabajo, “exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal”. Parece que la norma se refiere a que la asimilación es plena a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, pero no así para la prestación de asistencia sanitaria que se considerará a todos los efectos derivada

de contingencia común (Criterio 4/2020, de 12 de marzo, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social).

Por tanto, la prestación tendrá carácter de contingencia profesional tanto para lo que se refiere a las condiciones de acceso, como a la cuantía o a los responsables de la prestación. De modo que para causar derecho a la prestación excepcional a la que se puede acceder tanto en los supuestos de contagio como de aislamiento, no será necesario que se acredite ningún periodo de cotización. Por lo que respecta a la cuantía, se percibirá desde el primer día al 75% de la base reguladora y las empresas no tendrán que asumir parte de esta prestación, siendo responsabilidad del INSS o de las MCSS desde el primer día. Sin embargo, la gestión de la misma se llevará a cabo por los Servicios Públicos de Salud. Por lo tanto, serán los facultativos de estos servicios los únicos competentes para emitir los partes médicos de baja o de alta en cualquier proceso de afectación por coronavirus, tanto en los procesos de aislamiento como de enfermedad. La duración estimada para estos procesos de IT se fija entre 5 y 30 días naturales (procesos de corta duración conforme al RD 625/2014); tal como recoge el mencionado Real Decreto, la emisión del primer parte de confirmación no excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. Los sucesivos partes, en caso de ser necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

7. Por último, la disposición adicional vigesimoprimera del RDLey 11/2020, de 31 de marzo, declara también como situación de incapacidad temporal las situaciones excepcionales de confinamiento. En este sentido se establece que con carácter excepcional se extenderá la protección de incapacidad temporal a todas aquellas personas que tengan su domicilio en una localidad en la que se haya declarado el confinamiento de la población y tengan obligación de desplazarse a otra localidad distinta para prestar los servicios esenciales a los que se refiere el Real Decreto-ley 10/2020. Esta protección se otorgará cuando de forma expresa se haya denegado por la autoridad competente su posibilidad de desplazarse a la localidad donde se debe ejercer la actividad laboral, no pueda realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestas sus servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

La acreditación del acuerdo de confinamiento de la población donde tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento "se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud". Por otra parte, la imposibilidad de realizar el trabajo telemáticamente se acreditará "mediante una certificación de la empresa

o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud”.

En este caso, sí que especifica la norma que la protección por incapacidad temporal tendrá efectos desde el inicio de la situación de confinamiento, por tanto, se extenderá la protección a aquellos confinamientos decretados con anterioridad a la entrada en vigor del RDLey 11/2020. Sin embargo, cuando se refiere a extender la protección por incapacidad temporal, no puntualiza si se trata de extender la protección que con carácter general se contempla en el art. 169 de la LGSS o si, por el contrario, le alcanzará también la asimilación a accidente de trabajo prevista en el RDLey 6/2020. Entiendo que el legislador, cuando extiende la protección por incapacidad temporal a todas las situaciones en las que se puede ver envuelto un trabajador con ocasión del virus COVID-19, pretende otorgar a todas ellas idéntica protección y, por ello, las situaciones de confinamiento de la población también se beneficiarán de la protección privilegiada que tienen en nuestro ordenamiento las contingencias profesionales. Y, de hecho, así se confirma tras el RDLey 13/2020, de 7 de abril, que modifica el art. 5 del RD L 6/2020, de 10 de marzo, y, entre otras medidas, incluye expresamente en las situaciones asimiladas a accidente de trabajo los períodos de restricción en las salidas del municipio donde los trabajadores tengan su domicilio.

Finalmente, el RDLey 13/2020, de 7 de abril, excluye de la protección por incapacidad temporal a los trabajadores por cuenta ajena a los que les sea de aplicación el permiso retribuido recuperable que se regula en el RDLey 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Esto es, los trabajadores por cuenta ajena que como consecuencia del confinamiento decretado en su municipio no hubieran podido desplazarse para prestar servicios en un municipio distinto, habrán podido disfrutar de la prestación por incapacidad temporal desde el inicio de la restricción de movimiento hasta el día 29 de marzo, inclusive, fecha en la que se expedirá parte de alta médica. El trabajador a partir del día 30 de marzo hasta el 9 de abril gozará del permiso laboral recuperable al que se refiere el RDLey 10/2020. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, por el contrario, podrán seguir percibiendo el subsidio por incapacidad temporal hasta la finalización de la restricción de movimiento, ya que ellos no gozan del permiso laboral recuperable.



BREVES APUNTES EN MATERIA DE DESEMPLO Y CESE DE ACTIVIDAD ANTE CRISIS DEL CORONAVIRUS*

BRIEF NOTES ON UNEMPLOYMENT PROTECTION AND CESSATION OF ACTIVITY BEFORE THE CORONAVIRUS CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 754-769

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disruptión digital” (RTI2018-094547-B-C21).



Daniel PÉREZ
DEL PRADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La Seguridad Social en general y las prestaciones por desempleo y cese de actividad en particular resultan instrumentos idóneos para amortiguar el impacto social de la crisis del COVID-19. El presente estudio se centra en analizar el potencial de las distintas medidas que se han adoptado en este concreto ámbito para hacer frente a la crisis del coronavirus.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, desempleo, cese de actividad, coronavirus, COVID-19.

ABSTRACT: *Social Security in general and unemployment benefits and cessation of activity in particular are ideal instruments to cushion the social impact of the COVID-19 crisis. This paper focuses on analyzing the potential of the different measures that have been adopted in this specific area to face the coronavirus crisis.*

KEY WORDS: *Social Security, unemployment, cessation of activity, coronavirus, COVID-19.*

I. Ante la crisis del COVID-19, el sistema de Seguridad Social está llamado a cumplir un doble objetivo. Por una parte, como mecanismo de protección social, es claro que es la herramienta idónea para impedir o amortiguar que los efectos de la crisis recaigan sobre la mayor parte de la ciudadanía, especialmente en aquellos casos más vulnerables. De otra, la Seguridad Social es también una herramienta de política económica. No debe olvidarse que buena parte de las prestaciones del sistema, y en particular el desempleo, actúan como estabilizadores automáticos, esto es, contribuyen a sostener la demanda agregada en momentos en los que, como el que atravesamos, por diversas vicisitudes ésta se hunde. Ambas vertientes son especialmente significativas en un contexto en que, como consecuencia de los efectos de la Gran Recesión, la situación de las familias españolas y del conjunto de la economía es aún delicada.

Pero, ¿cuáles han sido las concretas medidas puestas en marcha? Dedicaremos las páginas que siguen a realizar una breve descripción de las distintas acciones que, desde la protección por desempleo, se han adoptado para hacer frente a la crisis del COVID-19. A continuación, cerraremos el trabajo con unas conclusiones sucintas.

2. En lo que hace a las medidas adoptadas en el ámbito del sistema de protección por desempleo cabe destacar:

2.1. *La prestación (extraordinaria) por desempleo.* El art. 25 RDL 8/2020 recoge dos medidas diferentes para los trabajadores por cuenta propia. De una parte, reconoce el derecho a la prestación por desempleo a aquellos que hayan visto suspendido su contrato o reducida su jornada ex arts. 21 y 22 RDL 8/2020, aunque carezcan del período mínimo de ocupación cotizada. Es más, la norma aclara expresamente que es indiferente en qué situación se encuentre la persona trabajadora en relación a un potencial derecho a una prestación contributiva "ordinaria", pues la nueva prestación se concederá en todo caso. De otra, el derecho de reposición, de tal suerte que no computa el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos. Ambos elementos justifican clasificar esta prestación

• **Daniel Pérez del Prado**

Profesor Titular Ac. De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: daniel.perez.delprado@uc3m.es ORCID: 0000-0001-7106-6769

como “extraordinaria”, pues nace con carácter coyuntural y autónomo en relación al conjunto del sistema de protección por desempleo.

Al margen de lo anterior, en el ámbito de los requisitos, dada la remisión que el precepto hace a la prestación “regulada en el título III de la LGSS”, hay que entender que serán de aplicación todos los dispuestos en el art. 266, salvo el apartado b), que es precisamente el período mínimo de cotización. De hecho, la LGSS deberá aplicarse de forma subsidiaria para lo no previsto en las de carácter especial, esto es, este RDL 8/2020, el RDL 9/2020, del que hablaremos inmediatamente, y el RDL 11/2020, salvo prohibición expresa en contrario.

Junto a los requisitos generales, también encontramos dos específicos. De una parte, esta prestación por desempleo extraordinaria será aplicable a los trabajadores (o socios trabajadores) afectados por las suspensiones de contrato o reducciones de jornada adoptadas conforme a lo dispuesto en los arts. 22 y 23 del mismo Real Decreto-Ley, tal y como adelantamos. No obstante, también podrán acceder a la prestación por desempleo en las mismas condiciones los trabajadores incluidos en los procedimientos de suspensión de contrato o reducción de jornada que, encontrándose en dicha fecha con la relación laboral suspendida (por ejemplo, por incapacidad temporal, permisos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, suspensión del contrato por un procedimiento de regulación anterior, excedencia por cuidado de hijos, suspensión por violencia de género, etc.), no puedan reincorporarse a la empresa una vez finalizada la causa de suspensión. De otra, es preciso que tal circunstancia se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2020, es decir, el 18 de marzo de 2020. No obstante, también podrán acceder a la prestación los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados, con anterioridad al 18 de marzo de 2020, siempre que deriven directamente del COVID-19 (art. 28 y DT 1^a.2 RDL 8/2020).

En lo que hace a la cuantía, se fija teniendo en cuenta los últimos 180 días cotizados; y, cuando no se reúna ese período, se aplicará el promedio del período inmediatamente anterior de que se trate. Aquí no se aparta la norma de lo dispuesto en el art. 270 LGSS, a salvo esta última adaptación, dado que se permite el acceso sin cotización previa. En todo caso, hay que entender que la cuantía resultante deberá encontrarse dentro de los límites a que se refiere el art. 270.3 LGSS.

En lo que respecta a la duración, a diferencia del cese de actividad, no se establece una duración fija, sino que se hace depender del período de duración de la suspensión del contrato o reducción de jornada de la que trae causa.

Por lo demás, el art. 25 se cierra con previsiones específicas para los trabajadores de cooperativas y para los fijos discontinuos y fijos periódicos, que han sido completadas por el RDL 15/2020.

Por su parte, el art. 3 RDL 9/2020 ha venido a concretar los detalles del procedimiento para su reconocimiento. En particular, su art. 3 señala que este se inicia mediante una solicitud colectiva que ha de presentar la empresa ante el SEPE, actuando en representación de las personas trabajadoras afectadas por la reducción de jornada o suspensión y, por consiguiente, futuras beneficiarias de la prestación.

Junto a lo anterior, el precepto establece un plazo de cinco días para la remisión de la comunicación contiente de la mencionada información (que, además, incluirá la solicitud). Tal plazo comienza a computar desde la solicitud de ERTE por fuerza mayor o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral su decisión cuando se trate de causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción relacionadas con el COVID-19. El mismo plazo se exige para las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, computándose a partir de entonces. La remisión deberá realizarse mediante aplicación accesible desde la página web del SEPE. La norma lo configura como una obligación de la empresa, de tal suerte que su incumplimiento se considerará conducta constitutiva de la infracción grave conforme a lo dispuesto en el 22.13 LISOS. La sanción oscila entre los 626 y los 6.250 euros.

Al margen del procedimiento en sí, el RDL 9/2020 establece varias reglas adicionales que lo complementan. En primer lugar, en su DA segunda se adicionan algunas otras normas relativas al régimen sancionador para conductas indebidas realizadas en el marco de esta prestación. En segundo lugar, la DA tercera establece la fecha de efectos de la situación legal de desempleo, que en los supuestos de fuerza mayor será la fecha del hecho causante de la misma y en el resto de casos, la fecha de comunicación de la decisión adoptada. La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación. Por último, y como ya se adelantó, la DF primera permite la aplicación de las nuevas reglas a los ERTES iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 9/2020.

2.2. *El subsidio (prestación) extraordinaria para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar.* Los arts. 30, 31 y 32 RDL 11/2020 recogen el llamado subsidio extraordinario para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, que tiene, como el resto, naturaleza coyuntural. De acuerdo con la DF 12^a RDL 11/2020, mantendrán su vigencia hasta un mes

después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación, se pueda prorrogar por el Gobierno mediante Real Decreto-Ley.

En lo que hace a los requisitos de acceso, el art. 30 establece que es necesario estar de alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social antes la entrada en vigor del RD 463/2020 y, además, encontrarse en alguna de las siguientes situaciones: a) haber dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajena a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19; o b) haber visto extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido (en cualquier de sus modalidades) por causa de la crisis del COVID-19; o c) «por el desistimiento del empleador o empleadora, con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19». Estas circunstancias habrán de haberse producido necesariamente con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma - 14 de marzo de 2019- (DT 3^a) y, conforme a la ya mencionada DF 12^a, mientras la medida esté en vigor.

Para cada una de estas vías el precepto prevé diversas formas de acreditación del hecho causante: a) mediante una declaración responsable, firmada por la persona empleadora o personas empleadoras, respecto de las cuales se haya producido la disminución total o parcial de servicios; b) carta de despido; y c) comunicación del desistimiento de la empleadora o empleador, o documentación acreditativa de la baja en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social.

Por lo que respecta a la cuantía, se calcula siguiendo las reglas clásicas de las prestaciones contributivas. Así, a la base reguladora se le aplica un determinado porcentaje. La primera estará constituida por la base de cotización de la empleada de hogar correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30. Si fueran varios los trabajos desempeñados, se calculará la base reguladora correspondiente a cada uno de los distintos trabajos que hubieran dejado de realizarse. El segundo se fija en el 70%. El resultado no podrá ser superior al SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En el caso de pérdida parcial de la actividad, tal cuantía se modulará en función de la reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora.

Cuando fueran varios los trabajos desempeñados, la cuantía total del subsidio será la suma de las cantidades obtenidas aplicando a las distintas bases reguladoras correspondientes a cada uno de los distintos trabajos el porcentaje del 70%, teniendo dicha cuantía total el mismo límite del SMI. En el caso de pérdida parcial de la actividad en todos o alguno de los trabajos desempeñados, hay que aplicar las siguientes reglas: 1) se calcula el subsidio conforme a lo indicado anteriormente; 2)

si la cuantía total del subsidio es inferior al SMI, se aplica a cada una de las cantidades obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente; 3) si la cuantía total del subsidio alcanzara el importe del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, se prorrateará dicho importe entre todos los trabajos desempeñados atendiendo a la cuantía de las bases de cotización durante el mes anterior al hecho causante de cada uno de ellos, aplicándose a las cantidades así obtenidas el porcentaje de reducción de jornada que haya experimentado la persona trabajadora en la actividad correspondiente.

Esta prestación se percibirá por períodos mensuales, desde la fecha del nacimiento del derecho, hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma, sin perjuicio de que, como ya se dijo, se pueda prorrogar por el Gobierno mediante Real Decreto-Ley. A estos efectos, se entenderá por fecha efectiva de nacimiento del derecho aquella identificada en la declaración responsable referida en el apartado anterior cuando el hecho causante consista en la reducción de la actividad, o la fecha de baja en la Seguridad Social, en el caso del fin de la relación laboral.

Por último, el art. 32 se refiere a las compatibilidades e incompatibilidades. En concreto, será compatible con las percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se estuvieran desarrollando en el momento de su devengo, incluyendo las que determinan el alta en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, siempre que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de actividades no sea superior al SMI. Por el lado de las prestaciones, se declara que resulta incompatible con la incapacidad temporal y con el permiso retribuido recuperable regulado en el RDL 10/2020.

Por último, la DT 3^a establece unas reglas procedimentales muy parcas, lo que hace surgir la duda de si, como ya ocurrió con la prestación extraordinaria, no será necesaria una intervención posterior del legislador. En concreto, se dice que «el Servicio Público de Empleo Estatal establecerá en el plazo de un mes, a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, el procedimiento para la tramitación de solicitudes, que determinará los formularios, sistema de tramitación (presencial o telemático) y los plazos para su presentación». Teniendo en cuenta que las medidas legislativas adoptadas y las instrucciones del SEPE están teniendo a la tramitación telemática, dada las restricciones a los desplazamientos, ésta debiera ser la vía elegida en ese desarrollo normativo.

2.3. *Subsidio excepcional por fin de contrato temporal.* El art. 33 RDL 11/2020 amplía la protección dispensada por el sistema a los trabajadores que hayan visto

extinguido su contrato temporal sin acceso a ninguna otra prestación. Para ello, establece los siguientes requisitos de acceso: a) haber extinguido un contrato de duración determinada, incluidos los contratos de interinidad, formativos y de relevo, de, al menos, dos meses de duración, con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 (14 de marzo de 2020), b) no contar con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio (esto es, más de dos y menos de seis meses); y c) carencia de rentas en los términos establecidos en el art. 275 LGSS.

En lo que respecta a la cuantía, el art. 33 no se aparta de la regla general prevista en el art. 278 LGSS para el conjunto de subsidios, estableciéndose un monto equivalente al 80% del IPREM. Teniendo en cuenta que el IPREM mensual se ha situado en 2020 en 537,84 euros, la cuantía total asciende a 430,27 euros. Por cierto, que este indicador lleva congelado de 2018 y se ha aumentado cinco euros mensuales en la última década.

Su duración, como en casos anteriores, se establece en un mes, sin perjuicio de su posible ampliación mediante Real Decreto-Ley. Por consiguiente, la medida, como el resto de las que venimos analizando nace con vocación coyuntural y no estructural.

En materia de incompatibilidades, además de con otras prestaciones por desempleo, resulta también incompatible con la percepción de cualquier renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. No estableciéndose ninguna regla especial adicional, debemos entender que resultan aplicables las generales en materia de incompatibilidad con otras prestaciones.

Por último, en materia procedural resulta aquí de aplicación lo señalado para la prestación para empleadas del hogar.

2.4. Medidas desde la protección por desempleo ordinaria asistencial. Si bien el núcleo duro de la reacción del sistema de protección por desempleo ante la crisis de la COVID-19 se articula a través de las prestaciones extraordinarias, lo cierto es que el RDL 8/2020 aún prevé algunas medidas adicionales que afectan a las ordinarias.

De una parte, cabe destacar que el art. 26 habilita al SEPE y al ISM para que, durante el período de vigencia de las medidas extraordinarias en materia de salud pública adoptadas por las autoridades para combatir los efectos de la extensión del COVID-19, suspendan las reglas relativas a la presentación extemporánea de alta

inicial o reanudación de la prestación o subsidio (arts. 682.2 y 276.1 LGSS), de tal suerte que no se produzca la reducción del derecho correspondiente en función del tiempo de retraso. Se trata esta de una medida lógica teniendo en cuenta las restricciones a la movilidad y las dificultades que, por sobrecarga, presentan algunos medios telemáticos.

De otra parte, el art. 27 establece una habilitación similar a la anterior, por los mismos motivos y durante el mismo período de tiempo. En este caso, las mismas entidades podrán suspender las reglas relativas a la prórroga de los subsidios, de tal forma que esta se pueda producir de forma automática (art. 276.2 LGSS); y, en el caso del subsidio para mayores de cincuenta y dos años, en lo que hace a la acreditación anual de rentas (art. 276.3 LGSS), de tal suerte que no se interrumpirá el pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social aun cuando la presentación de la preceptiva declaración anual de rentas se realice fuera de plazo.

2.5. *Medidas en materia de compatibilidad del desempleo con la actividad en el sector agrario.* Por otro lado, debido a las restricciones de movimiento, el RDL 13/2020 viene a establecer una excepción a esta regla general (art. 282 LGSS), permitiendo la contratación temporal de beneficiarios de prestaciones por desempleo, cese de actividad o cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social.

Por lo que hace a su ámbito de aplicación objetivo, las medidas adoptadas se refieren tanto a la posibilidad de compatibilizar prestaciones por desempleo, cese de actividad y otras ayudas sociales con el trabajo en el sector agrario, como a la puesta en marcha de un procedimiento de contratación colectiva de estas personas a través de los servicios públicos de empleo.

Dentro de la primera, se incluyen prestaciones por desempleo en todas sus modalidades (incluidas las derivadas de la aplicación de suspensión o reducción de jornada del art.47 ET, a excepción de las que tengan su origen en las medidas relacionadas con el coronavirus), subsidios por desempleo, el subsidio especial agrario, renta agraria, renta activa de inserción, subsidios extraordinario por desempleo, las prestación por cese de actividad (SEPE Instrucciones en relación con el RDL 13/2020: trabajo en el sector agrario y compatibilidad con prestaciones por desempleo, p. 3) y cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social, otorgada por cualquier Administración que sea incompatible con el trabajo, o que, sin serlo, como consecuencia de la percepción de ingresos por la actividad laboral se excederían los límites de renta señalados en la normativa correspondiente al tipo de prestación..

Sin embargo, el ejercicio de actividades profesionales en el sector agrario resulta incompatible con las prestaciones por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. También con la prestación por nacimiento y cuidado de menor de la Seguridad Social, si bien, salvo por lo que respecta al periodo obligatorio de la madre biológica a continuación del parto el periodo obligatorio, o la parte que restara del mismo, se podrá disfrutar desde el día siguiente a la finalización de las prestaciones por desempleo o análogas. En el caso de la incapacidad permanente contributiva, se declara incompatible a salvo las excepciones previstas en la normativa general (art. 198 LGSS). Nótese que las reglas de incompatibilidad son las fijadas en el art. 3, no resultando de aplicación las generales dispuestas en la LGSS (DA 2^a).

Por lo que hace a la segunda, el art. 5 establece el procedimiento de contratación de estas personas. Este se inicia a instancia de las empresas y empleadores, que comunicarán las ofertas de empleo a los servicios de empleo autonómicos competentes. El procedimiento se tramitará de forma urgente. Una vez realizada la selección, comunicarán a los servicios públicos de empleo autonómicos competentes las contrataciones en la forma habitual (a través de contrata), cumplimentando el identificador específico de la oferta que le hayan asignado). El SEPE identificará estos contratos y remitirá la información a las autoridades correspondientes, a las Administraciones públicas competentes, y en todo caso a la autoridad laboral, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la Secretaría de Estado de Migraciones.

El empresario está obligado a abonar salario por transferencia bancaria en la cuenta indicada por el trabajador en el contrato suscrito con el empleador. En todo caso, la remuneración mínima que se debe aplicar, con independencia del sector donde proceda el trabajador, debe ser la que corresponda según Convenio Colectivo vigente que resulte de aplicación y en todo caso, el SMI. Además, deberá asegurar en todo momento la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19 (art. 4). En lo que hace a la prestación, subsidio o ayuda, se seguirá percibiendo con normalidad y sin efectuar minoración. Las prestaciones por desempleo que se hubiesen visto suspendidas por los procesos automáticos de intercambio de información previstos con las bases de datos de afiliación de la TGSS y con la base de datos de contratos del Sistema Nacional de Empleo, se reanudarán de oficio por el SEPE

De otra parte, el ámbito de aplicación subjetiva se circunscribe a: a) personas en situación de desempleo o cese de actividad; b) trabajadores cuyos contratos se hayan visto temporalmente suspendidos como consecuencia del cierre temporal de la actividad conforme a lo señalado en el artículo 47 ET (sin embargo, quedan excluidos aquellos cuya suspensión tenga su origen en las medidas previstas en los

arts. 22, 23 y 25 RDL 8/2020); c) trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del RD 463/2020, 14 de marzo de 2020, y el 30 de junio de 2020; y d) jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años. Estos dos últimos deben entenderse de forma subsidiaria respecto de los anteriores, esto es, se aplica también a trabajadores migrantes o jóvenes de terceros países que no se encuentren en situación de desempleo o cese de actividad o sean beneficiarios de prestaciones.

Además, se exige que estas personas tengan sus domicilios próximos a los lugares en que haya de realizarse el trabajo. Se entenderá que existe en todo caso proximidad cuando el domicilio de trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolle la campaña esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. Las comunidades autónomas podrán ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios. En todo caso, los servicios públicos de empleo, en caso de detectar más demandantes que los requeridos por las ofertas, priorizarán la contratación de los colectivos en el orden señalado anteriormente. Dentro del grupo de personas en situación de desempleo o cese de actividad, se priorizará quienes no tengan derecho a prestación o subsidio a quienes sí; y quienes reciban un subsidio de carácter no contributivo, frente a quienes reciban prestaciones «de carácter laboral o social». Se ha señalado, con buena lógica que, puesto que parece que la norma prioriza a quienes tienen menos protección frente a quienes tienen más, esta última extraña referencia debe ser entendida en relación a las prestaciones contributivas (Rojo Torrecilla, E. 2020b). No obstante, el añadido “o social” hace pensar en que el legislador haya podido querer incluir aquí prestaciones ajenas al sistema de protección por desempleo, aún cuando su cuantía es muy inferior a la de la prestación contributiva por desempleo.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, las mencionadas medidas estarán en vigor desde el 8 de abril hasta el 30 de junio de 2020.

2.6. Medidas para la cobertura de las extinciones en el periodo de prueba durante la vigencia del Estado de alarma. También se ha dado cobertura a dos supuestos que, de acuerdo con la regulación ordinaria, carecerían de ella, pero que, sin embargo, se atienden en consideración a las especiales circunstancias derivadas de la crisis del COVID-19 (art. 22 RDL 15/2020):

I. La extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba a instancia de la empresa, producida a partir del día 9 de marzo de 2020, tendrá la consideración

de situación legal de desempleo con independencia de la causa por la que se hubiera extinguido la relación laboral anterior. De esta forma se exceptúa, para el supuesto señalado, lo dispuesto en el art. 267.1.a) 7º LGSS.

2. Asimismo, se encontrarán en situación legal de desempleo y en situación asimilada al alta, las personas trabajadoras que hubieran resuelto voluntariamente su última relación laboral a partir del día 1 de marzo de 2020, por tener un compromiso firme de suscripción de un contrato laboral por parte de otra empresa, si esta hubiera desistido del mismo como consecuencia de la crisis derivada del COVID-19. En este caso se exceptúa, para el supuesto señalado y conforme a las exigencias formales referidas, los requisitos contemplados en el art. 267.2 a) LGSS.

2.7. Medidas en materia de financiación. Dado el alto coste esperado de las medidas excepcionales creadas, la DA. 7ª RDL 11/2020 modifica la disposición adicional centésima vigésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 para, con carácter excepcional y extraordinario, permitir que los ingresos derivados de la cotización por formación profesional puedan aplicarse a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo, incluyendo, de esta manera, finalidades más amplias que la mera formación profesional para el empleo. Algunos autores han destacado que, siendo legítima la medida en el contexto en el que nos encontramos, plantea dudas de constitucionalidad (Rojo Torrecilla, E. 2020a).

3. El art. 17 RDL 8/2020 ha previsto una prestación extraordinaria por cese de actividad con carácter excepcional y vigencia limitada hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma. El hecho causante de esta prestación es que sus actividades queden suspendidas, en virtud de lo previsto en el RD 463/2020, o, en otro caso, cuando su facturación en el mes anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con el promedio de facturación del semestre anterior con carácter general, o el mismo semestre del año anterior en el caso de los trabajadores autónomos agrarios incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y los trabajadores autónomos incluidos en el RETMAR, o los doce meses anteriores en el caso de actividades cinematográficas, audiovisuales y artísticas.

De los requisitos exigidos con carácter general (art. 330 LGSS), en esta prestación extraordinaria se requieren tres: a) estar afiliados y en alta, en la fecha de la declaración del estado de alarma; b) en el supuesto de que su actividad no se

vea directamente suspendida en virtud de lo previsto en el RD 463/2020, acreditar la reducción de su facturación en, al menos, un 75%, en relación al período que corresponda según la actividad; y c) hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Por consiguiente, esta prestación extraordinaria exonera el requisito de tener cubierto un mínimo de cotización de al menos 12 meses y adapta la situación legal de cese de actividad a las particulares circunstancias que atravesamos.

A este respecto, conviene precisar algunos elementos particulares en relación con cada requisito. En lo que respecta al primero de ellos, el solicitante, debería estar afiliado y en alta en el RETA o, en su caso, en el RETMAR, a fecha de 14 de marzo, que es el día en que entró en vigor el RD 463/2020.

En relación al segundo, la reducción de la facturación en el mes natural anterior a la solicitud ha de ser de al menos el 75% en relación con la media del semestre natural anterior a la declaración del estado de alarma con carácter general o al período que corresponda en las actividades señaladas anteriormente. Cuando el trabajador autónomo no lleve de alta los 6 meses naturales exigidos para acreditar la reducción de los ingresos, la valoración se llevará a cabo teniendo en cuenta su periodo de actividad. A este respecto, la acreditación de la reducción de la facturación se realizará mediante la aportación de la información contable que lo justifique, pudiendo hacerse a través de la copia del libro de registro de facturas emitidas y recibidas; del libro diario de ingresos y gastos; del libro registro de ventas e ingresos; o del libro de compras y gastos. En el caso de aquellos trabajadores autónomos que no estén obligados a llevar los libros que acreditan el volumen de actividad, deberán acreditar la reducción al menos del 75% exigida por cualquier medio de prueba admitido en derecho. La solicitud deberá ir acompañada de una declaración jurada en la que se haga constar que cumplen todos los requisitos exigidos para causar derecho a esta prestación (art. 17.10). Dadas las dificultades para acreditar esta exigencia en algunos sectores, el RDL 11/2020 y el RDL 13/2020 han añadido algunas reglas especiales para dos de ellos: a) en el caso de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que desarrollen actividades en los códigos de la CNAE 2009 5912, 5915, 5916, 5920 y entre el 9001 y el 9004 ambos incluidos (actividades cinematográficas, audiovisuales y artísticas), la reducción de la facturación se calculará en relación con la efectuada en los 12 meses anteriores; y b) alternativamente, para producciones agrarias de carácter estacional, así como pesqueras, marisqueras o de productos específicos de carácter estacional del mar, este requisito se entenderá cumplido cuando su facturación promedio en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con los mismos meses de la campaña del año anterior.

En lo que respecta al último de los requisitos, si en la fecha de la suspensión de la actividad o de la reducción de la facturación no se hallare al corriente de sus obligaciones, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales ingrese las cuotas debidas. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.

Por lo que hace a la cuantía, es la misma que en la prestación ordinaria, esto es, el 70% a la base reguladora. De hecho, el RDL 8/2020 se remite expresamente al art. 339 LGSS. No obstante, como este precepto prevé que la base reguladora se calcule conforme al promedio de lo cotizado en los doce meses inmediatamente anteriores a causar el derecho, para cuando se no cubra ese período, la norma establece que se utilice la base mínima. Esto implica que en el peor de los casos el trabajador autónomo recibirá 661,80 euros al mes ($0,7 \times 944,40$ euros al mes). En todo caso, ha de entenderse que no podrán superarse los límites previstos en el art. 339.2LGSS.

En lo que respecta a la duración, ya adelantamos que en principio es de un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma (art. 17.8 y DF. 10^a). El plazo para solicitar la prestación concluye el último día del mes siguiente al que se produjo la finalización del estado de alarma.

Durante su disfrute, el trabajador autónomo que suspenda la actividad no estará obligado a tramitar la baja (art. 17.2 d)). Si la causa del derecho a la prestación es la reducción de la facturación, deberá permanecer, en todo caso, de alta. En ningún caso existirá obligación de cotizar. A este respecto, en relación a las cuotas ya ingresadas y que se puedan ingresar, incluidos, en su caso, únicamente los recargos, intereses de demora y costas que se hubieran satisfecho o se puedan realizar, y se superpongan con alguno de los días del período durante el que se tienen derecho a la prestación de carácter excepcional, serán devueltas a petición de los interesados. Su solicitud deberá formularse junto con la solicitud de la prestación excepcional, debiendo acompañarse a tal efecto los documentos acreditativos de su pago y sin que pueda ya solicitarse una vez expirado el plazo. Además, conforme al nuevo apartado séptimo añadido por el RDL 11/2020, la cotización correspondiente a los días de actividad en el mes de marzo de 2020 no cubiertos por la prestación regulada en este artículo, que no fuera abonada dentro del plazo reglamentario de ingreso, no será objeto del recargo.

Por último, debe señalarse que art. 17.5 RDL 8/2020 establece que la percepción de esta prestación será compatible con cualquier otra prestación de seguridad social que el beneficiario viniera percibiendo y fuera compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba, salvo los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETMAR, para los que se precisa la prestación por cese de

actividad será incompatible con la percepción de las ayudas por paralización de la flota. Adicionalmente, la DA 22^a RDL 11/2020 admite la compatibilidad de su percepción junto con el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave siempre que lo vinieran percibiendo a 14 de marzo de 2020.

4. De lo dicho hasta aquí se desprende que nos encontramos ante un paquete de medidas ambicioso, que tiene como objetivo fundamental ayudar a superar la crisis evitando daños en el tejido productivo y proporcionando protección social a amplias capas de la población. Se trata de una estrategia coherente y acertada, por más que no podamos dejar de pensar, estando tan cerca la última crisis, en qué pasará si las dificultades se prolongaran más de allá de la crisis sanitaria.



MEDIDAS PROCESALES FRENTE AL COVID-19 EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

PROCEDURAL MEASURES AGAINST COVID-19 IN SOCIAL JURISDICTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 770-775



Manuel ALEGRE

NUENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La Administración de Justicia no es ajena al impacto que el COVID-19 está teniendo en la salud de las personas y en la prestación de la función constitucional que le es propia. Por tal motivo, desde la misma declaración del estado de alarma se han venido aprobando una serie de medidas extraordinarias con un triple objetivo: de un lado, proteger la salud de trabajadores, profesionales y la del resto de personas que se relacionan con la Administración de Justicia; de otro, garantizar la tutela judicial efectiva, y, por último, dotar a este poder del estado de los medios necesarios para poder hacer frente a la nueva situación que surgirá tras el levantamiento del estado de alarma. El presente trabajo describe las medidas extraordinarias aprobadas que afectan a los procesos judiciales cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; proceso laboral; medidas extraordinarias.

ABSTRACT: *The Administration of Justice is no stranger to the impact that COVID-19 is having on people's health and on the provision of its own constitutional function. For this reason, since the same declaration of the state of alarm, a series of extraordinary measures have been approved with a triple objective: on the one hand, to protect the health of workers, professionals and that of other people who are related to the Administration of Justice; on the other, guaranteeing effective judicial protection, and, lastly, endowing this state power with the necessary means to face the new situation that will arise after the alarm state is lifted. The present work describes the extraordinary measures approved that affect the judicial processes whose knowledge is the responsibility of the social jurisdiction.*

KEY WORDS: COVID-19; labor process; extraordinary measures.

I. Desde el 14 de marzo de 2020, fecha de declaración del estado de alarma, los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos están suspendidos, reanudándose su cómputo en el momento en que pierda vigencia el estado de alarma o, en su caso, de las prórrogas que se adopte (D.A. 4^a RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

Asimismo, desde dicha fecha también están interrumpidos los términos y plazos procesales. El cómputo de los mismos volverá a computarse en el momento en que pierda vigencia el estado de alarma o sus prórrogas, siendo, por tanto, el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente. Dicha suspensión no alcanza, en el orden jurisdiccional social, a los procedimientos de conflicto colectivo, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, las medidas cautelares urgentes y preferentes, los procesos de despidos colectivos, los procedimientos para la impugnación individual o colectiva de los expedientes de regulación temporal de empleo, ni a los procedimientos derivados del ejercicio de los derechos de adaptación de horario y reducción de jornada por deberes de cuidado previstos en el art. 6 RD-L 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, declarados servicios esenciales de la Administración de Justicia (D.A. 2^a RD 463/2020 y Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ de 13 y 20 de marzo de 2020).

La D.A. 3^a del RD-L 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, establece que se “seguirán atendiendo las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 463/2020” y se “cumplirán con los servicios esenciales fijados consensuadamente por el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia, y plasmados en la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de fecha 14 de marzo de 2020”, es decir, los relacionados en los indicados acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 13 y 20 de marzo de 2020, que fueron ratificados por acuerdo de la misma Comisión Permanente en su sesión extraordinaria celebrada el 30 de marzo de 2020.

• **Manuel Alegre Nueno**

Profesor Titular. Universitat de València. Correo electrónico: manuel.alegre@uv.es

También los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra las sentencias y demás resoluciones que pongan fin al procedimiento y que sean notificadas durante el periodo de suspensión de plazos indicado, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de dicha suspensión, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del correspondiente recurso (art. 2 RD-L 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia). Esta ampliación de plazos para recurrir no se aplicará en los indicados procesos del orden social de la jurisdicción cuya tramitación no está suspendida.

Tampoco afecta la suspensión de las actuaciones judiciales a la presentación de escritos que “tengan por objeto única y exclusivamente actuaciones procesales declaradas urgentes e inaplazables por las instrucciones y acuerdos del órgano de gobierno de los jueces”, si bien mientras se mantenga el estado de alarma no procederá la presentación de escritos procesales de manera presencial sino que deberá hacerse de forma telemática (Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ, de 18 de marzo de 2020). El acuerdo precisa, no obstante, que la suspensión de plazos procesales no impide, de acuerdo con el apartado 4 de la D.A. 2^a del RD 463/2020, la adopción de aquellas actuaciones judiciales “que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso”.

2. De otro lado, además de la habilidad del mes de agosto para la tramitación de los procesos indicados en el art. 43.4 LRJS, se declaran también hábiles los días comprendidos entre el 11 y el 31 de agosto del 2020, ambos inclusive, para todas las actuaciones judiciales que sean declaradas urgentes, excepto los sábados, domingos y festivos, salvo para aquellas actuaciones judiciales para las que estos días sean ya hábiles (art. I RD-L 16/2020)

Además de los procesos que ya poseen el carácter de preferentes y urgentes (tutela de derechos fundamentales, derechos de conciliación, modificaciones sustanciales del contrato de trabajo o despidos, entre otros), en el orden jurisdiccional social, desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales y hasta el 31 de diciembre de 2020, los órganos judiciales tramitarán con preferencia los siguientes procesos (art. 7.I, d) y 2 RD-L 16/2020):

- a) Los derivados del procedimiento para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido recuperable previsto en el art. 2 RD-L 10/2020.
- b) Los procedimientos derivados del ejercicio de los derechos de adaptación de horario y reducción de jornada por deberes de cuidado, previstos en el art. 6 RD-L 8/2020
- c) Los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en los arts. 22 y 23 RD-L 8/2020.
- d) Los que se sustancien para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el art. 5 RD-L 8/2020. Estos tres últimos procesos se tramitarán con preferencia absoluta respecto de todos los que se tramiten en el juzgado competente, salvo los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

3. Una vez que se haya dejado sin efecto la declaración del estado de alarma y de sus posibles prórrogas, el Gobierno se compromete a aprobar “a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo de 15 días, un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial” en el orden jurisdiccional social, con “la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis” (D.A. 19^a del RD-L 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19). En esta línea, el RD-L 16/2020 arbitra una serie de medidas organizativas y tecnológicas con la finalidad de lograr una “progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales”, procurando “una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma” y preparándose para dar una respuesta eficaz al previsible “aumento de litigiosidad que se originará como consecuencia de las medidas extraordinarias que se han adoptado y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria”. Entre dichas medidas (capítulo III del RD-L 16/2020, merecen ser destacadas las siguientes:

- Creación de unidades judiciales para el conocimiento, en exclusiva, de los procesos derivados del COVID-19 y asignación preferente de jueces de adscripción territorial (arts. 24 y 25)

- Posibilidad de que los Letrados y Letradas de la Administración de Justicia en prácticas puedan, hasta el 31 de diciembre de 2020, realizar funciones de sustitución o refuerzo (art. 28).

- Celebración de los actos procesales, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, preferentemente mediante la presencia telemática de los intervenientes, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello (art. 19)

- Establecimiento, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, de un sistema para la atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, en cualquier sede judicial o de la fiscalía siempre que ello sea posible en función de la naturaleza de la información requerida (art. 23).

- Durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización se prevé el establecimiento para los Letrados de la Administración de Justicia y para el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, jornadas de trabajo de mañana y tarde (art. 27).

- Facilitar el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, así como el acceso de los ciudadanos a los servicios electrónicos en la Administración de Justicia (D.F.I^a).

4. Por último, prevé la D.A. 8^a del RD-L 11/2020, que “el cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación”.

JUSTICIA CIVIL POST-CORONAVIRUS, DE LA CRISIS A ALGUNAS DE LAS REFORMAS QUE SE AVIZORAN*

POST-CORONAVIRUS CIVIL JUSTICE, FROM THE CRISIS TO SOME OF THE REFORMS ENVISAGED

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 776-787

* Este trabajo se publica en el marco del Proyecto PROMETEO 2018/III.



Silvia BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El colapso generado por la pandemia del COVID-19 en el funcionamiento de la Justicia, con la suspensión de la actividad judicial no urgente, aplazando actuaciones que llevaban programadas para el periodo de suspensión, y la previsión de un ingente número de asuntos nuevos provocados por la situación económica, han propiciado diversos informes, del CGPJ, de asociaciones judiciales, abogados y procuradores, que han sido integrados en un plan de choque del Ministerio de Justicia. Este plan prevé reformas inminentes procesales, organizativas y tecnológicas, algunas aprobadas por RDL 16/2020, de 28 de abril. Un momento de crisis que como causa o como excusa presenta un periodo de mudanzas en la Justicia.

PALABRAS CLAVE: Crisis; reformas; eficiencia; tecnología en Justicia.

ABSTRACT: *The collapse generated by the COVID-19 pandemic in the Justice action, with the suspension of non-urgent judicial activity, postponing scheduled actions for the period of suspension, and the prevision of a huge number of new cases caused by the crisis economic situation have led to various legal reports from the CGPJ, judicial associations, lawyers, which have been integrated into a crash plan by the Ministry of Justice. This plan foresees imminent procedural, organizational and technological reforms, some incorporated by RDL 16/2020. A moment of crisis that as a cause or as an excuse presents a period of changes in Justice.*

KEY WORDS: Emergency; reforms; efficiency; technology in Justice.

I. La pandemia del coronavirus ha arrasado el planeta, las personas, las instituciones públicas y privadas, el sector empresarial y político, que han sido víctimas de este virus COVID-19, necesitarán un tiempo para recuperarse y recuperar su actividad, siendo necesario en muchos casos reinventarse. Los tribunales, los operadores jurídicos, la Justicia en general, tras la declaración del estado de alarma el 14 de marzo 2020 y la suspensión con carácter general de términos y plazos procesales con las excepciones de actuaciones esenciales para garantizar los derechos de las personas, está paulatinamente retomando su normal actividad, si bien el nuevo escenario en el que se encuentra exige un plan de choque vitamínico excepcional que, por un lado, garantice la continuidad y puesta al día de la actividad procesal y de Justicia; y, por otro, favorezca la adopción de medidas que alcancen una mayor eficiencia y celeridad de las actuaciones que están pendientes o que, se prevé, inundarán los juzgados y tribunales a la brevedad, debido al previsible incremento de la litigiosidad, propulsada en gran medida por la propia situación de crisis sanitaria y por el impacto socioeconómico que la pandemia va a arrastrar.

2. Como causa o como excusa de la pandemia del COVID-19, las instituciones que convergen en el mundo de la Justicia han presentado medidas para paliar y mejorar su situación. Algunas de ellas ya están en marcha (suspensión de plazos, por ejemplo) y otras comienzan a discutirse y otras se han aprobado vía RDL 16/2020, 28 abril. Estamos ante lo que Nietzsche planteaba en “Así habló Zarathustra”: “es preciso tener un caos dentro de sí para dar a luz una estrella fugaz”, de manera que la crisis de la pandemia podría presentarse como el momento adecuado para evaluar la Justicia que teníamos y la que se aproxima. Momento para no solo adaptar, sino mejorar, la Justicia con mayúsculas. Es indudable que la situación lo amerita. Apliquemos la fórmula de Albert Einstein, “es en la crisis cuando nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias”.

En ese escenario el Ministerio de Justicia, junto con el Consejo General del Poder Judicial, las Asociaciones judiciales, Fiscalía, Abogacía y Procuraduría, en colaboración con las Comunidades Autónomas, trabajan sobre una hoja de ruta consensuada. En primer lugar, para recuperar la actividad de la Justicia suspendida (lo que se ha hecho a través del RDL 16/2020), así como, en segundo

• **Silvia Barona Vilar**

Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València, Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación Correo electrónico: silvia.barona@uv.es

lugar, aprovechar la coyuntura para regenerar una Justicia agónica que requiere un replanteamiento de transformación del modelo paradigmático de Justicia. El momento y las circunstancias no pueden ser más adecuados. Se habla de configurar un plan de gestión, de organización, de cambios en la regulación procesal, y de materialización tecnológica, que se adapte a la sociedad global, digital y velozmente líquida que nos acompaña, teniendo en consideración que el status de los tribunales y de los órdenes jurisdiccionales es y va a ser asimétrico, por lo que habrá que trabajar con una pluralidad de variables que atañen a la organización, planta y demarcación judicial, a la digitalización del medio y a la ratio conflictividad-ciudadanía concurrente. Un buen momento para reflexionar acerca de reformas a corto, medio y largo plazo.

3. Uno de los ejes de la transformación de la Justicia se asienta en la necesidad de concluir su proceso de digitalización, máxime ante el previsible crecimiento de litigiosidad post-pandemia. Si desde la Ley 18/2011, de 5 de julio, se está adaptando la Administración de Justicia a las tecnologías –con la puesta en marcha de la plataforma LexNet en 2016 se avanzó en ese sentido-, la suspensión excepcional de actuaciones durante la pandemia y la realización de actos esenciales a través de medios electrónicos (inclusive declaraciones de víctimas en el proceso penal), han propulsado la necesidad de culminar la digitalización de la Justicia, no solo en cuanto instrumental de las actuaciones procesales, sino también para garantizar más agilidad y flexibilidad en un mundo rígido y excesivamente formal como es el judicial, a diferencia de otros modelos eficientes del Estado español como el de la Agencia Tributaria, cuyo funcionamiento tecnológico es modélico *ad intra* y *ad extra*.

Uno de los puntos de la reforma (actual y previsible a cortoplazo) es el de reforzar las comunicaciones electrónicas *ad intra*, más allá del art. 162 LEC, por ejemplo, exigiendo en los primeros escritos a las partes (habrá de modificarse los arts. 399 y 405 LEC) el móvil o correo electrónico. Si se incorpora ya en el RDL 16/2020 un sistema *ad extra* de atención al público vía telefónica o a través de correo electrónico habilitado al efecto, de manera que se limite al máximo la atención presencial. Esta ampliación de las actuaciones de comunicación telemática, amén de beneficios procesales de agilidad y menor coste, garantiza la salud y evita riesgos a la misma, ofreciendo una justicia cercana a la ciudadanía, con seguridad jurídica al quedar todas las actuaciones en soporte audiovisual.

Vinculado a esta idea de la menor presencia en sede judicial, empleando para ello los medios electrónicos, se tiende a limitar el acceso del público a las actuaciones orales, atendiendo siempre a las características de las salas de vistas, posibilitándose con ello las medidas de distanciamiento de seguridad y evitándose

aglomeraciones o movimiento de personas en las sedes judiciales. Insistimos, es complemento de la viabilidad legal de la celebración de actos procesales preferentemente mediante vía telemática de los intervenientes, inclusive en materia penal, a salvo de los procedimientos por delitos graves, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria. Se ha aprobado en el RDL que los informes médico-forenses puedan realizarse basándose en la documental médica, evitando contagios durante un periodo post-estado alarma de tres meses. También se adoptan las deliberaciones telemáticas en los órganos colegiados. Y en la medida de lo posible se hace extensiva esta medida a los Fiscales. Igualmente, se hace referencia en las propuestas de reforma a medio plazo la permisibilidad de las sentencias orales en juicios verbales, quedando constancia en los medios audiovisuales y no requiriendo posterior documentación en papel, suponiendo una eliminación de recursos, aun cuando no es una reforma pacífica y ha quedado pendiente para futuro.

El camino hacia la digitalización de la Justicia civil estaba ya en marcha. La situación pandémica provocada por el COVID-19 lo ha acelerado, no solo para otorgarle un carácter instrumental de actuaciones procesales, sino para mostrar un *modus operandi* diverso. A mi parecer, lo que se incorpora en estos meses como medidas temporales, si dan buenos resultados –lo que parece más que previsible-, se convertirán en permanentes. Caminamos hacia una integración absoluta de las tecnologías, empero no solo en actuaciones digitales y manera de gestión procesal eficiente, sino en el camino hacia la robotización judicial. Se han incorporado tímidamente sistemas computacionales inteligentes, basados en cálculo probabilístico y el empleo de algoritmos, que resuelven sustituyendo el viejo paradigma deductivo racionalista humano. Parece que caminamos hacia la sustitución de las decisiones humanas por la automatización cognitiva que se permite a través del tratamiento del *Big Data* y su aplicación computacional algorítmica. No es ciencia ficción. Tenemos ejemplos de procesos digitales desde el inicio hasta el fin, con todas las decisiones tomadas por máquinas inteligentes (en Reino Unido, Lituania Canadá, Australia o New Zealand). En España se habla de la incorporación en asuntos como reclamaciones de cantidad, o monitorios, o algunos expedientes de jurisdicción voluntaria, entre otros. Probablemente el obstáculo es hoy la situación económica, empero procesalmente ya hemos asistido a cambios, que nos hacen avizorar un paso hacia la robotización judicial o la algoritmización de la Justicia a no tan largo plazo.

4. La crisis supuso inicialmente la suspensión de actuaciones procesales, empero está provocando – la previsión es que sea exponencial- una multiplicación de litigiosidad que requiere de medidas urgentes y específicas para afrontar el colapso

judicial que se avecina. Son las que se incorporan en el RDL 16/2020, de 28 de abril, aun cuando habrá que esperar a las que se han anunciado y vendrán de la mano de la Ley de agilización procesal.

En relación con los plazos y términos procesales. En primer lugar, el RDL 16/2020 alza los plazos suspendidos por la declaración del estado de alarma. Ahora bien, aunque los plazos se suspendieron, se han dictado resoluciones y se han notificado. Es probable que al retomar la actividad judicial se produzca un incremento de recursos frente a estas resoluciones. Debe evitarse el colapso de las plataformas para presentar escritos, por lo que se concede una ampliación de los plazos para recursos contra resoluciones que ponen fin al proceso y que hubieren sido notificadas durante su suspensión, así como las que se notifiquen dentro de los 20 días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos. Dicha ampliación lo será por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso. La idea es que el trabajo llegue escalonadamente y no concentradamente a los juzgados. Y, en segundo lugar, se establece que los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieren quedado suspendidos volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento. Una de las medidas, poco popular, es la de declarar excepcionalmente los días 11 a 31 de agosto 2020 como hábiles, salvo para aquellas actuaciones judiciales para las que estos días sean ya hábiles conforme a las leyes procesales.

5. En el ámbito procesal civil es previsible que se multiplique la litigiosidad, debido a las consecuencias de los ERTEs, despidos, falta de liquidez y un largo etcétera. Allende los conflictos laborales, pueden plantearse problemas de pago de alquileres de vivienda, conflictos sobre medidas definitivas o provisionales en procesos de familia y por supuesto también en el sector empresarial y especialmente en el seno del proceso concursal. Algunas medidas son adoptadas ya, otras están trabajándose para su reforma en breve.

a) Se diseña *ex novo* un procedimiento especial y sumario para resolver cuestiones relativas al derecho de familia derivadas de la crisis sanitaria (para revisión de visitas o custodia compartida, revisión de medidas definitivas sobre carga del matrimonio, o revisión de obligación de prestar alimentos).

b) En sede concursal se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico, habiéndose extendido a las empresas la posibilidad de ERTEs en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, con el fin de garantizar la continuidad económica de la empresa y de los profesionales autónomos que venían cumpliendo

obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación homologado.

Se relajan las exigencias de concurso: por un lado, para las compañías que están en concurso de acreedores introduce una moratoria con el fin de que puedan renegociar sus convenios evitando su liquidación; y por otro, para las que tienen dificultades y aun no han iniciado el proceso, se pretende que los acreedores puedan posponer la presentación de concurso necesario hasta el 31 de diciembre de 2020. Con ello se pretende un doble objetivo: por un lado, permitir que empresas con dificultades puedan adaptar su financiación a la nueva situación de la economía española, sin necesidad del concurso, y, por otro, se evita el colapso de los juzgados de lo mercantil. Asimismo, queda suspendido el deber del deudor de solicitar la liquidación concursal cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal. Igualmente, el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento durante un año a contar desde que termine el estado de alarma. Durante un año, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar este acuerdo o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Hasta que transcurra un año, a contar desde la finalización del estado de alarma, se tramitarán con carácter preferente los incidentes concursales en materia laboral, las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas, así como las propuestas de convenio o de modificación y la adopción de medidas cautelares. Las subastas de bienes y derechos serán extrajudiciales (notarial, por procuradores, etc.) en los concursos de acreedores que se declaren durante un año desde el fin del estado de alarma y en los concursos en tramitación, aunque el plan de liquidación manifestare otra cosa, con excepciones (art. 15 RDL). Finalizado el estado de alarma y transcurridos 15 días desde el plan de liquidación, el Juez dictará auto de inmediato, aprobándolo con o sin modificaciones. Durante el año siguiente al estado de alarma se considera que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito cuando se acredita que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal, a los efectos de iniciar el concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado. Y asimismo se hace referencia a la posible suspensión de la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social en 2021, quedando expedita la vía de disolución de la sociedad. Además de las medidas ya aprobadas, se vienen anunciando otra suerte de medidas que se incorporarán en la anunciada Ley de agilización procesal.

c) También en sede procesal y muy probablemente vinculadas a la idea de cómo ganar agilidad, flexibilidad y eficiencia, y evitar colapso, se están proponiendo –parece que serán consideradas en una ley de agilización procesal- medidas de reducción del procedimiento. Entre otras: posibilidad de limitar audiencias previas, si el juez lo considera pertinente, y especialmente en los procesos con demandado en rebeldía, evitar la audiencia previa, situación permitida, por ejemplo, en sede concursal por el TS, convirtiendo la regla especial en general; en asuntos que se tramitan en los Juzgados especializados en cláusulas abusivas, en los que no se discute la condición de consumidor del prestatario y tuviera fecha para audiencia previa, no se celebre ésta, dictando directamente sentencia solo si las partes lo aceptan. Igualmente, se propone limitar la extensión de los escritos procesales, siempre con el debido respeto al derecho de defensa, en todos los órdenes jurisdiccionales, ofreciendo mayor agilidad, amén de celeridad procesal; o la posibilidad de presentar el poder apud acta los procuradores no necesariamente en el primer escrito o actuación, sino en trámites posteriores (antes de la audiencia previa en el ordinario o en la vista del verbal). Una medida no exenta de polémica –que considero podría ser interesante - es la de reformar la LEC para permitir las sentencias orales en los juicios orales (arts. 208, 2019 y 210 LEC), quedando constancia fehaciente –también su motivación- por medios audiovisuales, sin necesidad de trascipción documental, produciendo el efecto doblemente agilizador de impedir el recurso de apelación contra la misma; y solución semejante se hace referencia en los juicios por delitos leves en sede penal.

d) Además, entre las medidas que el CGPJ propuso inicialmente al Ministerio para reformar se encuentra la referida a la extensión del ámbito de aplicación del juicio verbal (arts. 249 y 250), con pretensiones anteriormente del ordinario, conociendo de mayor número de pretensiones por razón de la cuantía y la materia (demanda en temas propiedad horizontal; acciones individuales contra condiciones generales de contratación; arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles; y elevar la cuantía a que se refiere el 249.2 LEC a 15.000 euros); apelación resuelta por un solo magistrado; la celebración o no de vista interesada por una parte se decidirá por el juez, evitando vistas improcedentes si se debaten cuestiones estrictamente jurídicas, sin perjuicio del posible recurso contra la decisión. Cierto es que el verbal es más célebre que el ordinario, de ahí la intención de trasvase de parte de la litigiosidad del ordinario. Se trata ésta de una medida a valorar, equilibrando agilidad y reducción de trámites con afectación de garantías y derechos de las personas. Habrá que esperar a la ley de agilización procesal.

e) La crisis sanitaria también va a repercutir y mucho en el ámbito del consumo. Entre las medidas propuestas por el CGPJ hay alguna de interés: la posible extensión de los efectos en acciones individuales para litigios sobre cláusulas abusivas (modificando arts. 52.1.14º y 519 LEC), arbitrándose la opción de la extensión de

efectos de resoluciones firmes dictadas sobre acciones individuales de cláusulas colectivas, mediante un breve procedimiento contradictorio, evitándose un gran número de procedimientos y, por ende, la previsible litigiosidad en masa. Se propone un procedimiento con posible aportación documental del consumidor y también del banco, permitiéndose mediante auto la extensión o no de los efectos, recurrible en apelación. La desestimación no produciría efectos de cosa juzgada, quedando abierta la puerta al ordinario. Se habla de la posibilidad de trasladar el pleito testigo conocido en sede contencioso-adm (arts. 37.2 y 111 LJCA) al ámbito civil. Debe tratarse de demandas con idéntico objeto. Estas reformas están en periodo de discusión.

6. Probablemente otro de los puntos que podrían aprovecharse en época de mudanzas es la reformulación organizativa, sin perjuicio de que hay pendiente una reflexión global.

Por un lado, se prevé la creación de unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 y se establece la posibilidad de que los LAJ puedan realizar funciones de sustitución o refuerzo, entre otras medidas, con el fin de atender la urgente necesidad de regularizar la situación de juzgados y tribunales para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas. A ello se suma la adopción de medidas de distribución temporal de prestación de servicios en las oficinas judiciales, de forma que cumplan el horario, pero de forma sucesiva y con jornadas de trabajo de mañana y de tarde, permitiendo celebración de vistas y juicios mañana y tarde. Y, sobre todo, se pretende fomentar el teletrabajo, modificando sistemas de identificación y firma reconocidos, así como facilitando el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal.

Por otro, quizás sería el momento adecuado –periodo de mudanzas por necesidad- de abordar la reforma de la Ley de Planta y Demarcación Judicial (sobre la que ya se lanzaron propuestas por la Comisión del Ministerio que trabajó 2008-2010). Una de las medidas muy acorde al momento sería la de impulsar el Tribunal de Primera Instancia, con reforma de oficinas judiciales, favoreciendo la unificación de criterios y una mayor seguridad jurídica para los justiciables, con un sistema de reparto de asuntos mucho más ágil. Y en materia de competencias se viene anticipando la posible creación de “Juzgados especializados para asumir la avalancha de pleitos por el COVID-19”. La transversalidad material debería atenderse para reformular algunas competencias, concentrándolas y configurando especializaciones, que permitirían agilizar procesos, incrementando los niveles de resolución, con reducción de la pendencia y efecto unificador de criterios.

7. De nuevo se escuchan voces a favor de las soluciones jurisdiccionales de conflictos, como medios para garantizar una Justicia eficiente y accesible para las personas. Normas de mediación y arbitraje tenemos (generales y sectoriales, estatales y autonómicas), se han desarrollado proyectos piloto de la mano del CGPJ y la Abogacía, pero siguen pesando siglos de cultura procesal-litigiosa que empañan la efectividad de estas vías extrajurisdiccionales. Se requiere de cambio normativo, si bien sobre todo de “cambio de mirada”, mucho más complejo. En este periodo de incertidumbre y de mudanzas podríamos estar en el momento adecuado.

El modelo de Justicia pre-coronavirus no va a poder responder de forma ágil, flexible, rápida, accesible y económicamente adecuada a todas las personas en la sociedad post-coronavirus. Se plantea de nuevo el impulso de soluciones extrajurisdiccionales de conflictos. Además de generar una mirada pro-arbitraje, lo que a mi parecer solo puede efectuarse atendiendo a la consideración del arbitraje como Justicia y no como “negocio”, las posibles vías para fomentar estos medios son varias.

Por un lado, se podría reconsiderar la propuesta de incorporar para determinadas materias, la necesidad de acudir a la mediación con carácter previo, esto es, aquella fórmula de la “obligación mitigada”, que permitiría tentar a las partes para tratar de solventar sus diferencias a través de la mediación, antes de interponer la demanda. Se trataría de una obligatoriedad *ope legis*, determinándose en ese caso en la ley las materias específicas, o, en su caso, atribuir herramientas legales a los tribunales para “invitar”, derivando a mediación cuando así lo consideren conveniente. Acudir a mediación se convertiría en un requisito de procedibilidad legal o a instancia judicial, si bien hay que evitar por todos los medios posibles (inclusive la comunicación) que se convierta en un obstáculo que salvar sin efectividad alguna. Durante tiempo me mostré contraria a esta vía para impulsar la mediación, si bien la realidad y sobre todo la todavía resistencia a estos medios me permite valorar el grado positivo que la reforma legislativa en estos términos podrían aportar. Todo y que el esfuerzo debe ser institucional posteriormente, favoreciendo ese cambio de mirada; probablemente esto es lo más espinoso y requiere una gran pedagogía.

Por otro lado, se habla de incorporar, como requisito de procedibilidad, reclamaciones previas (una suerte de intento de negociación) en determinados procesos (ante la entidad crediticia en los casos de nulidad de condiciones generales de la contratación en préstamos hipotecarios por personas físicas); o –ante la previsible avalancha de demandas- la reclamación previa ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AES) antes de la demanda de reclamación de cantidad por causa de cancelación, denegación de embarque o retraso en el transporte aéreo, cuando se tramiten a través del verbal; o, en materia concursal,

exigir como requisito de procedibilidad la previa reclamación extrajudicial ante la administración concursal en los incidentes concursales relativos a reconocimiento y pago de créditos contra la masa. Son aquellos en los que se prevé una avalancha de demandas, dada la coyuntura que se ha generado.

Todos ellos son supuestos que podrían encajarse en la vía de la solución extrajurisdiccional de conflictos, aun cuando la lista podría ser mucho mayor. Ahora bien, el sistema, también extrajurisdiccional, debe garantizar el acceso a la Justicia de la ciudadanía, y solo podrá triunfar si viene acompañado de un enorme esfuerzo de “cambio de mirada”, para no convertirse en un mero obstáculo procesal. El camino se está haciendo largo, pero quizás estemos en el *Kairos*, lo que los griegos tan sabiamente –como en tantas otras cosas- supieron expresar como el momento adecuado.



POLÍTICA POSTCOVID-19: ¿VIGILAR Y...?
CUESTIONAMIENTO DE UNA TECNOLOGÍA (DE)
HUMANIZADA

POST-COVID-19 POLICY: DISCIPLINE AND...? QUESTIONING A (DE)
HUMANIZED TECHNOLOGY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 788-795



Elisa SIMÓ
SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La apuesta por soluciones tecnológicas ante la crisis global del coronavirus responde a una lógica efectista pro seguridad que obliga a reflexionar sobre su finalidad y funcionalidad. El nuevo contexto COVID-19 no solo evidencia la tecnologización de la vida, sino que interpela sobre cuestiones como la ponderación de valores y derechos fundamentales, la resignificación de posicionamientos vitales y el (bien)estar en el futuro mediato.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; geovigilancia; tecnología; protección, común.

ABSTRACT: *The commitment to technological solutions in response to the global coronavirus crisis is based on a pro-security logic that forces us to reflect on its purpose and functionality. The new COVID-19 context not only shows the technologization of life, but also brings about questions regarding values and fundamental rights, the resignification of vital positions and (well)being in the mediate future.*

KEY WORDS: *Pandemic; geo-surveillance; technology; protection; common.*

I. Un nuevo fantasma recorre Europa, pero esta vez no conoce las fronteras entre países. La propagación mundial de la COVID-19 potencia exponencialmente el paradigma de la ya consolidada sociedad del riesgo descrita por BECK. Nuevos desafíos que, sin eludir los dilemas clásicos, exigen una reflexión sobre las consecuencias sociopolíticas y jurídicas de esta pandemia.

Los dictados del capitalismo frenético han generado una serie de situaciones límite que provocan una sensación latente de incertidumbre y liquidez vital en la ciudadanía occidental. Los crecientes movimientos migratorios, la desintegración de una clase media ad hoc, la masificación de las ciudades, la injerencia extractiva en la tierra, la macroproducción cárnica, la dependencia con terceras economías y Estados, el reconocimiento de la vulnerabilidad humana y todos los efectos que llevan aparejados, provocan un sentimiento de inseguridad individual y social.

En este sentido, la pandemia del coronavirus no es una excepción. El miedo al contagio y al confinamiento, el peligro ante la pérdida del puesto de trabajo, la ansiedad derivada de la reconfiguración de la noción del tiempo, las expectativas frustradas, la ausencia de planes de futuro dibujan una huella emocional similar. Sin embargo, la lectura de este fenómeno no puede realizarse de manera aislada y refractaria con el contexto social, económico, político y cultural.

Las crisis poseen una historicidad y responden al principio de causalidad. Por ello, resulta fundamental reflejar no sólo la trazabilidad singular del virus sino también la de sus causas estructurales para garantizar un diseño de políticas públicas postCOVID-19 integral y efectivo.

En este sentido, una vez reafirmada la necesaria inclusión analítica de la superestructura, la cuestión que sigue es la revisión de los principios rectores que vertebran las medidas preventivas y de acción para el abordaje de esta problemática.

Ante la aparición de un nuevo riesgo el Estado configura alternativas para minimizar su impacto negativo y salvaguardar los bienes e intereses de la ciudadanía. La tendencia que ha imperado en las últimas décadas para enfrentar nuevas modalidades delictivas que hacen tambalear la geopolítica mundial y la soberanía de los Estados-nación como son el terrorismo y la criminalidad organizada

• **Elisa Simó Soler**

Contratada Predoctoral FPU, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: elisa.simo@uv.es

(narcotráfico, trata de seres humanos, blanqueo de capitales), se ha regido por la lógica represiva y la manipulación del ordenamiento punitivo.

Sin embargo, una misma finalidad preventiva y protectora justifica modos de actuación que podrían parecer antagónicos. Así, resurge el debate entre lo común y el individuo, las diversas concepciones de la solidaridad, la libre conducta frente a la responsabilidad o las necesidades de cuidados o control. ¿Cómo se revierte la inestabilidad material y la vacilación anímica?

2. La crisis sanitaria –que derivará en económica y política– ha situado los parámetros de vigilancia y protección en el núcleo del proceso de *policy-making*. Así, frente a las pérdidas que puede provocar el coronavirus en múltiples esferas que ocupan la centralidad, en el trabajo productivo, en el tiempo útil, pero esencialmente y de forma prioritaria en la salud, se apuesta por el derecho a la seguridad.

De este modo, el confinamiento de la población en sus hogares destaca como medida de contención y, siguiendo esa misma lógica de aislamiento, los Estados han puesto la tecnología como eje principal de los métodos de respuesta a la epidemia. Se ha impulsado el desarrollo de aplicaciones de rastreo de contactos que permitan detectar los patrones de contagio y prevenir nuevos focos de propagación.

Ante esta iniciativa son muchos los interrogantes que se plantean. Desde las discusiones elementales relativas a la ponderación entre ámbito público y espacio privado, entre el bien común y la libertad personal, entre la recogida de datos biométricos y el derecho a la intimidad, hasta la capacidad de intromisión de las aplicaciones en la vida de las personas: ¿qué información se va a obtener y por qué? ¿cuál es el grupo objetivo? ¿durante cuánto tiempo? ¿dónde se almacenará? ¿quién controla al vigilante?

En principio, en el marco de la Unión Europea, pese a que todavía existen diferencias respecto a la centralización o descentralización de los sistemas, tanto en el inicial consorcio PEEP-PT (Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing) como en el posterior protocolo DP-3T (Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing) y en la propuesta de Google y Apple se han acordado unas máximas homogéneas: voluntariedad, anonimato y temporalidad.

La instalación de la app en los teléfonos móviles será voluntaria tras la cesión del consentimiento individual y se reservará el anonimato a través de las denominadas identidades efímeras que permite la privacidad por diseño. Además,

su operatividad estaría limitada en el tiempo para su uso exclusivo durante la pandemia.

Ambos modelos, descentralizado y centralizado, combinan la geolocalización con el intercambio por bluetooth de códigos de identificación. Sin embargo, mientras que en el primer caso la información permanece en los dispositivos, en el segundo se almacena en un servidor al que tendrían acceso las autoridades sanitarias. Esta divergencia condiciona la finalidad y funcionalidad de la herramienta.

En un modelo descentralizado, cada dispositivo móvil cuenta con múltiples códigos de identificación generados aleatoriamente para garantizar el anonimato. Si una persona ha dado positivo podría notificarlo y, después de un estudio inmediato de coincidencia entre los códigos intercambiados, se enviaría un mensaje a las usuarias concretas con las que el positivo en COVID-19 ha estado en contacto.

En términos aclaratorios, cada dispositivo genera una serie de códigos, si dos dispositivos comparten una ubicación suficientemente cercana, estos intercambiarán por bluetooth uno de ellos. Posteriormente, si una persona da positivo, todos sus códigos podrían ser reportados. El resto de usuarias solo tendrían que descargar y verificar individualmente si estos coinciden con alguno de sus códigos recibidos. El objetivo es el ofrecimiento de datos para una toma de decisión personal e informada. Se delega la responsabilidad en el individuo para que actúe en consecuencia. No obstante, sin la implementación de un mecanismo de autenticación de los resultados de los tests, el uso fraudulento de la aplicación con la introducción de falsos positivos mermaría o incluso anularía su eficacia.

Por el contrario, con un modelo centralizado se estaría buscando una especial utilidad médica. La recogida y estudio de datos sería una vía efectiva para una mejor comprensión de la enfermedad y un mejor diseño de las políticas públicas reactivas. No obstante, la principal reserva y oposición es el miedo al mal uso o abuso de la información y, en consecuencia, una potencial vulneración de la privacidad. La justificación basada en la elaboración de estudios epidemiológicos para contener la enfermedad podría ser válida. Sin embargo, el posible acceso a esa información restringida con otros intereses, su venta para fines comerciales, el riesgo de hackeo o la aplicación de medidas de hipervigilancia y sanción indiscriminada por parte del Estado, ponen en cuestión su desarrollo.

Otra tipología de sistema es el denominado *geofencing*. La creación de un mapa de calor interactivo con envío automático de alertas al detectar una aproximación a puntos calientes. De nuevo, se suscitan objeciones. El tracking de la geolocalización podría derivar en un control indeseado del movimiento, la supervisión por organismos públicos implicaría la cesión de información sobre desplazamientos y el señalamiento de espacios visitados o habitados por personas con diagnósticos

confirmados podría ser utilizada con fines espurios de competencia desleal, especulación inmobiliaria, estigmatización o auto-sobreprotección.

Con todo, resulta preciso esbozar varias precauciones. En primer lugar, estas aplicaciones nacen parcialmente fallidas si no existe diagnóstico. La operatividad de la herramienta está condicionada a la realización de tests. Por este motivo, los esfuerzos deben ser combinados para generalizar la diagnosis rigurosa y tener preparadas las medidas para cuando se disponga de la información. Cabe advertir de nuevo que mientras la voluntariedad prima en el uso de la tecnología, el conocimiento sobre el contagio de una persona se regiría por un principio de obligatoriedad perentoria. Las pruebas serológicas urgen especialmente para aquellas personas que, por sus condiciones laborales, no pueden escoger permanecer en sus hogares.

En segundo lugar, pese a que el diseño de estas *apps* no debería entrañar por definición un sesgo discriminatorio, sí podría generarlo como efecto colateral. La brecha digital por edad, clase y género se manifiesta de forma interseccional afectando a quienes poseen dispositivos móviles obsoletos o no los poseen o desconocen su funcionamiento. Además, las personas migrantes en situación administrativa irregular podrían entender estas aplicaciones como una vía de sobreexposición y las rechazarían por miedo a una posible detención.

En tercer lugar, la respuesta estatal a la crisis sanitaria comprendería un conjunto de acciones que afectan a derechos y libertades fundamentales como la libertad de movimiento, la integridad física, el derecho de reunión y manifestación, la libertad religiosa, el derecho de sufragio o los derechos laborales. De ahí que los principios de adecuación, intervención mínima y proporcionalidad deban subrayarse y se requiera alcanzar un acuerdo que optimice la protección del interés general y la maximización del respeto a los derechos fundamentales.

Para ello, es imprescindible que el equipo técnico encargado del diseño, desarrollo, seguridad y evaluación de las medidas tenga una naturaleza multidisciplinar y esté conformado por profesionales no solo del campo de la virología, epidemiología, informática y análisis de datos sino también de la psicología y del derecho. Aún más, se intuye la necesidad de elaborar un nuevo marco normativo que, en términos generales, regule este nuevo impulso hacia la perpetuación de una sociedad digitalizada de sujetos jurídicos (re)definidos en clave usuario/prosumidor/ciudadano en red.

3. Dado que la utilización de la geolocalización como instrumento preferente para el control de la pandemia no está exenta de controversias y debido a que la

separación entre lo humano y lo tecnológico cada vez se presenta más ambigua, es posible trazar algunos elementos que invitan a la reflexión.

Por un lado, el miedo a la enfermedad y la sospecha del otro como agente patógeno induce un estado de constante autovigilancia por parte de la ciudadanía. En este sentido, podría pensarse que las aplicaciones de geolocalización no son más que el desarrollo tecnificado de una práctica de control ya presente en la sociedad. Desde una interpretación *foucaultiana*, podríamos estar vislumbrando una suerte de panóptico vecinal.

Este fenómeno de geovigilancia analógica desde el balcón fomentaría un debate en torno a las técnicas disciplinarias de espionaje social y cuestionaría la solidaridad como un valor inmutable, especialmente en tiempos de crisis.

Sucede entonces que la solidaridad queda interpretada desde dos perspectivas polarizadas. De una parte, sería la base para empatizar con aquellas personas que reclaman una adaptación de las restricciones a sus circunstancias específicas, en algunos casos subjetivas y/o caprichosas. De otra, el incumplimiento, puede que solo aparente, del confinamiento se entendería como muestra de egoísmo y desprecio hacia el interés general como guía de comportamiento. Este conflicto traería consigo una segunda fase de análisis que abarcaría la imposibilidad de gestar una red interdependiente de sustrato social y la problematización del nexo izquierda y poder-control.

Por otro lado, la tecnología ya no es (o quizás nunca fue) una esfera accesoria de la vida, sino que es una extensión, un elemento definitorio más. Deviene un factor de condicionamiento conductual –de pautas de consumo, de ocio, identitarias, relaciones– y ha propiciado un incrementado de la calidad y de la esperanza de vida tan incontestable como irrenunciable. Es la innegable relación causa-efecto entre desarrollo tecnológico y progreso social junto a la sublimación del binomio tecno-humano lo que fundamenta la posición privilegiada de la tecnología en esta crisis.

En una situación de urgencia sanitaria podría parecer que no hay alternativa: solucionismo tecnológico o barbarie. La tecnología sería el único instrumento capaz de dar una respuesta inmediata. Un medio efectista con un elevado potencial tranquilizador al velar por la seguridad vital de la población.

Sin embargo, con un apoyo ciego e irreflexivo a la tecnología se corre el riesgo de que el solucionismo cortoplacista se estandarice como respuesta tipo y el estudio de las causas estructurales quede relegado. Abordar esta problemática no es una cuestión menor puesto que las medidas que se adopten sentarán el precedente de la política postCOVID-19 (¿vigilar y...?).

4. La crisis del coronavirus ha supuesto una alteración brusca de las dinámicas sociales e individuales, aunque sea de forma temporal. A partir de una cuestión muy concreta como es el uso de una aplicación móvil de geovigilancia para el control de la epidemia, se rescatan problemáticas complejas y se vislumbran nuevos interrogantes.

Sin sucumbir ante una visión amable sobre las bondades de la tecnología ni tampoco aferrarse en una postura tecnófoba de descrédito, resulta imperativo reconocer que la tecnologización revaloriza la experiencia vivida y subrayar que *Big Data means big responsibility*. La trascendencia que tiene la aplicación de métodos tecnológicos para salvaguardar el derecho a la salud exige una actuación transparente con información clara, sencilla y comprensible porque la elección final sobre el tipo de sistema de control digital supondrá optar por más o menos privacidad o información, supondrá decidir *vigilar para qué*.

De forma simultánea, todo ciclo de políticas públicas finaliza con una fase de evaluación y rendición de cuentas. En este punto, la crisis sanitaria podría constituir la ventana de oportunidad para valorar el fracaso o no de las políticas de austeridad y privatización y para resaltar las implicaciones que conlleva el compromiso con lo público y lo común.

Por último, esta crisis sugiere un cuestionamiento de la norma y la excepción. El deseo de vuelta a la normalidad permite dudar de la vida normal, aquella en la que nos pensábamos omnnipotentes, autosuficientes y eternas. Quizá solo era una ficción, la negación autodestructiva de sabernos interconectadas, vulnerables y finitas. Quizá la discutida geolocalización invite a un proceso de geo-concienciación que configure una agenda política consecuente con los límites biofísicos y consciente de nuestra interdependencia tecno-sacionatural.

**COMENTARIOS AL “BLOQUE DE MEDIDAS PARA EL
ORDEN PENAL CONTENIDAS EN EL PRIMER DOCUMENTO
DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS ORGANIZATIVAS Y
PROCESALES PARA EL PLAN DE CHOQUE EN LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS EL ESTADO DE
ALARMA” ELABORADO POR EL CGPJ**

**COMMENTARY ON THE “BLOQUE DE MEDIDAS PARA EL ORDEN
PENAL CONTENIDAS EN EL PRIMER DOCUMENTO DE TRABAJO
SOBRE MEDIDAS ORGANIZATIVAS Y PROCESALES PARA EL PLAN
DE CHOQUE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS EL
ESTADO DE ALARMA” DRAFTED BY THE CGPJ**

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 796-815

* Víctor Muñoz Casalta es autor de los comentarios a las medidas: 4.2, 4.6, 4.12; y Luis de las Heras Vives respecto de las medidas: 4.1, 4.3, 4.4, 4.5, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11 y 4.13.

El borrador puede leerse aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma>



Luis de las
HERAS y Víctor
MUÑOZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A lo largo del presente artículo comentamos cada una de las medidas propuestas por el CGPJ en su borrador para hacer frente a la crisis del coronavirus en la jurisdicción penal.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción penal; crisis del coronavirus en España; propuestas de medidas judiciales.

ABSTRACT: *Throughout this paper, we discuss each of the measures proposed by the CGPJ in its draft to deal with the coronavirus crisis in the criminal jurisdiction.*

KEY WORDS: *Criminal jurisdiction; coronavirus crisis in Spain; proposals for judicial measures.*

Introducción a los comentarios. Durante la revolución norteamericana y francesa, sobre el binomio derecho-Estado se pretendió por los revolucionarios apuntalar la defensa de los derechos de los hombres y edificar las garantías, y con ello controlar el ejercicio del poder. Sin embargo, con el “fin de milenio” hemos asistido a un aggiornamento kafkiano del Derecho penal y el proceso que lo ordena. Ideología convertida en poder. Razonabilidad frente a racionalidad. Y una Justicia que decae ante las “razones de estado” que todo justifica. Estos son algunos de los síntomas. El diagnóstico deviene evidente: la descomposición del modelo de Estado de Derecho. Y sus efectos, como lúcidamente nos revela el Profesor MORALES Prats en su obra *Utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, Barcelona, 2015, suponen:

[1] El sometimiento o la subordinación acrítica y conformista del Derecho Penal a la evolución fáctica de los procesos políticos y sociales.

[2] La conformación de una cultura cifrada en el integrismo punitivo, con el consiguiente primado del Derecho penal ante la crisis y parálisis de otros sectores del Ordenamiento Jurídico.

[3] La reasunción de funciones moralizadoras en la intervención punitiva del Estado.

[4] La conformación de un Derecho Penal popular, que se rige desde demandas punitivas irrationales que emergen en el seno social.

[5] Generalización de los juicios paralelos en los medios de comunicación y en nuevos contextos como Internet.

[6] Impotencia de la ciencia penal para abordar el estudio de problemas punitivos, imponiendo criterios laicos y racionales.; crisis, por tanto, de la cultura del garantismo iluminístico.

[7] Abandono de la búsqueda de un modelo articulado de instrumentos alternativos de tutela en el ámbito del Derecho Civil, Mercantil o Administrativo;

• **Luis de las Heras Vives**

Abogado Penalista. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: luisdelasheravives@gmail.com

• **Víctor Muñoz Casalta**

Abogado Penalista. Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: munoz.casalta@gmail.com

fracaso por tanto de las propuestas que se formularon hace veinte años en torno a la generación de funciones preventivas y sancionadoras fuera del Derecho Penal, que pudieran orientar un proceso despenalizador”.

El derecho penal ha dejado de ser ultima ratio para alzarse como un poderoso instrumento político y con ello el derecho penal vigente es mero reflejo de la respuesta punitiva que el ciudadano desde su convicción ideológica reclama. Hoy las propuestas despenalizadoras son miradas, la mejor de las veces, con recelo por la sociedad y cuando existen son simple y llanamente capricho de la voluntad política. La opinión pública degrada al que se aparta del hecho noticiable siempre presentado en clave punitiva.

Todos ellos, sin embargo, no advierten que a la que hoy llaman la «espada de los justos», mañana será la del verdugo que ante su agónica y sorda protesta les arrebatará la libertad. Ignoran que todos podemos ser el Joseph K. de Franz Kafka. Y en su “dolce far niente” intelectual desconocen que ese Derecho penal que infaman y ese Proceso que denostan, es el antídoto frente a las demandas punitivas de una realidad social cambiante.

Sin duda nuestra realidad social en las últimas semanas ha cambiado. Una pandemia, con nombre propio: coronavirus, pesa sobre nosotros y al adagio y compás del dolor y caos judicial vigente, desde una de las patas del Estado de Derecho, el Consejo General del Poder Judicial, se nos informaba el pasado 7 de abril de 2020 una serie de propuestas para el orden penal para agilizar nuestra disciplina y enfrentar así la paralización judicial que estamos viviendo.

I. Medida núm. 4.I.

Medida: Fomentar las conformidades previas al acto de juicio oral.

Comentario: En lo que respecta al primer punto este apartado 4.I: “Sería conveniente imponer comisiones de conformidad en todas las fiscalías y en el turno de oficio de la abogacía.”

Nos encontramos ante una propuesta que, de hecho, está perfectamente instaurada en nuestro sistema procesal, pues es de sobra conocido que existe ya en la actualidad un Protocolo de Conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española y que, de hecho, dio lugar a la Instrucción 2/2009, Sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

Asimismo, carece de sentido esa especial referencia al turno de oficio, pues, todo investigado goza de idénticos derechos y trato procesal con independencia de si su defensa la ostenta abogado de oficio o particular.

En lo que respecta al segundo punto: “Conformidad en el Juzgado de Guardia. En el supuesto de que no se pudiera realizar la conformidad en el juzgado de guardia o al inicio de la instrucción, también se podría plantear con citación de las partes y acusado, previamente al señalamiento del juicio, en una audiencia preliminar y finalmente antes del inicio del juicio oral”.

Nuevamente, nos encontramos ante una propuesta residual por cuanto nada aporta y, en todo caso, parece desconocer que ya existe, como se ha dicho, un Protocolo entre la Fiscalía General del Estado y el CGAE cuyo objetivo fundamental es anticipar las conformidades a un momento previo al juicio oral.

Asimismo, también parece desconocer el CGPJ que las relaciones entre la FGE y el CGAE existen, como es de ver en el acuerdo alcanzado en 2009, y en la actualidad existen sobrados mecanismos para que en cualquier momento cualquier profesional pueda interesar un encuentro con el Fiscal encargado del despacho. De hecho, en la página 15 de la Instrucción se puede leer: “Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible”.

Y en lo que respecta al tercer y último punto de este apartado 4.I: “También sería conveniente que en las grandes ciudades los fiscales que hacen guardia de detenidos continúen llevando las causas hasta el final, de tal manera que, si las conformidades no se pueden realizar en las guardias, se intentarán después, en las fases del procedimiento”.

Si bien esta cuestión es estrictamente interna de la FGE, ello está en la actualidad perfectamente delimitado en el apartado IV.2.2. Gestión de las iniciativas de conformidad.

Debiéndose destacar que, en todo caso, la propia Instrucción recuerda respecto del art. 779.I.5º LECrim, que parece desconocer el borrador: “en cuanto considere que es viable la conformidad, el Fiscal debe imperativamente tomar la iniciativa, si no lo hace el propio Abogado, activando el sistema de localización de éste con el fin de asegurarse, como queda dicho, de que el acusado es consciente de las posibilidades que la ley le ofrece. Decidida en cualquier caso por el Fiscal la conveniencia de plantear un acuerdo de conformidad, se procederá a la localización del Letrado o Letrados defensores, acudiendo si es preciso al servicio que diseña el Protocolo, por el medio que se haya acordado entre el Fiscal Jefe

y el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. Hay que apuntar que, si existen varias defensas, el mismo artículo 7 del Protocolo, en su apartado 5 exige al Fiscal contactar y negociar la conformidad simultáneamente con todas ellas (“deberá citarse a todos ellos conjuntamente””).

Lo que deberá, por tanto, es abordarse una cuestión propia por la FGE y el CGAE para determinar, en su caso, el grado de eficacia y plasmación real de un Acuerdo que tiene más de una década por lo que viene a evidenciar que el CGPJ está en un plano distinto de la realidad.

Como quiera, no obstante, que subyace interés en el asunto, a nuestro juicio, sería más correcto, en primer lugar, suprimir los límites del art. 801 LECrim., y permitir que el art. 779.1.5º LECrim., despliegue sus efectos en todo el ámbito del procedimiento abreviado. Y, en segundo lugar, para facilitar ex lege el acuerdo entre FGE y CGAE, antes de dar por concluida la fase de diligencias previas en el proceso abreviado, esto es, antes del dictado de cualquiera de las resoluciones del art. 779 LECrim, por el órgano instructor se mande convocar a los investigados a una comparecencia con el Ministerio Fiscal, y el resto de las acusaciones si las hubiere excluida la popular; para analizar la procedencia o no de un reconocimiento de hechos.

Con carácter adicional a lo que ya hemos dicho, y visto el propio contenido de la propuesta, conviene, no obstante, precisar que mientras subsista el actual paradigma procesal en el modelo español donde el monopolio de la acción penal no lo ostenta únicamente el Ministerio Fiscal, este tipo de propuestas deben considerarse con la prudencia que exige no laminar los derechos fundamentales de las acusaciones particular y, en su caso populares, si bien respecto de estas convendría profundizar un proceso para su limitación visto que, en no pocas ocasiones, instrumentalizan la acción de la justicia.

2. Medida núm. 4.2.

Medida: Conformidad privilegiada en los delitos leves

Comentario: La medida debe abordarse desde dos perspectivas: i) la introducción del proceso de aceptación por Decreto en el seno de los delitos leve; y ii) la posibilidad de reducir en un 50% la multa en caso de pago inmediato.

En relación a la primera de las cuestiones, ya el propio CGPJ señala el escaso impacto que tendría la misma toda vez que el proceso por aceptación por Decreto, introducido por la Ley 41/2015, ha tenido una insignificante aplicación (por no decir

nula) práctica a día de hoy, por lo que poca aplicación tendrá también en el seno de los delitos leves.

No obstante, la medida resulta criticable desde varias perspectivas.

El Ministerio Fiscal no interviene en todos los procedimientos por delitos leves, sino en aquellos que vienen expresamente previstos en la Circular FGE 1/2015. Por tal razón, no resulta claro del texto si el Ministerio Fiscal podrá formular Decreto de propuesta de imposición de pena respecto la totalidad de delitos leves (incluidos los privados) o solamente respecto aquellos en los que interviene.

Sin embargo, y sin ánimo de desmerecer la relevancia e importancia de lo razonado hasta ahora, consideramos que la mayor gravosidad de la medida se predica respecto la absoluta y manifiesta indefensión a la que se somete al justiciable.

En el ámbito de los delitos leves no resulta preceptiva la asistencia de abogado ni procurador, de ahí que en la mayoría de asuntos el interesado acuda a la vista sin asistencia de los mismos. Ello supone que, a tenor de la medida propuesta por el CGPJ, el justiciable va a recibir una propuesta de sanción penal sin la participación ni el asesoramiento de letrado, aún con las importantes consecuencias legales que supondría su aceptación. Pensemos, por ejemplo, en relación a los antecedentes penales (revocación de penas suspendidas, imposibilidad de acceso a oposiciones, etc.).

También debe atenderse a la rotura del principio de igualdad de armas, pues no existe posibilidad de contradicción alguna, al ser el Ministerio Fiscal quien determina los hechos y las consecuencias jurídicas, sin intervención alguna de las partes en ello.

Preocupa, y mucho, la referencia al “principio de prueba existente” al que alude el CGPJ y que vertebría la propuesta de sanción. El proceso por delito leve se caracteriza por la unidad de acto, siendo que es en el acto de juicio oral donde se proponen y practican las pruebas, a diferencia del resto de procedimientos. Ello motiva que con carácter anterior al juicio oral apenas exista -como “prueba”- una sucinta denuncia, sin que existan mayores indicios de criminalidad que los proporcionados por este relato. En consecuencia, debemos preguntarnos: Si en el proceso por delito leve la prueba se practica en el juicio oral, ¿Qué prueba “suficiente” habrá con carácter anterior a este acto? ¿La denuncia? Como observamos, una medida así puede dar lugar a manifiestas arbitrariedades.

Por último, debemos referirnos a la posibilidad de ver reducida la pena de multa en un 50% si ésta se abona íntegramente.

Parece ser que el CGPJ pretende trasladar al ámbito penal aquello que tan “buenos” resultados ofrece en el proceso administrativo. Se trata, en definitiva, de una forma de “motivar” al ciudadano para abonar la totalidad de la multa dado el coste que le supondría enfrentarse con todas las garantías al proceso.

A modo colofón, y habida cuenta que el CGPJ prevé en la modificación del art. 964 LEcrim que “La sentencia dictada de conformidad con arreglo a lo previsto en los arts. 963.2º 2, 964.3.2º y 967.1.3º se llevará a efecto de inmediato, sin necesidad de documentación realizándose los requerimientos derivados del fallo que sean precisos para su efectivo cumplimiento”, empieza a no ser difícilmente imaginable la posibilidad de que la Administración de Justicia se dote de un elevado número de terminales TPV, una en cada juzgado de instrucción, para que todos aquellos que decidan aceptar la propuesta de sanción puedan, “inmediatamente”, abonar la suma y así ver reducida la misma en un 50%. Desde luego que esto simple y llanamente puede calificarse de kafkiano y todo en nombre de la agilización de la justicia.

3. Medida núm. 4.3.

Medida: Supresión de algunos delitos leves (amenazas, coacciones, alteración de términos o lindes y distracción del curso de aguas).

Comentario: En lo que concierne a los delitos de amenazas y coacciones leves se trata de una medida, por un lado, político-criminalmente deficiente; y, por el otro, populista.

Así, en primer lugar, se pretende hacer efectivo el principio de intervención mínima razonando que dicho principio “exige despenalizar algunas conductas, que, a mayores, sobrecargan la actividad de los Juzgados”. Sin embargo, lo cierto es que el principio de intervención mínima supone restringir el recurso del derecho penal para proteger únicamente aquellos bienes jurídicos que no han podido quedar suficiente protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, pues si la sociedad y los ciudadanos pueden quedar protegidos con medios menos lesivos y graves para la libertad como son los penales, no debe recurrirse a estos.

Esto que acabamos de decir se ve con nitidez en el caso de los delitos de alteración de términos o lindes (art. 246.2 CP) y distracción del curso de aguas (art. 247.2 CP) en los que el propio borrador alude a que los bienes protegidos por esos delitos estarían en lo sucesivo por el derecho civil y el derecho administrativo por lo que en este punto la propuesta contenida en el borrador es acertada.

Sin embargo, no sucede así con los delitos leves de amenazas (art. 171.7 CP) y coacciones (art. 172.3 CP), pues los bienes jurídicos que protegen ambos delitos (el sosiego y tranquilidad personas en el desarrollo de la vida y la libertad de actuación, respectivamente) van a quedar insuficientemente tutelados, ya que, con su supresión únicamente serán delito las amenazas o coacciones menos graves y las leves únicamente cuando la persona ofendida sea alguna de las del art. 173.2 CP.

En este sentido, bajo la justificación del principio de intervención mínima lo que se busca es derogar los delitos leves de amenazas y de coacciones en atención a que estos, a diferencia de lo que ocurre con los de alteración de términos o lindes y distracción del curso de aguas, sí que son muy frecuentes en el día a día de la actividad jurisdiccional de los juzgados de instrucción de forma que con su derogación se suprime un porcentaje no importante del catálogo de delitos leves que son objeto de enjuiciamiento diario. Sin embargo, la justificación del principio de intervención mínima no es dable para adoptar este criterio político-criminal sin que quede previamente definido en modo alguno como el ordenamiento jurídico pasará a proteger esos valores hasta ahora protegidos por los delitos leves de amenazas y coacciones que el borrador proyecta derogar.

4. Medida núm. 4.4.

Medida: Introducción de la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad y/o localización permanente junto a la multa en algunos delitos.

Comentario: Se pretende con esta propuesta la “Introducción de la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad y/o localización permanente junto a la multa en delito leve de hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236.2 CP), estafa (249 CP), administración desleal (252.2 CP), apropiación indebida (253.2 CP) y daños (263.1 CP)”.

La finalidad que se persigue según se razón es, por un lado, “descargar a los juzgados de instrucción del trámite relativo a la exigibilidad del pago de la multa: requerimiento, eventual fraccionamiento del pago, impago, averiguación de bienes, declaración de la responsabilidad personal subsidiaria, recursos”, y, por el otro, evitar el “cumplimiento de una breve pena privativa de libertad”. De este modo, además, se simplificaría “la ejecución dado que en muchas ocasiones el denunciado en el acto de juicio ya pone de manifiesto su insolvencia o dificultad para hacer el pago de la multa y podría imponerse directamente la pena de trabajos o localización sin necesidad de tramitar la previa insolvencia”.

La medida, sin embargo, es objetable respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) porque si bien estos no pueden imponerse sin el consentimiento del penado, lo cierto es que la realidad pone de manifiesto que nos encontramos ante una pena que: 1) no está desprovista de una carga de trabajo real para la administración de justicia, ya que exige la coordinación de equipos de trabajo para la organización de los TBC y la observación de su ejecución; 2) y, además, plantea serios problemas relacionados con su incumplimiento, pues el art. 49 CP en estos casos manda deducir testimonio para proceder por un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

Asimismo, la experiencia también nos pone de manifiesto que pese a esa conformidad inicial del penado para la pena de TBC, en ocasiones éstos ni siquiera se llegan a realizar por la propia incomparecencia posterior del penado lo que, además, plantea problemas de competencia entre el JVP y el Sentenciador o encargado de las ejecuciones penales si hubiere órgano especializado.

Todo ello, por tanto, no hace sino incrementar considerablemente la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, y, por supuesto, de los Abogados y el Ministerio Fiscal, al tener que despachar todas las vicisitudes inherentes a la ejecución y, en su caso, incumplimiento de los TBC.

Además, se señala que esta propuesta tendría como finalidad la evitación de penas privativas de libertad cortas que pudieran derivarse del impago de la multa, sin embargo, parece desconocerse que, proyectándose el borrador al ámbito de delitos leves, difícilmente la conversión del impago de multa, que para un delito leve no puede ser superior a 3 meses (art. 33.4 g) CP), en responsabilidad personal subsidiaria por impago de la misma, dada la conversión 1 día de RPS por cada 2 días de multa (art. 53 CP), puede suponer más de 45 días de privación de libertad que una correcta interpretación del CP permitiría su suspensión. Y, en todo caso, amén de la posible suspensión, precisamente por traer la eventual la privación de libertad de un delito leve no puede superar el umbral máximo de pena de libertad suspendible, el CP ya prevé en el art. 53 CP que el incumplimiento del pago de la multa tratándose de delitos leves pueda cumplirse mediante localización permanente; pena esta que, de hecho, expresamente propone el borrador por ser ésta una de las posibles para los delitos leves de conformidad con el art. 33.4.h CP. Ello, sin obviar que, nuevamente, también la RPS puede sustituirse ex art. 53 tratándose de delitos leves por TBC.

En definitiva, por lo que respecta a los TBC se trata de una propuesta que no conduce a una mayor optimización de los recursos, sino todo lo contrario por los problemas que plantea. En cuanto a la LP, esta sí que resulta más eficiente que la pena multa, pero afecta más a la esfera de libertad del ciudadano que la situación punitiva actual por lo que no se justifica criminológicamente y dogmáticamente

aprovechar la situación del coronavirus-2019 para introducir esta reforma que supone volver al antiguo sistema de las faltas contra el patrimonio que preveían la opción entre la pena multa o la localización permanente y, por lo tanto, más represivo que las actuales penas de los preceptos que se quieren reformar que únicamente contemplan la multa.

5. Medida núm. 4.5.

Medida: Reforma de los arts. 973.1 y 789.2 LECrim., con el fin de posibilitar a los jueces, con carácter opcional, que puedan dictar sentencias *in voce* sin necesidad de documentarlas posteriormente, en los casos siguientes: a) En el enjuiciamiento de delitos leves. b) Cuando haya conformidad, cualquiera que sea la pena impuesta.

Comentario: En esencia con esta medida se persigue que los Jueces puedan dictar sentencias *in voce* sin necesidad de documentarlas en los siguientes casos: “a) En el enjuiciamiento de delitos leves; y b) cuando haya conformidad, cualquiera que sea la pena impuesta”.

La propuesta en lo que respecta a las Sentencias dictadas en conformidad es aceptable siempre que tras concluir la vista se haga entrega real y efectiva en soporte CD o se facilite un link la descarga, de la grabación videográfica de la vista en la que se haya dictado la sentencia *in voce*.

En cambio, la medida no parece aceptable en lo que respecta a delitos leves, pues tanto una sentencia condenatoria como absolutoria tiene relevancia en los derechos fundamentales. En las condenatorias en el de presunción de inocencia del acusado; y, en las absolutorias, el de tutela judicial efectiva de quien ve desestimada su pretensión.

Precisamente el dictado de sentencias condenatorias *in voce*, e incluso absolutorias pese a los términos que éstas últimas pueden ser recurridas, supondrá una avalancha de recursos por infracción de las garantías del deber de motivación de sentencias.

En otro orden de cosas, la propuesta no aclara aquellos casos en los que el justiciable, por las razones que fuesen, no tiene acceso material al fichero en el que haya sido videográficamente grabada la sentencia *in voce*, por ejemplo, por carecer el de reproductor del fichero o conocimientos técnicos para acceder al link de descarga del video del acto de juicio en el que se hubiere dictado la sentencia. Ello supondría de suyo una serie de problemas posteriores que afectarían gravemente

a los derechos del justiciable que, en definitiva, se vería desprovisto de la sentencia que le beneficia y/o perjudica.

Asimismo, y desde el punto de vista simbólico o comunicativo de la función jurisdiccional, no parece que el dictado de sentencias in voce sea demostrativo hacia el ciudadano del proceso de reflexión de valoración de la prueba y fundamentación que toda sentencia exige por afectar a derechos fundamentales.

Por último, se trata de una medida que es especulativa e incluso hipotética, sin que, por ahora, se haya justificado el grado de aceptación de la reforma propuesta y el grado de aceptación que podría tener entre los órganos de enjuiciamiento, pues no consta un estudio real sobre su impacto en la administración de justicia más allá de la vaga alusión al baremo contenido en el Reglamento 2/2018.

En definitiva, se trata de acometer una reforma de la ley de enjuiciamiento criminal para introducir un debilitamiento de las garantías por lo que no parece que la crisis sanitaria del coronavirus-2019 justifique esta medida.

6. Medida núm. 4.6.

Medida: Modificar la formulación y resolución de los recursos frente a resoluciones interlocutorias, tanto devolutivos como no devolutivos.

Comentario: La presente medida puede subdividirse en dos apartados diferenciados:

Por un lado, la medida tiene por objeto delimitar la fase procesal -desde dos momentos procesales distintos- en que podrán formularse oportunos recursos frente a las resoluciones interlocutorias dictadas durante la tramitación de la causa.

Por el otro, estas impugnaciones serán resueltas por el Juez sin posibilidad de ulterior recurso, sin perjuicio, eso sí, de reproducir tales peticiones al comienzo de la vista oral.

Debe advertirse ya de inicio que la medida supone, a todas luces, una notable e injustificada merma del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE, como inmediatamente expondremos.

El redactado de la propuesta es vago e impreciso, lo que genera ciertas dudas en cuanto al contenido, extensión y aplicación práctica del proceso.

Fijémonos que la primera opción ofrecida por el CGPJ es incluir la fase propuesta en el seno del art. 780 LECrim. Así, en este momento, el Juez dará traslado al Ministerio Fiscal y las acusaciones para que formulen acusación, sobreseimiento o, excepcionalmente, soliciten diligencias complementarias. Sin embargo, por el CGPJ se introduce la posibilidad de que sea este el momento en el que las partes puedan impugnar las resoluciones interlocutorias dictadas por el juez. Observamos pues como el CGPJ no recoge de forma clara y precisa si los plazos procesales para una u otra opción discurren de forma simultánea o, por el contrario, discurren de forma supeditada (primero uno y luego otro).

Del redactado se deduce la primera opción, esto es, que se dispondrá de diez días para formular acusación (o sobreseimiento o diligencias complementarias) y para impugnar aquellas resoluciones que se estime oportuno, todo en idéntico plazo. Sin embargo, esta opción resulta sumamente perjudicial, no ya por el hecho de que el plazo conferido sea escaso para la evacuación del trámite, sino porque podríamos caer en el absurdo de formular acusación aun habiendo impugnado resoluciones con clara incidencia para la formulación del indicado trámite. Piénsese en el caso de no incluir en el escrito un medio de prueba que, una vez impugnada la resolución que en su día lo desestimó, ahora lo estima ¿Debe formularse un segundo escrito de acusación? Un absurdo.

Idéntica conclusión alcanzamos respecto la posibilidad de encajar esta propuesta en el seno del art. 779 LECrim.

De forma similar a lo anteriormente expuesto, la privación de impugnar las decisiones del Instructor durante la fase de diligencias previas vulnera directamente el art. 24 CE, máxime si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional dota a las diligencias de investigación de protección fundamental. Se trata, en definitiva, de la exclusión de las partes del proceso. Supongamos que por el Instructor ha sido denegada una testifical solicitada por las partes, las cuales consideran dicha testifical determinante para el esclarecimiento de los hechos, puesto que de la misma podrán derivarse otras diligencias de investigación útiles. La imposibilidad de recurrir su denegación hasta el momento procesal previsto en el art. 780 LECrim o 779 LECrim supondría no solamente privar a las partes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues la privación de control por órgano superior impediría la depuración de la cuestión en la fase de instrucción.

En cuanto a la posibilidad de que tales resoluciones sean resueltas por el mismo juez sin posibilidad de ulterior recurso, baste indicar aquí que tal opción se nos antoja absolutamente descabellada, por cuanto resultaría claramente vulnerado el llamado "derecho al recurso" que el Tribunal Constitucional ha encajado en el art. 24 CE. En definitiva, con ello, se dota al Instructor de total y absoluta arbitrariedad en cuanto al control de la Instrucción, pues su actuación no podría ser sometida a

control alguno, a excepción del que pudiera realizarse (y con las especificaciones oportunas) por el tribunal enjuiciador al inicio de las sesiones de juicio oral, pues, en definitiva, sería el este el único órgano inmediato que podría someter a control aquellas impugnaciones realizadas por las partes del proceso.

Nuevamente podríamos caer en el absurdo de retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción, lo que en sí supondría una notable mayor pérdida de tiempo y de medios que el que supondría someter la resolución del juez a control por el órgano superior.

7. Medida núm. 4.7.

Medida: Establecimientos de criterios de prioridad en los señalamientos al reanudarse la actividad jurisdiccional.

Comentario: La propuesta en términos generales es acertada en lo que respeta a la articulación de mecanismos eficaces a la hora de señalar los distintos procedimientos, pues, indudablemente la reanudación de la actividad jurisdiccional ordinaria va a suponer un reajuste de la agenda de los juzgados muy importante.

Sin embargo, conviene hacer una puntualización cuando se dice: "Por último, podría citarse a todas las partes procesales a una comparecencia preliminar al objeto de delimitar la prueba propuesta, especialmente en aquellos casos en los que sea muy extensa, e incluso facilitar las posibilidades de alcanzar un acuerdo, bien fuera de conformidad o de retirada de la acusación".

Bien es cierto que el art. 785.I LECrim establece que: "En cuanto las actuaciones se encuentren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada", sin embargo no parece oportuno que en presencia del órgano enjuiciador se convoque a una suerte de conciliación para facilitar un acuerdo entre las partes o la retirada de la acusación, pues, con este tipo de conductas puede afectarse gravemente a la imparcialidad -que no solo debe ser, sino parecer- que exige la jurisdicción penal.

A mayorabundamiento, también conviene señalar que si en dicha comparecencia oral se realizara una delimitación exhaustiva de la prueba propuesta por las partes, especialmente la de la defensa, se podría afectar gravemente a su estrategia procesal. Por no obviar que en el ámbito del procedimiento abreviado dicha comparecencia supondría una afectación grave, si no el vaciamiento, de los arts.

785.I.II y 786.2 LECrim que permite informar al inicio del acto de juicio oral sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o proponer nuevas pruebas que se practiquen en el acto por lo que con el borrador propuesto se estaría mutando por la vía de hecho la realidad del proceso penal actual.

8. Medida núm. 4.8.

Medida: Añadir al artículo 989.2 LECrim un nuevo apartado que facilitase la asunción por la Agencia Tributaria de toda la ejecución dineraria líquida, sea cual sea su naturaleza. Extender la previsión legislativa de colaboración de la Agencia Tributaria que contempla el artículo 305.7 CP para la ejecución de la pena de multa y responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública, para la ejecución de la pena de multa cualquiera que sea el delito por el que haya sido impuesta.

Comentario: Nos encontramos ante una propuesta, que en idéntico término a la previsión del art. 305.7 CP introducida por la reforma del CP de 2010, pretende coadyuvar a la recuperación patrimonial por parte de los órganos jurisdiccionales, en este caso, las responsabilidades civiles *ex delicto* y multas. Por tanto, se trata de una propuesta efectivista sin ningún tipo de apoyatura dogmática o político criminal y que, en último término, supone atribuir de facto funciones judiciales a la Administración Tributaria que será el instrumento de fuerza recaudatoria al servicio de la Autoridad Judicial.

En todo caso, indudablemente, si la reforma viene acompañada de un robusto sistema de mecanismos y garantías para que exista un eficaz control de legalidad, la propuesta es idónea a los fines que persigue, esto es, hacer más agiles y contundentes las ejecuciones penales de multas y responsabilidades civiles *ex delicto* al contar la AEAT con mejores mecanismos para su ejecución frente los de las oficinas judiciales que ordinariamente se presentan como ineficaces e ineficientes.

9. Medida núm. 4.9.

Medida: A fin de potenciar la intervención del Ministerio Fiscal en otros procedimientos de mayor complejidad técnico-jurídica y aprovechar sus medios personales, así como de introducir en toda su extensión el principio de oportunidad, se considera de importancia capital la modificación del art. 969.2 LECrim.

Comentario: Con esta medida se pretende “optimizar la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos más complejos” y descargarlo en asuntos más sencillos. Para ello el CGPJ proyecta un borrador de reforma del art. 969.2 LECrim., con una previsión en la que el FGE impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2 LECrim., por lo tanto en el borrador de reforma se busca ampliar el ámbito de excusabilidad que actualmente está acotado a aquellos delitos leves cuya persecución exige la denuncia del ofendido o perjudicado.

Conviene recordar que la cuestión de la incomparecencia del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas (ahora delitos leves y en la actualidad extensamente desarrollada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015) fue una cuestión muy controvertida resuelta por la STC 56/1994, de 24 de febrero, sobre si el art. 969 LECrim introducido por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Penal, suponía una anómala delegación legislativa y, además, se discutió si la reforma podía ser inconstitucional por dos razones: porque vulneraba el derecho del imputado a ser informado de la acusación, toda vez que no conocería los términos de aquélla hasta el momento de la Sentencia; y además, porque vulneraba el derecho al Juez imparcial, puesto que obligaba a este a constituirse en acusador al verse obligado a calificar los hechos o señalar la pena correspondiente con la posibilidad de crear prejuicios que perturben la imparcialidad de su función.

La cuestión fue finalmente resuelta favorablemente a la constitucionalidad del art. 969 LECrim., con voto el particular del Magistrado Don Vicente Gimeno Sendra al que se adhirieron los Magistrados Don Fernando García-Món y González-Regueral, Don Alavaro Rodríguez Bereijo y Don Julio González Campos.

Sea como fuere, y superado el escollo de inconstitucionalidad por no infringir los aforismos “nemo iudex sine accusatore” o “en donde no hay acusador que no exista ningún Juez” como expresiones del art. 24.2 CE, no hay obstáculo para entender que el texto del borrador lo sea, pues, como hemos dicho, aumenta el ámbito de excusabilidad de la intervención del Ministerio Fiscal, y ello aún más cuando la propia reforma de la LECrim., operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, perfeccionó el precepto original de 1992, superando así las críticas doctrinales, al señalar que no tiene valor de acusación la declaración inicial del denunciante, sino la que realiza en el juicio oral afirmando los hechos denunciados, aunque no los califique ni señale pena (actual art. 969.2 in fine LECrim.).

Por todo ello, el borrador de propuesta es aceptable y útil a los fines de racionalizar los medios de la administración de justicia y, en este caso, del Ministerio

Fiscal aun cuando, como es obvio, supone una laminación de las garantías, pues, su misión a tenor de su art. 3.3 de su Estatuto es “velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa” y “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”.

10. Medida núm. 4.I0.

Medida: Modificación del ámbito objetivo de la Ley del Jurado.

Comentario: La reforma proyectada en el borrador si bien debe valorarse positivamente, mal se compadece con el sentido y finalidad de un catálogo de propuestas dirigidas a un plan de choque en la administración de justicia tras el Estado de Alarma por el coronavirus-2019.

En todo caso, como decimos, la propuesta debe valorarse positivamente a la vista que la actual profesionalización de la justicia exige reducir, si no eliminar, la institución del Jurado que, además de no ser un tribunal profesional, es, comparativamente, ineficiente y cara. Todo ello, unido a que desde el punto de vista sociológico muy pocos ciudadanos quieren ser jurados como demuestra la experiencia, nos lleva a considerar la bondad de la reforma.

Sin embargo, si la causa de la propuesta es “de agilizar la justicia penal encuentra como alternativa la exclusión del procedimiento ante el Tribunal del Jurado de delitos cuya instrucción carece de excesiva complejidad”, parece que la reducción del ámbito de competencia del jurado podría extenderse a la mayoría de los contemplados en el art. 1.2, pues si el criterio es el de la instrucción no demasiado compleja -que no su enjuiciamiento- la práctica forense nos advierte que los únicos los delitos contemplados en el caótico catálogo de instrucción complicada son los de corrupción política (apartados e a j).

II. Medida núm. 4.II.

Medida: Modificación de los arts. 160 y 768 de la LECrim., sobre el régimen de las notificaciones.

Comentario: La reforma pretende alterar el régimen de notificaciones.

En primer lugar, se propone modificar el art. 160 LECrim., de forma que las sentencias definitivas en todo juicio oral se notifiquen únicamente a los procuradores cuando las partes estuvieren representadas por estos en la causa.

En segundo lugar, se propone modificar el art. 768 LECrim., de forma que en el procedimiento Abreviado las resoluciones recaídas hasta la partura del juicio oral se harán con plenos efectos en la persona del abogado que asume la representación procesal de su defendido. Y, a partir del auto de apertura del juicio oral, las notificaciones pasaran a hacerse en la persona del procurador.

Como se ha venido diciendo, la reforma propuesta en términos generales debe ser asumida críticamente, pues, como viene sucediendo, lo que se pretende es laminar las garantías de los ciudadanos en el proceso penal al socaire de un borrador de medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma por el coronavirus-2019. Resulta evidente que si se pretende una justicia ágil necesariamente las garantías procesales tienen que verse aminoradas o, si se prefiere, relajadas en pos de la efectividad, sin embargo, este aggiornamento procesal para una justicia motorizada, no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias si comporta una supresión de las garantías.

Ahora bien, con todo, esta concreta propuesta 4.II, sí que es de interés a los fines de agilizar la justicia y no plantea especiales problemas, pues, es doctrina del Tribunal Constitucional fijada en su Auto 662/1995, de 2 de octubre que: "Como con mucha reiteración ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal, no puede invocar indefensión procesal con efectos constitucionales quien ha contribuido o colaborado a originarla con su propia conducta, siendo causa determinante de la misma, porque no puede beneficiarse de un remedio excepcional quien con su comportamiento crea la ausencia de su propia defensa. El art. 160 de la LECr. manda notificar las Sentencias penales definitivas a las partes y a sus Procuradores, en todo juicio oral, el mismo día en que se firmen o a lo más en el siguiente, siendo suficiente la realizada a tal profesional, según dicha norma, y la interpretación que de ella hace la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando no pueda efectuarse dentro de tan limitado plazo, bien por la causa de no encontrarse en su domicilio el notificado, o por desconocerse su residencia concreta, o incluso si tiene que realizarse fuera de la sede provincial del Tribunal, ya que estas excepciones, además de encajar en el contenido de la referida norma, no representan perjuicio alguno para el interesado al conocer su notificado Procurador y Abogado la resolución, y poder y deber comunicársela, y además ejercitar su defensa técnica utilizando los recursos precisos contra ella, con lo que no existe la frustración de los fines a que tal notificación sirve, fines que, por hipótesis, se cumplen tanto en la notificación personal como en la que

se realiza a través del Procurador, resultando muy difícil, si no imposible, que surja normalmente la indefensión.”

I2. *Medida núm. 4.12.*

Medida: Supresión del carácter preceptivo de la vista preceptiva ante la Audiencia Provincial en los recursos de apelación contra sentencia dictadas por el Juzgado de Menores. Se propone establecer la regulación supletoria del art. 791 LECrim.

Comentario: Nos encontramos ante una propuesta que pretende modificar el tratamiento del recurso de apelación en el ámbito de la justicia de menores. Actualmente, la previsión legal exige la convocatoria de vista por parte de la Audiencia Provincial previa a su resolución. Frente al actual tratamiento, la modificación planteada por el CGPJ pretende limitar la celebración de la vista, proponiéndose que sea la Audiencia Provincial quien decida su procedencia, y siempre que en el recurrente hubiera peticionado prueba que, pedida y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado.

En este caso, la medida es acertada, pues no deja de “equiparar” el tratamiento del recurso de apelación en el ámbito de la justicia de menores al tratamiento del recurso de apelación en la justicia ordinaria o de adultos.

La realidad práctica ha evidenciado la inutilidad de la vista para la -posterior- resolución del recurso de apelación de menores, pues la misma consistía, salvo contadas excepciones, en reproducir de forma oral el contenido del recurso de apelación ya formulado por escrito. Se trataba, por tanto, de un despliegue de medios y consumo de tiempo absolutamente innecesario, toda vez que el derecho de defensa queda perfectamente aquilatado en los escritos de recurso.

Por ello, la celebración es habitualmente innecesaria salvo en las ocasiones que precisamente vienen delimitadas en el texto propuesto y que justificarían en este caso la necesaria celebración de vista.

I3. *Medida núm. 4.13.*

Medida: Modificar régimen del recurso de queja para excluir de su ámbito las resoluciones no apelables. Modificación del art. 218 LECrim.

Comentario: La propuesta debe enmarcarse en lo que ya ha sido dicho: un intento por laminar las garantías del proceso penal en aras de una agilidad mal entendida. Como aduce el propio CGPJ, esta propuesta debe conectarse con la propuesta 4.6.

En el caso concreto del recurso de queja, sin perjuicio de las críticas doctrinales que pueden formularse a la alambicada estructuración procesal del recurso de queja, la extravagancia del recurso de queja sin plazo e incluso su presencia en el proceso, lo cierto es que en el procedimiento ordinario común no se prevé un mecanismo impugnatorio general como el del art. 766.1 LECrim., para el procedimiento abreviado, pues no se admite en términos generales la apelabilidad de las resoluciones interlocutorias, sino únicamente en aquellos casos determinados por la ley (art. 217 LECrim.), por lo que la queja opera como un mecanismo del derecho de defensa para controlar la actividad a quo, especialmente, en el recurso de queja con plazo que pasa a tener los efectos de la apelación que sustituye (art. 235 LECrim), no así el de la extraña figura procesal de queja sin plazo.

Ante esto, lo que debiera plantearse, si de verdad quisiera asumirse un debate serio entorno a este tipo de figuras decimonónicas como es el recurso de queja, es asumir el planteamiento en el procedimiento abreviado vigente. Sin embargo, esto parece antojarse complicado si lo que se pretende es suprimir, en términos generales, el derecho al recurso en la fase de instrucción.

COVID-19 E LIMITAZIONI TEMPORALI IN ITALIA

COVID-19 AND LIMITATION PERIOD IN ITALY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 816-827



Pietro

VIRGADAMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo studio si propone di indagare le ricadute dell'emergenza COVID-19 sul piano delle situazioni giuridiche soggettive sottoposte a limitazione temporale (prescrizione o decadenza). La normativa italiana introdotta negli ultimi mesi tenta di risolvere alcuni problemi, ma appare, per molti versi, lacunosa e disorganica. Si impone all'interprete l'individuazione di soluzioni adeguate a tutela dei soggetti titolari di diritti temporalmente limitati, per evitare che essi vengano, in assenza di esplicite sospensioni dei termini, radicalmente compromessi.

PALABRAS CLAVE: Prescrizione; decadenza; COVID-19; sospensione; ragionevolezza.

ABSTRACT: *The study aims to investigate the fallout of the COVID-19 emergency in terms of subjective legal situations subject to limitation period (prescription or “decadence”). The Italian legislation introduced in recent months attempts to solve some problems, but appears, in many ways, incomplete and inorganic. The interpreter is required to identify suitable solutions to protect the holders of temporally limited rights, to prevent them from being radically compromised in the absence of explicit suspension of terms.*

KEY WORDS: *Prescription; decadence; COVID-19; suspension; reasonebleness.*

I. Da prima dell'emanazione del codice civile del 1942, la dottrina italiana, sulla scia di quella tedesca ed unitamente a quella francese, spagnola e portoghese, era già solita distinguere tra termini prescrizionali e decadenziali, *distinctio* tuttavia definitivamente consacrata e disciplinata, quasi solamente dall'Italia, a livello legislativo, proprio in seno alla codificazione del 1942, non senza motivi di perplessità, ancora sussistenti (VIRGADAMO, P.: *La decadenza e l'"inerzia estintiva" delle situazioni giuridiche temporalmente limitate*, Napoli, 2019).

Il COVID-19, insieme ai nostri limiti umani, mette bene allo scoperto questa fragilità dogmatica: la sottile e sofistica distinzione tra prescrizione e decadenza, già segnalata dalla dottrina, mostra tutta la sua debolezza concreta, alla prova di un'emergenza di fronte alla quale esistono, semplicemente, termini temporali da sospendere. Per giustificare quanto si afferma, sarà anzitutto opportuno sintetizzare la copiosa normativa, in parte riproducente le regole emergenziali emanate in occasione del terremoto de L'Aquila del 2009 e del Centro Italia del 2016, di contrasto al Coronavirus, rilevante ai nostri fini, normativa stratificatasi in Italia in un brevissimo lasso di tempo (per alcuni primi commenti, AMOROSI, D.: "Commento all'art. 83 d.l. 18/2020 commi 2 e 8: sospensione dei termini di prescrizione e decadenza", in newsavvocatoandreani.it; SCARPA, A.: "Covid e sospensione dei termini sostanziali", in www.giustiziainsieme.it; PANZAROLA, A., FARINA M.: "L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura", in giustiziacivile.com; SICCHIERO, G.: "Decreto Cura Italia: le disposizioni in tema di giustizia civile", in www.quotidianogiuridico.it; SCARLETTI, G.: "Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID-19", in www.judicium.it, 9 marzo 2020). Si porrà mente alle disposizioni emergenziali riguardanti le prescrizioni e le decadenze rilevanti, per inevitabili esigenze di contenimento dell'indagine, nei soli rapporti di diritto civile in chiave generale, con esclusione di normative specifiche e settoriali.

2. Le "tappe" del tortuoso percorso normativo dell'emergenza possono, per quanto qui rileva, così sintetizzarsi.

a) In principio, è intervenuto il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (c.d. Decreto Contenimento), il quale tuttavia non recava misure di alcun tipo in punto di

• Pietro Virgadamo

Associato di Diritto privato, Lumsa-Palermo. Correo electrónico: pietrovirgadamo@hotmail.it

prescrizione e decadenza. A seguire, l'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (c.d. Decreto Emergenza), ha disposto, per i soggetti con residenza o sede operativa ovvero con attività lavorativa, produttiva o funzione nei comuni di cui alla zona rossa originariamente individuata dal D.P.C.M. del 1 marzo 2020, la sospensione retroattiva, dal 22 febbraio al 31 marzo 2020, dei "termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali", compresi i "termini relativi ai processi esecutivi e i termini relativi alle procedure concorsuali", nonché, in generale, la sospensione dei termini "di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali".

Si legge nella norma che, "ove la decorrenza del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, il termine decorre dalla fine del medesimo periodo. Sono altresì sospesi, per lo stesso periodo e nei riguardi dei medesimi soggetti, i termini relativi ai processi esecutivi e i termini relativi alle procedure concorsuali, nonché i termini di notificazione dei processi verbali, di esecuzione del pagamento in misura ridotta, di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali". L'articolo 10, comma 2, per i procedimenti civili pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei Tribunali cui appartenevano i comuni di cui all'allegato I al D.P.C.M. 1° marzo 2020, ha disposto la sospensione dei "termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, comunicazione e notificazione" da svolgere nelle regioni di appartenenza degli indicati comuni. È stata altresì prevista, al comma 18 del citato art. 10, una norma di "apertura" secondo la quale, "in caso di aggiornamento dell'elenco dei comuni di cui all'allegato I al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1 marzo 2020, ovvero di individuazione di ulteriori comuni con diverso provvedimento, le disposizioni del presente articolo si applicano con riferimento ai medesimi comuni dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del relativo provvedimento".

b) A seguito dell'estensione territoriale dell'emergenza COVID-19, il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020 n. 11 ha a sua volta esteso le aree interessate dalla normativa, ricomprensivo in una nuova zona rossa tutti i comuni della regione Lombardia e tutti i comuni di alcune province dell'Emilia-Romagna, del Piemonte e del Veneto, così dando concretezza alla previsione di cui al citato art. 10, comma 18, del Decreto Emergenza per le ulteriori "zone rosse".

c) Aggravatasi ulteriormente la situazione sanitaria, il D.P.C.M. del 9 marzo 2020 ha, in estrema sintesi, esteso a tutto il territorio italiano l'efficacia delle disposizioni riguardanti le originarie zone rosse e per l'effetto, per quanto di nostro interesse, le misure di sospensione dei termini sostanziali e processuali (non influiva sulla tematica qui in oggetto, invece, il contestuale d.l. 9 marzo 2020, n. 14).

d) La materia è stata poi interessata dall'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia; ininfluente, invece, il D.P.C.M. 11 marzo 2020, frattanto intervenuto), il quale, al comma 2, ha disposto nello specifico, per il periodo intercorrente tra il 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, la sospensione del "decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali", precisandosi che "si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto". La sospensione in esame non opera per le cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati (e ai minori allontanati dalla famiglia quando dal ritardo può derivare un grave pregiudizio e, in genere, procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona); per quelle cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, e per molte altre similari (art. 83, comma 3, lievemente inciso in sede di conversione).

Per le attività non sospese nel periodo indicato e per il periodo intercorrente tra il 16 aprile e il 30 giugno, successivamente prorogato (c.d. fase giudiziale 2), si è disposta la sospensione della decorrenza dei termini "di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi" (art. 83, comma 8). Il comma 20 dello stesso art. 83 ha, poi sospeso "i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (...) quando i predetti procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale".

Gli articoli 34 e 42 (quest'ultimo modificato in sede di conversione) del decreto in esame hanno, poi, introdotto una proroga o una sospensione dei termini decadenziali e prescrizionali in materia di prestazioni previdenziali, assistenziali ed assicurative erogate dall'Inps e dall'Inail (v. anche Circolare Inail 3 aprile 2020 n. 13). Con il decreto legge "Cura Italia" sono stati altresì abrogati gli articoli 1 e 2 del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11, con i quali erano già stati sospesi sino al 22 marzo 2020 "i termini per il compimento di qualsiasi atto" dei "procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari, con le eccezioni indicate all'articolo 2, comma 2, lettera g". Ancora, si è previsto che "con riferimento ai termini di prescrizione e decadenza relativi all'attività degli uffici degli enti impositori si

applica, anche in deroga alle disposizioni dell'articolo 3, comma 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212, l'articolo 12, commi 1 e 3, del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 159" (art. 67, comma 4, lievemente inciso in sede di conversione).

Si è introdotto, per quanto più rileva, nell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (c.d. Decreto Contenimento), il comma 6 bis, secondo il quale il rispetto delle misure di contenimento di cui allo stesso decreto "è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti" (v. già SANTOSUSSO, D.U.: "Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore", in *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2020, pp. 25 ss.; BUSANI, A., LUCCHINI GUASTALLA, E.: "Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza", in *Il Sole 24 Ore*, 1 aprile 2020, speciale n. 11, pp. 11 ss.; MACARIO, F.: "Sopravvenienze e rimedi al tempo del «coronavirus»: interesse individuale e solidarietà", in *Contratti*, 2020, pp. 129; BENEDETTI, A.M.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto «cura Italia»", *ivi*, pp. 213 ss.).

e) Il D.P.C.M. 1 aprile 2020 è poi intervenuto estendendo l'efficacia temporale di alcune disposizioni pregresse, tra le quali, per quanto qui rileva, quelle dei D.P.C.M. 8 e 9 marzo 2020, prorogate fino al 13 aprile 2020 (si inseriva frattanto anche il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, tra l'altro abrogando, con alcune eccezioni, il d.l. 23 marzo 2020, n. 6, ma senza alcuna influenza rispetto alla problematica in oggetto).

f) Il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. Decreto Liquidità; ininfluenti, invece, ai nostri fini il D.P.C.M. 22 marzo 2020 e il d.l. 25 marzo 2020, n. 19) ha poi inciso, con l'art. 36, sui termini processuali in materia di giustizia civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e militare, disponendo che "il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020". Si è prevista anche l'estensione della proroga, secondo compatibilità, ai procedimenti di cui ai commi 20 e 21 dell'articolo 83 del decreto-legge n. 18 del 2020. Il d.l. dell'8 aprile ha anche dettato una nuova disciplina per i titoli di credito ed altre attività di interesse commerciale, spostando in avanti il termine di scadenza (artt. 9, 10, 11). È apparso, in verità, dopo appena due giorni, il D.P.C.M. 10 aprile 2020, il quale ha abrogato i D.P.C.M. dell'8, 9, 11 e 22 marzo e quello del 1 aprile 2020, così semplificando il panorama normativo rilevante e, peraltro, non creando alcuna variazione sulla sospensione delle prescrizioni e delle decadenze, ormai garantita, sia pur tra molte incertezze, dai provvedimenti sopravvenuti rimasti in vigore, secondo quanto si sintetizzerà (il D.P.C.M. 26 aprile 2020, ha poi in gran parte

sostituito, con efficacia fino al 27 maggio 2020 le disposizioni del D.P.C.M. 10 aprile 2020, ma, si deve ritenere, senza intaccare le avvenute abrogazioni da parte di quest'ultimo decreto, essendo queste destinate ad operare istantaneamente).

g) La l. 24 aprile 2020, n. 27, in vigore dal 30 aprile 2020, ha, da parte sua, convertito il decreto "Cura Italia", con modificazioni rilevanti in questa sede, evidenziate dal testo coordinato, tra le quali conviene ricordare, con riguardo alle prescrizioni e decadenze in materia civile: la riformulazione e l'integrazione della norma relativa alla sospensione dei termini per lo svolgimento di attività di mediazione, di cui sopra, nel periodo tra il 9 marzo e il 15 aprile 2020 (art. 83, comma 20); l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 108 del decreto legge n. 18 del 2020, ai sensi del quale "(...) i termini sostanziali di decadenza e prescrizione di cui alle raccomandate con ricevuta di ritorno inviate nel periodo in esame sono sospesi sino alla cessazione dello stato di emergenza"; soprattutto, l'abrogazione dell'art. 10 d.l. 2 marzo 2020 n. 9, ma facendo salvi "gli atti ed i provvedimenti adottati", nonché "gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti" sulla base del medesimo articolo.

h) Il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, in attesa di conversione, all'art. 3, ha, infine, inciso nuovamente sull'art. 83 del decreto "Cura Italia", per quanto è qui di interesse, specificando meglio i procedimenti sottratti alla disciplina della sospensione dei termini (art. 83, comma 3); prolungando il *dies ad quem* del periodo di sospensione dei termini dei procedimenti di mediazione di cui si è detto, dal 15 aprile all'11 maggio (art. 83, comma 20); estendendo, fino all'11 maggio, la c.d. fase 1 e, fino al 31 luglio 2020, la c.d. fase 2 dell'amministrazione della giustizia, nella quale è possibile svolgere attività giurisdizionali, sia pur con particolari cautele dettate dallo stesso art. 83; posponendo altresì, ancora fino al 31 luglio, il periodo (ulteriormente prolungabile) nel quale gli incontri di mediazione possono svolgersi in via telematica (art. 83, comma 20 bis).

3. Volendo ricondurre a sistema la complessa stratificazione normativa condensata in appena un paio di mesi, si può affermare che sono tre le disposizioni cardine, ad oggi in vigore, disciplinanti, in chiave generale, la sospensione delle prescrizioni e delle decadenze in materia civile: gli artt. 83, commi 2, 3 e 8 (nel testo esito delle varie modifiche normative susseguitesi), 108, comma 1 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (Decreto Cura Italia) e 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (Decreto Contenimento). Più problematico è il ruolo da riconoscere all'art. 10, comma 4, d.l. 2 marzo 2020, n. 9, della cui abrogazione tacita già si discuteva prima che avvenisse, esplicitamente, con il d.l. n. 27 del 2020. A tali disposizioni di carattere generale, si potrebbero accostare, contenendo sempre la disamina alle problematiche civilistiche, quelle specifiche relative alla sospensione dei termini

in materia cartolare (art. 11 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23) e in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione (art. 83, comma 20, d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Alla luce di tali norme, possono predicarsi alcune conclusioni in relazione a tre variabili: il territorio (originarie zone rosse, zone rosse sopravvenute, intero territorio italiano); il tempo (essendo la normativa riferibile a diversi archi temporali); le tipologie di termini oggetto di ipotetica sospensione (prescrizioni, decadenze, a loro volta distinte in sostanziali e processuali).

Si può proporre la seguente schematizzazione.

- *Originarie Zone Rosse e Zone Rosse sopravvenute.*

Nel periodo intercorrente tra il 22 febbraio e il 16 marzo 2020, ogni termine, sostanziale e processuale, di prescrizione e di decadenza deve intendersi sospeso ai sensi della normativa posta dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, sintetizzata *sub § 2, lett. a) e b)*. Nel periodo intercorrente tra il 9 marzo e 31 luglio, è sospeso ogni termine di decadenza processuale ex art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, secondo il meccanismo seguente: ferma la sospensione ex *lege* di tutti i termini processuali (dal 9 marzo all'11 maggio), soltanto per il periodo successivo (dal 12 maggio al 31 luglio) la sospensione dei medesimi termini potrà essere invocata quando i capi degli uffici giudiziari abbiano assunto misure organizzative che precludano il compimento di quegli atti che necessariamente occorre compiere per interrompere la prescrizione o impedire la decadenza.

L'implicita modifica disciplinare in parte *qua*, rispetto a quanto sopra sintetizzato al precedente capoverso, sembra retroagire di otto giorni (9-16 marzo), ma senza apprezzabili variazioni concrete, posta che la sospensione rimane comunque operante. Tra le poche certezze che la convulsa normativa qui in analisi offre, cioè, sembra esservene una prima, ovvero quella per cui, nel periodo che va dal 22 febbraio al 16 marzo, qualunque termine di prescrizione o di decadenza, sostanziale e processuale, è da intendersi sospeso nelle c.d. zone rosse. Nel periodo che va dal 17 marzo al 29 aprile e dal 30 aprile in poi, sembrano avere vigore le regole estese all'intero territorio nazionale, poco sotto sintetizzate.

- *Intero territorio italiano.*

Nel periodo intercorrente tra il 9 marzo e il 31 luglio è sospeso ogni termine di decadenza processuale ex art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, secondo il meccanismo poco sopra delineato.

Le prescrizioni e le decadenze sostanziali dovrebbero ritenersi sospese senza dubbio solamente nel periodo intercorrente tra il 10 marzo e il 16 marzo, sulla base dell'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9. Tra le poche certezze che la convulsa normativa

qui in analisi offre, cioè, sembra esservene anche una seconda, ovvero quella per cui, nel periodo che va dal 10 al 16 marzo, qualunque termine di prescrizione o di decadenza, sostanziale e processuale, è da intendersi sospeso sull'intero territorio nazionale.

Viceversa, nel periodo intercorrente tra il 17 marzo e il 29 aprile, in riferimento ai termini sostanziali, si produce, in apparenza, una singolare vigenza contestuale – sulla quale ci intratterremo affrontando tre problemi ermeneutici fondamentali – tanto dell'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, quanto dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, inserito con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Tale ultima disposizione solleva almeno tre problemi da superare, la cui trattazione ci consentirà di sciogliere anche il riferito rapporto tra norme nel tempo.

“Primo problema”. Il citato comma 6 *bis* è, in verità, di astrusa formulazione, alludendo esclusivamente ai rapporti creditori, là dove molte decadenze sono poste come limite temporale per l'esercizio di situazioni giuridiche diverse, quali i diritti potestativi. Si impone, tuttavia, secondo ragionevolezza, un'interpretazione quantomeno estensiva della disposizione, in assenza della quale l'unica alternativa sarebbe quella di ritenere applicabile ancora l'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, con conseguente sospensione *ex lege* stranamente limitata, nelle dinamiche negoziali, a tali situazioni giuridiche.

“Secondo problema”. Il comma 6 *bis* citato non menziona le prescrizioni, alludendo, con ogni probabilità, alle sole decadenze convenzionali. Alcuni Autori hanno ipotizzato, per le prime, il ricorso all'analogia (DALMOTTO, E.: “I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi”, in *blog.ilcaso.it*), e per le decadenze legali una verosimile interpretazione estensiva. Quanto alle decadenze giudiziali (si pensi ad un termine disposto per *actio interrogatoria*), se esso non ha natura processuale (onde è escluso il ricorso alla sospensione *ex art. 83 d.l. Cura Italia*), dovrebbe raggiungersi, in quest'ottica, probabilmente la stessa soluzione. Dovrebbe, tuttavia, immaginarsi uno scenario diverso: con maggiore ossequio alla lettera della norma, potrebbe ipotizzarsi una persistente vigenza del “garantista” art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 per le prescrizioni e per le decadenze non convenzionali, con abrogazione dello stesso, *in parte qua*, in forza dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. Cura Italia, solamente in riferimento alle decadenze convenzionali; in tal modo, tutte le prescrizioni e le decadenze (legali e giudiziali), di natura non processuale, sarebbero sospese *ex art. 10 cit.*, senza alcuna indagine in concreto circa l'imputabilità dell'inerzia dell'onerato dell'atto interruttivo o impeditive, mentre le decadenze convenzionali rimarrebbero soggette ad un giudizio in concreto *ex art. 3, comma 6 bis, d.l. Contenimento*.

Tale soluzione, oltre che rispondente alla lettera della legge, appare maggiormente protettiva per una platea non indifferente di soggetti. Si deve allora ritenere che l'art. 3, comma 6 bis, tacitamente abroghi il più "benevolo" (per i soggetti onerati degli atti impeditivi delle decadenze e interruttivi delle prescrizioni) art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ma solamente in riferimento alle decadenze convenzionali. Semmai, ulteriore abrogazione per incompatibilità dell'art. 10 citato deve ritenersi avvenuta tramite l'art. 83 d.l. Cura Italia. La sospensione delle decadenze ivi contenuta sembra, peraltro, riguardare anche i termini di tipo sostanziale "con rilevanza processuale", potendosi far rientrare nella sospensione del "decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili", ovvero di "tutti i termini procedurali", non soltanto quelli per il compimento degli atti dei processi già pendenti, ma altresì i termini sostanziali "stabiliti (...) per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio", quando si tratti di prescrizioni o decadenze la cui interruzione o il cui impedimento consegue "esclusivamente" alla proposizione della relativa domanda giudiziale, e non anche ad un atto stragiudiziale di costituzione in mora (si pensi, per fare qualche esempio, all'azione revocatoria ordinaria, alla rescissione e all'annullamento del contratto, a determinate impugnative di delibere, alle azioni possessorie, alla domanda di disconoscimento della paternità, alla revocazione delle donazioni e a molte altre ipotesi sintetizzate in VIRGADAMO, P.: *La decadenza*, cit., p. 257 ss.).

Rimane, in ogni caso, auspicabile un intervento chiarificatore, con efficacia retroattiva, da parte del legislatore.

Terzo problema. Da ultimo, la disposizione in esame sembra avere un orizzonte applicativo temporale limitato a far data dal 17 marzo 2020 (onde l'introduzione in questo punto dello schema riepilogativo proposto), ovvero da quando essa è stata inserita all'interno del Decreto Contenimento. Rimangono così esclusi dal suo ambito applicativo, a tacer d'altro, i sette giorni precedenti, che pur vedevano tutta l'Italia già interessata dalle misure restrittive emergenziali, oltre all'intero periodo critico la cui data di inizio, ai nostri fini, può essere individuata al 22 febbraio 2020. Inevitabilmente, per il periodo precedente al 17 marzo, salvi nuovi interventi chiarificatori da parte dell'autorità governativa, dovrà considerarsi vigente la regola di maggior favore (della sospensione, per dir così, "senza se e senza ma") posta dall'art. 10 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 anche per le decadenze convenzionali.

In definitiva, dal 17 marzo 2020 al 23 aprile 2020, devono ritenersi ancora sospese ex lege, secondo l'art. 10 d.l. Emergenza, tutte le prescrizioni e le decadenze sostanziali di tipo legale; devono altresì ritenersi sospese (fino all'11 maggio) o suspendibili (invero anche oltre il 23 aprile, cioè fino al 31 luglio) le prescrizioni a rilevanza processuale e le decadenze processuali in senso ampio, sempre alle condizioni previste dall'art. 83 d.l. Cura Italia e poco sopra sintetizzate;

devono ritenersi suspendibili in concreto, alle condizioni di cui all'art. 3, comma 6 bis, d.l. Contenimento, le sole decadenze di tipo convenzionale.

Per il periodo che va dal 30 aprile 2020 in poi, si registra l'espressa abrogazione dell'art. 10 d.l. Emergenza, con la conseguente impossibilità di affermare una sospensione *ex lege* di ogni termine di prescrizione e decadenza. Si introduce, tuttavia, la regola secondo la quale i termini sostanziali di decadenza e di prescrizione di cui a raccomandate con ricevuta di ritorno inviate dalla medesima data sono sospesi *ex lege* per tutta la durata dell'emergenza (art. 108, comma 1 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Pertanto, dal 30 aprile 2020, salva la sospensione (fino all'11 maggio) o suspendibilità (fino al 31 luglio) dei termini con rilevanza processuale e la suspendibilità delle decadenze convenzionali *ex art.* 3, comma 6 bis, d.l. Contenimento, si verifica la sospensione *ex lege* di ogni prescrizione e decadenza, di qualunque natura, se connessa all'invio di raccomandate a.r. SCARPA A.: "Covid", cit., ritiene che si tratti di una sorta di sospensione *ex lege* post atto interruttivo o impeditivo, cosa che però non avrebbe senso per le decadenze, pur menzionate dalla norma, posto che il loro impedimento, per definizione, ne esaurisce definitivamente il decorso, onde non vi sarebbe alcunchè di successivo da sospendere (salvo a voler convenire con l'idea che, talvolta, anche il decorso di queste possa essere interrotto, come si è già altrove argomentato: VIRGADAMO, P.: *La decadenza*, cit., p. 230 ss.). Il vero è che siamo davanti ad un'altra disposizione che non brilla certo per chiarezza.

Eventuali diverse prescrizioni e decadenze sostanziali legali sembrano destinate a non essere sospese. Rimane la possibilità di immaginare, con le incertezze applicative del caso, lo spostamento in avanti del *dies a quo*, da valutarsi in concreto, *ex art.* 2935 c.c., sulla base del criterio dell'inerzia imputabile, ovvero una teoricamente problematica e praticamente delicata applicazione analogica di disposizioni che prevedono la sospensione per eventi emergenziali similari, in quanto rientranti nel medesimo contesto giustificativo (PERLINGIERI, P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 11 ss.), ma con margini di incertezza notevolissimi (VIRGADAMO P.: *La decadenza*, cit., p. 189 ss.).

4. Volendo trarre una sintetica conclusione, sul piano della teoria generale, rispetto al quadro che si è tentato di chiarire, la prima impressione è la netta irrilevanza della natura prescrizionale o decadenziale del termine, di volta in volta, da sospendere a causa dell'emergenza sanitaria. L'unico dato decisivo appare essere la possibilità concreta, per l'onerato dell'atto interruttivo o impeditivo della prescrizione o della decadenza, di poterlo effettuare.

Di fronte all'emergenza, anche la supposta natura eccezionale della sospensione delle decadenze (ammessa dall'art. 2964 c.c. solo in casi determinati) mostra il suo eccesso di dogmatismo: ogni termine è sospeso o suspendibile, allo stesso modo, senza eccezioni, semmai legate alla possibilità di far valere il diritto e di farlo valere necessariamente tramite un'iniziativa latamente processuale. Pertanto, per fare un solo esempio, è quantomeno lecito dubitare che siano sempre e comunque oggetto di sospensione termini di decadenza come quello posto dall'art. 1667 c.c. per la denuncia dei vizi all'appaltatore, potendosi impedire il relativo decorso anche tramite atto informale, la cui "esigibilità" andrà valutata in concreto.

Viene alla luce, infine, anche l'esistenza *de facto* di prescrizioni a carattere processuale, cioè interrompibili solamente con l'esercizio dell'azione in giudizio, trattate dal legislatore senza alcuna differenza rispetto alle similari decadenze, conclusione osteggiata da una ricostruzione tradizionale, ma alla quale si era già addivenuti in altra sede (VIRGADAMO P.: *La decadenza*, cit., p. 205 ss., in relazione al problema, in tutto analogo, della sospensione feriale dei termini ex art. 13 d.P.R. n. 641 del 1972).

Quel che rimane maggiormente dubbia è la complessiva ragionevolezza di una legislazione contorta e, ad oggi, asistemistica, figlia di una situazione più unica che rara, la quale solleva, anche in punto di prescrizioni e decadenze, problemi di diritto intertemporale legati al susseguirsi di provvedimenti normativi non sufficientemente coordinati e, talvolta, addirittura retroattivi.

Il problema, come si comprende, è però ben altro rispetto a quello affrontato in queste pagine. E la giurisprudenza, sia pur con l'umana comprensione per la frenesia normativa inevitabilmente legata al momento, non tarderà ad occuparsene, se il legislatore non interverrà con una norma chiara (più di "condono tombale", in senso descrittivo, che di prevedibile, abusata interpretazione autentica), la quale, semplicemente, disponga la retroattiva sospensione *ex lege*, a far data dall'inizio dell'emergenza nei vari territori, di ogni limitazione temporale, comunque denominata, riportando a ragionevolezza il sistema.

JUSTICIA CIVIL EN BOLIVIA, LA REALIDAD QUE DESNUDA EL COVID-19

CIVIL JUSTICE IN BOLIVIA, THE NAKED TRUTH OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 828-835



Alex PARADA
MENDÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Este artículo analiza las deficiencias por las que atraviesa la justicia civil en Bolivia. Situación que se ve agravada por la situación sanitaria propiciada por el COVID-19 a nivel mundial.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil; nuevo Código Procesal Civil Boliviano.

ABSTRACT: *This paper analyzes the deficiencies of the civil justice in Bolivia, situation that has been exacerbated by the worldwide health crisis of COVID-19.*

KEY WORDS: *Civil Process; new Civil Procedural Law of Bolivia.*

I. La cuarentena obligatoria que muchos países -entre ellos Bolivia- han impuesto a los ciudadanos como medio para contener la propagación del virus tiene enormes repercusiones económicas y sociales. La administración de justicia también se ha visto comprometida con tales medidas.

Es cierto que una cuarentena casi total como la adoptada tiene como efecto la disminución de la actividad económica y de los conflictos que de ellos pudiesen nacer (por lo tanto, y en cierta medida, menor necesidad de acceso a los tribunales civiles). Pero no se pueden olvidar los conflictos ya existentes antes de la pandemia, y aquellos que, con o sin pandemia seguramente necesitan atención urgente del Órgano Judicial.

2. El Colegio de Abogados de Santa Cruz de la Sierra, mediante nota del 28 de abril de 2020, propone algunas medidas que ayuden a paliar tal situación, entre otras, las siguientes: (1) digitalización los expedientes judiciales, (2) presentación de demandas nuevas por vía virtual mediante plataforma electrónica habilitada al efecto, (3) puesta en marcha de la firma virtual para abogados y litigantes, (4) teletrabajo en los juzgados catalogados como grupos de riesgo, así como la celebración de audiencias virtuales no solo en materia penal, sino en todas las áreas jurisdiccionales (civil, familiar, laboral, etc.), (5) la modificación y adecuación de los códigos procesales al uso de las nuevas tecnologías y la transformación digital de los procesos judiciales.

3. Lo indicado pone de manifiesto que el COVID-19 desnudó la realidad de la justicia civil boliviana, mostrando las grandes falencias y atrasos en la que vive sumergida desde hace décadas. El nuevo Código Procesal Civil (en adelante CPC) no fue suficiente solución al problema.

En el año 2013 el legislador boliviano promulga la reforma al CPC que busca cambiar el sistema de impartir justicia en el ámbito civil, pasando de un sistema predominante escrito a otro predominantemente oral. Pero tal sistema adolece de fallos de origen que se ven amplificados con la actual situación sanitaria.

• **Alex Parada Mendía**

Profesor de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno y de la Universidad Privada de Santa Cruz, árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz CCA-CAINCO. Correo electrónico: alex@paradaabogados.com

Evidentemente, hablar de justicia oral implica establecer espacios físicos en los que las audiencias tendrán que llevarse a cabo. Espacios que permitan también la publicidad de las mismas, so pena de incumplir el mandato constitucional y los principios que informan al Órgano Judicial: la justicia es y debe ser pública. Pero hasta ahora, las audiencias se desarrollan en el despacho del juez. Es decir, casi a puertas cerradas por el pequeñísimo espacio de tales oficinas judiciales. Hoy, gracias al COVID-19, estos espacios reducidos no solo siguen siendo inidóneos para llevar a cabo las audiencias, sino que además son insalubres, ya que es imposible mantener en ellos el requerido distanciamiento social. En otras palabras, si se decide volver al sistema tradicional de audiencias, las partes, abogados y jueces, tendrán que hacerlo con alto riesgo de contagio, enfrentándose el justiciable con el dilema nunca antes pensado a nivel general de justicia vs. salud: buscar la justicia o comprometer su vida.

El nuevo sistema de justicia civil oral adoptado en Bolivia, también exigía implementar medios de grabación de audio y video para garantizar la fidelidad de lo sucedido en la audiencia. Por norma al finalizar cada audiencia el secretario judicial debe redactar "acta resumida" de la audiencia. Pero el Acta casi nunca podrá reflejar muchos pormenores necesarios para una adecuada defensa de las partes, así como tampoco podrán dejar constancia fiel del adecuado ejercicio de la función jurisdiccional con fines correctivos, disciplinarios o incluso de incentivo al buen funcionario judicial.

A más de cuatro años de la vigencia plena y puesta en marcha del nuevo CPC (el Código fue promulgado en 2013, pero su vigencia se postergó hasta febrero de 2016 por falta de capacitación a los funcionarios judiciales con la nueva norma) todavía muchos juzgados carecen de los medios tecnológicos necesarios para grabar en audio las audiencias (no se implementó la grabación en video). Muchos juzgados que fueron dotados de estos sistemas de grabación siguen sin utilizarlos de manera regular.

4. Otro punto del análisis son las notificaciones electrónicas, que hasta ahora –por lo menos en la justicia civil- no acaba por implementarse adecuadamente.

La apuesta del nuevo CPC fue por la notificación en estrados judiciales, imponiendo a los particulares (al abogado en realidad, porque la figura del procurador no es obligatoria en Bolivia) la carga de asistencia diaria al juzgado con la finalidad de notificarse con las actuaciones procesales.

Esta carga, además de excesiva, permite que funcionarios inescrupulosos hagan "aparecer" notificaciones con fecha anterior lo que, es una obviedad, perjudica enormemente a los litigantes.

Esta situación pudo haberse evitado implementando las notificaciones electrónicas, incluida la de la sentencia.

En un mundo en el que las comunicaciones tradicionales casi han desaparecido, y el uso del correo electrónico es moneda corriente, su implementación en todas las áreas de la administración de justicia debe ser obligatorio.

La comunicación del juez con juzgados de otros departamentos de Bolivia, también puede hacerse de forma directa y por vía electrónica. Es tal vez en este punto donde se pueda apreciar con mayor claridad las ventajas del uso de la tecnología en el proceso judicial.

Actualmente es necesario el envío y devolución de las actuaciones en forma física. Atrasando innecesariamente el proceso.

La implementación de un sistema de comunicación por medios electrónicos o telemáticos entre los distintos juzgados de Bolivia es una condición de eficiencia, que repercute en la celeridad de la justicia, tan deseada por todos.

5. El nuevo CPC establece la necesidad de instar la *conciliación previa* de forma obligatoria al inicio del proceso ordinario y extraordinario. Actualmente, las mismas dificultades operativas que se indican respecto del juicio (aglomeración en las audiencias presenciales, etc.) se pueden trasladar a la conciliación, las que pueden sortearse permitiendo la conciliación de forma virtual.

Si bien lo ideal es la presencia física de las partes, los expertos en la materia indican que es posible realizarla por medios electrónicos con similares resultados (muchos conciliadores realizan audiencias por videoconferencia). De esta manera incluso sería posible ampliar el espectro de los conflictos conciliables, ya que permitiría una audiencia con partes distantes a miles de kilómetros. Esto repercute directamente en evitar que el conflicto llegue a un proceso judicial, descongestionando la justicia.

Evidentemente, para lograr este cometido, se tendrán que habilitar los medios electrónicos necesarios, así como validar el contenido de un Acta firmada mediante firma digital.

6. La presentación y producción de pruebas es otro claro ejemplo de atraso en nuestro sistema procesal civil.

Ciertamente Bolivia no es el único país en el que todavía no se llega a implementar adecuadamente la posibilidad de presentar pruebas por medios electrónicos, o producirlas por el mismo medio. Pero ello no justifica desaprovechar la tecnología para facilitar la tarea del juez y los abogados.

Es imperiosa la necesidad de regular el acceso al proceso de prueba documental presentada en los distintos formatos, así como la toma de declaraciones testificales o confesión provocada por videoconferencia. Llegando incluso a recibir el informe pericial mediante audiencia virtual o utilizarse la tecnología en las inspecciones judiciales, en la medida que estas lo permitan.

7. También merece especial mención la ejecución civil. Una crítica que siempre hicimos al legislador fue la falta de visión al dedicar su mayor esfuerzo por “oralizar” el proceso de conocimiento (como si esta fuera la única manifestación de la función jurisdiccional), descuidando modernizar el proceso de ejecución.

La ejecución civil boliviana sigue siendo la misma que hace cuarenta o cincuenta años atrás. Los procesos de ejecución son una pesada carga para los juzgados (pudiendo implementarse la figura del agente de ejecución o, mejor aún, asignar estas funciones al martillero judicial, a fin de descongestionar la justicia).

Por otro lado, la búsqueda y selección de bienes susceptibles de embargo sigue siendo labor titánica que debe realizar el ejecutante, sin que existan normas que obliguen al ejecutado a dar una relación de sus bienes o en cantidad suficiente para pagar la deuda, tal como ha sido implementado otras legislaciones de manera exitosa (vgr. España y Alemania). Quien desee ejecutar debe peregrinar por las distintas instituciones y realizar de forma “manual” esta búsqueda de bienes.

La falta de visión del legislador llegó al extremo de mantener como único medio de realización de bienes embargados, la subasta presencial; perdiéndose la oportunidad de establecer medios alternativos de realización de bienes, pero, sobre todo, de implementar la subasta electrónica.

8. También el sistema de embargo y desembargo de bienes sigue siendo presencial. Por ejemplo, el funcionario judicial tiene que ir personalmente llevando la resolución del juez que ordena el embargo o el levantamiento del mismo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para que sea esta la que ordene a la institución financiera la retención de fondos o su levantamiento.

Mas allá de estar el juez sometido a una autoridad administrativa, sin que su orden pueda ser inmediatamente cumplida, si no es con la anuencia o el conducto de la Administración, el hecho es que seguimos utilizando el sistema mediante el cual la autenticidad de la orden judicial se mide por la presencia física del funcionario del juzgado que lleva la resolución del juez, y por la entrega (también física) de la indicada resolución. Como se puede intuir con facilidad, este procedimiento tiene otra desventaja intrínseca: el tiempo que se demora en hacer efectiva la orden del juez (normalmente una semana, en el mejor de los casos).

Todos estos inconvenientes pueden solucionarse implementando el embargo/desembargo electrónico, en donde el juzgado emite la orden y esta es cumplida inmediatamente.

Idéntico razonamiento se puede aplicar a las anotaciones preventivas en los registros de Derechos Reales o el de automóviles. Estos registros exigen, para sentar el asiento registral, la presentación del testimonio o copia legalizada de la resolución del juez, que debe ser presentada por el ejecutante, en físico y en original, luego de haber cumplido las largas filas de atención al público tan características de las instituciones públicas.

En resumen, “virtualizar” el proceso no debe ser una cuestión de la actual coyuntura, sino algo necesario como estrategia a largo plazo.

9. Para concluir, conviene indicar que la *retardación de justicia* ya estaba presente antes del COVID-19. Pero es muy probable que la situación se agrave, por el incremento de la carga procesal cuando los juzgados vuelvan a funcionar al levantarse el confinamiento.

Esto significa que los tribunales deberán adoptar las medidas necesarias para resolver las causas pendientes, cuyos plazos procesales se suspendieron por causa de la cuarentena y, simultáneamente atender las nuevas causas que seguramente serán presentadas en cantidad considerable.

Estas medidas deberán ser complementadas con una adecuada reforma de la justicia civil boliviana, acorde a la nueva realidad mundial que los tiempos imponen.



CORONAVIRUS E TRACCIAMENTO TECNOLOGICO:
ALCUNE RIFLESSIONI SULL'APPLICAZIONE E SUI RELATIVI
SISTEMI DI INTEROPERABILITÀ DEI DISPOSITIVI

CORONAVIRUS AND TECHNOLOGICAL TRACKING: SOME
CONSIDERATIONS ON THE APPLICATION AND THE RELATED
INTEROPERABILITY SYSTEMS OF THE DEVICES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 836-847



Carolina

PERLINGIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Il saggio analizza il tema del tracciamento dei contagi nello stato di emergenza sanitaria. Particolare attenzione è rivolta alla disamina degli aspetti giuridici dell'applicazione scelta per monitorare l'epidemia rispetto alla quale centrale appare la questione relativa alla qualificazione del rapporto Governo italiano con le due aziende, Apple e Google, alle quali è stato chiesto di sviluppare sistemi di interoperabilità.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus; tracciamento; dati personali; pseudonimizzazione; interoperabilità.

ABSTRACT: *The essay analyses the issue of tracking infections in the state of health emergency. Particular attention is paid to the examination of the legal aspects of the application chosen to monitor the epidemic in relation to which central is the question of qualification of the relationship between the Italian government and Apple and Google companies who have been asked to develop interoperability systems.*

KEY WORDS: *Coronavirus; tracking; personal data; pseudonymization; interoperability.*

I. La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria – deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1 del 2018 per la durata di 6 mesi dovuta alla diffusione del COVID-19 – ha sollevato una molteplicità di questioni giuridiche che richiedono un'adeguata e urgente riflessione. Un aspetto particolarmente rilevante attiene al delicato tema dei sistemi di tracciamento dei contagiati. Le tecnologie e il trattamento dei dati digitali possono acquisire un ruolo di ausilio al problema epidemiologico in quanto strumenti utili soprattutto per monitorare e prevenire il contagio.

Il tema si presenta particolarmente dibattuto non soltanto in merito alle diverse modalità operative sul trattamento dei dati dipendente dalle scelte effettuate da chi le ha progettate e/o ne ha richiesto la progettazione, ma anche con riguardo alla differente raccolta e gestione dei dati e alla modalità di interazione delle App tra dispositivo utente, eventuale server centrale e terzi potenziali contagiati.

Con riguardo al primo aspetto, occorre sottolineare che l'insieme delle regole tecniche di struttura dei diversi sistemi create dai programmati informatici costituiscono gli strumenti di controllo dell'architettura e quindi ne stabiliscono i vari modi d'uso sia in relazione al compimento delle attività, sia per le modalità di trasmissione dei flussi informativi. Pertanto, la tecnologia con le sue regole di funzionamento non può essere considerata neutrale (con specifico riferimento all'ambito giuridico del dibattito in corso sulla neutralità della tecnica, cfr. IRTI, N.-SEVERINO, E.: *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001) dal momento che costituisce il risultato di una scelta, tra diverse soluzioni, demandata all'esecuzione di algoritmi da parte di una macchina (sul punto da ultimo cfr. GITTI, G.: "Dall'autonomia regolamentare e autoritativa alla automazione della decisione robotica", in *Tecnologie e diritto*, 2020, in corso di pubblicazione) sì da determinare differenti conseguenze giuridiche. Se il diritto è veicolato mediante il mezzo tecnologico, talvolta tradotto in un algoritmo o comunque in grado di incidere sui rapporti privati, non si può condividere l'idea che la tecnica sia giuridicamente neutra. Si può affermare che la tecnica può costituire un'ulteriore fonte del diritto, un nuovo *soft law*; trattasi di una serie di atti, non omogenei quanto a origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti. Pertanto, in questa direzione, con riguardo al tema in oggetto, occorre indagare sul rapporto tra i predetti sistemi e il diritto al fine di consentire la valutazione delle differenti conseguenze collegate all'uso della tecnologia adottata.

• **Carolina Perlingieri**

Ordinario di diritto privato Napoli "Federico II". Correo electrónico: carolina.perlingieri@unina.it

Con riguardo al secondo aspetto, particolarmente delicata è la questione relativa alla gestione dei dati raccolti e all'inoltro a un server centrale o ai possibili contagiati direttamente dall'App del dispositivo. Trattasi di due modelli alternativi – l'uno centralizzato, l'altro decentralizzato – nella gestione dei codici identificativi dei possibili contagiati che incide altresì sui sistemi di notifica dell'esposizione al possibile contagio.

Il tema in oggetto rappresenta un aspetto della più ampia questione relativa alla ' delle novità tecnologiche e dell'incidenza delle loro diverse modalità operative sui rapporti civilistici da affrontare a partire dalla considerazione del ruolo di supporto e servizio della tecnica al diritto. Come evidenziato anche di recente dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali "il diritto è l'unica risorsa capace di mettere la tecnica al servizio dell'uomo, della libertà, della sicurezza. Sarebbe per altro auspicabile un'alleanza tra tecnologia e diritto che può rappresentare l'architrave di una risposta democratica e lungimirante alle nuove minacce del digitale, minacce fortunatamente controbilanciate dalle straordinarie potenzialità di questi mezzi. Questo presuppone anzitutto il massimo equilibrio tra le discipline deputate a governare il rapporto tra le libertà e il lato oscuro della tecnica, ovvero quella di protezione dati e quella a tutela della sicurezza cibernetica" (intervista del Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali SORO, A.: "Tecnologia e diritto devono allearsi per una corretta governance digitale", 16 aprile 2020, in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9317569).

2. Se le misure tecnologiche devono essere di ausilio al contenimento e al controllo del virus, gli algoritmi che ne consentono il funzionamento si alimentano soltanto mediante la raccolta dei dati. È l'inscindibilità del binomio tecnologia-dati che consente il trattamento algoritmico dei dati personali raccolti al fine di costituire un supporto alla strategia di risposta alla pandemia causata dal COVID-19, ma al tempo stesso continua ad alimentare il dibattito in merito alle implicazioni relative ai diritti fondamentali della persona e in particolare di tutela della vita privata.

A tal proposito il Comitato europeo per la protezione dei dati (European Data Protection Board-EDPB), in questo contesto di emergenza legata al COVID-19, non soltanto ha sottolineato che il quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali, essendo flessibile, è in grado di conseguire una risposta efficace per limitare la pandemia e proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali, ma ha anche fornito delle Linee-guida sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica (03/2020 del 21.04.2020) e sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti (04/2020 del 21.04.2020) evidenziando che il binomio tecnologia-dati nel contesto attuale debba servire quale strumento

di protezione delle persone nel rispetto di un uso dei dati adeguato, necessario e proporzionato.

3. Dal punto di vista della normativa sul trattamento dei dati, il Regolamento generale sulla protezione dei dati 2016/679 (GDPR) consente alle autorità competenti in materia di salute pubblica di trattare dati personali purchè nel rispetto dei principi generali (art. 5 GDPR) e delle condizioni contenute nel testo di legge sia nazionale che europeo. Il Considerando 46 GDPR prevede espressamente che, tra i trattamenti legittimi per motivi di interesse pubblico e per la tutela degli interessi vitali dell'interessato, rientrano in particolare quelli "a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione".

In particolare, l'art. 23 GDPR nonché anche l'art. 15 direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche cd. direttiva e-privacy 2002/58/CE e l'art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consentono di introdurre, con una norma di legge, una limitazione ai diritti degli interessati la quale, rispettando l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali, deve costituire una misura necessaria e proporzionata per la salvaguardia esclusivamente di obiettivi di pubblico interesse generale.

Dunque il tema deve essere affrontato tenendo presente queste condizioni alle limitazioni dei diritti degli interessati da introdurre necessariamente con una norma di legge nel rispetto dell'essenza di tali diritti qualora le misure siano necessarie e proporzionate al fine di perseguire obiettivi quali quello dell'emergenza sanitaria (sul punto, con riguardo alla necessaria 'gradualità' e proporzionalità delle misure, v. l'intervista del Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali SORO, A.: "Privacy e democrazia ai tempi della pandemia", 24 marzo 2020, in <https://fondazioneleonardo-cdm.com/it/news/privacy-e-democrazia-ai-tempi-della-pandemia-intervista-ad-antonello-soro/>).

L'eventuale utilizzazione di dati di localizzazione è ammissibile esclusivamente a supporto del contenimento della pandemia per disporre misure di isolamento e quarantena. Come è noto due sono le principali fonti di dati relativi all'ubicazione: i dati raccolti da fornitori di servizi di comunicazione elettronica (si pensi agli operatori di telecomunicazioni mobili) nel corso della prestazione del loro servizio e i dati raccolti da fornitori di servizi della società dell'informazione, la cui funzionalità richiede l'uso di tali dati (ad esempio, navigazione, servizi di trasporto, ecc.). Il trattamento di questi dati di ubicazione è diverso a seconda che la raccolta sia effettuata dal fornitore di servizi di comunicazione elettronica o dal fornitore di servizi della società dell'informazione. Nella prima ipotesi, i dati possono essere

trattati soltanto entro i limiti di cui agli artt. 6 e 9 della direttiva e-privacy e quindi possono essere trasmessi alle autorità o a terzi soltanto se sono stati resi anonimi dal fornitore oppure, per i dati indicanti la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale di un utente che non sono dati relativi al traffico, con il previo consenso degli utenti. Nella seconda ipotesi, ai dati raccolti si applica l'art. 5 della direttiva e-privacy nonché gli artt. 6 e 9 GDPR sì che l'archiviazione di informazioni sul dispositivo dell'utente o l'accesso alle informazioni già archiviate sono consentiti soltanto se l'utente ha prestato il consenso o se la memorizzazione e/o l'accesso siano autorizzati legalmente a norma dell'art. 15 della direttiva e-privacy nonché degli artt. 6, paragrafo 1, lett. d, e, e 9, paragrafo 2, lett. i GDPR, quale misura necessaria e proporzionata.

Qualora, invece, l'uso sia finalizzato al tracciamento dei contatti, tale uso deve essere rivolto esclusivamente al fine di informare le persone che probabilmente sono entrate in contatto ravvicinato con soggetti successivamente confermati positivi, al fine di interrompere tempestivamente la trasmissione del contagio.

Sulla base della normativa nazionale ed europea sul trattamento dei dati personali, il ricorso all'uso di un'App di tracciamento dei contatti deve essere volontario, anonimo o quanto meno pseudonimizzato, non basarsi sulla tracciabilità dei movimenti individuali, bensì soltanto sulle informazioni di prossimità relative agli utenti, necessariamente limitato alla fase dell'emergenza sanitaria.

Se dunque da un lato è confermata la centralità del ruolo del consenso quale criterio principale di legittimazione al trattamento, dall'altro le misure tecniche di tracciamento per essere conformi alla normativa in materia di dati personali devono utilizzare dati anonimi o meglio pseudonimizzati. Infatti, a tal proposito, se vero è che il singolo dato può sempre essere collegato a una persona identificata o identificabile sì da consentirne soltanto una pseudonimizzazione mediante cifratura o altre trasformazioni matematiche, è anche vero che per insiemi di dati è, di regola, realizzabile l'anonymizzazione anche se occorre considerare che in presenza di certe correlazioni e univocità è pur sempre possibile la re-identificazione.

4. Alla luce di questo quadro, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha richiesto il parere del Garante per la protezione dei dati personali su una proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19 (GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: “Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19”, 29 aprile 2020, in www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050) con la quale il tracciamento di dati di prossimità dei dispositivi – resi anonimi o comunque pseudonimizzati, con esclusione di

ogni forma di geolocalizzazione – è effettuato tramite l'utilizzo di un'applicazione installata su base volontaria, destinata alla registrazione dei soli contatti tra soggetti che abbiano parimenti scaricato tale App al fine di analizzare l'andamento epidemiologico o per ricostruire la catena dei contagi, salvo trattamento in forma aggregata o anonima per finalità scientifiche o statistiche.

Il Garante ha espresso parere favorevole su questa proposta normativa, seguita dal Decreto legge n. 28 del 30.04.20, mettendo in evidenza in particolare che il sistema di *contact tracking* prefigurato non appare in contrasto con i principi di protezione dei dati personali in quanto non soltanto è previsto da una norma di legge sufficientemente dettagliata (si pensi all'articolazione del trattamento, alla tipologia di dati raccolti, alle garanzie accordate agli interessati, alla temporaneità della misura), ma soprattutto si fonda sull'adesione volontaria dell'interessato; esclude ogni forma di condizionamento della determinazione individuale e di disparità di trattamento basate sulla scelta di consentire o meno il tracciamento; è preordinato al perseguimento di fini di interesse pubblico indicati con sufficiente determinatezza; esclude il trattamento secondario dei dati così raccolti per fini diversi, salva la possibilità (nei termini generali previsti dal Regolamento) di utilizzo, in forma anonima o aggregata, a fini statistici o di ricerca scientifica.

La misura di *contact tracking* predisposta, inoltre, appare conforme ai principi di minimizzazione e ai criteri di *privacy by design* e *by default* dal momento che prevede la raccolta dei soli dati di prossimità dei dispositivi, il loro trattamento in forma quantomeno pseudonimizzata escludendo il ricorso a dati di geolocalizzazione e limitandone la conservazione al tempo strettamente necessario ai fini del perseguimento dello scopo indicato, con cancellazione automatica alla scadenza del termine dell'emergenza sanitaria.

In particolare l'applicazione di tracciamento dei contatti essendo collegata alla SIM del dispositivo, può garantire soltanto una pseudonimizzazione la quale avviene – utilizzando la tecnologia *Bluetooth-Low-Energy* – mediante il rilascio ogni 15 minuti di un codice alfanumerico sì da determinare una sequenza di codici che resta immagazzinata sul dispositivo. Questa sequenza è decodificata soltanto quando è accertata la positività e quindi, in questa circostanza, occorre ricostruire a ritroso la catena epidemiologica dei contatti. L'opzione adottata dal Governo prevede che il contagiatò – tramite un codice fornito dall'autorità sanitaria – trasmette a un server centrale, pubblico e collocato nel territorio nazionale, la lista dei codici, presenti nel dispositivo, identificativi e anonimi con i quali è entrato in contatto nell'ultimo periodo. Successivamente sull'App del possibile contagiatò, identificato da un codice alfanumerico, comparirà l'avviso di rischio e il protocollo da seguire.

Questo sistema di rinvio a una piattaforma centralizzata secondo il quale sono le autorità sanitarie ad accedere ai dati trasmessi dal dispositivo della persona positiva e ad inviare l'*alert* ai possibili contagiati, è l'alternativa a un sistema decentralizzato in virtù del quale il segnale anonimo di rischio è inviato automaticamente dall'App ai possibili contagiati invitati a rivolgersi al personale sanitario per le opportune valutazioni (cfr. RESTA, G.: "La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza COVID-19", in *Giustiziacivile.com*, n. 5/2020, p. 15, secondo il quale "L'alternativa tra un sistema di archiviazione delle informazioni centralizzato ed uno decentralizzato è evidentemente cruciale per definire le caratteristiche operative e le implicazioni giuridiche della specifica architettura tecnologica").

Questi due diversi sistemi di archiviazione delle informazioni sono l'espressione di due contrapposti approcci non soltanto tecnologici, ma anche metodologici. Conseguentemente appare confermata la necessità di riaffermare il primato del diritto sulla tecnica quale utile strumento al servizio di esigenze fondamentali dell'uomo, in primo luogo, la salvaguardia della salute e della vita.

Nonostante sia le linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati si siano espresse in senso favorevole alla conservazione dei dati esclusivamente sul terminale dell'utente (Comitato europeo per la protezione dei dati-EDPB, Linee-guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19 del 21-4-2020, punto 27) sia la Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (del 17.04.2020 n. 2020/2616) abbia sottolineato l'opportunità "che la memorizzazione dei dati sia completamente decentralizzata" (punto 41) per ridurre i rischi di uso improprio dei dati, il Governo italiano ha optato per una soluzione diversa che appare condivisibile. In particolare se è vero che il sistema centralizzato rappresenta una forma meno garantista della *privacy*, tuttavia rappresenta la soluzione maggiormente efficace per conseguire il controllo dei soggetti a rischio secondo una prospettiva solidaristica diretta al contrasto dell'epidemia e alla tutela della salute pubblica. Altresì occorre evidenziare che la condivisione di una simile scelta presuppone il carattere pubblico della gestione del sistema centralizzato e l'ubicazione del server sul territorio nazionale nonché l'attribuzione della qualità di titolare del trattamento al Ministero della Salute, nonché quella di responsabili del trattamento alla Protezione Civile, all'Istituto Superiore di Sanità, alle Strutture pubbliche e private accreditate del SSN.

5. L'adesione alla predetta soluzione presuppone, altresì, che si faccia chiarezza su un'altra questione: quella relativa alla qualificazione giuridica del rapporto

Governo italiano con le due aziende Apple-Google alle quali è stato chiesto di realizzare sistemi di interoperabilità *Application Programming Interface (API)* che consentano non soltanto lo scambio di segnali via *Bluetooth Low Energy* tra i dispositivi degli utenti che hanno scaricato l'App di *contact tracking*, bensì soprattutto al Servizio Sanitario Nazionale di interfacciarsi con i dispositivi mobili *Android* e *iOS* di utenti positivi e di coloro con i quali sono entrati in contatto. Infatti se alcune questioni legate alla cybersecurity e alla protezione dei dati personali sono state affrontate adeguatamente in linea anche con gli *standard* sulla *data protection* dell'Agenzia dell'Unione europea per la cybersecurity-ENISA (cfr. diversi sono i rapporti pubblicati dall'ENISA con riguardo alle tecniche di pseudonimizzazione e migliori pratiche in www.enisa.europa.eu/publications/pseudonymisation-techniques-and-best-practices; le raccomandazioni sulla modellatura della tecnologia secondo le disposizioni del GDPR – Esplorazione del concetto di protezione dei dati per impostazione predefinita in <https://www.enisa.europa.eu/publications/recommendations-on-shaping-technology-according-to-gdpr-provisions-part-2>; il *tracking online* e meccanismi di protezione dell'utente, in www.enisa.europa.eu/publications/online-tracking-and-user-protection-mechanisms; il manuale sulla sicurezza del trattamento dei dati personali in www.enisa.europa.eu/publications/handbook-on-security-of-personal-data-processing; *Privacy e protezione dei dati nelle applicazioni mobili* in www.enisa.europa.eu/publications/privacy-and-data-protection-in-mobile-applications), è anche vero che vi sono ancora alcuni aspetti opachi di tale rapporto.

Se una delle principali fonti di rischio per la protezione dei dati personali è l'introduzione di identificatori di dispositivi permanenti, la scelta di un sistema che genera gli ID utente in maniera causale sostituendoli in modo coordinato e sincronico al trascorrere di un breve intervallo di tempo, accantona questo rischio in quanto assicura la pseudonimizzazione. Tuttavia, al tempo stesso, è anche vero che i registi dell'ambiente da pseudonimizzare sono i due fornitori, costruttori e gestori dei sistemi di interoperabilità e non il titolare del trattamento sì da dover evidenziare l'ulteriore rischio relativo a un condizionamento delle API pur sempre modificabili.

In questa direzione appare necessario l'impegno di Apple e Google di non modificare, se non di comune accordo, le API. L'eventuale modifica inciderebbe sulla raccolta dei dati (si pensi all'estensione ad altri dati quali quelli di ubicazione), consentendo il trattamento per finalità diverse da quella di cui all'art. 6, comma 1 (ad esempio per il controllo dell'isolamento o della quarantena) sì da determinare una scelta tecnica in contrasto con quanto stabilito dal predetto art. 6, comma 3 del Decreto legge n. 28 del 30.04.20 secondo il quale “i dati raccolti attraverso l'applicazione di cui al comma 1 non possono essere trattati per finalità diverse da quella di cui al medesimo comma 1, salvo la possibilità di utilizzo in forma aggregata

o comunque anonima, per soli fini di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica, ai sensi degli articoli 5, paragrafo 1, lettera a) e 9, paragrafo 2, lettere i) e j), del Regolamento (UE) 2016/679”.

Al riguardo si può ipotizzare una configurazione del rapporto tra il Ministero della Salute e le due aziende americane sulla base dell'art. 28 GDPR. In particolare tale norma al paragrafo 1 riconduce la figura del responsabile del trattamento in colui che effettua un trattamento “per conto del titolare del trattamento” qualora presenti “garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato” con la previsione che se il responsabile del trattamento “viola il presente regolamento determinando le finalità e i mezzi del trattamento, è considerato un titolare del trattamento”.

Altresì l'art. 28, paragrafo 3 GDPR richiede che “i trattamenti da parte di un responsabile del trattamento” siano “disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento” e la previsione di tale contratto o altro atto giuridico può basarsi anche, “in tutto o in parte, su clausole contrattuali tipo di cui ai paragrafi 7 e 8 del presente articolo, anche laddove siano parte di una certificazione concessa al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento ai sensi degli articoli 42 e 43” (art. 28, paragrafo 6 GDPR).

In questo modo un simile rapporto contrattuale può essere configurato nel richiamo anche nella sola certificazione concessa al titolare del trattamento, il Ministero della Salute, di “clausole contrattuali tipo” di cui al paragrafo 7 dell'art. 28 GDPR e, in particolare, al paragrafo 3, lett. c dell'art. 3 GDPR in forza del quale il responsabile del trattamento è colui che adotta tutte le misure richieste ai sensi dell'art. 32 GDPR in materia di sicurezza del trattamento.

Pertanto l'affidamento di un segmento del trattamento non richiede a soggetti privati di elevata competenza tecnologica soltanto requisiti di affidabilità e trasparenza ma anche la responsabilità e la controllabilità.

Il tema del controllo, anche in quest'ambito, acquista un ruolo centrale e decisivo qualora si intenda porsi in una prospettiva diretta a creare un clima di fiducia nelle istituzioni.

6. Se dunque, appare condivisibile la scelta di un sistema centralizzato mediante il ricorso a un server pubblico collocato sul territorio nazionale, occorreva sollevare la questione nevralgica collegata alla qualificazione giuridica del rapporto tra il Governo italiano e le due aziende *High tech* quale presupposto per intraprendere percorso trasparente nella raccolta e nella gestione dei dati personali necessari per la gestione della Fase 2 dell'emergenza sanitaria. Problema che potrebbe ugualmente ripresentarsi qualora il rapporto riguardi gli enti locali, in particolare le regioni, e le società programmatiche dei sistemi operativi delle App che possono configurare autonome e differenti iniziative le quali – in quanto spesso non coordinate – rischiano di indebolire l'efficacia complessiva della strategia di contrasto. Al contrario, l'effettività del contrasto alla diffusione del contagio richiede un indirizzo uniforme che coinvolga non soltanto il nostro Paese bensì tutti i Paesi membri dell'Unione europea e che potrebbe concretizzarsi con l'adozione di un unico progetto di data tracking.

In conclusione, al fine di creare un clima di fiducia istituzionale che stimoli la popolazione a un uso consapevole della tecnologia per il perseguitamento di finalità solidaristiche in questa “Fase 2” occorre non soltanto introdurre strumenti adeguati, necessari, proporzionati e temporanei ma soprattutto fare chiarezza sui rapporti, ancora troppo opachi, con coloro che creano e gestiscono le diverse tecnologie impiegate nel perseguitamento di interessi pubblici.



PRIVACIDAD, GEOLOCALIZACIÓN Y APLICACIONES DE
RASTREO DE CONTACTOS EN LA ESTRATEGIA DE SALUD
PÚBLICA GENERADA POR LA COVID-19

PRIVACY, LOCATION DATA AND CONTACT TRACING APPS IN THE
COVID-19 PUBLIC HEALTH STRATEGY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 848-859

M^a Belén
ANDREU
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La COVID-19 ha puesto de nuevo en primer plano el uso de la tecnología y los datos de los ciudadanos como herramienta de ayuda en el control de la pandemia. Ante el impacto que pueden producir en la privacidad de las personas, en el trabajo se hace referencia a algunas de las herramientas que se han propuesto, planteando las bases legales y condiciones para su implantación.

PALABRAS CLAVE: Clave: privacidad; geolocalización; rastreo contactos; COVID-19

ABSTRACT: *COVID-19 has once again brought to the fore the use of technology and citizen data as a tool for the control of the pandemic. In view of the impact on privacy, this document analyses some of the tools that have been proposed, setting out the legal bases and conditions for their implementation.*

KEY WORDS: *Privacy; location data; contact tracing; COVID-19.*

I. La crisis generada por la COVID-19 ha hecho que la cuestión relativa al lícito tratamiento de los datos de salud de la población y la protección de la privacidad de las personas se haya convertido en un tema de enorme relevancia, hasta el punto de que las distintas autoridades nacionales de protección de datos y las europeas se han tenido que pronunciar en diversas ocasiones y en un tiempo record sobre estas cuestiones.

Como punto de partida es preciso señalar que el RGPD aporta no solo un marco jurídico más específico para el tratamiento de datos de salud (con referencias concretas además al ámbito de la salud pública), sino que también se refiere a la legitimación para el tratamiento en situaciones de crisis sanitaria o pandemia (considerando 46). De manera sucinta, la licitud del tratamiento de datos por parte de las autoridades sanitarias en este tipo de situaciones podría fundamentarse en las bases previstas en los artículos 6.1.d (protección de intereses vitales del interesado o de tercero), 6.1.e (misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes público) y, en el caso de los datos de salud, en el artículo 9.2.c (protección del interés vital del interesado o de un tercero), 9.2.g (tratamiento por razones de interés público esencial) o 9.2.i (tratamiento necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves), además de que ciertas actuaciones puedan fundamentarse en el 9.2.h (prestación de asistencia sanitaria o social) o 9.2.j (investigación científica).

En nuestro país existe un conjunto de normas que regulan la acción de los poderes públicos en materia de salud pública y epidemiología y que pueden, a su vez, constituir la base legal que requieren algunos de los supuestos anteriormente mencionados (en particular, para los arts. 6.1.e, 9.2. g-j). Esto es lo que viene a establecer la disposición adicional 17.1 LOPDGDD, considerando que se encuentran amparados en las letras g) a j) del artículo 9.2 RGPD los tratamientos de datos de salud previstos en distintas leyes, entre otras, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP). Y, además, legitima la investigación con datos de salud realizada por las autoridades sanitarias con competencias en vigilancia de la salud pública sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública (disp. adic. 17.2.b LOPDGDD; analizada en el informe de la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD- 121/2018). Respecto de la estrategia en materia de salud pública, a grandes rasgos ésta se contiene

• M^a Belén Andreu Martínez

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Murcia. Correo electrónico: beland@um.es

principalmente en la LGSP que establece, entre otros, el deber de colaboración y comunicación (arts. 8 y 9) o la cesión de datos entre administraciones sanitarias cuando sea "estrictamente necesario para" para la tutela de la salud de la población (art. 41). Pero, además, en supuestos de extraordinaria gravedad o urgencia, o de riesgo inminente y extraordinario para la salud, tanto la LGSP (art. 54) como la LGS (arts. 26, 28) prevén la adopción de medidas especiales y, en particular, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, las regula específicamente para el control de enfermedades transmisibles (art. 3), cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad (art. 1), con obligación además de participar por parte del ciudadano (art. 5.2 LGSP).

La existencia de este marco jurídico y la posibilidad de tratamiento de datos de los ciudadanos en situaciones de crisis sanitaria ha sido remarcada también desde un primer momento por autoridades de protección de datos. En este sentido, tanto la AEPD (entre otros, informe 17/2020), como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD, "Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak", 19-3-2020) han precisado que la normativa de protección de datos no debía suponer un obstáculo para la lucha contra el coronavirus, pero salvaguardando siempre las reglas establecidas en dicha normativa.

Ahora bien, en la práctica está siendo problemática la aplicación de estas reglas en el uso de soluciones tecnológicas para la lucha contra la pandemia, lo que ha llevado a declaraciones restrictivas sobre su uso y a una gran confusión sobre su eficacia y seguridad.

2. A lo largo de la crisis provocada por el COVID-19 hemos visto cómo han proliferado o se han propuesto distintos tipos de soluciones tecnológicas para el apoyo en la lucha contra la pandemia. Ahora bien, es importante diferenciar entre ellas, pues no todas plantean las mismas cuestiones. La AEPD ha hecho una primera aproximación en su Documento "El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios" (mayo 2020), refiriéndose a: geolocalización mediante la tecnología recogida por los operadores de telecomunicaciones; apps, webs y chatbots para auto test y cita previa; geolocalización a través de redes sociales; apps de seguimiento de contactos; pasaportes de inmunidad o cámaras infrarrojas.

En el caso de España, a nivel estatal la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo (BOE 28-3-2020) dio entrada a las dos primeras:

A) La realización de un estudio sobre movilidad de las personas en los momentos previos y durante el confinamiento (DataCOVID-19). La finalidad declarada de este estudio (según la Exposición de Motivos) era conocer dichos desplazamientos para ver cómo dimensionadas estaban las capacidades sanitarias de cada provincia (no se mencionaba entre las finalidades el control del cumplimiento del confinamiento). Este estudio se llevó a cabo por el INE, siguiendo el modelo de otro realizado previamente por este organismo (en noviembre de 2019), e implica el cruce de datos de las operadoras de comunicaciones electrónicas móviles, de forma anonimizada y agregada.

La Orden señala que en su ejecución se “velará” por el cumplimiento del RGPD y la LOPDGDD; ahora bien, una vez llevada a cabo la anonimización, sobre la “información anónima” resultante en la que se basa el estudio a priori no sería aplicable la normativa de protección de datos (considerando 26 RGPD). Por otra parte, a pesar de la base legal que la Orden cita para justificar las actividades que en él se proponen, el estudio se hace únicamente con aquellas operadoras con las que se llegue a acuerdo. No se dice nada, en cambio, sobre la posibilidad de los ciudadanos de oponerse a que sus datos puedan ser utilizados para la realización de este estudio (sí se permitió por algunas operadoras en el estudio llevado a cabo en noviembre). Sin entrar ahora en el tema de si el ciudadano debe disponer o no, en general, de esta facultad, lo cierto es que la fundamentación y finalidades del tratamiento en este caso, vinculadas a la gestión de una crisis sanitaria por parte de las autoridades, junto con el deber de participación del ciudadano en estos casos que establece la legislación en salud pública, justificarían esta solución.

B) El desarrollo de un chatbot para proporcionar información oficial ante preguntas de la ciudadanía, una web informativa con los recursos tecnológicos disponibles y una aplicación informática para la gestión de la crisis que incluye la posibilidad de auto diagnóstico e información sobre el COVID-19 (consejos prácticos, recomendaciones de acciones). La aplicación permitiría la geolocalización del individuo a los solos efectos de verificar que se encuentra en la CCAA que declara estar.

Partiendo de las bases legítimas del artículo 6 y 9 del RGPD señaladas en el punto I, el marco legal que fundamentaría la adopción de estas medidas, conforme a la Exposición de Motivos de la Orden, sería la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y, en particular, su artículo 3 (que permite adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible). Pero también la propia normativa de declaración del estado de alarma (en particular, el art. 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por

el que se declara el estado de alarma y que permite a las autoridades competentes delegadas, dictar las órdenes, resoluciones, etc. en su esfera de competencia para la protección de bienes, personas y lugares, mediante la adopción de cualquier de las medidas previstas en el artículo 11 LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Teniendo en cuenta el tipo de medidas que se prevén, que no son altamente intrusivas en la privacidad (información oficial al ciudadano, estudio de movilidad basado en información anónima y agregada, aplicación de instalación voluntaria para autodiagnóstico e información), el marco legal señalado permitiría justificar su adopción (se ha defendido que superaría el juicio de ponderación requerido por el TEDH, R. Martínez, "Protección de datos y geolocalización en la Orden SND/297/2020", Hay Derecho. Expansión, 31-3-2020). Podría plantear dudas la geolocalización de las personas (que en este caso se limita a un control de movilidad y/o confinamiento entre Comunidades Autónomas y que podría establecerse como una opción voluntaria en la app). Y también si dichas medidas necesitan para su adopción de la existencia de un estado de alarma o es suficiente el marco legal de medidas especiales en salud pública (Ley Orgánica 3/1986) y el rango normativo que precisa la determinación de la finalidad y garantías adecuadas del tratamiento. Sobre esto volveremos más adelante.

3. En una fase de desconfinamiento de la población, el objetivo se está centrando, no obstante, en la rápida detección de los casos positivos, para que se pueda detener la cadena de transmisión. Y es aquí donde han entrado en juego con gran fuerza las aplicaciones de rastreo de contactos. El seguimiento de contactos es una técnica conocida en epidemiología (a través de entrevistas), pero la imposibilidad de hacer un seguimiento "manual" o "analógico" ante el elevado número de contagios por el COVID-19 ha planteado el uso de medios tecnológicos. En este sentido, distintos países en Europa han lanzado ya alguna aplicación con esta finalidad o han anunciado que lo harán próximamente. Por lo que la protección de la privacidad de las personas se ha situado en el centro del debate, sobre todo a la vista de los precedentes de aplicación de este tipo de control en China, Corea del Sur o Singapur (puede verse una comparativa de distintas aplicaciones a nivel mundial en el proyecto "Covid Tracing Tracker", MIT Technology Review).

A priori cabrían varias alternativas: acudir a la localización o ubicación de la persona (utilizando GPS o los datos de posición de los abonados mediante la triangulación por las antenas de telefonía que realizan los operadores de telecomunicaciones para la prestación del servicio); o realizar un seguimiento de proximidad a través de tecnología como el Bluetooth (modelo Singapur). Este último no implica uso

de localización, sino que se generan unos códigos o pseudónimos encriptados que se intercambian (a través de Bluetooth) los teléfonos que tienen instalada la aplicación cuando se dan ciertas condiciones de proximidad (por distancia y tiempo de proximidad), conforme a la previa definición que se haya establecido de “contacto” a efectos de contagio de la enfermedad. En caso de positivo, se podría generar una alerta a los “contactos” de los 14 días anteriores. A su vez, dentro de estos se suele hablar de centralizados (ej., Robert) o descentralizados (ej., DP-3T), según el modo en que se genere el “código” y la alerta a los contactos (control por una autoridad central o por el usuario). Por su parte, Google y Apple también están desarrollando una API conjunta, que permita que los teléfonos iOS y Android se comuniquen entre sí a través de Bluetooth, y que podrá ser utilizada por las aplicaciones que crean las autoridades sanitarias.

De entre los múltiples pronunciamientos que se han producido acerca de estas aplicaciones, vamos a destacar dos: la Comunicación de la Comisión europea “Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de COVID-19 en lo referente a la protección de datos”, de 17-4-2020 (2020/C 124 I/01); y las Directrices del SEPD (“Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak”), de 21-4-2020.

La Comisión europea considera a las aplicaciones relacionadas con la COVID-19 un elemento importante en la lucha contra la pandemia (incluso más que otras medidas, como el confinamiento, para interrumpir la cadena de transmisión), sobre todo en la estrategia de salida y como complemento a otras medidas. Conscientes del recelo que provocan, ambas autoridades destacan la necesidad de la aceptación social de estas soluciones, de generar confianza en los ciudadanos y del respeto a sus derechos fundamentales.

Para ello, se plantea en cualquier caso la voluntariedad en la instalación de estas aplicaciones y la “desactivación” una vez la pandemia esté controlada, entre las medidas para garantizar que el ciudadano tenga el control de sus datos. En este sentido, el SEPD señala que un monitoreo sistemático de la localización de una persona y/o de sus contactos constituye una injerencia importante en su privacidad. Por lo que solo se puede legitimar si se basa en su consentimiento a cada una de las finalidades (precisa también la Comisión europea la importancia de no agrupar finalidades y poder consentirlas por separado) y no sufre ningún perjuicio si la rechaza.

Por otra parte, ambas instituciones destacan la importancia de que estas aplicaciones se utilicen como parte de la estrategia de salud pública. En este sentido, se recomienda que el responsable del tratamiento sea la correspondiente

autoridad sanitaria nacional, debiendo estar claro el rol y responsabilidad de otros actores que puedan intervenir.

Constituye éste un elemento fundamental, en la medida en que la información que se proporcione a través de estas aplicaciones debe estar contextualizada en el correspondiente escenario de salud pública nacional y, además, la información que se genere debe utilizarse en beneficio del sistema de salud. En este sentido, se señala que la confirmación del diagnóstico de infectado y su notificación a contactos debe ser resultado de una evaluación realizada por la autoridad pública. Igualmente la determinación, por ejemplo, de qué es un contacto. Por otra parte, dadas las limitaciones de los sistemas tecnológicos de rastreo de contactos (al depender su eficacia del número de descargas, posibles “falsos positivos” de contactos, uso malicioso por el usuario...), es importante que se utilice como apoyo al trabajo que realizan los equipos de “rastreo manual”.

Asimismo, no pueden utilizarse este tipo de soluciones tecnológicas para una vigilancia masiva de la población. Señala el SEPD que, conforme al principio de limitación de finalidad, debe estar especificada dicha finalidad, eliminándose otros posibles usos (comerciales, policiales, etc.), que no estén relacionados con la gestión del COVID-19.

Ambas autoridades claramente apuestan por los sistemas de rastreo de contactos por proximidad (Bluetooth) y no por el seguimiento de los movimientos individualizados de las personas (localización de la persona). Apunta, en este sentido, el SEPD los principios de minimización, privacidad por diseño y por defecto; principios que justificarían también que el funcionamiento de estas aplicaciones se realice sin identificación del usuario (y estableciendo medidas para evitar la reidentificación), la información se almacene en el terminal/dispositivo, se recolecte solo cuando fuera necesario (confirmación de contagio), a lo que se podría añadir, como medida de control del usuario, que la persona debe consentir la compartición de los datos que se recabaron en su dispositivo (para generar la alerta). Ambas autoridades aceptan tanto los sistemas centralizados, como los descentralizados. Si bien, se inclinan más bien por estos últimos, al considerarlos más adaptadas a los principios de protección de datos (entre ellos, minimización).

Una cuestión relevante es la relativa a la base legal para el tratamiento de los datos. Aunque la instalación de la aplicación sea voluntaria y se base, por tanto, en el consentimiento, el tratamiento de los datos que se recaben con ella no tienen por qué tener dicha base. De hecho, ambas instituciones señalan otras bases de legitimación más adecuadas en el caso de datos tratados por las autoridades sanitarias: las previstas en los artículos, 6.I.c y e RGPD; y, tratándose de datos de salud, el art. 9.I.i RGPD (aunque también apunta el SEPD la posibilidad de acudir según el caso a las bases establecidas en el art. 9.I.a y h RGPD, esto es,

consentimiento explícito y prestación de asistencia sanitaria). En cualquier caso, lo relevante es que, salvo que la base para el tratamiento sea el consentimiento (en cuyo caso, éste debe cumplir los requisitos para su validez, arts. 4.11 y 7 RGPD), en los restantes supuestos, como ya hemos señalado anteriormente, la base legítima debe estar establecida en el derecho de la UE o del Estado miembro y, además, incorporar medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado (art. 9.2.i, cuando implique tratamiento de datos de salud), y, en el caso de los arts. 6.1.c y e, cumplir con los requisitos del artículo 6.3 RGPD.

La Comisión europea señala que tanto la legislación previa al COVID-19, como la que se está promulgando para luchar contra la pandemia podría usarse como base jurídica para el tratamiento, siempre que en ella se prevean medidas que autoricen el seguimiento de epidemias y se cumplan los demás requisitos del artículo 6.3 RGPD. El SEPD indica incluso que, entre las salvaguardas significativas, se incluiría una referencia a la naturaleza voluntaria de la aplicación; además, una clara especificación de la finalidad y limitaciones explícitas con respecto al uso posterior de los datos personales, así como una identificación clara de los responsables involucrados; categorías de datos, así como las entidades (y los propósitos para los cuales se pueden divulgar los datos personales). También recomienda incluir, tan pronto como sea posible, los criterios para determinar cuándo se desmantelará la solicitud y qué entidad será responsable de tomar esa determinación. Se requiere, por tanto, una concreta previsión normativa que recoja estas especificaciones acerca de la aplicación.

Como hemos señalado anteriormente, en nuestro país contamos con una primera base de legitimación en la LO 3/1986, que prevé la posibilidad de adoptar medidas para el control de enfermedades transmisibles, así como la finalidad y necesidad de estas medidas para el ejercicio de la potestad pública, en este caso, la protección de la salud pública, ante el riesgo para la salud de la población, y el control de enfermedades transmisibles, en situaciones de urgencia o necesidad (arts. 1-3). Ciertamente la LO está pensando en medidas dirigidas a personas o grupos de personas concretas y no a la población en general, pero, en cualquier caso, la instalación de una aplicación de rastreo de contactos sería voluntaria (a diferencia del carácter compulsivo de las medidas que prevé esta norma). Lo que no se prevé en ella es un detalle de las disposiciones específicas (art. 6.3 RGPD) o salvaguardas significativas señaladas por el SEPD. Para ello se puede acudir a la propia normativa de prórroga del estado de alarma (aunque esto supone vincular esta medida al propio estado de alarma y su subsistencia).

En cualquier caso, las indicaciones de la Comisión europea y del SEPD acerca de las aplicaciones de rastreo de contactos pueden servir de guía a la

hora de abordar una estrategia de incorporación de las mismas por parte de las autoridades sanitarias, que debe estar basada necesariamente en los principios de privacidad por diseño y por defecto (art. 25 RGPD, minimización de datos, limitación de finalidad, del plazo de conservación...). Esto requiere, no obstante, clarificar previamente aspectos como su eficacia o seguridad. No está claro que los sistemas descentralizados por los que parecen decantarse las instituciones europeas sean más seguros o garanticen la no identificación del usuario (V. Botti, "Rastrear mi móvil... y háganlo bien, Innovadores. La Razón, 6-5-2020). Tampoco la utilidad, al ser voluntaria su instalación (experiencias en otros países como Singapur o Noruega reflejan que solo entre un 10% y 15% de la población proceden a instalarla).

4. Frente a los sistemas de proximidad, el uso de la localización de la persona plantea cuestiones adicionales, al contar con un régimen específico bastante estricto, recogido en la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y comunicaciones electrónicas. En concreto, el artículo 6 se refiere a los datos de tráfico (que incluye la etiqueta de localización o identificador de celda desde la que se activó el servicio), que deben eliminarse o anonimizarse cuando ya no sean necesarios para llevar a cabo la transmisión, pudiendo ser tratados únicamente los necesarios para la facturación y cobro del servicio. Y el artículo 9, referido a datos de localización, distintos de los de tráfico, que solo pueden tratarse previa anonimización o con el consentimiento de la persona para la prestación de servicios de valor añadido. El artículo 15 de la Directiva permite, no obstante, limitar los derechos y obligaciones previstos, entre otros, en los artículos 6 y 9, cuando dicha limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada por los motivos establecidos en dicho precepto (seguridad nacional, seguridad pública, prevención de delitos...); con base en esta excepción se dictó de hecho la polémica Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas).

A la vista de lo anterior, para el SEPD la posibilidad de acceso a estos datos por parte de las autoridades sanitarias, a día de hoy, pasa por la anonimización de estos datos (o, en el caso de datos de localización, distintos de los de tráfico, por el previo consentimiento de la persona). En este sentido, ha enfatizado la preferencia por el uso de datos anonimizados, en lugar de datos personales, en el caso de que se opte por acudir a datos de localización a efectos del control de la epidemia (aunque el propio SEPD pone de relieve la dificultad de la anonimización en estos casos).

Por su parte, la AEPD (en su Comunicado sobre apps y webs de autoevaluación del Coronavirus, de 26-3-2020) dio entrada a la posibilidad de geolocalizar a través del teléfono móvil a personas que han dado positivo en COVID-19, con base en

"las amplias competencias que en situaciones excepcionales, como sin duda lo es la presente epidemia, tienen las autoridades sanitarias, teniendo en cuenta, además, que una de las medidas excepcionales para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 es la de limitar la libertad de circulación de las personas". Por tanto, aunque sin citarla expresamente, se basaba en la normativa especial en materia de salud pública (en particular, LO 3/1986), pero aludía también a la vinculada al estado de alarma, en cuanto limita la libertad de circulación. Y ello porque para la AEPD nos encontraríamos ante una obligación impuesta por las autoridades sanitarias para evitar la propagación del virus y que requiere el "control de las personas contagiadas y que han sido obligadas a permanecer en su domicilio en cuarentena". Ciertamente las limitaciones de circulación asociadas al estado de alarma ayudan a justificar una medida como la geolocalización para el control de dicha cuarentena, pero la LO 3/1986 permite adoptar medidas de "control de enfermos" referidas a sujeto concretos o grupos de personas.

Posteriormente, en la Nota técnica para el uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19 (mayo 2020), la AEPD ha precisado que la información de ubicación de la que disponen los operadores de telecomunicaciones puede ser demandada, sin anonimizar, por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, previa orden judicial, y anonimizada para hacer estudios de movilidad. Apunta, no obstante, como derivada la posibilidad de que se usen "datos anonimizados de geolocalización para observar movimientos globales, pero con la posibilidad de que la policía pidiera la reidentificación en determinados casos conforme a los criterios establecidos por las autoridades sanitarias para garantizar el control de la epidemia". Parece que se deja abierta la puerta a un posible uso de datos de localización (no anonimizados), pero no se detalla en qué supuestos y se echa mano de la policía, cuando su habilitación, conforme a la Ley 25/2007, es para la persecución de delitos graves (arts. 1 y 6).

Como vemos, la posición de las autoridades de control es bastante restrictiva en cuanto al uso de los datos de localización. Se ha defendido la posibilidad de acudir a la excepción prevista en el art. 15 Directiva 2002/58/CE, junto con la normativa nacional que habilita para la adopción de medidas especiales en materia de salud pública para el control de enfermedades transmisibles, con la única finalidad de localización de los posibles sujetos contagiados y, en último extremo, la ubicación del paciente (R. Martínez, "Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública", Diario La Ley, nº 9604, 30-3-2020). Si bien, una cuestión fundamental que habrá que resolver es la relativa a la determinación de las garantías adecuadas para la protección del derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos y la norma o normas en las que estas garantías se establecen, en conexión con la reserva de

ley (art. 53.1 CE) y la doctrina relativamente exigente del TC al respecto (SSTC 292/2000; 76/2019, aunque ésta última referida a datos especialmente protegidos).

COVID-19: UN DESAFÍO PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

COVID-19: A CHALLENGE FOR THE PERSONAL DATA PROTECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 860-867

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El COVID-19 está permitiendo la adopción de todo tipo de medidas excepcionales que no serían justificadas en una situación de estado normal, siempre que se mantenga un correcto equilibrio entre la prevención de contagios y la recogida, tratamiento y cesión de datos de carácter personal que puedan promover la identificación de personas concretas. La protección de datos de carácter personal ni es ni puede ni debe ser un obstáculo para la más efectiva de las luchas contra el Coronavirus, sino que, en este escenario, las medidas que se adopten en materia de protección de datos de carácter personal deben adoptarse desde la «normalidad jurídica».

PALABRAS CLAVE: COVID-19; protección de datos personales; RGPD; datos relativos a la salud.

ABSTRACT: *COVID-19 is allowing the adoption of all kinds of exceptional measures that would not be justified in a normal state situation, provided that a correct balance is maintained between the prevention of infections and the collection, treatment and transfer of personal data that can promote the identification of specific people. Personal data protection is not, can't and shouldn't be an obstacle to the most effective fight against the Coronavirus, but, in this scenario, the measures adopted in the field of protection of personal data must be adopted from "legal normality".*

KEY WORDS: COVID-19; personal data protection; GDPR; health data.

I. A medida que el brote de Coronavirus (COVID-19) continúa propagándose, las empresas están implementando un número creciente de medidas para prevenir que la pandemia se propague. Estas medidas a veces requieren que se recopile, analice y comparta información sobre individuos, para cumplir con las normas de Salud y Seguridad, pero plantea un desafío para la Protección de datos de carácter personal: ¿Qué tipos de datos personales se pueden recopilar y cómo? ¿Pueden ser compartidos con empresas del grupo y con entidades externas al grupo como proveedores de servicios y autoridades? ¿La empresa puede obligar al trabajador a decir si tiene Coronavirus? ¿La empresa puede obligar al trabajador a acudir al servicio de prevención o al médico? ¿La empresa puede revelar la identidad del trabajador infectado, si la conoce? ¿Qué se nos puede exigir a todos, trabajadores y empleadores? Estas preguntas surgen en la relación empleador-empleado, pero también surgen cuando se trata con otras partes interesadas que están en contacto con el lugar de trabajo: clientes, proveedores, colaboradores, etc.

2. El COVID-19 ha desatado una serie de medidas excepcionales que ayuden a los distintos países afectados a controlar y tratar de minimizar la propagación del virus a niveles incontrolables. Entre dichas medidas excepcionales nos encontramos, en su extremo más radical, las medidas de control masivo de la ciudadanía que China lleva aplicando durante un tiempo y que han ayudado, gracias al Big Data y a la inteligencia artificial, a restringir los movimientos de sus ciudadanos y contener la propagación del virus. Las medidas de China serían impensables e irrealizables en el resto del mundo, la propagación mundial del Coronavirus ha puesto en marcha protocolos de contención y control en la mayoría de países, con mejor o peor acierto desde el punto de vista de la Protección de Datos de Carácter Personal de los afectados.

3. Sin duda, este tipo de medidas excepcionales no serían toleradas en una situación de estado normal, pero en casos de potenciales pandemias sí podrían estar justificadas siempre que se mantenga un correcto equilibrio entre la prevención de contagios y la recogida, tratamiento y cesión de datos de carácter personal que puedan promover la identificación de personas concretas.

• **Alfonso Ortega Giménez**

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad). Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

En España, durante la primera semana del pasado mes de marzo ya tuvimos un primer «desequilibrio» en este sentido, y es que Fernando Simón -Director del Centro de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad- señaló a una Iglesia Evangélica de Torrejón de Ardoz (Madrid) como posible núcleo de infección ya que dijo que «se habían identificado varios casos» y añadió que «se estaba investigando la posible relación con otras personas que pertenecen a otros grupos religiosos equivalentes».

Si bien son 19 las iglesias evangélicas en Torrejón, y esto no permite identificar de manera inequívoca a personas concretas, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España ha expresado su malestar porque indican que «se han sentido señalados y se ha estigmatizado a una comunidad religiosa».

Además, muchas empresas de zonas de riesgo (Madrid, País Vasco o Comunidad Valenciana) comenzaron a tomar por su cuenta medidas de prevención en los controles de acceso a sus empleados, con preguntas como si han viajado recientemente, si tienen tos o dolor de cabeza, etc. En función a las respuestas, las mismas personas responsables del control de acceso, son quienes están decidiendo en algunos casos si el trabajador, cliente, proveedor, etc. podía entrar o no a sus instalaciones.

4. En el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD), su artículo 9.1 establece, como base, la prohibición del tratamiento de datos sensibles, entre los que se encuentran los datos relativos a la salud. Posteriormente se aclaran algunas excepciones a dicha prohibición, en su artículo 9.2, donde cabe mencionar las siguientes: « [...] c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado; h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3; i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados

niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional[...].».

Además, el propio RGPD aclara en el punto 9.3 que «dicho tratamiento debe ser realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión [...].» Este aspecto se ha de complementar con lo que refleja el artículo 33.2.h de la Ley 33/2011 General de Salud Pública, que indica: «La autoridad sanitaria, de forma coordinada con la autoridad laboral, llevará a cabo las siguientes actuaciones además de las ya establecidas normativamente: [...] h) Establecer mecanismos de coordinación en caso de pandemias u otras crisis sanitarias, en especial para el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación».

Así las cosas, corresponde únicamente a la autoridad sanitaria determinar qué medidas se aplicarán en el ámbito laboral, y siempre por parte de un profesional sujeto a la obligación del secreto profesional. Si dicha autoridad indicara a una empresa en este escenario excepcional que nos encontramos, que recabe este tipo de datos de sus trabajadores o de las visitas que pudiera recibir, sí podríamos llegar a hablar de un tratamiento legítimo, lícito y justificable, aunque habría que revisar el escenario concreto y qué medidas ha tomado esa empresa para hacer un tratamiento conforme al reglamento.

El hecho de que el personal de la empresa recabe o trate datos relativos a la salud bajo las indicaciones de cualquier mando de la empresa supone una violación del artículo 9.1 del RGPD y vulneración del principio de proporcionalidad, que además podría dar lugar a filtraciones y/o brechas de seguridad graves debido a la falta de responsabilidad corporativa, al ser un caso de tratamiento de datos de riesgo sin las medidas de seguridad oportunas, ni la formación ni preparación correspondiente para el personal que la realiza.

Lo que sí pueden hacer las empresas por su cuenta, en caso de que los mandos decidan aplicar algún tipo de medida, es implementar protocolos de actuación preventiva donde no se recaben este tipo de datos, como, por ejemplo, evitar la asistencia al trabajo en caso de tener determinados síntomas, lavarse las manos habitualmente y evitar el contacto personal, o aplicar el teletrabajo a todo el porcentaje posible de la plantilla si eso no merma el normal desempeño de sus funciones.

5. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha publicado un informe en el que analiza el tratamiento de datos personales en relación con la situación derivada de la extensión del virus COVID-19. El RGPD contiene las reglas necesarias para permitir legítimamente tratamientos de datos personales en situaciones en las que existe una emergencia sanitaria de alcance general. En consecuencia, según se recoge en el informe, la protección de datos de carácter personal no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades, especialmente las sanitarias, en la lucha contra la pandemia.

El informe recoge que el RGPD reconoce explícitamente en su Considerando 46 como base jurídica para el tratamiento lícito de datos personales en casos excepcionales, como el control de epidemias y su propagación, la misión realizada en interés público (art. 6.1.e) o los intereses vitales del interesado u otras personas físicas (art. 6.1.d), sin perjuicio de que puedan existir otras bases como, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación legal (para el empleador en la prevención de riesgos laborales de su personal). Estas bases jurídicas permiten el tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados.

Los datos de salud están catalogados en el RGPD como categorías especiales de datos, prohibiéndose su tratamiento salvo que pueda ampararse en alguna de las excepciones recogidas en la normativa. El informe precisa las excepciones recogidas en el art. 9.2. RGPD:

- El cumplimiento de obligaciones en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social (art. 9.2.b). El informe recuerda la obligación de empleadores y de su personal en materia de prevención de riesgos laborales, y que corresponde a cada trabajador velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional a causa de sus actos y omisiones en el trabajo. Ello supone que el personal deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo para que se puedan adoptar las medidas oportunas.

- El interés público en el ámbito de la salud pública (art. 9.2.i), que en este caso se configura como interés público esencial (art. 9.2.g).

- Cuando sea necesario para la realización de un diagnóstico médico (art. 9.2.h).

- Cuando el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado no esté capacitado para prestar su consentimiento. (art. 9.2.c).

Por otro lado, el informe hace referencia a la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo) o la Ley 33/2011 General de Salud Pública. La primera de dichas normas señala que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

En materia de riesgo de transmisión de enfermedades, epidemia, crisis sanitarias, etc., la normativa aplicable ha otorgado a las autoridades sanitarias de las distintas AAPP las competencias para adoptar las medidas necesarias previstas por la ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Desde un punto de vista de tratamiento de datos personales, la protección de los intereses vitales de las personas físicas corresponde en el ámbito de la salud a las distintas autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas, quienes podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar a las personas en situaciones de emergencia sanitaria.

Así, serán las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas quienes deberán adoptar las decisiones necesarias, y los distintos responsables de los tratamientos de datos personales deberán seguir dichas instrucciones, incluso cuando ello suponga un tratamiento de datos personales de salud.

Del mismo modo, y en aplicación de lo establecido en la normativa de trabajo y de prevención de riesgos laborales, los empleadores podrán tratar, de acuerdo con dicha normativa y con las garantías que dichas normas establecen, los datos necesarios para garantizar la salud de todo su personal, y evitar contagios en el seno de la empresa y/o centros de trabajo.

Por último, el informe destaca que los tratamientos de datos personales, aún en estas situaciones de emergencia sanitaria, deben seguir siendo tratados de conformidad con la normativa de protección de datos personales (= RGPD y Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)), ya que estas normas han previsto esta eventualidad, por lo que le son de aplicación sus principios, y entre ellos el de tratar los datos personales con licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad (en este caso, salvaguardar los intereses de las personas ante esta situación de pandemia), principio de exactitud, y el principio de minimización de datos. Sobre esto último, se hace una referencia expresa a que los datos tratados habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida, sin que

se pueda extender dicho tratamiento a otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad.

6. Así las cosas, opino que, en estos momentos, no podamos pensar que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal esté vaciándose de contenido, ya que, como se ha señalado, tanto el RGPD como la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPDGDD) permiten el tratamiento de datos, incluidos datos relativos a la salud, sin el consentimiento de los afectados cuando sea necesario para atajar el COVID-19. Es más, la protección de datos de carácter personal ni es ni puede ni debe ser un obstáculo para la más efectiva de las luchas contra el Coronavirus, sino que, en este escenario, las medidas que se adopten en materia de protección de datos de carácter personal deben adoptarse desde la «normalidad jurídica», respetando, en todo caso, los principios que enumera el artículo 5 del RGPD (= licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; seguridad en términos de integridad y confidencialidad de los datos y responsabilidad proactiva). Tales medidas han de ser temporales, para finalidades determinadas, que impliquen el acceso limitado a los datos que sean imprescindibles. Y todo ello bajo la atenta supervisión de las autoridades de protección de datos; (en nuestro caso, de la AEPD) cuyas competencias en este ámbito, por lo demás, en ningún caso pueden ser sustraídas ni ejercidas por las autoridades competentes delegadas, pues la existencia misma de una autoridad de control independiente forma asimismo parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, tal como se desprende del artículo 8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En definitiva, el desafío del COVID-19 para la protección de datos de carácter personal es simple: debemos estar ante lo que no es más que la «aplicación normal» del marco jurídico que regula el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

TRACCIAMENTO TECNOLOGICO DEL CONTAGIO

CONTACT TRACING TECHNOLOGY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 868-885



Marcello
D'AMBROSIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto analizza il tema dell'impiego delle TIC nel tracciamento del contagio da COVID-19. L'introduzione di "app" capaci di controllare l'epidemia suscita forti perplessità in relazione alla tutela della riservatezza. Lo studio ha lo scopo di avalorare la tesi per la quale l'impiego delle tecnologie nella gestione dell'emergenza sanitaria non soltanto è lecito ma necessario al fine di assicurare un bilanciamento, guidato dai principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, tra valori fondamentali dell'ordinamento.

PALABRAS CLAVE: Tracciamento; contagio; dati personali; riservatezza.

ABSTRACT: *The paper analyzes the issue of the use of ICT in COVID-19 contact-tracing. The introduction of "app" capable of controlling epidemic raises concern about privacy. The essay sets out to highlight that the use of technologies in the management of the pandemic is lawful and necessary in order to balance fundamental rights according to the principles of adequacy, proportionality and reasonableness.*

KEY WORDS: *Contact-tracing; infection; personal data; privacy.*

I. Non c'è altra soluzione che tracciare! Sembra, questa, la conclusione a cui sono giunti i governi di molti dei Paesi, duramente, colpiti dall'epidemia di COVID-19. Il *totem* della *privacy*, baluardo della riservatezza, subisce uno degli attacchi più duri mai registrati (i rischi a cui sono esposti i dati personali sono sempre più frequenti, come rileva PERLINGIERI, P.: "Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato", in *Foro nap.*, 2018, p. 481 ss.; sul punto, altresì, PERLINGIERI, C.: *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 68 ss.; SICA, S., ZENO-ZENCOVICH, V.: "Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet", in *Dir. inf.*, 2010, p. 382). Di tal guisa, ciò che fino a qualche tempo addietro sembrava inconcepibile nelle democrazie occidentali, ovverosia una sorveglianza di massa (uno scenario, per certi aspetti, non così sconosciuto secondo ZUBOFF, S.: *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; cfr., altresì, RESTA, G.: "La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio Usa/Ue", in *Dir. inf.*, 2015, p. 697 ss.), s'impone, oggi, come la "via da seguire". Il controllo del contagio ha, in poco tempo, assunto il valore di un'opzione ineludibile, a fronte del bisogno di recuperare la "normalità" nella sua più comune retorica. Tale urgenza tradisce quanto il nostro modello socioeconomico, costruito sulle ceneri di contrapposizioni basate sulla forza delle armi e plasmato dalla matrice della società dei consumi (v. la lucida analisi di BAUMAN, Z.: *Consumo, dunque sono*, Bari, 2017), non sia in grado di sopportare una prolungata stasi. Con sguardo ingenuo rivolto a ripristinare "il mondo di prima", si accetta l'idea che la quotidianità possa essere monitorata, al fine di scongiurare un disastro sanitario, nella maturata consapevolezza che il prolungato distanziamento sociale, unica arma efficace nelle mani del decisore politico, risulti, ormai, socialmente insostenibile. Di qui, segue la ricerca di ogni mezzo che possa interrompere la pausa dal "vivere". Per riprendere le attività relazionali, tuttavia, occorre garantire la protezione della salute, individuale e pubblica. La tecnologia, al riguardo, offre strumenti idonei a tracciare la condizione delle persone nel tempo e nello spazio (utili, in generale, le riflessioni di RODOTÀ, S.: *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 19 ss.; RODOTÀ, S.: "Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 586 ss.), sì che, *mutatis mutandis*, traslando il pensiero di chi fa appello alla costatazione di quanto, in certi casi, sia inutile aspettare che le cose si sisteminano da sole, rinviando l'inevitabile, viene da dire: "se non ora, quando?" (LEVI, P.: *Se non ora, quando?*, Torino, 1982). La sfida posta dell'emergenza, dunque, ci impegna a rispondere all'interrogativo rivolto a stabilire

• **Marcello D'Ambrosio**

Professore associato diritto privato, Università degli Studi di Salerno. Correo electrónico: mdambrosio@unisa.it

se non sia questo un (o il) momento nel quale accettare di 'essere controllati' in favore di un valore ritenuto preminente.

2. Al fine di rispondere al quesito posto in premessa è necessario definire, seppur sommariamente, quale sia l'esigenza che, nella sfida alla pandemia, legittimi il ricorso alle TIC. Il tracciamento del contagio può essere, infatti, realizzato attraverso soluzioni differenti (si pensi, ad esempio, alla tecnologia prevista nel progetto franco-tedesco che ha dato vita al *ROBERT Protocol*, sviluppato nell'ambito dell'iniziativa PEPP-PT, *Pan European Privacy-Preserving Proximity Tracing* ovvero le soluzioni API Apple-Google). All'attenzione dei più, il riferimento è alle c.dd. "app". Per questa via, in Europa, sulla scorta di pregresse esperienze internazionali, si valuta la previsione – e si apprezza l'introduzione – di applicativi che installati su device personali siano in grado di raccogliere, monitorare e condividere dati sulla condizione di salute e sugli spostamenti dell'utente (per una dettagliata ricostruzione, anche tecnica, delle soluzioni prospettate sul territorio europeo, cfr. "eHealth Network Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19 Common EU Toolbox for Member States", Version 1.0, 15 aprile 2020, in https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/COVID-19_apps_en.pdf). Di là dai benefici paventati, la previsione di uno strumento di tal fatta genera legittime perplessità negli studiosi, a vario titolo, della materia e, di conseguenza – seppur solo in parte – nella collettività, non pienamente consapevole delle caratteristiche, delle funzionalità e dei rischi degli strumenti evocati (circa l'inconsapevolezza degli utenti di fronte all'impiego delle nuove tecnologie, D'AMBROSIO, M.: "Confidentiality and the (Un)Sustainable Development of the Internet", in *Italian Law Journal*, 2, 2016, p. 252 ss.; D'AMBROSIO, M.: *Progresso tecnologico, «responsabilizzazione» dell'impresa ed educazione dell'utente*, Napoli, 2017, p. 20 ss.; nonché DI CIOMMO, F.: "Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di *internet*", in AA.VV.: *Persona e tutele giuridiche* (a cura di G. COMANDÈ), Torino, 2003, p. 3 ss.; PERLINGIERI, C.: "La tutela dei minori di età nei *social networks*", in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324). La selezione dell'interesse posto alla base della "scelta" di affidare a un sistema integrato di tecnologia – hardware e software – il compito di assicurare un ritorno controllato alle ordinarie relazioni collettive è divenuta, pertanto, un piano di confronto dirimente per accettare la compatibilità con il nostro sistema ordinamentale della prospettata gestione di dati (particolarmente) sensibili.

Senza dubbio la finalità posta alla base del ricorso a strumenti di tracciamento è, in prima battuta, rinvenibile nella tutela della salute. In applicazione del diritto sancito dall'art. 32 cost., non solo come diritto del singolo ma come interesse della collettività, si giustificano forme di monitoraggio con le quali si bilanciano valori contenuti nelle disposizioni costituzionali (BIN, R.: *Diritti e argomenti: il*

bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992). L'opposizione all'introduzione di strumenti che indaghino e traccino la condizione di salute individuale vede, dunque, deboli argomenti contrari che possano negare la necessità e la convenienza di risposte efficaci nei confronti di un'emergenza sanitaria. Nel bilanciamento tra valori fondamentali della persona, posti alla base del nostro ordinamento, sembra legittimo, attesa l'eccezionalità della condizione attuale, accogliere un'interpretazione del dato normativo che giustifichi scelte, singolari, distanti altrimenti dalla regolare applicazione della legge, ossequiosa della libertà e della riservatezza delle persone.

Nel dibattito sull'impiego delle nuove tecnologie nella lotta all'epidemia emerge, tuttavia, un diverso interesse, la protezione del quale induce, con vigore, verso il ricorso a strumenti di tracciamento. Il riferimento è all'interesse alla ripresa delle attività economiche, per le quali la salute individuale e collettiva ha imposto una sospensione. L'art. 41 cost. è chiaro nel definire che l'iniziativa economica privata, nella sua più ampia formulazione, non possa mai svolgersi in modo da arrecare danno alla sicurezza umana (BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M.: *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; nonché PERLINGIERI, P.: *Commento alla costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 241 ss.).

Se la sospensione delle attività produttive e commerciali si è mostrata legittima – e lo è tuttora – lo stress sopportato dal mercato, acuito pure dall'incertezza sulla durata del blocco delle attività, rischia di generare effetti gravi, alcuni dei quali di medio-lungo periodo. Il morso della crisi economica, che prende larga parte della cittadinanza, compresa quella porzione che non risulta essere stata vittima sanitaria dell'emergenza, giustifica la protezione di un interesse che fa da contrappunto alla prudenza insita nel distanziamento sociale. Si osserva l'espressione di un valore di rilevanza costituzionale che reclama una ponderata caratura dei limiti a esso imposti. Nell'assunzione della decisione di offrire alla collettività strumenti di tracciamento del contagio emerge, dunque, tanto la necessità di assicurare la tutela salute della cittadinanza quanto l'esigenza di proteggere il tessuto imprenditoriale, l'iniziativa economica e con essa quella moltitudine di manifestazioni dell'autonomia negoziale che, lasciate per troppo tempo in una condizione di mera, putativa, sospensione, rischiano di compromettere l'ordinata esecuzione dei rapporti privati e di dar vita a un'inevitabile recrudescenza della litigiosità contrattuale.

A fronte delle considerazioni espresse sul bilanciamento valoriale, potrebbe, ragionevolmente, replicarsi che le esigenze illustrate non richiedono, per forza, il ricorso a strumenti di tracciamento tecnologico. Non vi sarebbe la necessità di comprimere oltre alla libertà personale anche la sfera di riservatezza delle persone. Tuttavia, prima di liquidare la questione con approssimazione argomentativa, ammettendo *in re ipsa* che le soluzioni tecniche in azione determinino, in concreto,

un tale effetto, è bene verificare se non sia il bilanciamento evocato a imporre la doverosità del ricorso a sistemi di tracciamento tecnologico del contagio.

La previsione di limitazioni a talune libertà fondamentali richiede una concreta ponderazione dell'equilibrio tra valori da effettuarsi in termini quantitativi, qualitativi e temporali. La compressione delle libertà è legittima solo se – e nella misura in cui – sia, strettamente, necessaria alla protezione della persona. La rilevanza dei valori mortificati è tale da non ammettere soluzioni incongrue rispetto al fine, ingiustificatamente più ampie rispetto allo scopo perseguito, temporalmente non calibrate in funzione del controllo dell'epidemia. Sì che sono illegittime quelle soluzioni normative che non rispondano, in base ai principi di proporzionalità (quale tratto fondamentale del neo-costituzionalismo moderno, cfr. BARAK, A.: "Proportionality", in *Cambridge University Press*, 2012, p. 175 ss.; STONE SWEET, A., MATHEWS, J.: "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", in *47 Columbia Journal of Transnational Law* 2008, p. 73), adeguatezza e ragionevolezza, all'esigenza di protezione dei valori evocati (in riferimento al principio guida della ragionevolezza, cfr. PALADIN, L.: "Ragionevolezza (principio di)", in *Enc. Dir.*, agg., I, Milano, 1997, p. 899 ss.; nonché in una prospettiva attenta alla logica del bilanciamento dei valori, PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 102 ss.; PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale", in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; in giurisprudenza, Corte cost., 29 maggio 1995, n. 220, in www.cortecostituzionale.it).

La determinazione dei provvedimenti adottabili richiede di valutare tutte le opzioni per assicurare il controllo e il superamento della situazione di crisi. Nello scenario di operatività offerto, un ruolo imprescindibile è, ormai, svolto dalla tecnologia, anche dal punto di vista sanitario (con la Raccomandazione UE 2020/518 della Commissione dell'8 aprile 2020, la Commissione europea precisa che alcune di queste applicazioni mobili "potrebbero essere considerate dispositivi medici" qualora siano destinate dal fabbricante a essere utilizzate, tra l'altro, a fini di diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie). Si pensi, inoltre, a quanto l'innovazione tecnica abbia mutato e migliorato la natura dei rapporti sociali, pure nell'emergenza, assistendo e concedendo l'esecuzione di prestazioni altrimenti impossibili. Il dato non può essere sottovalutato nella scelta delle azioni da mettere in campo. Per questa via, nello stabilire il condizionamento delle libertà deve valutarsi fino a che punto tale azione possa essere ritenuta legittima ove si riscontri che l'impiego di strumenti tecnologici (sul rapporto tra libertà e tecnologia, si rinvia alle riflessioni di SICA, S.: *La libertà fragile*, Napoli, 2014, p. 16 ss.), collocati in sicurezza, con un trattamento affidato, ad esempio, alle autorità sanitarie nazionali, assicuri una migliore esplicazione ai valori costituzionali, diversamente compromessi (CARTABIA, M.: "I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale

italiana”, 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 11, ricorda che “non soltanto nessun diritto costituzionale può considerarsi assoluto, tale cioè da prevalere sugli altri in misura indiscriminata; ma ogni disposizione che impone un sacrificio, una restrizione o una limitazione di un diritto costituzionale deve valere alla maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale”).

Segnatamente, può ritenersi, che se la tecnologia, nella piena conformità all’ordinamento, permetta alla libertà di circolazione e all’iniziativa economica privata di non essere limitate, ovvero di essere riprogrammate sotto altre direttive, il mancato ricorso a tale opportunità risulterebbe disallineato rispetto a un quadro di legalità costituzionale (secondo una prospettiva, in generale, descritta da PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 188 ss.).

3. Definita, in astratto, la legittimità del ricorso al tracciamento tecnologico del contagio, è necessario precisare, in concreto, quale sia l’oggetto del tracciamento, al fine di stabilire se il trattamento dei dati risulti adeguato alla finalità prefissata.

Nella Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di COVID-19 relativamente alla protezione dei dati (2020/C 124 I/01), si avverte che date “l’elevata invasività” delle soluzioni di tracciamento tecnologico e le sfide che esso comporta, prima di ricorrere a questa opzione è necessario effettuare un’attenta analisi. La Commissione raccomanda l’utilizzo di applicazioni facoltative. Le funzionalità contenute nelle app, infatti, “possono incidere in misura diversa su un’ampia gamma di diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dignità umana, rispetto della vita privata e familiare, protezione dei dati di carattere personale, libertà di circolazione, non discriminazione, libertà d’impresa, libertà di riunione e di associazione. L’interferenza con la vita privata e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale può essere particolarmente significativa dato che alcune delle funzionalità si basano su un modello ad elevata intensità di dati”. In conclusione, *condicio sine qua non* per lo sviluppo, l’accettazione e l’utilizzo di tali applicazioni da parte delle persone è la “fiducia”, che presuppone la dimostrazione che gli utenti mantengono il pieno controllo dei propri dati.

La Commissione europea ha definito il perimetro di operatività delle applicazioni mobili facoltative di tracciamento, suddividendole in quelle che: danno informazioni sulla pandemia di COVID-19 (per tali applicazioni si rileva che, in base al principio di minimizzazione dei dati, non v’è bisogno di raccogliere, conservare e trattare informazioni personali, salvo che nell’ipotesi nella quale il dato sia necessario per fornire il servizio di informazione: un esempio è l’app “AllertaLom”,

messaggio appunto dalla Regione Lombardia e utilizzata per ricevere le comunicazioni della Protezione Civile, nonché notifiche e informazioni); allertano le persone che si sono trovate per un certo tempo in prossimità di un soggetto infetto, per dare informazioni sulla collocazione in auto-quarantena (per questa categoria di applicazioni la Commissione europea raccomanda l'impiego di tecnologia BLE, la quale permette di tracciare i contatti in maniera più precisa ed evita di raccogliere dati di geolocalizzazione); offrono alle persone questionari di autovalutazione dei sintomi e di orientamento alla condotta (funzionalità di controllo dei sintomi) o un canale di telemedicina (questo tipo di strumenti, trattando dati personali relativi alla salute, richiedono l'applicazione di un più rigido regime normativo ai sensi del GDPR).

In particolare, per gli utenti che utilizzano la funzionalità “controllo dei sintomi”, le informazioni contenute nell'apparecchiatura terminale possono essere trattate solo nella misura necessaria per consentire all'app il suo funzionamento. La Commissione europea precisa che la funzionalità “controllo dei sintomi” può essere utile agli Stati membri “per indirizzare i cittadini verso eventuali test, fornire informazioni sull'isolamento e sulle tempistiche e le modalità di accesso all'assistenza sanitaria”. Questa funzionalità può, inoltre, “integrare l'assistenza sanitaria di base e aiutare a comprendere quali sono i tassi di infezione da COVID-19 nella popolazione”. Al fine di raggiungere lo scopo si dovrebbe chiarire che i dati personali relativi alla salute sono trattati allo scopo a) di fornire alla persona la possibilità di autovalutare, sulla base di una serie di domande, se ha sviluppato sintomi della malattia, oppure b) di ottenere una consulenza medica nel caso in cui abbia effettivamente sviluppato tali sintomi. I dati raccolti dovrebbero essere cancellati dopo un periodo massimo di un mese (quantificazione temporale che corrisponde al periodo di incubazione, aumentato di un margine di sicurezza) o dopo che la persona è stata sottoposta al tampone con esito negativo. Alle autorità sanitarie potrebbe essere accordato il potere di conservare i dati per periodi più lunghi a fini di sorveglianza e per attività di ricerca, “a condizione che ciò avvenga in forma anonima”.

Non si conoscono, ancora, i dettagli tecnici del sistema di tracciamento tecnologico adottato in Italia. L'autorità pubblica si è limitata a divulgare solo alcune informazioni in merito alla selezione di un prodotto software, tra una schiera di alternative, offerte da soggetti privati (Ordinanza n. 10 del 16 aprile del Commissario per l'emergenza, in http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/CSCOVID-19_Ord_10-2020_txt.pdf). Si è appreso che lo strumento, facendo tesoro di opzioni programmate in passato, impiegherà la tecnologia degli applicativi installabili su dispositivi mobili, così come operato in altri ordinamenti.

Di fronte alla scelta di tracciare il contagio si richiede la raccolta di informazioni personali dell'utente, allo scopo di conoscere la sua condizione di salute e i suoi spostamenti. La raccolta delle informazioni dovrà essere guidata dal principio di minimizzazione dei dati, sancito dall'art. 5, par. 1, lett. c, del GDPR (un principio emblematicamente definito nel suo momento applicativo da Corte giust., 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland e Seitlinger e a., in www.curia.europa.eu), per il quale solo i dati personali che sono adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità possono essere trattati. Tecnicamente, sono molte altre le informazioni che potrebbero essere acquisite, direttamente o indirettamente, dalle applicazioni mobili, ma in coerenza con le previsioni normative in materia, non è concesso raccogliere dati che non siano aderenti alle finalità del trattamento.

Al livello europeo si sta tentando un coordinamento dell'azione degli Stati membri in materia (apprezzato anche dal Garante europeo: cfr. Lettera della Presidente del Comitato Europeo per la Protezione dei Dati alla Commissione europea sul Progetto di linee-guida in materia di app per il contrasto della pandemia dovuta al COVID-19, del 14 aprile 2020, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316030>). In tal senso, la Commissione europea ha, con la Raccomandazione (UE) 2020/518, par. 3, riconosciuto che è «necessario mettere a punto un approccio comune» all'uso delle tecnologie e dei dati digitali in risposta all'attuale crisi. Tale azione è protesa a costituire un sostegno efficace per le autorità nazionali competenti, in particolare per le autorità sanitarie, fornendo dati per comprendere l'evoluzione dell'epidemia. Si rileva che le tecnologie digitali possono consentire ai cittadini di “adottare misure efficaci e maggiormente mirate di distanziamento sociale”. L'approccio proposto, nondimeno, è utile a preservare l'integrità del mercato unico e “a tutelare i diritti e le libertà fondamentali, in particolare il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali”.

In questo solco, L'EDPB ha elaborato delle linee guida sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento del contagio (Linee-guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19, del 21 aprile 2020, in www.gdpr.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9322501). Anche il Garante europeo ha riconosciuto che, ove sia necessario ricorrere al trattamento di dati personali per gestire la pandemia, la protezione delle informazioni personali sia “indispensabile per generare un clima di fiducia, creare le condizioni per l'accettabilità sociale di qualsiasi soluzione e garantire, pertanto, l'efficacia di tali misure”. La raccolta delle informazioni, si precisa, non deve essere protesa a controllare le persone quanto ad assicurare nuovi strumenti utili alla collettività,

tenuto conto che i dati e le tecnologie possono essere, di certo, strumenti importanti, ma solo in maniera complementare ad altre misure di sanità pubblica.

L'azione condotta dagli Stati membri non può che essere guidata dai principi generali di "efficacia, necessità e proporzionalità" (ai sensi dell'art. 52 della Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione europea e dell'art. 5 TUE). Si propone, dunque, un uso "proporzionato" (secondo la prospettiva delineata da Corte giust., 21 dicembre 2016, C-203/15 e C- 698/15, Tele2 Sverige AB, in www.curia.europa.eu) dei dati di localizzazione e degli strumenti di tracciamento, individuando due ambiti specifici: 1) utilizzo dei dati di localizzazione "a supporto della risposta alla pandemia tramite la definizione di modelli della diffusione del virus, al fine di valutare l'efficacia complessiva di misure di isolamento e quarantena"; 2) utilizzo del tracciamento dei contatti "per informare le persone che sono probabilmente entrate in contatto ravvicinato con soggetti successivamente confermati positivi, al fine di interrompere tempestivamente la trasmissione del contagio".

Secondo quanto ricostruito, prende vita un modello di tecnologia in virtù della quale le persone possano essere avvertite: a) mediante l'invio automatico di un'allerta "ai contatti ravvicinati quando un utente informa l'app – con l'approvazione o la conferma dell'autorità sanitaria, ad esempio mediante un codice QR o TAN – di essere risultato positivo al test (trattamento decentralizzato)"; b) mediante "identificativi temporanei" pseudoanonimizzati, generati in modo arbitrario e conservati su un server *back-end* tenuto dall'autorità sanitaria o decentrati sull'apparecchiatura dell'utente, in virtù dei quali gli utenti, che sono stati in contatto ravvicinato con un utente risultato positivo al test, ricevono una segnalazione sul loro device (cfr. Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app, cit.). È bene ricordare che l'identità della persona infetta "non dovrebbe essere comunicata" alle persone con le quali è stata in contatto epidemiologico, essendo sufficiente allertarle che sono state in contatto con un individuo risultato infetto nel corso degli ultimi 16 giorni.

4. I dati relativi all'ubicazione delle persone possono essere raccolti soltanto alle condizioni previste dal sistema europeo di protezione dei dati personali (sul punto, utile è il rinvio alle Linee-guida 03/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19, del 21 aprile 2020: in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9326465>). La Commissione europea ha esortato a definire con chiarezza la base giuridica del trattamento, sì da: a) stabilire con precisione i caratteri del trattamento di dati relativi alla salute, specificandone le finalità; b) indicare con precisione il titolare del trattamento, ossia l'entità incaricata della gestione dei dati, e chi, oltre al titolare del trattamento, può avere accesso a tali informazioni;

c) escludere la possibilità di trattare tali dati per finalità diverse da quelle elencate nella normativa e d) prevedere garanzie specifiche. Al fine di non compromettere l'utilità pubblica e l'accettazione delle app, il legislatore nazionale dovrebbe prestare particolare attenzione al fatto che la soluzione scelta sia quanto più inclusiva possibile nei confronti dei cittadini (ancora Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app, cit.).

Si ricorda che talune informazioni ai sensi della Direttiva 2002/58/CE, come recepita dal Codice della privacy, compresi i dati sull'ubicazione dell'utente, possono essere raccolti direttamente sul dispositivo dell'utente e a essi può essere consentito l'accesso solo a condizione che sia stato prestato il consenso dell'utente e la memorizzazione, oltre all'accesso, siano strettamente necessari alla fornitura del servizio (sul ruolo del consenso VITERBO, F.G.: *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 181 ss.; nonché PERLINGIERI, C.: *Profili civilistici dei social networks*, cit., p. 66 ss.; e, più di recente, BRAVO, F.: "Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali", AA.Vv.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali* (diretto da FINOCCHIARO, G.), Bologna, 2017, p. 101 ss.; VIVARELLI, A.: *Il consenso al trattamento dei dati nell'era digitale*, Napoli, 2019, p. 25 ss.). In merito, il Garante europeo ricorda che in conformità al principio di minimizzazione, "i dati trattati dovrebbero essere limitati a quelli strettamente necessari". L'app non dovrebbe raccogliere informazioni non correlate o non necessarie "come, per esempio, dati anagrafici, identificativi di comunicazione, voci di directory del dispositivo, messaggi, registrazioni di chiamate, dati relativi all'ubicazione, identificativi del dispositivo, ecc.". Inoltre, si aggiunge che i dati trasmessi dall'applicazioni "devono includere solo identificatori univoci e pseudonimi", generati dall'applicazione e specifici di tale strumento. Tali identificatori devono essere rinnovati regolarmente, "secondo una frequenza compatibile con lo scopo di contenere la diffusione del virus e sufficiente a limitare il rischio di identificazione e di localizzazione fisica delle persone" (Linee-guida 04/2020, cit., § 3.2, punto 40-41).

In ogni caso, i dati relativi all'ubicazione possono essere trasmessi all'autorità o a terzi soltanto a condizione che siano stati resi anonimi ovvero se l'utente ha manifestato, preventivamente, il proprio consenso, tutto nella misura e per la durata necessari alla fornitura del servizio, sebbene, rispetto al quadro delineato, a norma dell'articolo 15 della Direttiva, siano ammesse delle deroghe ai diritti e agli obblighi previsti quando costituiscono una misura necessaria, adeguata e proporzionata all'interno di una società democratica per determinati obiettivi (cfr. Corte giust., 29 gennaio 2008, C-275/06, Productores de Musica de España Promusicae c. Telefonica de Espana SAU, in www.curia.europa.eu). In relazione alla possibilità di riutilizzare i dati raccolti ai sensi dell'art. 5, comma 3, della Direttiva 2002/58/CE, essi possono ritenersi oggetto lecito di trattamento ove ricorra una

delle condizioni previste dall'art. 23 del GDPR. Anche l'EDPB ha ricordato, infatti, che il quadro normativo europeo prevede un sistema disciplinare che consente l'uso di dati anonimi o personali per realizzare l'interesse collettivo relativo al tracciamento dell'epidemia.

Quanto alla richiesta del consenso dell'interessato al trattamento, la previsione varia a seconda delle circostanze. Ove ricorrono le condizioni di cui all'art. 5, par. 3, della Direttiva 2002/58/CE, per la memorizzazione e l'accesso ai dati anonimi, necessario per l'erogazione della fornitura all'utente, non sarebbe richiesto il consenso. Nel caso in cui, invece, si faccia riferimento alle ipotesi di trattamento di cui all'art. 6, par. 1, lett. a, il trattamento dei dati sarà lecito soltanto dietro manifestazione di volontà espressa dell'interessato. Nondimeno, deve essere tenuto in conto che l'art. 6, par. 1, lett. e, del GDPR stabilisce che il trattamento è, comunque, lecito se “è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”. Pertanto, se la finalità della gestione fosse stabilità all'interno di un atto normativo, allo scopo di svolgere un compito nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, tale base giuridica dovrebbe contenere disposizioni specifiche che prevedano: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire una gestione delle informazioni lecita e corretta. Su questi presupposti nulla impone che il trattamento dei dati personali debba basarsi sul consenso (linee-guida 04/2020, cit., § 3.1, punto 29-31) allo scopo di creare un rapporto di fiducia con l'utente (al riguardo, Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app, cit.).

All'interno di tale perimetro normativo è stata introdotta, con decretazione di urgenza, una normativa sul sistema di allerta COVID-19 a livello nazionale (art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta COVID-19). Sulla conformità della disciplina alla regolamentazione in materia è stato anche reso un parere dal Garante per la protezione dei dati personali (Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19 del 29 aprile 2020, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050>). Il decreto legge prevede l'istituzione di una piattaforma informatica unica nazionale (nella esclusiva titolarità pubblica ai sensi dell'art. art. 6, comma 5, del d.l. n. 28 del

2020) per la gestione del sistema di allerta in riferimento ai casi di infezione relativi a utenti che hanno installato l'applicazione mobile di tracciamento.

In particolare, si prevede (art. 6, comma 2, del d.l. n. 28 del 2020) che gli utenti ricevano, prima dell'attivazione dell'applicazione (ai sensi degli articoli 13 e 14 del GDPR), informazioni chiare e trasparenti allo scopo di raggiungere piena consapevolezza, sulle finalità e sulle operazioni di trattamento, sulle tecniche di pseudonimizzazione utilizzate e sui tempi di conservazione dei dati. L'installazione dell'applicazione è facoltativa e non possono essere previste conseguenze pregiudizievoli per il suo mancato utilizzo (art. 6, commi 1 e 4, del d.l. n. 28 del 2020). In ossequio del richiamato principio di minimizzazione, i dati personali raccolti dall'applicazione devono essere, esclusivamente, quelli necessari ad avvisare gli utenti di rientrare tra i contatti stretti di altri utenti accertati positivi al COVID-19. Il trattamento dovrà essere realizzato, come ammonito a livello europeo, su dati di prossimità, resi anonimi oppure, ove ciò non sia possibile, pseudonimizzati, essendo esclusa, in ogni caso, la geolocalizzazione dei singoli utenti (art. 6, comma 2, lett. c, del d.l. n. 28 del 2020). Dovranno essere adottate tutte le misure che garantiscono la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento, nonché le misure adeguate a evitare il rischio di re-identificazione degli interessati (art. 6, comma 2, lett. d, del d.l. n. 28 del 2020). I dati relativi ai contatti stretti potranno essere conservati, anche nei dispositivi mobili degli utenti, per il periodo strettamente necessario al trattamento (art. 6, comma 2, lett. e, del d.l. n. 28 del 2020). Si prevede che i diritti di accesso dell'interessato, i diritti di rettifica e di cancellazione, il diritto di limitazione del trattamento, il diritto alla portabilità, il diritto di opposizione e il diritto a non essere sottoposti a processo di trattamento automatizzato possano essere esercitati anche in modalità semplificata (art. 6, comma 2, lett. f, del d.l. n. 28 del 2020). Infine, l'utilizzo dell'applicazione e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali saranno interrotti alla data di cessazione dello stato di emergenza e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2020, sì che tutti i dati personali trattati devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi (art. 6, comma 6, del d.l. n. 28 del 2020).

5. Dall'impiego della tecnologia analizzata derivano molti rischi. Quello principale è, sicuramente, la violazione della riservatezza. Per certi aspetti, non meno problematica, vista la pericolosità di tale sistema di controllo, è l'inefficacia dell'operazione. Nelle stesse linee guida del garante europeo si avverte che l'efficacia dei sistemi di tracciamento tecnologico del contagio possono risultare efficaci soltanto se siano impiegati da un numero percentualmente apprezzabile

di utenti, così da essere in grado di fissare con precisione i contatti in termini di "prossimità e durata" (Linee-guida 04/2020, cit., § 1, punto 6).

Non meno trascurabile è il rischio di non assumere piena consapevolezza che il tracciamento eseguito mediante applicazioni mobili sia diverso dal tracciamento manuale. Il primo non è sostitutivo del tracciamento tradizionale. Anzi, il monitoraggio tecnologico ha lo scopo di coadiuvare il secondo. Come precisato dall'EDPB "tali applicazioni devono far parte di una strategia globale in materia di sanità pubblica per combattere la pandemia, compresi, tra l'altro, la sperimentazione e il successivo tracciamento manuale dei contatti ai fini dell'eliminazione di casi dubbi" (Linee-guida 04/2020, cit., § 1, punto 6). Al riguardo l'art. 6, comma 1, del d.l. n. 28 del 2020 stabilisce che le modalità operative del sistema di allerta tramite la piattaforma informatica unica nazionale sono complementari alle ordinarie modalità in uso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale.

Il ricorso alla tecnica dell'anonymizzazione (come pure previsto dall'art. 6, comma 2, lett. c, del d.l. n. 28 del 2020) deve fare, necessariamente, i conti con gli elementi di contesto nel quale vengono raccolti e trattati i dati (RESTA, G.: "Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato", in *Dir. inf.*, 2014, p. 171 ss.). In un ambiente metropolitano gli spostamenti, anche di piccola percorrenza, determinano un'elevata possibilità di contatto non routinario e non identificabile. Le persone che, ad esempio, utilizzano mezzi pubblici per raggiungere il posto di lavoro incontrano, casualmente, persone sconosciute. In contesti urbani periferici, invece, gli spostamenti espongono a una relazionalità limitata e routinaria determinando un potenziale disvelamento dell'anonimato. Dunque, si tratta di valutare, secondo ragionevolezza, se la misura di anonymizzazione risulti efficace. Lo stesso Garante europeo ricorda che l'anonymizzazione fa riferimento all'uso di una serie di tecniche finalizzate a eliminare la possibilità di collegare i dati a una persona fisica identificata o identificabile con uno sforzo "ragionevole". Questo "test di ragionevolezza" deve tenere conto "sia degli aspetti oggettivi (tempi, mezzi tecnici) sia di elementi di contesto che possono variare caso per caso (rarità di un fenomeno, la densità di popolazione, la natura e il volume dei dati). Se i dati non superano tale test, non sono anonymizzati e pertanto rientrano nel campo di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati".

Del resto, la valutazione della robustezza della tecnica di anonymizzazione adottata dipende da tre fattori: 1) individuabilità o *singling out* (possibilità di isolare una persona all'interno di un gruppo sulla base dei dati); 2) correlabilità (possibilità di correlare due *record* riguardanti la stessa persona); 3) inferenza (possibilità di dedurre, con probabilità significativa, informazioni sconosciute relative a una persona) (Linee-guida 04/2020, cit., § 2.2, punto 15 s.). Considerando che solo i dati anonimi possono essere utilizzati senza restrizioni, a differenza di quelli

pseudonimizzati (che, invece, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina generale sul trattamento dei dati personali), è evidente che i dati non possono essere resi anonimi, isolatamente, ma necessitano di essere anonimizzati solo in una serie di informazioni. Ogni intervento su singolo dato equivarrebbe a una forma di pseudonimizzazione. È stato, già, dimostrato che spesso le informazioni ritenute anonime non lo sono di fatto a causa delle tracce della mobilità. Si evoca una polvere di frammenti di dati che correlati rendono possibile la re-identificazione (PYRGELIS, A., TRONCOSO, C., DE CRISTOFARO, E.: "Knock Knock, Who's There? Membership Inference on Aggregate Location Data", 2017). È bene segnalare che l'art. 6, comma 3, del d.l. n. 28 del 2020 prevede la possibilità di utilizzo dei dati in forma aggregata o, comunque, anonima per fini di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica (ai sensi degli articoli 5, par. 1, lett. a e 9, par. 2, lettere i e j, del GDPR), generando il rischio, concreto, della formazione di c.dd. "identità collettive". Dovrà, pertanto, essere operata, al riguardo, un'attenta valutazione.

Un ulteriore rischio, infine, è quello di trattare dati relativi a casi di falsi positivi. Il Garante europeo ricorda che "vi sarà sempre, in una certa misura, la possibilità del verificarsi di falsi positivi". In vista di ciò, atteso che l'identificazione di un pericolo di infezione può avere un forte impatto sui singoli individui, imponendo forme di isolamento fino a negativizzazione del test, è indispensabile poter effettuare la correzione dei dati. Naturalmente, ciò vale solo "in presenza di situazioni o implementazioni in cui il trattamento e la conservazione dei dati sono configurati in modo da permettere tecnicamente di apportare le correzioni suddette, e ove sia probabile il verificarsi degli effetti negativi di cui sopra" (art. 6, comma 2, lett. f, del d.l. n. 28 del 2020).

6. Un ruolo fondamentale nel tracciamento tecnologico del contagio, dunque, è giocato dalla capacità di elaborare uno strumento *software* sicuro nella fase di progettazione, nel rispetto dei concetti di *privacy by design* e *privacy by default* (PRINCIPATO, A.: "Verso nuovi approcci alla tutela della *privacy*: *privacy by design* e *privacy by default settings*", in *Contr. impr./Eur.*, 2015, p. 197 ss.; D'ACQUISTO, G., NALDI, M.: *Big data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Torino, 2016, p. 33 ss.). In questo senso, l'applicazione non dovrebbe permettere di tracciare la posizione dei singoli utenti, ma fornire soltanto le informazioni di prossimità (art. 6, comma 2, lett. c, del d.l. n. 28 del 2020), avvalendosi di sistemi di anonimizzazione che rendano difficile da re-identificazione e conservando i dati sulle apparecchiature degli utenti (Linee-guida 04/2020, cit., § 3.I, punto 27).

Dal quadro delineato, la tecnologia da seguire potrà essere sia quella che vede i dati custodi in modo decentralizzato sui dispositivi degli utenti sia una diversa

soluzione con gestione accentrata delle informazioni. Di certo, la seconda opzione desta maggiori perplessità in tema di sicurezza delle informazioni. Ciò non toglie che ove si rispettino le indicazioni normative vigenti e si impieghino adeguati strumenti di crittografia, anche una gestione accentrata dei dati risulterebbe pienamente armonizzabile con il sistema ordinamentale. A ogni modo, l'impiego di tecnologia BLE eviterebbe di raccogliere dati di geolocalizzazione, atteso che l'obiettivo delle applicazioni non è controllare gli spostamenti delle persone per far rispettare le prescrizioni, ma tracciare i contatti di prossimità tra gli utenti (in tal senso, pure, Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app, cit.). L'introduzione delle tecnologie di *contact-tracing* richiede, comunque, per i rischi che esse sottendono, una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 35 del GDPR (MANTELERO, A.: "Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. valutazione d'impatto e consultazione preventiva (artt. 32-39)", in AA.VV.: *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy*, cit., p. 305 ss.). In tal senso, l'art. 6, comma 2, del d.l. n. 28 del 2020, stabilisce che le misure da introdursi devono essere precedute da siffatta valutazione, costantemente aggiornata (sentito il Garante per la protezione dei dati personali ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 5, del GDPR e dell'articolo 2 *quinquiesdecies* del Codice della *privacy*), al fine di garantire un livello di sicurezza adeguato ai rischi per i diritti e le libertà degli interessati (Parere sulla proposta normativa, cit.).

In questo senso, un tema determinante è quello della verificabilità dell'algoritmo impiegato, il cui codice sorgente, come raccomandato, dovrebbe essere reso pubblico e sottoposto a esame periodico da parte di esperti indipendenti (Lineeguida 04/2020, cit., § 3.I, punto 37). Allo scopo di rispondere a tale esigenza, l'art. 6, comma 5, del d.l. n. 28 del 2020, prevede che i programmi informatici di titolarità pubblica sviluppati per la realizzazione della piattaforma e l'utilizzo dell'applicazione di tracciamento siano resi disponibili e rilasciati sotto licenza aperta (determinante sarà comprendere il ruolo della piattaforma di interoperabilità Apple-Google e verificare se le *Application Programming Interface* Apple-Google rispetteranno gli standard di pseudonimizzazione stabiliti dall'ENISA, agenzia UE per la cybersecurity).

Non deve essere trascurato, altresì, che un sistema di tracciamento in ambito sanitario non può prescindere, per un efficace funzionamento, dalla pronta gestione sanitaria delle segnalazioni, le quali, altrimenti, risulterebbero sterili o addirittura dannose. Come rilevato, il *contact-tracing* richiede la possibilità di integrazione del momento tecnologico con quello manuale (art. 6, commi 1 e 2, lett. b, del d.l. n. 28 del 2020), ad esempio nella gestione dei falsi positivi e, quindi, nella correzione delle informazioni che costringerebbero l'utente a restrizioni della libertà personale o, eventualmente, a responsabilità. La segnalazione nell'app di utenti infetti deve essere effettuata, dunque, secondo una procedura che preveda

l'impiego di codici monouso, correlati a identità pseudonime delle persone infette, collegati a un laboratorio o a un operatore sanitario. Se la conferma non può essere ottenuta in modo sicuro, non dovrebbe avversi alcun trattamento di dati sulla base di una presunzione di validità dello *status* relativo all'utente (Linee-guida 04/2020, cit., § 3.2, punto 46).

In conclusione, di fronte alla necessità di interrompere il *lockdown* delle attività sociali, si potrebbe essere tentati di affermare che non vi sia altra scelta che accettare l'idea del tracciamento tecnologico del contagio. Costruita in questi termini, la questione è, di certo, mal posta. Non si tratta di prendere atto di una decisione ineludibile, gravida di conseguenze irreparabili. Piuttosto, è necessario assumere che la tecnologia, alle condizioni esposte, è utile a gestire un attento bilanciamento tra valori alla base dell'ordinamento. Le applicazioni mobili possono aiutare le autorità sanitarie, a livello nazionale ed europeo, a monitorare e contenere l'attuale pandemia, divenendo efficaci presidi in fase di revoca delle misure di contenimento (come rilevato nella Comunicazione della Commissione europea Orientamenti sulle app, cit.). Del resto, com'è stato ricordato dal Garante europeo, "a nessuno dovrebbe essere chiesto di scegliere tra una risposta efficace all'attuale crisi e la tutela dei diritti fondamentali: entrambi gli obiettivi sono alla nostra portata, e i principi di protezione dei dati possono svolgere un ruolo molto importante nella lotta contro il virus". Tuttavia, è necessario sottolineare che qualunque sforzo venga messa in atto, anche dal punto di vista tecnologico, non potrà risultare davvero efficace senza un'opera di responsabilizzazione dei titolari del trattamento (D'AMBROSIO, M.: "Progresso tecnologico", cit., p. 110 ss.) e, soprattutto, di educazione degli utenti (sul punto sarà fondamentale assicurare il rispetto della previsione di cui all'art. 6, comma, 2 lett. a, del d.l. n. 28 del 2020) in grado di incidere sul "disciplinamento sociale" della collettività (come delineato, seppure per altri versi, da OESTREICH, G.: "Strukturprobleme des europäischen Absolutismus", in VSWG, 55, 1968, p. 329 ss.).



EL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES ANTE EL COVID-19

THE UNIVERSAL ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICE TO FIGHT COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 886-895



Belén ANDRÉS
SEGOVIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Los efectos del COVID-19 se están haciendo notar en España y están teniendo un impacto significativo en el sector de las telecomunicaciones. A medida que el Gobierno español impone restricciones a la circulación, las personas dedican más tiempo al uso de estas plataformas con el fin de desempeñar su trabajo y aprovechar su tiempo de ocio desde su propio domicilio, para lo que precisan de una cantidad de datos mucho mayor. El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se centra en cómo las telecomunicaciones realizan cambios para beneficiar a los consumidores durante este tiempo.

PALABRAS CLAVE: Cliente; impacto económico; empleo de las redes; 5G; restricción de movimiento; telecomunicaciones; COVID-19.

ABSTRACT: *The effects of COVID-19 are being felt in Spain and are having a significant impact on the Telecom companies. As the Spanish government's impose restrictions on movement, people are spending more time at home work, leisure and using vastly higher amount of data. The 17th March Real Decreto-ley 8/2020, approving urgent exceptional measures to deal with the economic and social impact of COVID-19 are focused on at how telecommunications make changes to benefit consumers during this time.*

KEY WORDS: Customer; financial impact; network usage; 5G; restrictions on movement; telecommunications; COVID-19.

I. Las telecomunicaciones se han convertido, en estos momentos, en lo que en su día fueron los servicios de ferrocarriles, transportes por carretera, medios de transporte rodados... Es decir, en un sector vertebrador del país y de la sociedad en su conjunto. Desde que el ejecutivo aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el sector de las telecomunicaciones está aportando a la sociedad una sensación de proximidad que dista de la realidad material que surge con el confinamiento. Si bien es cierto que este sistema de comunicación ya disponía de un papel relevante en la sociedad, no es menos verdad que, ante esta pandemia, su empleo se ha visto reforzado y bendecido por la necesidad de usar un mayor número de medios de comunicación remota. Las aplicaciones prácticas que otorga su uso pueden ser muy dispares. Entre las mismas podemos citar, desde comunicarnos con determinadas personas a una cierta distancia -como puede ser el caso del teletrabajo, educación "on-line", teleasistencia, participación en congresos o la realización de eventos remotos en línea- hasta el autoconsumo de contenidos audiovisuales –a través de servicios lineales y no lineales-.

2. En la actualidad, la pandemia sigue creciendo mientras que las telecomunicaciones se convierten en un bálsamo que permite: la conectividad, el ocio y el mantenimiento de ciertas actividades, antes señaladas, con un porcentaje de uso más elevado que en un momento anterior a su propagación. Por ello, la primera cuestión que debemos formularnos gira en torno a "qué papel ha adoptado el poder ejecutivo con el fin de poder garantizar que el servicio universal de telecomunicaciones siga funcionando" con todas las garantías para los ciudadanos. Para abordar esta materia debemos hacer referencia al Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en adelante Real Decreto-ley 8/2020).

Desde un punto de vista jurídico, y antes de ahondar sobre las medidas tomadas por el Gobierno para preservar el funcionamiento de este servicio, debemos analizar, de forma breve, "qué se entenderá por servicio universal de telecomunicaciones" para después comenzar a vislumbrar algunas cuestiones que, sobre el mismo, ha tenido el advenimiento del COVID-19. El sector de las

• Belén Andrés Segovia

Personal Investigador en Formación Atracció de Talent, Universitat de València. Correo electrónico: belen.andres@uv.es

telecomunicaciones es un servicio universal que, en España, se encuentra regulado en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel 2014). Para precisar su contenido, el artículo 25.1 de la LGTel 2014 hace alusión a que, “se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Bajo el mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones señalados en el Real Decreto-ley 8/2020 aprobado por el Gobierno, los sistemas de telecomunicación durante el periodo de permanezca el estado de alarma.

El Real Decreto-ley 8/2020 establece que el servicio universal de telecomunicaciones es “imprescindible y estratégico”. Por ello, propone tres medidas, comprendidas entre los arts. 18-20 del Real Decreto-ley 8/2020, para su garantía. En primer lugar, el tenor del art. 18 del Real Decreto-ley 8/2020 señala que, los usuarios tendrán “garantizadas las comunicaciones y la conectividad de banda ancha” siempre y cuando las tuvieran contratadas con carácter previo y deseen mantenerlas. En este sentido, no se permite la interrupción, aunque por fecha quede así establecido, del contrato suscrito por los usuarios para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas. Esta premisa general cuenta con la excepción de aquellos casos en los que se demuestre que su permanencia pueda ser perjudicial a los mismos, es decir que afecte a la integridad y la seguridad de las redes de los servicios de comunicaciones electrónicas (art. 44 LGTel 2014). En segundo lugar, el art. 19 del Real Decreto-ley 8/2020 indica que “el operador que preste el servicio universal de telecomunicaciones deberá velar y garantizar la continuidad y la calidad del servicio”, incluso mejorando las condiciones contractuales previas si así lo considerase. El fin de esta medida es lograr que los teleoperadores puedan mantener el servicio con los mismos usuarios y en condiciones asequibles. En tercer lugar, el art. 20 del Real Decreto-ley 8/2020, con el objeto de evitar una afluencia de desplazamientos físicos, se procede a la “suspensión de todas aquellas solicitudes nuevas de portabilidad” realizadas por los usuarios del servicio respecto a la numeración fija y móvil. Es decir, aquellas que no se encontraran en curso antes de la adopción de esta medida. Esta condición se adoptará salvo que medie casos de fuerza mayor. En suma, el objetivo de estos tres artículos no es otro que asegurar la prestación y el mantenimiento del servicio universal de telecomunicaciones, con vistas al posible riesgo que puede derivar de su carácter comercial.

3. La situación de excepción obliga a la adopción de medidas que permitan hacer frente al impacto económico y social que esta atravesando el país. Podemos

advertir que, cuando la pandemia pase, no se prevén mayores limitaciones formales a sectores como el transporte. Seguirán organizándose viajes destinados al ocio, desplazamientos que permitan desarrollar la vida social y laboral con total normalidad, puesto que ya no seguirá persistiendo la actual fuente de infección. Con todo, podemos anticipar que la crisis económica que esta por venir se prevé superior a la que tuvo lugar en el año 2009. Esta situación de escasez podría causar un semiconfinamiento de baja intensidad, no tanto por miedo al contagio, sino más bien motivado por un aumento de la tasa de paro que va a experimentar el país en los próximos años. Esto conllevará inevitablemente a: una limitación del ocio, del gasto, una reducción de la natalidad, entre otras medidas no consideradas hasta la fecha. Algunos ciudadanos se verán obligados a emigrar, bien a otros países europeos, bien a Latinoamérica, a la vez que sucederá una reducción de la inmigración que puede reportar importantes consecuencias para un país como España, donde el turismo es una de sus fuentes de financiación principal.

Frente a este escenario, que se percibe como la principal crisis económica que vivirá nuestra generación desde la Guerra Civil, las telecomunicaciones van a experimentar un auge. Es en este aspecto, donde nos vamos a detener a fin de valorar las posibles repercusiones que, este sector, en este contexto de dificultades económicas va a suponer. Debemos señalar, con carácter previo, que las telecomunicaciones, antes del COVID-19, ya disponían de un papel preponderante en nuestra sociedad. Por lo tanto, lo que ocurre con la crisis provocada por esta pandemia es que se va a dinamizar el sector convirtiéndolo en un aspecto central en nuestra actual forma de vivir y de trabajar. Su empleo ha aumentado considerablemente desde el año 2019. La práctica ha demostrado que la confianza en estos medios no solo permite garantizar la proximidad entre sus usuarios, en una época de confinamiento, sino que supone a su vez el ahorro de determinados costes empresariales. Este elemento se convierte en un aspecto nuclear ante el advenimiento de una crisis económica que nos hará replantearnos varios aspectos de nuestra cotidianidad tal y como la entendíamos antes del surgimiento de la pandemia. Baste citar como ejemplo, un cambio en el modelo de oficinas, repensar la necesidad de que todos los trabajadores deban ir al centro de las ciudades para ejercer su labor, etc. Es decir, se va a producir, a partir de ahora, una tendencia a la reducción de los viajes de trabajo al tiempo que se verá muy potenciado el auge de las telecomunicaciones. Así, si se habilitan los mecanismos que proporcionan las telecomunicaciones en el siglo XXI, con una cierta inversión empresarial en los mismos, se permitirá que los trabajadores y empresarios ya no tengan que ir al centro de Madrid sino que podrán realizar sus tareas desde el lugar donde viven. Pongamos por ejemplo, en Segovia o en una zona rural en la medida en que estas comunicaciones estén habilitadas. De ahí surge la importancia de garantizar el ancho de banda, por parte de los poderes públicos, en aquellos lugares de escasa densidad de población que lo requieran.

Este marco de análisis de los potenciales riesgos que para la economía va a tener la pandemia, que va a cambiar nuestra forma de relacionarnos y de ver la vida, va a ser más sencillo gracias a la existencia y garantía del servicio universal de telecomunicaciones. De ahí, la importancia de que se aprobara por el Gobierno el Real Decreto-ley 8/2020.

4. Analizados estos términos, conviene que nos preguntemos sobre “cómo las telecomunicaciones inciden en la ciudadanía al tratarse de una herramienta muy útil para el seguimiento de la pandemia”. Una acción tan simple como sería instalar una aplicación en el terminal móvil podría ayudar a evitar ulteriores contagios y poner, de este modo, freno a la propagación del virus de los portadores al resto de personas. Entre las fórmulas técnicas existentes, que nos proporciona este medio, podemos encontrar la posibilidad de: instalar en los diferentes soportes una aplicación de Google o Apple –para lo cuál le estaríamos dando el poder de nuestros datos a los Estados Unidos-; la cesión de nuestra información desde la red móvil del teleoperador con una forma simple o anónima –lo que nos haría dependientes del Estado al que perteneciera cada uno de los operadores, es decir, China (por ejemplo, Xiaomi, ZTE), Estados Unidos (caso de Apple) o Europa (véase Sony, Ericsson y Nokia)- o al mismo interés empresarial del operador que autogestionaria sus servicios (Huawei); y, la posible creación de una aplicación que ponga a nuestra disposición el Ministerio de Sanidad y se pueda descargar desde la aplicación de un terminal que, de forma anónima, fuera recabando información del usuario (supervisado, en esta modalidad, por el Gobierno de España). Ninguna de las citadas opciones se encuentra exenta de crítica. Este debate, se ha ido planteando en los últimos meses con el fin de averiguar cómo los Estados o las diferentes instituciones públicas y empresas privadas realizarán un potencial seguimiento de aquellos pacientes que hayan contraído el COVID-19 con el fin de evitar la expansión del virus. La decisión que, en este sentido, se adopte será muy importante para evitar un rebrote. Pero no por ello, debemos olvidar la posible vulneración de los derechos de los ciudadanos que están en juego con estas medidas. Resuelta pues muy relevante, la garantía tanto del derecho de todos los ciudadanos a la protección de sus datos personales (art. 18.4 CE), como el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Ambos aspectos, deberán ponerse en balance mediante el análisis de las correspondientes consecuencias: jurídicas, sanitarias, políticas y económicas, que este hecho conlleva.

5. Una de las cosas que nos hace plantearnos la situación provocada por esta pandemia es la necesidad de vivir más conectados que nunca. Con las infraestructuras que nos facilitan las comunicaciones electrónicas y las limitaciones

que las mismas imponen, este hecho será posible. Por ello, debemos considerar que "las telecomunicaciones constituyen no sólo el presente sino también formarán parte del futuro de las relaciones sociales". El papel del COVID-19 para potenciar este sector, tanto a nivel nacional como global, es notorio. Dicho en otros términos, el pasado futurista que se ofrecía en el año 2019 -por la Comisión Europea- cede ante el presente realista, con vistas a 2021, que surge y genera nuevos planteamientos con vistas al contexto actual provocado por la pandemia.

Desde la perspectiva que nos ofrece la tecnología y el vertiginoso avance de este sector, como consecuencia de las nuevas plataformas que brotan de la conocida como Cuarta Revolución Industrial o también conocida como Revolución 4.0, nos hacen vislumbrar un nuevo escenario comunicativo sin parangón. Entre las interesantes aportaciones que se hicieron, existía una tendencia a pensar que, una de las mayores innovaciones que nos ofrecía el uso de esta técnica, venía de la posibilidad de proyectar hologramas a través de redes 5G. Con todo, esta realidad ya no se encuentra en el enclave del sector. La situación que surge del escenario actual advierte de nuevas necesidades mucho más prácticas. Entre ellas encontramos que, más interesante que el simple hecho de que un ciudadano pueda aparecer en escena en un sitio remoto es presentarse en ese mismo lugar remoto. Una de las técnicas que nos proporciona la revolución tecnológica, para alcanzar este fin, es la que se obtiene de la realidad inmersiva. Este sistema permite aprovechar las herramientas de realidad virtual 3D o 360° para adentrarse en otra realidad o ubicación. Esta situación permite incluso, que se pueda lograr la conducción remota de vehículos que también han cambiado su rumbo. Mientras que antes del COVID-19 se apostaba por el modelo de coche sin conductor, como el futuro de la automoción, en un presente más realista nos lleva a que tengamos que procurar que los vehículos sean más inteligentes o, en su caso, estén mejor conectados. Para lograr este objetivo, deberán estar conectados a una red de telecomunicaciones que deberá ser: eficiente, eléctrica, ecológica, asistida, segura, etc. En esencia, que la gestión coordinada entre los mismos no nos lleve tanto a garantizar su autonomía sino que se busca que todos los elementos que forman parte de ese tráfico rodado estén coordinados y regulados con el fin de que no excedan su objeto.

Otro de los elementos que se potenciarán tras la pandemia es, desde el punto de vista tecnológico y que suponen un reto jurídico, el que se refiere a la medicina. En este término, las opciones que emergen respecto al sistema de redes 5G y el denominado sistema de e-salud comienzan a cobrar fuerza. Estos aspectos se materializan en acciones tales como la cirugía remota y el diagnóstico remoto. Ambos supuestos, ya han comenzado a implementarse y dan lugar a que reviva la idea de apostar por sistemas claves, en nuestros días, como la atención virtual de los médicos a los pacientes, conocidos como servicios de teleasistencia. Gracias

a las telecomunicaciones se permite visualizar y valorar, a través de una pantalla, el diagnóstico de los pacientes evitando el contagio de: un mayor número de usuarios -que simplemente vayan al hospital a realizarse una ecografía de pulmón- y del personal médico –que atenderán a pacientes infectados-.

Además, entre los desafíos a los que se están enfrentando las telecomunicaciones, en nuestros días, está la observancia de cómo los que denominábamos humanoides o robots más sofisticados, cuyo funcionamiento preveía instaurarse en el año 2020, pasa de ser un objetivo empresarial a una simple alternativa. Las industrias ponen ahora su foco de atención en nuevos modelos de robots más ligeros y sofisticados. Un ejemplo del patrón clásico lo pudimos observar en algún local del sector hostelería que comenzaba a incorporar en su plantilla de camareros algunos de estos mecanismos. Los COBOTS y AGVS parecen prototipos de robots menos relevantes que otros con forma humana. Sin embargo, para las fábricas es mucho más importante. Estas nuevas modalidades, a diferencia de los humanoides, son autónomas, lo que las convierten en más atractivas al no necesitar de un contacto humano. Este sistema de autogestión evita, en mayor medida, el contagio y ayuda a mejorar la calidad de la industria. Con todo, conviene al legislador analizar los derechos y obligaciones que se otorguen a los robots que presten estos servicios de forma autónoma. Esta regulación permitirá determinar las potenciales responsabilidades que de su actividad puedan surgir.

6. En resumen, debemos poner en valor los desafíos que surgen de un pasado futurista para hacer frente a la existencia de un presente realista que propone el servicio universal de telecomunicaciones y que viene a instalarse tras el COVID-19. Todo estos elementos y novedades, que veíamos en este pasado futurista, son claros ejemplos de como este sector se va a ver potenciado tras la pandemia. La vida pública, como consecuencia de los contenidos que han sido expuestos por los usuarios a través de las redes sociales, podrá ser utilizada para observar cuáles son las necesidades que plantean los ciudadanos en el presente realista. Resulta curioso como plataformas tales como Instagram, Facebook, Twitter, entre otras, que se ofrecen gracias a terminales de telecomunicación e internet, generan una cierta confianza en el usuario que deposita parte de su vida privada en su perfil, convirtiéndola en ese momento en pública. Sin embargo, cabe destacar que es a estos mismos creadores y consumidores de contenidos, es decir “prosumidores”, a quienes les preocupa que el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España disponga de sus datos con el fin de lograr controlar la pandemia o cualquier acción que ponga en peligro la salud pública. Para su garantía, las Administraciones Públicas deberán atender al equilibrio existente entre el principio de proporcionalidad y de necesidad de las medidas que se adopten a favor del interés público. Esta

decisión no deberá olvidar las posibles restricciones que puedan surgir respecto a: el derecho a la protección de datos, el derecho a la salud y la necesaria garantía del principio de transparencia.

Tras el COVID-19, podremos observar una nueva realidad social, donde: la telepresencia, el diagnóstico remoto, los robots industriales, el tráfico asistido y seguro -en nuestras ciudades y carreteras-, van a ser el objetivo de operadores públicos y privados. También, el poder que ofrece la inteligencia artificial comenzará a ponerse en valor. El interés por este sistema no se centra tanto en la posibilidad que ofrece, a las administraciones públicas y a los diferentes operadores privados, de disponer de datos de los ciudadanos sino, más bien, de la utilidad que promete su empleo por cuanto permite informar de la propagación de cualquier enfermedad y así, evitar cualquier efecto que sea nocivo para la salud de los ciudadanos.

7. Para concluir, debemos señalar algunos cambios que experimentará el servicio universal de telecomunicaciones tras el COVID-19. Por un lado, el carácter presencial, que era propio del sistema productivo y del sector servicios, se reducirá a aquellas actividades que necesariamente requieran de la asistencia del personal al lugar de trabajo. Dicho en otros términos, lo presencial se reducirá a lo meramente esencial. Por otro lado, la deslocalización, que afectaba a la producción, probablemente comience a convertirse en algo local. En esencia, el uso del servicio universal de las telecomunicaciones permitirá que, todo lo remoto nos permita localizar a los diferentes individuos, con independencia del lugar donde se encuentren, y todo lo presencial tenderá a ser remoto. Por último, a pesar del carácter temporal que dispone el Real Decreto-ley 8/2020, vinculado a la permanencia del estado de alarma, su aprobación supone una garantía en la prestación del servicio universal de las telecomunicaciones ante el COVID-19. Por todo ello, podemos advertir que, pese a las dificultades, este servicio se encuentra en su máximo apogeo. Su consolidación incentivará un cambio en las diferentes relaciones sociales y supondrá un desahogo para la economía del país que se verá castigada, fruto de esta pandemia, en los próximos años.



TECNOLOGIE “IN SOCCORSO” DEI BENI CULTURALI

TECHNOLOGIES “IN AID” OF CULTURAL HERITAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 896-907



Maria RITA
NUCCIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto analizza il ruolo delle nuove tecnologie nella valorizzazione dei beni culturali. Le restrizioni alle libertà, determinate dall'epidemia da COVID-19, inducono a ricercare soluzioni innovative per la fruizione di questi. L'indagine evidenzia le problematiche giuridiche dell'innesto delle TIC nella gestione dei patrimoni protetti affrontate nella prospettiva dello sfruttamento delle potenzialità dei processi di innovazione tecnologica.

PALABRAS CLAVE: Innovazione tecnológica; tutela; valorizzazione beni cultural.

ABSTRACT: *The paper analyzes the role of new technologies in the enhancement of cultural heritage. The limitation of freedoms caused by the COVID-19 epidemic leads to seek innovative solutions for the use of cultural heritage. The study highlights the legal issues related to the use of ICT in the management of cultural heritage with a view to exploiting the potential of technological innovation processes.*

KEY WORDS: *Innovation technology; protection; enhancement of cultural heritage.*

Le restrizioni imposte dall'emergenza COVID-19 hanno inciso profondamente sulla domanda di accesso ai patrimoni culturali e di partecipazione a manifestazioni d'arte. Scongiurata una sua totale contrazione, come dimostra il successo di iniziative supportate dal Mibact di virtualizzazione e condivisione via web di contenuti culturali, si ragiona su soluzioni da adottare per soddisfare un rinnovato bisogno di conoscenza, espresso da una collettività segnata dalla perdurante osservanza di limitazioni alle libertà personali. Lo sforzo in tale direzione è importante e vale la pena compierlo al fine di non sciupare gli ottimi risultati conseguiti con investimenti e interventi normativi per la promozione della cultura. A tale scopo va associato l'obiettivo del rilancio di attività produttive che soffrono gli effetti della pandemia e le cui dinamiche dipendono dalla gestione efficiente delle bellezze protette (CAMELLI, M.: "Pandemia: *the day after* e i problemi del giorno prima", in *Aedon*, I, 2020). Si considerino le difficoltà che attualmente impensieriscono gli operatori del turismo. Queste, se non adeguatamente fronteggiate, rischiano di destabilizzare l'economia nazionale, costringendo a rivedere in negativo le stime di crescita già ampiamente ritoccate al ribasso in conseguenza del *lockdown*.

Sembra, dunque, imminente l'avvento di una rivoluzione nelle abitudini sociali, destinata a modificare radicalmente anche e modalità di godimento delle risorse di interesse artistico culturale. Incoraggiare lo sviluppo tecnologico a servizio dell'arte rappresenta una valida strategia per affrontarla.

Non si tratta di ripensare il sistema di fruizione, che da tempo ormai si avvale dell'impiego di nuove tecnologie. Si tratta piuttosto di percorrere con passo più deciso una strada in passato intrapresa e sfruttare i benefici delle sperimentate collaborazioni pubblico-privato a supporto dell'innovazione (VELANI, F.: *Una finestra virtuale sul futuro dei beni culturali*, Lucca, 2011, p. 90 ss.; BATTELLI, E.: "I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale", in AA.VV.: *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela* (a cura di E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MUSSARO), Roma, 2017, p. 66 s.; NUCCIO, M.R.: "Innovazione e valorizzazione dei beni culturali: profili giuridici e prospettive di sviluppo", in *Foro nap.*, 2017, p. 443 ss.).

Nel circoscrivere l'attenzione ai beni culturali, si registra una consolidata tendenza ad avvalersi delle potenzialità del digitale nello svolgimento di attività di tutela e valorizzazione, oggetto di crescente interesse dell'autonomia privata (SBARBARO, E.: "Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella

• **Maria Rita Nuccio**

Ricercatore t.d. diritto privato, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro". Correo electrónico: maria.nuccio@uniba.it

valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale", in *Riv. dir. ind.*, 2016, p. 63 ss.). Invero l'implementazione delle tecnologie nell'ambito considerato ha molti pregi giacché: permette di coniugare tutela e valorizzazione, anacronisticamente pensate come finalità perseguitibili in maniera indipendente, ossia escludendo che l'una possa concorrere alla realizzazione dell'altra; favorisce la cooperazione interistituzionale (es. tra organismi cui compete la gestione dei patrimoni e il mondo della ricerca scientifica); rafforza il partenariato, atteso che le spinte verso l'innovazione provengono spesso dal basso, da mercati in espansione (SAU, A.: "Le frontiere del turismo culturale", in *Aedon*, I, 2020; D'ANGELOSANTE, M.: "La 'cura' dei beni culturali come beni di interesse pubblico: opacità, tendenze e potenzialità del sistema", in *federalismi.it*).

Quanto al primo aspetto, si costata che la valorizzazione virtuale oltre a rafforzare la capacità attrattiva dei beni incentiva la pianificazione di moderni interventi di tutela. Si esige, infatti, che il materiale sul quale operare sia trattato con tecniche di conservazione all'avanguardia, che consentano di perfezionare l'elaborazione di contenuti condivisi su piattaforme *on line*.

In questo contesto il disegno costituzionale, a favore di una democrazia culturale, trova concreti margini di realizzazione, potendo contare sull'impiego di efficienti mezzi di diffusione della conoscenza. Questi, nel facilitare l'accesso a entità materiali e immateriali rappresentative di valori identitari, aiutano a consolidare legami di solidarietà sociale (Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur cost.*, 1990, p. 660 ss. con nota di RIGANO, F.: "Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali"). Spetta alla 'Repubblica' la promozione dello "sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica", alla "Nazione" "la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico" (MERUSI, F.: "Art. 9", in AA. VV.: *Commentario della Costituzione* (diretto da G. BRANCA), I, Bologna Roma, 1975, p. 434 ss.; CECCHETTI, M.: "Art. 9", in AA. VV.: *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVIERI), I, Torino, 2006, p. 217 ss.; FLICK, G.M.: "L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro", in *Rivista AIC*, 2015; RIMOLI, F.: "La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura", in *Riv. giud. ed.*, 2016, p. 505 ss.). L'oculata selezione dei termini, operata dal legislatore costituente per la formulazione dell'art. 9 cost., non lascia dubbi su una responsabilità condivisa nell'attuazione della disciplina richiamata, egualmente ripartita tra istituzioni e cittadini. È compito dello Stato preservare le bellezze e le espressioni d'arte, degli Enti intervenire nel rispetto delle competenze definite dall'art. 117 cost. Potendo, poi, su questo fronte stimolare l'iniziativa negoziale, va sostenuta una sinergia rivolta, nel rispetto della sussidiarietà, all'adempimento diffuso di una funzione gestoria dei patrimoni protetti. Quando investe l'agire dei privati, questa condizione è realizzata dall'osservanza di restrizioni che qualificano

il rapporto instaurato con beni assoggettabili a speciali regimi proprietari (LONGOBUCCO, F.: "Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga", in AA.VV.: *Patrimonio culturale*, cit., p. 213. In merito all'incidenza del profilo funzionale sulla determinazione dello statuto normativo dei beni v. PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1^a rist., 2011, p. 38; SCOZZAFAVA, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 563 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, P.: *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica: profili sistematici*, Napoli, 1998, p. 18 ss.; NAZZARO, A.C.: *Oggettività giuridica dei beni produttivi. Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, Napoli, 2002, pp. 50 e 88; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche*, Napoli, 2008, p. 164 ss.).

Recenti misure normative paiono sposare il fine della necessaria integrazione dei profili intorno ai quali si compone il quadro delle competenze, risultando improntate sulla logica della 'valorizzazione per la tutela' e ispirate dall'idea che la seconda costituisca un presupposto indefettibile della prima (Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 9, in *Giur cost.*, 2004, p. 185 (con nota di MARINI, F.S.: "La «tutela» e la «valorizzazione dei beni culturali» come «materie-attività» nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale"). Si osservi quanto disposto a favore del decentramento delle funzioni ai Musei, beneficiari di un riformato modello di organizzazione e funzionamento. La ridefinita ripartizione di competenze, a livello centrale (Stato-Mibact) e periferico, ha comportato un ampliamento del raggio di azione dei Poli Museali, i quali, risultando affidatari di funzioni di valorizzazione sono stati indotti a riformulare la propria offerta culturale con interessanti ricadute sul turismo. Nel farlo, essi hanno colto il valore della tecnologia che è stata sfruttata per avviare una massiccia opera di divulgazione di collezioni museali attraverso la rete, di cui si è goduto nei giorni di chiusura per il controllo del contagio da COVID-19.

Il ricorso alla TIC ha investito più fronti: quello della conservazione (e quindi tutela), a beneficio in particolare di beni sottratti all'esposizione fisica; della fruizione, con traghettamento della stessa nella dimensione virtuale; della riproduzione dell'immagine di beni custoditi, tramutatasi in una vera e propria attività di creazione di nuovi prodotti culturali (DE MEO, R.: "La riproduzione delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica", in *Dir. inf.*, 2019, p. 669 ss.). Ed è proprio nella fase più pesante della pandemia che sono stati apprezzati gli effetti positivi di un'azione così strutturata, della quale ha tratto vantaggio un'inaspettata (quanto a volumi rilevati) platea di fruitori. Si auspica, allora, che i problemi economici paventati, in ragione di un atteso e probabilmente inevitabile, abbattimento dei flussi finanziari pubblici, non inducano a ripensare politiche fruttuose di sostegno alla cultura – tra le quali, spicca proprio il riconoscimento dell'autonomia speciale degli enti museali (CAMELLI, M.: "Pandemia: the day after

e i problemi del giorno prima", cit.) – nonché ad arrestare il confronto con gli operatori del mercato dell'innovazione.

2. Come premesso, molteplici sono le possibilità di impiego degli strumenti tecnologici acquisiti, o in fase di sperimentazione. Si spazia dalla virtualizzazione di opere con produzione di contenuti digitali, alla realizzazione di piattaforme per la condivisione dei risultati ottenuti, alla creazione di beni culturali per i quali invocare la protezione garantita dalle privative. È incontestabile che le TIC abbiano accresciuto le aspettative di fruizione pubblica dei patrimoni e in molti casi contribuito alla tutela e alla valorizzazione di quelli immateriali, ossia di privi di res tangibili eppure ricchi di testimonianze declinate in forma di tradizioni, abitudini di vita, espressioni coreutiche, canore e musicali in generale. A queste ultime si guarda con apprensione atteso che le occasioni di replica dipendono dalle performances degli artisti, attualmente impossibilitati a esercitare la loro professione. Il sostegno economico, loro riservato con il decreto "Cura Italia" (v. artt. 88-90, d.l. 17 marzo 2020, n. 18), rischia di costituire un mero palliativo se ad esso non segue un piano di rilancio delle arti e dello spettacolo con rideterminazione delle condizioni di fruizione, nel rispetto dei canoni sanitari di precauzione e sicurezza.

Salutato come volano di sviluppo sociale ed economico, il fenomeno osservato presenta criticità meritevoli di riflessione. L'impiego delle tecnologie se non adeguatamente presidiato, può determinare un'incontrollata diffusione di conoscenze, con l'effetto di azzerare il valore immateriale dei beni tutelati.

Risulta, infatti, illusorio pensare che l'apprezzamento di detto valore – sul quale si appunta l'interesse generale alla fruizione – costituisca un fine perseguitibile "sempre" e "ad ogni costo" agevolando le occasioni di relazione con il bene o con la sua rappresentazione. La tecnologia asseconda questa tendenza ma può favorire usi abusivi dei contenuti culturali in assenza di uno specifico programma di valorizzazione da attuare. Si profila all'orizzonte il rischio di una "mercificazione", correlato all'affermazione di comportamenti guidati dalla logica dell'affare che non risparmia il mondo dell'arte. Eppure, segnali incoraggianti provengono da note esperienze di sponsorizzazione sostenute da aziende titolari di famosi marchi, disposte a finanziare ingenti opere di recupero o restauro di monumenti. Le operazioni attengono a politiche di *marketing* che mirano a veicolare profili reputazionali costruiti su valori etici sacrificati dal consumo (FIDONE, F.: "Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione", in Aedon, 2012; BATTELLI, E.: "I soggetti privati e la valorizzazione", cit., p. 72. Per un'ampia analisi del fenomeno v. DE GIORGI, M.V.: *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1998).

A ciò deve aggiungersi che il modello di società complessa e inclusiva, conforme l'attuale convivenza civica, ammette l'uso delle TIC a condizione che la relazione tra *smart* e *utile* sia praticamente sostenibile. Attività strutturate su prestazioni integrate attraverso il canale tecnologico, e basate sullo sfruttamento del valore non utilizzato di beni a godimento plurimo, potrebbero incontrare un interesse economico che mal si coniuga con quello collettivo all'accesso.

Per l'àmbito considerato, il pericolo di una disseminazione di conoscenze realizzata per mero profitto – come tale in grado di sminuire il valore della fruizione dei beni protetti – può essere agevolmente scongiurato. Un utile presidio si riscontra nelle discipline applicabili all'uso dei risultati dei processi di valorizzazione digitale, a partire da quelle contenute negli artt. 107 e 108 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42) e nell'art. II, comma 1 bis, d.lg. 36/2006. Lo sfruttamento dell'immateriale economico dei beni va sostenuto se accresce le opportunità di godimento: tanto basta per ritenere realizzato un fine socialmente apprezzabile. Sì che paiono infondati i dubbi sollevati sulla compatibilità con i principi costituzionali della copertura garantita dalla proprietà intellettuale alle immagini di bellezze, non sottoposte alla pubblica vista, suscettibili di riconduzione nella categoria dei beni comuni (BARBATI, C., CAMMELLI, M., CASINI, L., PIPERATA, G., SCIULLO, G.: *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 52; cfr., in argomento, MADDALENA, P.: *Il territorio come bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014. In tema di beni comuni v., ex multis, PERLINGIERI, P.: "Normazione per principi: riflessioni intorno alla proposta della Commissione sui beni pubblici", in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1184 ss.). In particolare, non convince la tesi sviluppata sulle licenze rilasciate dai musei per le attività di digitalizzazione con autorizzazione all'uso in esclusiva delle immagini elaborate. Si dubita, infatti, che le politiche di *licensing policies* ostacolino la circolazione di conoscenza e con essa la crescita culturale (DE MEO, R.: "La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica", cit., p. 670). La loro attuazione consente agli enti museali di finanziare l'attività di conservazione attraverso l'incasso delle *royalties* e ai licenziatari di ripagare l'investimento sostenuto traendo beneficio dal regime di esclusiva negoziato, scaduto il quale si ricostituisce un diritto di riuso che consente l'offerta in modalità *open data* dei contenuti digitali.

Orbene il più efficace incentivo all'innovazione proviene proprio dal riconoscimento di tutele basate sulla logica dell'esclusiva. Eliminare quest'effetto in un settore, quale quello dell'arte, che ha necessità di cogliere le sfide dell'evoluzione sociale comporta dover privare la collettività e le future generazioni di benefici più facilmente conseguibili attraverso l'investimento imprenditoriale in innovazione (Rossi, M.A.: "Innovazione, conoscenza ed allocazione dei diritti di proprietà intellettuale nelle reti di imprese", in AA.VV.: *Reti di imprese tra regolazione e norme*

sociali. Nuove sfide per diritto ed economia, Bologna, 2004, p. 342).

Per l'affidatario di servizi digitali esternalizzati, un ritorno economico che garantisca, oltre alla copertura dei costi, margini di profitto tali da consentire il rifinanziamento dell'attività esercitata, rappresenta una condizione irrinunciabile. Del resto, in un momento di grave crisi della finanza pubblica – acuito dagli effetti dell'epidemia in corso – la strada del sostegno al privato, anche attraverso l'espeditivo del riconoscimento dei diritti evocati – si noti, strutturalmente non aderenti allo schema proprietario classico – è percorribile; anche se la stessa incrocia i sentieri tracciati da discipline che dispongono particolari registri di fruizione in ragione della soddisfazione dell'interesse generale al godimento del valore culturale delle *res*.

È nell'ottica, dunque, della crescita condivisa – del pubblico che si avvale del privato per adeguare l'offerta di cultura alle dinamiche espresse da una società nel pieno del suo sviluppo informatico, e del privato che si approccia al pubblico sostenendo progetti innovativi pensati come proficue occasioni di espansione – che vanno analizzate le pratiche di: catalogazione e recupero digitale di opere, globalizzazione di contenuti, creazione di prodotti con mezzi che consentono di superare il limite della materialità e trattare la trasposizione digitale del bene come "testimonianza avente valore di civiltà". L'approccio consigliato sembra, peraltro, incontrare lo spirito del codice dei beni culturali, che abbraccia una visione dinamica delle risorse da tutelare allorché, in punto di qualificazione, riserva centralità a utilità funzionali che permettono di scorgere in esse valori, strumenti di tradizione, simboli di un'identità da preservare.

3. Il successo della tecnologia applicata all'arte, nella sua accezione più ampia, ha radicato nella collettività l'idea che ciò che attualmente risulta inesplorato, in un futuro non lontano sarà largamente fruibile. Centrale, tal fine, è il ruolo svolto da internet che – come appurato nella fase più difficile della lotta al COVID-19 – già consente visite virtuali di musei o esplorazioni di siti archeologici. La rete si impone, peraltro, all'attenzione come laboratorio di creatività. Lo dimostra il recente fenomeno della *Net art*. Il valore delle manifestazioni d'arte che lo connotano lascia ipotizzare che la categoria dei nuovi beni culturali subirà un sostanzioso incremento. Tutto ciò a condizione che si accolga una nozione aperta di risorse da proteggere e valorizzare, e, dunque, si opti per una qualificazione non fondata su una concezione materialista ed estetizzante della *res* ma che esalti il valore culturale estratto dalla valutazione della componente immateriale (GIANNINI, M.S.: "I beni culturali", in *Riv. trim.*, 1976, p. 3 ss. Sulla concezione che ha ispirato la definizione di beni culturali contenuta nel c.b.c.p., v. in particolare AINIS, M., FIORILLO, M.: "I beni culturali", in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. CASSESE), II, Milano, 2003, p. 1463 ss. Sulla configurazione teorica dei

beni culturali v. PASA, B.: "Beni culturali (Diritto dell'Unione europea)", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., V, Torino, 2010, p. 73 ss.; CASSESE, S.: "Il futuro della disciplina dei beni culturali", in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 781 ss.; MORBIDELLI, G., "Il valore immateriale dei beni culturali", in Aedon, I, 2014; BARTOLINI, A.: "Il bene culturale e le sue plurime concezioni", in *Dir. amm.*, 2019, p. 223 ss.].

Giova, a questo punto, verificare se l'ordinamento dispone dei mezzi necessari per sostenere l'innovazione a favore dell'arte e, se del caso, fronteggiare l'uso abusivo delle tecnologie.

Come prima ipotesi di studio si considerino le esperienze della valorizzazione digitale. La più nota è la riproduzione, che può riguardare: materiale destinato a cataloghi di mostre; libri d'arte; *merchandising* museale; contenuti caricabili su siti web o su piattaforme virtuali, accessibili previa installazione di app.

Quando non è effettuata dalla Pubblica Amministrazione, la riproduzione sottostà al regime autorizzatorio. Il rilascio dell'autorizzazione è atto discrezionale, e segue valutazioni effettuate dall'Ente che ha in consegna i beni su oggetto e fine della riproduzione, sulla compatibilità dell'attività con la dignità storico-artistica delle risorse, nonché sulla metodica seguita. Ci si muove nel campo definito dall'art. 107 c.b.c.p. Il successivo art. 108 c.b.c.p. prevede il pagamento di corrispettivi di riproduzione e canoni di concessione.

Vi sono, poi, delle eccezioni alla regola dell'utilizzo per la riproduzione a titolo oneroso. Queste riguardano le iniziative dei privati, supportate da motivi di studio o intraprese per un uso personale, nonché quelle pubbliche e private di valorizzazione senza scopo di lucro (es. banche dati pubbliche *on line*; brochure informative o promozionali di un territorio). Semmai qui è contemplato un rimborso per le spese sostenute dall'amministrazione concedente.

Il tutto deve armonizzarsi con quanto previsto dalla Direttiva 790/2019/UE diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che modifica le Direttive 96/9/CE e 2001/29/CE. L'art. 6, della citata fonte, limita l'eccezione alla disciplina europea sul *copyright* a vantaggio degli istituti di tutela del patrimonio culturale per la realizzazione di "copie di qualunque opera o altri materiali presente in maniera permanente nelle loro raccolte, in qualsiasi formato o su qualsiasi supporto". L'eccezione è ammessa a fini conservativi e "nella misura necessaria [alla] conservazione".

A seguito delle modifiche apportate dal decreto Artbonus (2014) si è realizzata una sostanziale liberalizzazione delle riproduzioni dei beni culturali, diversi da quelli bibliografici e archivistici, nonché delle divulgazioni di immagini legittimamente

acquisite (v. visitatori di musei che caricano foto relative ad opere visitate su social networks). Ricorre, tuttavia, il limite dell'assenza dello scopo di lucro.

Quanto riportato induce ad affermare che la scelta di assecondare le spinte verso la liberalizzazione proviene da un legislatore accorto: avendo questi valutato l'impatto dirompente dei processi di innovazione tecnologica sulla valorizzazione ha incoraggiato, con una vistosa deroga al regime autorizzatorio, e al sistema delle eccezioni, nuove modalità di fruizione e l'offerta di prodotti culturali innovativi. In tal modo subordinando la finalità di conservazione alla soddisfazione di un diffuso interesse all'accesso.

Più problematica è la definizione del regime giuridico dei c.d. nuovi beni, ottenuti sfruttando al meglio l'innovazione, e sui quali proliferà il bisogno di fruizione. Il discorso investe nuovamente il rapporto tra 'beni culturali' e 'diritti di proprietà intellettuale'.

È ben possibile che i beni in questione ricevano la qualifica di "opere dell'ingegno di carattere creativo" e, per ciò stesso, godano della tutela accordata dal diritto d'autore. Opzione, peraltro, non esclusa dallo stesso c.b.c.p. che, all'art. 107, fa salva l'eventuale applicazione delle norme riguardanti il regime di protezione richiamato. Si profila un "doppio binario di tutela", da un lato basato sull'autorizzazione per la riproduzione o uso dell'Autorità preposta alla conservazione del bene, dall'altro fondato sull'esclusiva.

La riproduzione deve avvenire con il consenso del titolare del diritto autoriale, pur essendo l'opera custodita dall'autorità pubblica chiamata anch'essa a valutare se ricorrono le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione. Si ricordi che il diritto alla concessione del bene è temporalmente limitato, giacché si estingue con il decorso dei termini che sottraggono l'opera al pubblico dominio.

Quanto all'utilizzazione economica della risorsa protetta, resta il vincolo posto dai c.d. diritti morali d'autore (alla paternità, all'integrità dell'opera). Diritti invocabili anche con riferimento ai beni culturali. Per questi, la protezione "morale" si risolve nella salvaguardia del «valore» di interesse artistico culturale veicolato. Si che si ritiene perseguitabile la lesione dell'immagine, procurata da usi che attentano al decoro dell'opera (costituisce ormai un caso di scuola la raffigurazione del David di Donatello armato). Va, dunque, ammesso, il ricorso ai mezzi di tutela inibitoria e risarcitoria.

La protezione accordata dal sistema dei diritti di proprietà individuale è messa in discussione con riferimento ai patrimoni culturali immateriali, trascurati dalle fonti nazionali, fortemente radicate a una concezione "reale" dell'oggetto della tutela. Si tratta, come innanzi ricordato, di manifestazioni d'arte, non afferenti

alla dimensione materiale, e che trovano un espresso riconoscimento nella Convenzione Unesco per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale, del 2003.

In questa area si rileverebbe un effetto di “commodificazione”, con conseguente equiparazione delle espressioni culturali immateriali alle *res tangibili*, aventi un valore commerciale.

Il fenomeno della reificazione dell’immateriale culturale è, comunque, incoraggiato da quanti denunciano i rischi connessi all’utilizzo delle tecnologie, in particolare alla più volte evidenziata fruizione incontrollata di contenuti non adeguatamente tutelabili con diritti di proprietà intellettuale. Per i beni in parola una protezione reale appare ai più irrealizzabile per la difficoltà riscontrabili nell’individuare i possibili titolari dell’esclusiva, salvo ammettere una gestione collettiva del mezzo di tutela (FARAH, P.D.: “Diritti di proprietà intellettuale, diritti umani e patrimonio culturale immateriale”, in *Dir. ind.*, 2014, p. 21 ss.).

In questa direzione, per esempio, si incoraggia la soluzione del riconoscimento ad Enti associativi di diritti di *copyright*, gestibili in forma partecipata dai rappresentanti della comunità cui appartiene la tradizione protetta. Tuttavia, stante l’impossibilità di attuare un simile disegno, la violazione perpetrata a beni non protetti va comunque perseguita. È risarcibile la lesione di diritti inviolabili (es: la riservatezza) del gruppo depositario di una cultura secolare. Se questa è inferta con l’utilizzo del canale virtuale ricorrono margini per un addebito di responsabilità ai provider ovvero ai gestori di piattaforme per l’utilizzo non consentito dei contenuti culturali trasposti in forma digitale (es: per finalità commerciali non autorizzate) da parte degli utenti.

4. Da ultimo è utile soffermarsi sulla collaborazione pubblico-privato fondata sullo sfruttamento delle conoscenze (sulla disciplina del fenomeno cooperativo nel settore dei beni culturali v. BARBATI, C., CAMMELLI, M., CASINI, L., PIPERATA, G., SCIULLO, G., “Diritto del patrimonio culturale”, cit., p. 25 ss.). Ampi studi hanno dimostrato il beneficio della condivisione di tecniche innovative o di competenze integrabili nella conservazione e gestione di beni valorizzati.

Questo scenario risalta il ruolo della ricerca universitaria (art. 9 cost.) e l’importanza del sostegno finanziario degli investitori istituzionali, che seguono processi di ideazione e sperimentazione sino a favorire la creazione di organismi societari (*start up*, incubatori) per l’implementazione di tecnologie, brevettabili o disponibili in modalità *open source*.

È ipotizzabile persino un coinvolgimento diretto degli operatori del mercato delle TIC nelle fasi esecutive di accordi di programma siglati da Stato, Regioni ed Enti territoriali, ai sensi dell'art. 112 c.b.c.p. Tale disposizione "non rappresenta solo uno strumento di composizione, armonizzazione ed integrazione delle competenze ascritte ai diversi livelli di governo ma getta le basi per la realizzazione di un'azione volta a favorire lo sviluppo economico [...] con il contributo dei privati *for e non profit*" (SAU, A.: "Le frontiere del turismo culturale", cit.)

A migliori risultati si potrebbe pervenire incentivando modelli contrattuali di aggregazione per la gestione condivisa delle conoscenze (CREA, C.: *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività imprenditoriale*, Napoli, 2008, p. 303; AA.VV.: *Le reti di imprese e i contratti di rete* (a cura di P. IAMICELI), Torino, 2009). La rete di imprese dovrebbe porsi come unico *partner* negoziale della Pubblica Amministrazione. L'integrazione di competenze e professionalità, individuata come oggetto di rapporti regolati da un contratto di rete, rientrerebbe tra le finalità di tutela consentite dalla disciplina del peculiare strumento negoziale. L'innovazione per la fruizione di beni, ma prima ancora per la tutela degli stessi, legittima prestazioni collegate in funzione della diffusione dei risultati innovativi. Resta, comunque, ferma la possibilità della partecipazione alla gestione diretta del patrimonio culturale. In tal caso, per la regolamentazione del rapporto instaurato dal titolare della tecnologia con l'Ente gestore, è utile riferirsi ai protocolli di intesa che hanno orientato virtuose e, già, documentate iniziative di valorizzazione.

L'ambito analizzato può, infine, interessare operatori del campo del *non profit* che, da sempre, promuovono l'arte contemplandola tra gli scopi ideali degli enti regolati dal libro I del codice civile. Di recente, si è persino riflettuto sull'utilità dell'impresa culturale, che incorpora prodotti innovativi (Bosi, G.: "Lo statuto giuridico dell'impresa culturale italiana", in Aedon, 2014).

A fronte di tutto ciò, va nuovamente rimarcato il rischio insito in strategie imprenditoriali di "valorizzazione economica", rappresentato dalla deriva consumeristica che travolge la "valorizzazione culturale". È dalla sua ponderazione che occorre ripartire per perfezionare moderni modelli di fruizione, nella consapevolezza che il superamento dei limiti imposti dall'emergenza sanitaria dipende in gran parte dalla capacità di cogliere la sfida dell'innovazione. La sopravvivenza delle attività culturali è legata alla gestione multilivello dell'interesse all'accesso ai patrimoni protetti, espresso oggi da una comunità ferita, costretta ad affidare al mezzo tecnologico la realizzazione di bisogni essenziali; e tra questi anche, quello della "cura dell'anima", che soltanto il godimento di risorse dall'inestimabile bellezza può garantire.

EL NOTARIADO ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

NOTARIES BEFORE CORONAVIRUS PANDEMIC

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 908-915



José M^a
CARRAU
CARBONELL

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis sanitaria del COVID-19 ha tenido consecuencias en el ámbito del Derecho privado. El Notariado ha sabido actuar frente a la pandemia mediante la adopción inmediata de medidas tendentes a evitar la propagación del contagio y el mantenimiento del servicio público. Además, se han propuesto reformas legales dirigidas a la modernización del ordenamiento jurídico, facilitando el otorgamiento a distancia de documentos y contribuyendo al alivio de la carga de los tribunales de justicia.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; pandemia; Notarios; Derecho privado.

ABSTRACT: *COVID-19 health crisis has also shown its consequences on private Law. Notaries have reacted against the pandemic by taking immediate measures to prevent the spread of the contagious disease and the subsistence of public service. Furthermore, legal reforms aimed at modernizing the legal system have been proposed by Notaries, encouraging remote signing of public deeds and helping to ease the burden of courts of Justice.*

KEY WORDS: COVID-19; pandemic; notaries; private Law.

I. La pandemia del coronavirus ha sacudido los cimientos de nuestra sociedad. Por inesperada, por devastadora, por dramática, por mortal. Tan sólo el paso del tiempo permitirá poner en perspectiva todo lo acontecido y juzgar con honestidad el comportamiento de los hombres.

Hasta entonces todos, cada uno desde su posición, debemos actuar en dos frentes: la defensa frente a los efectos actuales de la crisis sanitaria; y la adopción de medidas para la mejora del futuro.

El Notariado, garante de la fe pública y de la seguridad jurídica en nuestro Derecho privado, no constituye una excepción.

Como institución pública integrante del ordenamiento jurídico español, su actuación en los dos frentes mencionados debe desarrollarse: en cuanto a la defensa frente a la pandemia, por la vía de los hechos; y en cuanto a la mejora de la sociedad futura, como no puede ser de otra forma, por la vía del Derecho.

2. Las oficinas notariales son espacios abiertos al público en los que entran y salen a diario decenas de personas y documentos. Su potencial como foco de infección es por tanto evidente, por lo que era precisa inmediatamente en la actuación frente a la pandemia.

El estado de alarma fue decretado mediante Real Decreto 463/2020, de catorce de marzo, que entró en vigor el mismo día de su publicación.

Tres días antes, el once de marzo, el Consejo General del Notariado, por medio de un correo electrónico de su Presidente dirigido a todos y cada uno de los Notarios, recomendó la adopción de cautelas en los despachos: cumplir con medidas higiénicas, evitar la concentración de personas, advertir a los clientes de la necesidad de evitar el contacto físico, reaccionar en caso de contagio, y favorecer el trabajo a distancia.

Dos días antes de la publicación del Real Decreto, el doce de marzo, los Decanos de los Colegios Notariales dirigieron un correo electrónico a cada uno de los Notarios contenido una serie de recomendaciones de actuación para el día a día en la Notaría, desarrollando las anteriormente indicadas por el Consejo

• **José M^a Carrau Carbonell**

Notario de La Vall d'Uixó (Castellón). Correo electrónico: jmcarrau@notariado.org

General del Notariado. En el mismo, ya se recomendaba el uso de guantes; la desinfección de pomos, mostradores y bolígrafos; la ventilación de salas de firma; y el uso de medios de pago electrónicos sustitutivos del efectivo metálico.

Además, se anticipaban las que iban a ser las líneas maestras de actuación durante el Estado de Alarma: frenar el virus y mantener el servicio.

En paralelo, el mismo día doce de marzo, los directores de academias de opositores de cada Colegio Notarial enviaron también un correo electrónico a los preparadores informando del cierre inmediato de las academias hasta nuevo aviso. La preparación de oposiciones a Notario exige un encuentro semanal entre los alumnos y el preparador que, como foco de riesgo, debía evitarse. Desde entonces, los alumnos han podido seguir recitando los temas a sus preparadores por medio de videoconferencia, de modo que la preparación no se ha visto afectada.

La víspera de la declaración del Estado de Alarma, el trece de marzo, todos los Notarios recibimos un correo electrónico del Consejo General del Notariado contenido la Circular I/2020, de 13 de marzo, de la Comisión permanente por la que se aprueba un protocolo de actuaciones relativo al COVID-19. La misma superaba las recomendaciones adoptadas hasta entonces por adquirir ya carácter obligatorio en ejercicio de las competencias que al órgano atribuye el artículo 339 del Reglamento Notarial.

La Circular se estructuraba en siete apartados y regulaba el modo de proceder en caso de contagio del Notario; en caso de contagio de un empleado; la prestación presencial de la función notarial; el teletrabajo; las actuaciones notariales fuera del despacho; las medidas de atención en la oficina; las medidas a adoptar por los colegios notariales; y la organización corporativa con el orden de sustituciones en los órganos para los casos de contagio de algún integrante.

Finalmente, el catorce de marzo, fue decretado el Estado de Alarma por el Real Decreto 463/2020. Queda patente, a la vista de la cronología de los hechos, que el Notariado fue cauteloso y adoptó medidas preventivas.

Respecto a las medidas reactivas, el Estado de Alarma conllevó la limitación a la libertad circulatoria de las personas y la adopción de medidas en el ámbito de la seguridad, la salud, el transporte y el abastecimiento alimentario y energético.

El diecisésis de marzo, dos días después de la entrada en vigor, debían abrirse las cerca de tres mil notarías que hay en España. Era precisa por tanto una reacción, la adopción de las medidas concretas para que dicho servicio pudiera prestarse con condiciones de seguridad. Dicha reacción, como era previsible, no se hizo esperar.

El domingo quince de marzo se nos remitió a todos los Notarios un modelo de autorización para que lo pudiéramos completar y entregar a los empleados como salvoconducto para dirigirse desde sus domicilios al despacho.

El mismo día quince de marzo el Consejo General del Notariado publicó una nota de prensa en la que se recomendó a los ciudadanos que no acudieran a las notarías sin una cita previa y que tan sólo lo hicieran en caso de urgencia. En la nota también se solicitaba a los ciudadanos que tuvieran citas previamente concertadas que valorasen la posibilidad de aplazarlas, y además se aseguraba la prestación del servicio informando de que se había establecido un turno rotatorio de Notarios para el posible escenario de contagio generalizado.

Por último, el mismo día quince de marzo fue publicada la Instrucción de la Dirección General De Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial. La Instrucción tenía una doble finalidad: de un lado, que los ciudadanos pudieran acudir a las notarías para realizar aquellas actuaciones que por su carácter urgente no puedan ser objeto de dilación; de otro, que el servicio de la notaría, en su condición de oficina pública (artículo 69 del Reglamento Notarial) se prestase en plenas condiciones de seguridad para la ciudadanía, los empleados y el Notario.

La Instrucción reafirmó lo que ya era patente: que el servicio público notarial es un servicio público de interés general cuya prestación ha de quedar garantizada en todo el territorio nacional.

Además, se dispuso el modo en que dicha función debía prestarse durante el Estado de Alarma, incidiendo en que sólo las actuaciones de carácter urgente podían ser prestadas durante este período, debiendo además prestarse la función notarial en condiciones de seguridad adecuadas.

Es así patente que el Notariado ha reaccionado a la pandemia. Durante el Estado de Alarma, ha seguido prestándose el servicio esencial, requiriendo a los interesados que justificaran la urgencia de sus otorgamientos y tratando de aplazar todos aquellos que no lo fueren.

Las notarías han modificado sus espacios físicos y sus sistemas habituales, adaptándolos a la especial situación, con el fin de evitar el contacto físico de los clientes y empleados, protegiendo además a éstos últimos mediante mascarillas, geles desinfectantes y pantallas.

Se han logrado por tanto en gran medida los dos fines pretendidos desde la aparición de la pandemia: la continuación del servicio y la protección de las personas.

La continuación de dichas medidas ha venido determinada por la Instrucción de la Dirección General De Seguridad Jurídica y Fe Pública de ocho de mayo de dos mil veinte, sobre servicios notariales tras la aprobación por el Consejo de Ministros el veintiocho de abril del plan para la transición hacia una nueva normalidad. En ella, se prevé el progresivo levantamiento de las restricciones existentes ajustándose a cada una de las cuatro fases que contempla el citado plan, que se irán desarrollando en los distintos territorios a medida que éstos vayan pasando de una fase a otra, encomendando a los Colegios Notariales, en atención a las particularidades sanitarias de cada uno de sus territorios, la competencia para el levantamiento paulatino de las restricciones en las oficinas notariales.

3. La pandemia del coronavirus no se ha superado todavía, y no se dejará atrás hasta que exista una vacuna de acceso generalizado a toda la población. Y aún en dicho momento, no podrá nunca afirmarse que lo vivido no se revivirá, que no habrá en el futuro otras crisis sanitarias semejantes.

Por ello, esta pandemia ha supuesto un punto de inflexión en los paradigmas sociales, económicos y jurídicos actuales.

El Derecho consiste en regular mediante normas problemas que demuestra la realidad de los hechos de la vida.

En nuestro tiempo, la realidad ha puesto de manifiesto necesidades que previamente no existían, y el ordenamiento jurídico debe saber reaccionar mediante las armas que posee.

En el ámbito del Derecho privado corresponde también al Notariado, como garante de la fe pública y de la seguridad jurídica, adaptarse a la que tristemente se denomina nueva normalidad.

Consciente de ello, el Consejo General del Notariado no se ha hecho esperar: el once de abril remitió al Ministerio de Justicia un documento con propuestas para la mejora del Derecho privado, acompañado de un anexo normativo que incluye el texto articulado de las normas legales que, en su caso, deberían ser modificadas.

El extenso documento remitido contiene recomendaciones y sugerencias de muy diversa índole que dejan patente que la institución se encuentra en la vanguardia tecnológica y totalmente preparada para asumir los nuevos roles que puedan facilitar la vida jurídica de las personas.

Estas propuestas se fundamentan en algunas de las fortalezas de la institución: la extensión de la red notarial por la geografía española, la cualificación jurídica y la preparación tecnológica, el sistema de firma electrónica reconocida del Notariado, la interconexión con las administraciones públicas y entidades financieras, y la titularidad de la segunda mayor base de datos de España.

Entre las medidas que se proponen, destaca por su novedad la de la posibilidad de permitir en ciertos casos la intervención notarial mediante videoconferencia como medio alternativo a la presencia física del otorgante en la notaría.

La sede electrónica notarial permitiría que el acceso de los ciudadanos se efectuara a través de su ordenador, tableta o dispositivo móvil, de forma libre y con neutralidad tecnológica. La identificación de los otorgantes podría realizarse mediante el documento nacional de identidad electrónico. Se propone comenzar a probar este sistema para determinados negocios jurídicos como constitución de sociedades, pólizas de crédito, testamentos en caso de epidemia o poderes procesales.

Por otro lado, también se efectúan propuestas tendentes a aliviar la carga de los órganos judiciales mediante el desarrollo de la función preventiva del Notariado.

Se trataría de potenciar y ampliar el uso de expedientes notariales ya regulados como el de reclamación de deudas no contradichas, la consignación notarial, la separación y el divorcio.

Además, se plantea profundizar en el expediente de conciliación notarial, que fue introducido hace cinco años por la Ley de Jurisdicción Voluntaria como sistema alternativo de resolución de conflictos, proponiéndose dotarlo de carácter obligatorio como fase previa a la judicial en las reclamaciones inferiores a una determinada cuantía, situaciones arrendaticias, extinciones de comunidades, particiones de herencia, impugnaciones de acuerdos sociales, o acciones entre consumidores y entidades financieras, entre otros asuntos.

En definitiva, el Notariado se pone a disposición del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y, consecuentemente, a disposición de la sociedad, para situarse a la vanguardia de la modernización de nuestro sistema jurídico de Derecho privado con el fin de dar satisfacción a las nuevas necesidades puestas de manifiesto tras la pandemia.



CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS

ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN TIMES OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 916-925



Carla
ESPLUGUES
BARONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 supuso la adopción de una serie de medidas de carácter excepcional entre las que se incluye la suspensión de los plazos administrativos y, por ende, con carácter general, de los procedimientos de contratación administrativa. Sin embargo, el legislador ha buscado proporcionar los cauces necesarios para agilizar y flexibilizar la contratación de obras, bienes o servicios necesarios para hacer frente a la pandemia. Adicionalmente, la situación actual ha puesto sobre la mesa deficiencias existentes en la regulación de la contratación administrativa y la necesidad de que la Administración incorpore, en su caso, las reformas necesarias para hacer frente a la nueva realidad post-coronavirus.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo; contratación con el sector público; plazos administrativos; procedimiento administrativo; licitaciones; adjudicación; recursos administrativos.

ABSTRACT: *The state of alert adopted in Spain on March 14th, 2020 involved exceptional measures as the suspension of administrative terms and deadlines, including those related to Public Tenders. The Spanish regulator has searched for the necessary ways to facilitate the procurement of goods, works and services to face COVID-19. However, the current situation has underlined the weaknesses of Spanish Administrative Contracts' regulation and the need of improving it.*

KEY WORDS: Administrative law; administrative contracts; administrative deadlines; administrative procedure; public tenders; administrative law remedies.

I. La declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha dado lugar a un aluvión de normas en todos los niveles y ámbitos, con incidencia en numerosas esferas y materias, entre ellas, las relaciones con las Administraciones Públicas. Ahora más que nunca se requiere una Administración eficiente, ágil y capaz de responder ante el contexto actual. Ello ha conllevado, a su vez, la necesidad de flexibilidad y agilización de los procedimientos de contratación por parte de las Administraciones Públicas para hacer frente a la situación de excepcionalidad existente y poder afrontar la adquisición de todo tipo de bienes y servicios que se necesiten.

Sin embargo, la técnica legislativa empleada en los paquetes aprobados hasta la fecha es, en ocasiones, deficiente y lleva a que los actores estén experimentando dificultades a la hora de aplicar las medidas promulgadas, que no solo se modifican constantemente, sino que nacen en un contexto normativo, el de la contratación pública, que *per se* resulta arduo y complejo.

2. Con carácter general, el Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma decretó la suspensión generalizada de los plazos administrativos, aun cuando los caracteres de dicha suspensión fueron modificados posteriormente por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo. Así, han quedado suspendidos los términos e interrumpidos todos los plazos de procedimientos administrativos, a excepción de aquellos en los ámbitos de afiliación, liquidación y cotización de la Seguridad Social y de los plazos tributarios. Esto ha supuesto, a su vez, la interrupción de los plazos previstos en la legislación de contratación con el sector público.

Se prevé, en cualquier caso, que las Administraciones puedan acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos “estrechamente vinculados” a los hechos justificativos del estado de alarma o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Es con base en dicha excepción que, durante este tiempo, han continuado tramitándose procedimientos de contratación que se han considerado indispensables para la protección del interés general y del funcionamiento básico de los servicios.

• **Carla Esplugues Barona**

Abogada en ejercicio y Doctora en Derecho. Correo electrónico: Carla.esplugues@gmail.com

3. Frente a los procedimientos ordinarios de contratación con el sector público y las garantías y obligaciones derivadas de los mismos, el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) contempla la posible tramitación de emergencia como mecanismo para actuar de manera inmediata en caso de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

No puede olvidarse que las garantías propias de la contratación administrativa, y los procedimientos reglados de selección, permiten, entre otras cuestiones, asegurar la transparencia y seguridad jurídica a la hora de contratar con el sector público. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe emitido en el expediente nº 17/2019, interpretó que “cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores y que, solo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación”.

El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 20 de enero de 1987, consideró que “No basta con la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimane la situación que las medias en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”.

Así, parece que la situación de emergencia actual provocada por la crisis del denominado coronavirus o COVID-19 cumple con la nota de excepcionalidad y de necesaria inmediatez que permitiría primar la tramitación de urgencia de los procesos de contratación con la Administración frente a los cauces de tramitación ordinarios, sin que ello pueda permitir, en modo alguno, el uso generalizado de esta tramitación excepcional.

Con base en lo anterior, aún antes de la declaración del estado de alarma, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 reconoció inicialmente, en su artículo 16, la necesidad de actuar de manera inmediata y aplicar la tramitación de urgencia para “todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público

para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19". Sin embargo, pese a su corta existencia, dicho precepto ha sido modificado ya en dos ocasiones -inicialmente por el Real Decreto-ley 8/2020 y recientemente por el Real Decreto-ley 9/2020-, ampliando su objeto a la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise "todo el sector público" para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19.

4. Por lo que respecta al régimen de contratación administrativa ordinario, excluido de tramitación de urgencia, el mismo se encuentra, como hemos expuesto, suspendido hasta la fecha en que pierda vigencia el estado de alarma o, en su caso, sus prórrogas.

¿Ello supone que no pueden iniciarse nuevas licitaciones? No se impide expresamente la iniciación de nuevos procedimientos de contratación, si bien la medida de suspensión de los plazos administrativos conlleva que, aunque pudieran llegar a publicarse nuevas licitaciones, no pasaría de su mera publicación, quedando la misma en suspenso, salvo que, por resolución motivada, así se acordara.

Por su parte, ¿Puede continuarse con las licitaciones en curso? La regla general es la suspensión automática. Por tanto, se continuará únicamente con las actuaciones de preparación del expediente y la realización de aquellos trámites internos que no se hallen sujetos a plazo o término. Así se ha aclarado, entre otras, en las distintas instrucciones interpretativas dictadas por las Comunidades Autónomas y, entre ellas, la Circular nº I/2020 de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha.

No puede obviarse, además, que, dado que los plazos administrativos se encuentran suspendidos, con las excepciones ya expuestas, tampoco ha lugar a presentar recursos especiales en materia de contratación. Ello ha conllevado, empero, una consecuencia no buscada: la indefensión de los interesados en aquellos procedimientos de contratación que, dado su carácter indispensable para la protección del interés general y del funcionamiento básico de los servicios, se han iniciado o han continuado siendo tramitados hasta su formalización, sin que estos puedan ejercer, en su caso, sus derechos de impugnación en el seno de estos.

La propia Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

no prevé excepciones a los derechos de impugnación de los interesados en los procedimientos de contratación de urgencia. Más al contrario, en su considerando 8, reconoce la necesidad de prever “recursos efectivos” después de la celebración de los contratos aun en los supuestos de extrema urgencia.

En este sentido, la disposición final séptima del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo ha venido a paliar este vacío legal habilitando la interposición y tramitación del recurso especial en materia de contratación en aquellos procedimientos que de manera excepcional sí están siendo tramitados. Pero es que, adicionalmente, la citada disposición final séptima no solo reconoce la posibilidad de interponer nuevos recursos especiales de contratación en el seno de los procedimientos de licitación que se hubieran iniciado o se hubieran continuado de manera excepcional, sino que reconoce que deberá continuarse también con la tramitación de aquellos recursos especiales de contratación que ya hubieran sido interpuestos en el momento de la declaración del estado de alarma en relación con procedimientos de contratación no suspendidos a día de hoy.

5. Adicionalmente a todo lo anterior, debe destacarse que el Real Decreto-ley 8/2020 trajo consigo un amplio abanico de medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del coronavirus, estableciendo un régimen excepcional y temporal respecto de aquellos contratos de servicios o de suministro de prestaciones sucesivas y contratos de obra afectados por la pandemia.

El artículo 34, en su redacción inicial y actual tras la modificación por el Real Decreto-ley 11/2020, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el mismo -en esencia, la solicitud y la acreditación de las circunstancias por las que la ejecución ha devenido imposible- prevé:

a) la suspensión de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado o las Comunidades Autónomas. Dicha suspensión era según la redacción originaria de dicho precepto bajo el RD-L 8/2020 “automática”. Sin embargo, mediante el Real Decreto-Ley 11/2020 se eliminó el carácter automático de la suspensión en favor de una suspensión “total o parcial” del contrato;

b) cuando al vencimiento de un contrato de prestación sucesiva no se hubiera formalizado o no pudiera formalizarse un nuevo contrato, podrá prorrogarse el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, paralizado

debido al contextual actual, sin modificar las condiciones, por un periodo máximo de nueve meses;

c) ampliación de plazos en contratos de servicios y suministros que no son de prestación sucesiva, en los que concurran los supuestos tasados previstos;

c) la posibilidad de que el contratista solicite la suspensión de los contratos públicos de obras cuya continuidad en la ejecución devenga imposible por el COVID-19.

La principal modificación aportada por el Real Decreto-ley 11/2020 es el cambio del ámbito de aplicación del citado artículo 34 puesto que define "contrato público" como aquel que "con arreglo a sus pliegos esté sujeto a" la LCSP (o su precedente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) o la legislación de sectores especiales o excluidos. La valoración de la aplicación de lo previsto en dicho precepto requiere, por ende, un análisis previo de los pliegos de cada contrato.

Adicionalmente, resulta de interés destacar que, en caso de silencio, la solicitud deberá entenderse siempre desestimada.

6. Si hay algo que ha evidenciado la crisis sanitaria actual es la importancia de la licitación electrónica que, pese a ser obligatoria, no se ha implantado de manera efectiva en muchas Administraciones. La propia LCSP establece, dentro de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la generalización del uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento y, sin embargo, ha hecho falta una situación como la vivida para realmente impulsar la vía electrónica. Y si hay algo que ha quedado claro en estos tiempos es la palpable falta de medios para poder generalizar la contratación electrónica.

El informe de la Abogacía del Estado de 17 de abril de 2020 (14/2020) vino a plantear la posibilidad de prescindir, durante la vigencia del estado de alarma, del acto público de apertura de las ofertas económicas exigido en el artículo 159.4.d) LCSP, en aquellos procedimientos abiertos simplificados cuya tramitación no se haya suspendido por considerar motivadamente el órgano de contratación que su continuación es indispensable para el funcionamiento de los servicios, conforme a la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020. Dicha propuesta viene derivada de la propia incongruencia de la LCSP que prevé la posibilidad de excluir el acto público de apertura de ofertas económicas cuando se empleen medios electrónicos en el procedimiento abierto general y en el procedimiento abierto

muy simplificado, pero exige que dicho acto público sea inexcusable para el procedimiento abierto simplificado. Así, la Abogacía del Estado subrayó en dicho informe que las medidas implementadas con el estado de alarma no impedían, pese a todo, la reunión presencial de los miembros de la mesa de contratación, aun cuando la presencia física de los interesados sí que podía sustituirse por comparecencia electrónica por vía de conferencia.

En consonancia con lo anterior, el Real Decreto-Ley 15/2020 modifica la LCSP (en concreto, su artículo 159.4.d) y prescinde del acto público de apertura de sobres o archivos electrónicos que contengan criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas dentro del procedimiento abierto simplificado. Esta modificación legislativa adolece de carácter excepcional, siendo que se incorpora en la LCSP y, por ende, se mantendrá aplicable tras el estado de alarma.

La reforma del precepto busca permitir que, tal y como ya prevé el artículo 157.4 LCSP para el resto de los procedimientos abiertos, la apertura de la oferta económica sea realizada en un acto público “salvo cuando se prevea que en la licitación pueden emplearse medios electrónicos”.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2020 incide en que dicha modificación está en línea con la regla general de presentación de ofertas por medios electrónicos ya establecida en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que prevé que los medios electrónicos deben preservar la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y solicitudes de participación, garantizando que el contenido de estas no podrá ser conocido hasta el momento de apertura.

En la práctica, esta excepción permite la total omisión de la celebración de este acto de apertura de sobres cuando la licitación se tramite por medios electrónicos. El posterior Real Decreto-ley 16/2020 introduce una “mejora técnica” adicional en la modificación del artículo 159.4 LCSP y elimina toda referencia al acto de apertura pública de ofertas.

7. Así las cosas, además de los grandes retos inmediatos y urgentes a los que se enfrenta España en innumerables campos (económico, social y laboral, principalmente), la Administración se encuentra en plena época de mudanza y es necesario que afiance su liderazgo mediante una gestión eficiente de los recursos, buscando prestar los mejores servicios a los ciudadanos, pero también siendo consciente del motor económico que la contratación pública representa. La realidad se quiera o no es que el coronavirus ha dejado en evidencia innumerables falencias del sistema de contratación con la Administración. Esta debiera ser desde

ya capaz de plantearse el escenario de contratación post-coronavirus, anticipándose y siendo capaz de agilizar sus procedimientos, sin perder de vista que, en efecto, se trata de recursos públicos y que, por tanto, cualquier procedimiento debe siempre garantizar el buen uso y la transparencia en el destino y empleo de estos.



LOS PLAZOS PARA INTERPONER RECURSOS Y DE DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS Y ACTOS TRIBUTARIOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

THE DEADLINES TO FILE RESOURCE AND CERTAIN TAX
PROCEDURES AND ACTS DURING THE STATE OF ALARM

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 926-933

Fernando
HERNÁNDEZ
y Vicente
GOMAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma como consecuencia del COVID-19. A partir de esta declaración se han sucedido un conjunto de reales decretos-ley que han introducido en el ordenamiento financiero una serie de cambios para adaptar las obligaciones tributarias a la situación de crisis sanitaria. En este sentido, se han modificado los plazos para interponer recursos, las formas y plazos de presentación y pago de declaraciones y autoliquidaciones, así como determinados procedimientos y actos mientras dure este régimen excepcional. En este estudio vamos a analizar la adopción de estas medidas y su acomodo en el Derecho Tributario.

PALABRAS CLAVE: Plazos tributarios; recursos; declaraciones tributarias; procedimientos; estado de alarma.

ABSTRACT: Royal Decree 463/2020, of March 14, declared the state of alarm as a consequence of COVID-19. From this declaration, a series of royal decree-laws have followed one another that have introduced a series of changes in the financial system to adapt the tax obligations to the health crisis situation. In this sense, the deadlines for filing resource, the forms and deadlines for filing and paying declarations and self-settlement have been modified, as well as certain procedures and acts while this exceptional regime lasts. In this study we are going to analyze the adoption of these measures and their accommodation in Tax Law.

KEY WORDS: Tax deadlines; resources; tax returns; procedures; alarm status.

I. El pasado 14 de marzo se publicó en el BOE el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. A raíz de la declaración de este régimen excepcional, se dictaron una serie de reales decretos-ley que desplegaron medidas sobre varias obligaciones y procedimientos tributarios.

El real decreto-ley es un instrumento jurídico avalado por el Tribunal Constitucional para adoptar medidas de carácter económico siempre que se den motivaciones de urgencia o necesidad, entendiendo como tal, el retraso en la dotación de ciertas medidas que, por el cauce normativo ordinario, podrían generar algún perjuicio por la demora en su tramitación. No cabe duda de que la situación actual que afronta nuestro País por la declaración de emergencia de salud pública de relevancia internacional, junto con la reciente declaración del estado de alarma, ponen de manifiesto la concurrencia de adoptar diversas medidas económicas y tributarias dada la justificación de la extraordinaria urgencia y necesidad.

Este escenario ha dado lugar, como hemos expuesto anteriormente, a la aprobación y publicación de los siguientes instrumentos normativos que reproducimos indicando el precepto que afecta al ámbito fiscal:

Real Decreto-ley 7/2020, de 13 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (artículo 14, aplazamiento de deudas tributarias)

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (disposición adicional tercera, suspensión de plazos administrativos; y disposición adicional cuarta, suspensión de plazos de prescripción y caducidad).

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (artículo 33, suspensión de plazos en el ámbito tributario)

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente

• **Fernando Hernández Guijarro**

Fernando Hernández Guijarro: Profesor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: fdo_hernandez@yahoo.es

• **Vicente Gomar Giner**

Vicente Gomar Giner: Abogado y economista, Asociado Senior en Grant Thornton. Correo electrónico: vicentegomar@hotmail.com

al COVID-19 (artículo 52, aplazamiento de deudas derivadas de declaraciones aduaneras; disposición adicional octava, ampliación del plazo para recurrir; y disposición adicional novena, aplicación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 a determinados procedimientos y actos)

Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias (artículo único).

A continuación, vamos a exponer las principales modificaciones introducidas por estas normas en lo que a plazos y procedimientos se refiere.

2. Por una parte se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias, concretamente, se han ampliado hasta el 20 de mayo los plazos de presentación e ingreso de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias cuyo vencimiento se produzca a partir del día 15 de abril y hasta el día 20 de mayo de 2020 para determinados obligados tributarios. También se ha modificado la forma de presentación de declaraciones en formato pdf que antes se presentaban en las oficinas de la AEAT o entidades colaboradoras. Todo ello ante el cierre de las oficinas de la Agencia Tributaria derivado de la situación de estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) que imposibilita la presentación de dichas declaraciones de manera presencial.

3. Por lo que respecta a los plazos para interponer recursos y de los procedimientos tributarios la disposición adicional octava y novena del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, establecen las siguientes prescripciones sobre los plazos que afectan a:

a) Ampliación del plazo para recurrir; el cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con

anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación.

En particular, en el ámbito tributario, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de abril de 2020, el plazo para interponer recursos de reposición o reclamaciones económico administrativas que se rijan por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y sus reglamentos de desarrollo empezará a contarse desde el 30 de abril de 2020 y se aplicará tanto en los supuestos donde se hubiera iniciado el plazo para recurrir de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación del acto o resolución impugnada y no hubiese finalizado el citado plazo el 13 de marzo de 2020, como en los supuestos donde no se hubiere notificado todavía el acto administrativo o resolución objeto de recurso o reclamación. Idéntica medida será aplicable a los recursos de reposición y reclamaciones que, en el ámbito tributario, se regulan en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

b) Plazos de determinados procedimientos y actos; el período comprendido desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de abril de 2020 no computará a efectos de la duración máxima del plazo para la ejecución de las resoluciones de órganos económico-administrativos.

También, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de abril de 2020 quedan suspendidos los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria.

Lo previsto en los párrafos anteriores será de aplicación a los procedimientos, actuaciones y trámites que se rijan por lo establecido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y sus reglamentos desarrollo y que sean realizados y tramitados por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Ministerio de Hacienda, o por las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, así como, en el caso de estas últimas, a los que se rijan por el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

4. Interesa ahora centrarse en lo previsto para los plazos de prescripción y caducidad dado que durante el estado de alarma ha sido regulado por varias normas. Por un lado, el propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración de estado de alarma, estableció en su disposición adicional cuarta denominada “suspensión de plazos de prescripción y caducidad” que “los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”. Y posteriormente, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su artículo 33, acordó la suspensión de plazos en el ámbito tributario.

El artículo antes citado estableció que el período comprendido desde la entrada en vigor del citado real decreto-ley hasta el 30 de abril de 2020 no computará a efectos de la duración máxima de los procedimientos de aplicación de los tributos, sancionadores y de revisión tramitados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, si bien durante dicho período podrá la Administración impulsar, ordenar y realizar los trámites imprescindibles. Además, tampoco computará los plazos a los efectos de la prescripción del derecho para determinar la deuda tributaria prevista en el artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ni a efectos de los plazos de caducidad.

5. Sobre los plazos de prescripción y caducidad, hay recordar que son instituciones jurídicas distintas. La caducidad, a diferencia de la prescripción, se proyecta sobre el derecho al procedimiento y sobre el derecho material o sustantivo que se cuestiona en una instancia administrativa o jurisdiccional. Todo ello a diferencia de la prescripción que sólo despliega efectos sobre el derecho material o sustantivo. Y su establecimiento en el Derecho Tributario está reservado a la Ley. A tal efecto, el artículo 8.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que se regulará en todo caso por Ley “el establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción”.

6. Por todo ello, entendemos que la previsión de suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquier acción y derecho durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren, que estableció el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de estado de alarma, era inaplicable al Derecho Tributario por contravenir la reserva de ley prevista en el artículo 8.f) de la Ley General Tributaria.

Dicho lo anterior, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, intentó subsanar dicho vicio y declaró, como hemos visto, la citada suspensión con la siguiente literalidad “desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley hasta el 30 de abril de 2020”, por lo que aún dejaba un vacío legal que iba, desde la entrada en vigor del Real Decreto del estado de alarma (14-03-2020), hasta la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley (18-03-2020). Por ello, finalmente, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, vino a corregir toda esta sucesión de incorrecciones al establecer de forma clara y contundente que, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y hasta el 30 de abril de 2020, quedaban suspendidos los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria.

Este último real decreto-ley, norma con rango legal, dejó cubierta correctamente la suspensión de todos los plazos de caducidad y prescripción de derechos y acciones tributarias desde la entrada en vigor del estado de alarma, en fecha 14 de marzo, hasta el 30 de abril de 2020. Y aunque la aplicación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, haya establecido efectos retroactivos, y dicha circunstancia está muy limitada en el Derecho Tributario, entendemos que, en este supuesto, no afecta a los elementos del tributo que quedan sujetos a la prohibición de la retroacción de efectos legales.



PRESENTACIÓN E INGRESO DE DETERMINADAS
DECLARACIONES Y AUTOLIQUIDACIONES TRIBUTARIAS
DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

SUBMISSION AND PAYMENT OF CERTAIN TAX RETURNS DURING
THE STATE OF ALERT

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 934-941



Vicente
GOMAR y
Fernando
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Desde la declaración del estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, han sido aprobados numerosos reales decretos. Entre ellos, uno de los principales desde la perspectiva tributaria es el Real Decreto-ley 14/2020, en virtud del cual se ampliaba el plazo de presentación e ingreso de numerosos tributos, destacando, entre otros, el IVA y el IS. Además, las comunidades autónomas también han aprobado medidas relativas a la ampliación del plazo de presentación e ingreso de los tributos respecto de los que tienen atribuidas competencias.

PALABRAS CLAVE: Declaraciones tributarias; autoliquidaciones tributarias; ampliación plazo; estado de alarma; aplazamiento; fraccionamiento; comunidades autónomas.

ABSTRACT: Since the declaration of the State of Alarm because of the health crisis caused by COVID-19, several Royal Decrees have been entering into force. From a tax perspective, one of the most important is the Royal Decree-Law 14/2020, which extended the deadline for submitting and paying some taxes, such as VAT and CIT. Moreover, the Spanish autonomous regions have approved some extensions for their taxes.

KEY WORDS: Tax returns, extension; state of alarm; deferment of payment; payment in instalments; autonomous region.

I. Debido a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en España, el día 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto 463/2020, de la misma fecha, con efectos ya desde ese mismo día, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En este Real Decreto se regulaba la suspensión de los plazos administrativos, así como los plazos de caducidad y prescripción. Además, se preveía el cierre de oficinas de la Administración Tributaria para atención presencial. Respecto a la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción, en base a la Resolución de 15 de marzo de 2020 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, esta suspensión también resultaba aplicable a los registros de la propiedad, mercantiles y bienes muebles.

Tras dicho Real Decreto 463/2020, se han aprobado varios reales decretos adicionales, mediante los cuales se han ido adoptando nuevas medidas en función del avance de la crisis sanitaria. Además, las Comunidades Autónomas también han aprobado normativas propias, principalmente por medio de Decreto-ley y por medio de Órdenes.

2. En primer lugar, conviene distinguir entre el concepto de declaración tributaria y de autoliquidación tributaria.

Por una parte, la declaración tributaria, regulada en el artículo 119 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), surge a través de un documento presentado por el obligado tributario ante la Administración, en el que manifiesta la realización de un hecho relevante para la aplicación de los tributos, para que sea la Administración tributaria la que, en su caso, realice la liquidación de la obligación tributaria correspondiente.

Ello no significa que el obligado tributario, a través de dicha declaración, acepte o reconozca una obligación tributaria, sino que únicamente manifiesta la realización

• **Vicente Gomar Giner**

Vicente Gomar Giner: Abogado y economista, Asociado Senior en Grant Thornton. Correo electrónico: vicentegomar@hotmail.com

• **Fernando Hernández Guijarro**

Fernando Hernández Guijarro: Profesor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: fdo_hernandez@yahoo.es

de dicho hecho relevante. Este hecho no tiene porqué conllevar necesariamente una liquidación tributaria por parte de la Administración, sino que puede tratarse, por ejemplo, de declaraciones censales o informativas.

Por otra parte, las autoliquidaciones, reguladas en el artículo 120 de la LGT, son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.

Por tanto, mediante la autoliquidación, el contribuyente no solo manifiesta la realización de un hecho relevante, sino que incluso realiza la liquidación del impuesto, determinando la deuda tributaria correspondiente.

3. Extensión del plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones.

Entre las medidas urgentes aprobadas por el Gobierno para paliar la situación de crisis generada por el COVID-19, desde una perspectiva tributaria, conviene destacar a efectos de este análisis el Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, publicado en el BOE de 15 de abril de 2020, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

A partir de su entrada en vigor, el mismo día 15 de abril de 2020, los plazos de presentación e ingreso de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias cuyo vencimiento se producía entre el 15 de abril y el 20 de mayo de 2020, se extienden automáticamente hasta el 20 de mayo de 2020.

En aquellos supuestos en que se optase por la domiciliación como método de pago, y cuyo plazo presentación voluntario inicial finalizaba el 15 de abril de 2020, la extensión del plazo de presentación de las autoliquidaciones se produce hasta el 15 de mayo de 2020.

En cualquier caso, la ampliación del plazo mencionado hasta el 20 de mayo, o 15 de mayo, de 2020, no resulta aplicable a todos los contribuyentes, sino únicamente a aquellos sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones en el año 2019 no superase los 600.000 euros. En el caso de que los obligados tributarios tengan la consideración de Administraciones Pùblicas, incluida la Seguridad Social,

los 600.000 euros mencionados hacen referencia al último presupuesto anual aprobado.

Tampoco pueden acogerse a esta extensión del plazo de presentación e ingreso de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias los Grupos de Consolidación Fiscal ni los Grupos de IVA, con independencia del importe neto de la cifra de negocios en el primer caso, y del volumen de operaciones en el segundo.

Por último, tampoco resulta aplicable esta extensión de los plazos de presentación e ingreso de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias a la presentación de declaraciones reguladas por el Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se aprueba el código aduanero de la Unión y/o por su normativa de desarrollo.

Respecto a las declaraciones y autoliquidaciones afectadas por este Real Decreto-ley 14/2020, y cuyo plazo de presentación y pago se extiende hasta el 20 de mayo, o 15 de mayo en caso de domiciliación del pago, de forma sumaria serían las siguientes:

Retenciones: modelos III, I15, I17, I23, I24, I26, I28

Pagos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: modelos I30 y I31

Gravamen Especial de Premios de Lotería: I36, 230

Pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades: modelo 202

Impuesto sobre la Renta de No Residentes: modelos 210 y 216

Impuesto sobre el Valor Añadido: modelo 303, 349 y 380

Primas de seguros: modelo 430

Impuesto Especial sobre la electricidad: modelo 560

Declaración informativa trimestral de la cesión de uso de viviendas con fines turísticos: modelo I79.

Por tanto, en todos estos modelos, el plazo de presentación en periodo voluntario se extiende hasta el 20 de mayo de 2020, o hasta el 15 de mayo de 2020 si se opta por el pago por medio de la domiciliación.

Sin embargo, si bien esta cuestión está clara, no existe regulación expresa en el Real Decreto-ley 14/2020 sobre el ingreso de la deuda tributaria en aquellos casos en los que ya se habían presentado a la fecha de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley las declaraciones o autoliquidaciones correspondientes. Por ello, surge la duda sobre cuándo se realiza el cargo en cuenta de estas declaraciones y autoliquidaciones.

Así pues, teniendo en cuenta que no existe regulación expresa en dicho Real Decreto-ley, debemos acudir la Orden EHA/1658/2009, de 12 de junio, por la que se establecen el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas a través de cuentas abiertas en las Entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, concretamente a su artículo 5.2, en virtud del cual se determina que el cargo en cuenta del obligado al pago se realizará el día del vencimiento que en cada caso corresponda.

Por ello, teniendo en cuenta que el plazo voluntario de presentación de las declaraciones, incluyendo las declaraciones ya presentadas con carácter previo a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley, finaliza el 20 de mayo, dicha fecha resulta aplicable también a las declaraciones ya presentadas.

4. Medidas autonómicas adoptadas sobre la ampliación del plazo de presentación voluntario de determinadas declaraciones o autoliquidaciones.

Con vistas a paliar los efectos económicos y empresariales de la crisis producida por el COVID-19, todas las comunidades autonómicas han adoptado medidas tendentes a facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, sobre aquellos impuestos en los que tienen competencias.

Si bien son medidas iniciales, y en función de cómo se desarrolle la crisis sanitaria del COVID-19 va a ser necesaria su adaptación, esta primera aproximación nos muestra la clara voluntad de las comunidades autónomas de facilitar el cumplimiento de determinadas obligaciones fiscales.

Así, las medidas adoptadas por las comunidades autónomas se han centrado principalmente en una ampliación del plazo para presentar las declaraciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, principales impuestos sobre los que tienen competencias en este sentido.

Así, por ejemplo, respecto a estos impuestos, han ampliado el plazo en un mes las comunidades autónomas de Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla La-Mancha, Castilla y León, Madrid, Comunidad Valenciana y La Rioja.

Por otra parte, mayor plazo incluso han ampliado las comunidades autónomas de Andalucía, Murcia y Extremadura, extendiendo el plazo tres meses, así como Galicia, que ha optado por ampliar dicho plazo hasta el 30 de junio. Canarias, por su parte, lo ha ampliado en dos meses.

Estos plazos son, evidentemente, de modo general, ya que hay excepciones previstas en las propias normas tendentes a limitar o, incluso, a extender en mayor medida dichos plazos. Además, algunas de estas comunidades, como Baleares o Extremadura, fijan incluso condiciones especiales para el fraccionamiento y aplazamiento de dichas deudas.

También se han ampliado los plazos relativos a los tributos sobre los juegos de azar, como ocurre en Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Madrid y la Comunidad Valenciana, siendo el plazo de ampliación más habitual el de un mes.

Además, aquellas comunidades autónomas que tienen atribuidas competencias en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), como Navarra y el País Vasco, o de impuestos equivalentes, tales como el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación (IPSI) en Ceuta y Melilla y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) en Canarias, han adoptado ampliaciones de plazo para la presentación de las autoliquidaciones de dichos impuestos.

Por último, algunas comunidades autónomas también han aprobado ampliaciones en los plazos de presentación de algunos tributos más sectoriales, como el Impuesto sobre depósito de residuos y el Impuesto sobre instalación de máquinas recreativas en establecimientos de hostelería autorizados en la comunidad de Madrid, ampliándose el plazo en un mes, o el Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos en Cataluña, cuyo plazo de presentación e ingreso de las autoliquidaciones correspondiente al periodo del 1 de octubre del 2019 al 31 de marzo del 2020 será entre los días 1 y 20 de octubre del 2020.

5. Con todo ello, podemos observar cómo se han aprobado una serie de medidas que permiten facilitar el cumplimiento de algunas obligaciones fiscales. Estas medidas son imprescindibles, ya que nos encontramos ante un bloqueo de la economía que ha provocado que una gran cantidad de contribuyentes hayan visto drásticamente reducidos sus beneficios y, sobre todo, su liquidez.

Sin embargo, estas medidas deberían haber sido aprobadas con mayor antelación, generando un clima de seguridad jurídica y de conocimiento de la realidad que rodea a los contribuyentes mucho más eficaz, sobre todo teniendo en cuenta que entre dichos impuestos se encontraban algunos de los impuestos más importantes del sistema fiscal español, y que afectan a un mayor número de contribuyentes, como el IVA y el Impuesto sobre Sociedades.

Un claro ejemplo de esta inseguridad jurídica se manifiesta en la fecha de entrada en vigor del propio Real Decreto-ley 14/2020, el cual ampliaba unos plazos tributarios que finalizaban el mismo día en que entraba en vigor dicho Real Decreto-ley. Así pues, mientras el plazo para presentar las declaraciones tributarias correspondientes a algunos de los tributos más importantes de nuestro sistema fiscal, como el IVA, si se optaba por domiciliar el pago, finalizaba el 15 de abril, hasta ese mismo día no se publicó en el BOE.

Esto es, los contribuyentes de dichos tributos desconocían, el día anterior a la finalización del plazo de presentación, si la ampliación del plazo se iba a producir y, en su caso, en qué condiciones. Y ello, retiramos, a pesar de la trascendencia de los tributos y del gran número de contribuyentes afectados por los mismos.

Por ello, es necesaria una mayor comprensión del entorno económico de los contribuyentes, debiendo la Administración dotar de un clima de seguridad jurídica a los mismos. De esta forma, los poderes públicos, cuya finalidad es perseguir el bienestar de su ciudadanía, podrán facilitar la recuperación del sistema económico ante una crisis de tal calibre.

EL ESTADO DE ALARMA Y EL USO DEL REAL DECRETO-LEY PARA MODIFICAR NORMAS TRIBUTARIAS

THE STATE OF ALARM AND THE USE OF THE ROYAL DECREE- LAW TO MODIFY TAX REGULATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 942-949



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis sanitaria producida por el COVID-19 derivó en la declaración del estado de alarma por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Desde ese momento, y como consecuencia de las medidas adoptadas entre las que se encontraban: la suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas; la limitación de la libertad de circulación; y la suspensión de plazos administrativos, el Gobierno procedió a dictar una serie de Reales Decretos-ley que afectaban al ámbito financiero. El objeto de este estudio es el análisis de dicho instrumento normativo y su encaje constitucional a la hora de modificar las leyes tributarias dentro del citado estado de alarma.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; estado de alarma; real decreto-ley; obligaciones tributarias.

ABSTRACT: *The health crisis produced by COVID-19 led to the declaration of the state of alarm by means of Royal Decree 463/2020, of March 14. From that moment, and as a consequence of the measures adopted, among which were: the suspension of the opening to the public of the premises and retail establishments; limiting freedom of movement; and the suspension of administrative terms, the Government proceeded to issue a series of Royal Decree-laws that affected the financial sphere. The object of this study is the analysis of said normative instrument and its constitutional fit when modifying the tax laws within the aforementioned state of alarm.*

KEY WORDS: COVID-19; state of alarm; royal decree-law; tax obligations.

I. Conviene comenzar este trabajo haciendo una breve referencia al régimen de producción normativa en el Derecho Financiero, especialmente, al rango de la norma que debe soportar sus prescripciones. A este respecto, la formación del Derecho Tributario ha tenido y tiene una fuerte y necesaria referencia al principio de reserva de ley como consecuencia de la garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma. En este sentido se pronuncia claramente el artículo 31.3 de la Constitución Española que establece que “sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley”. También la referencia al establecimiento de los tributos vendrá de la mano del artículo 133.1 de la misma norma fundamental que preceptúa que “la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley”.

Esta obligación de configurar los elementos del tributo por ley fue confirmada pronto por el Tribunal Constitucional. Así, y antes de llevar seis meses en vigor la Carta Magna, este Tribunal dejó claro que “la reserva de Ley hay que entenderla referida a los criterios o principios, con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la Ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria” (STC 6/1983, de 4 de febrero).

Junto a lo anteriormente dicho, la reserva de ley también tiene argumentos sólidos para su establecimiento en el ámbito fiscal. En primer lugar, porque la elaboración de leyes está basada en el principio democrático donde participan e intervienen intereses contrapuestos y minorías parlamentarias que permiten la confrontación de posturas y posiciones diversas. Además, las Cortes Generales ostentan la representación del pueblo español –art. 66.1 CE– y, por lo tanto, se desarrollará con mayor garantía el principio de autodisposición. También el trámite legislativo es más pausado y lento. Está previsto en el artículo 81 y siguientes de la Constitución Española y regulado por los Reglamentos de las Cámaras. Y en el iter de producción normativa existirá la debida publicidad y participarán tanto miembros del Congreso de los Diputados como del Senado (cuyos miembros son por representación territorial, art. 69.1 CE).

• **Fernando Hernández Guijarro**

Profesor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: fdo_hernandez@yahoo.es

En resumen, el principio de reserva de ley en materia tributaria responde a una vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, por la que se garantiza que los tributos exigidos por los Gobernantes a los particulares fuesen consentidos, previamente, por los representantes de éstos. Por todo ello, la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 185/1995, de 5 de diciembre).

Establecido lo anterior, a continuación, vamos a estudiar y analizar cómo actúa el principio de reserva de ley en lo que a producción normativa de carácter tributario se refiere, en especial, cuando se realiza a través del Real Decreto-ley.

2. Al poco tiempo de aprobarse la Constitución Española, autorizada doctrina se pronunció sobre el uso del Real Decreto-ley en materia tributaria y concluía que la voluntad de constituyente era excluir este instrumento normativo como fuente del Derecho Tributario. Y en efecto, una lectura literal del artículo 86, en relación con el artículo 31 de la Carta Magna, lleva a la interpretación de su inviabilidad como vehículo normativo apto para este ámbito del Derecho.

Sin embargo, la STC 6/1983, de 4 de febrero, pronto dejó abierta la puerta al Real Decreto-ley para regular algunas cuestiones fiscales dado que, según el Tribunal “en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de Ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo”. Más recientemente, confirmará dicha doctrina al afirmar “que el decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo” (SSTC 182/1997, de 18 de octubre; 137/2003, de 3 de julio; 108/2004, de 30 de junio; y 189/2005, de 7 de julio).

Por ello, y a la vista de este planteamiento del más alto intérprete de la Constitución Española, siempre que no sea para crear un tributo o para modificar elementos esenciales del mismo, será admisible la utilización de este tipo de norma para regular nuestro ordenamiento jurídico tributario.

En definitiva, cuando se den los presupuestos del artículo 86.I de la Constitución Española, el Real Decreto-ley puede ser utilizado como vehículo normativo válido para la regulación impositiva salvo para los supuestos de creación de tributos o modificaciones de su configuración esencial. Esta doctrina establecida por el TC conllevará, no obstante, la compleja tarea de analizar en cada caso concreto hasta qué punto una nueva disposición o modificación fiscal dictada por Real Decreto-ley afecta a ese núcleo normativo amparado por la reserva de ley. Esta situación implicará, en no pocos casos, una inseguridad jurídica para los contribuyentes que no será despejada hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Por ello, a continuación, estudiaremos los Reales Decretos-ley dictados por el Gobierno y analizaremos su encaje constitucional.

3. En este punto vamos a poner de manifiesto las medidas de carácter fiscal que han sido publicadas hasta el momento y que tienen trascendencia a efectos de este estudio. Como reconoce la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias (BOE 15/05/2020) “desde una perspectiva tributaria, es preciso destacar el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, cuyo artículo 14 establece el aplazamiento de deudas tributarias; el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que incorpora, entre otras medidas, la suspensión de plazos en el ámbito tributario y la exención de la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de novación de préstamos y créditos hipotecarios; y el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, que adiciona otro conjunto de medidas, como que las comercializadoras de electricidad y gas puedan retrasar las liquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido, el Impuesto Especial sobre la Electricidad y el Impuesto sobre Hidrocarburos, correspondientes a las facturas cuyo pago por los consumidores se hubiere retrasado; el aplazamiento de deudas derivadas de declaraciones aduaneras; la suspensión de plazos en el ámbito tributario de las comunidades autónomas y de las entidades locales; la ampliación del plazo para interponer recursos de reposición o reclamaciones económico administrativas que se rijan por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, o, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos regulados en la normativa tributaria”.

En definitiva, se han adoptado medidas que afectan a aplazamiento de deudas tributarias, suspensión de plazos administrativos, exenciones de cuota en el impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados para novaciones de préstamos y créditos hipotecarios, retraso o aplazamiento de la presentación de autoliquidaciones o pagos de impuestos, ampliación de plazos para interponer recursos en la vía administrativa, así como la suspensión de la caducidad y prescripción de acciones y derechos. Y estas medidas afectan, en su mayoría, a la previsión de los elementos que deben ser regulados por Ley según el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En efecto, el citado precepto establece que se regularán en todo caso por Ley: el devengo, la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria; el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones; el establecimiento y modificación de los recargos y de la obligación de abonar intereses de demora; el establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción; y la obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta. Por lo que la mayoría de las medidas adoptadas se encuentran dentro del ámbito de la reserva de ley tributaria, y alguna de ellas, como la exención de la cuota en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, dentro de los elementos esenciales del tributo que quedan consagrados al más absoluto principio de legalidad.

4. Conocedor de esta situación jurídica, el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2020, de 13 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, ya intentaba justificar su intervención sobre la base de los siguientes argumentos: “la adopción de medidas de carácter económico mediante Real Decreto-ley ha sido avalada por el Tribunal Constitucional siempre que concurra una motivación explícita y razonada de la necesidad –entendiendo por tal que la coyuntura económica exige una rápida respuesta– y la urgencia –asumiendo como tal que la dilación en el tiempo de la adopción de la medida de que se trate mediante una tramitación por el cauce normativo ordinario podría generar algún perjuicio–.

El Real Decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que el fin que justifica la legislación de urgencia, sea, tal como reiteradamente ha exigido nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 11/2002, de 17 de enero, F. 4, 137/2003, de 3 de julio, F. 3 y 189/2005, de 7 julio, FJ 3), subvenir a una situación concreta, dentro de

los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno.

La situación generada por la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional genera la concurrencia de motivos de salud pública que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar medidas. En el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública". Y junto a ello, dirá que dicho Real Decreto-ley, en ningún caso, constituye un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional. Esta fundamentación será seguida en las sucesivas normas de idéntica naturaleza dictadas al mismo efecto.

5. Para terminar, conviene partir del reconocimiento de que la crisis sanitaria derivada del COVID-19, no tiene precedente en nuestro sistema constitucional actual y, por lo tanto, las conclusiones de este artículo deben enmarcarse dentro del momento y situación presente. A tal efecto, el artículo 3.I del Código Civil nos dice que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Y nuestra Constitución, además de ser una norma política, también es jurídica. Por lo que podremos aplicar la hermenéutica que establece nuestro Derecho Común y analizar la cuestión objeto de este trabajo sobre la base de la realidad social de este momento.

En virtud de lo expuesto, entendemos que los distintos y diversos Reales Decretos-ley dictados en materia tributaria pueden quedar amparados dentro de la previsión constitucional de dicho instrumento normativo. La preceptiva urgencia y necesidad para la viabilidad de éstos queda ampliamente justificada por la crisis sanitaria de carácter mundial y, por lo tanto, las modificaciones que afectan a las garantías de la reserva de ley tributaria de carácter relativo, no merecen más comentario dada su obvia procedencia.

Mención distinta debe darse a las reformas operadas sobre los elementos esenciales del tributo, como, por ejemplo, la exención en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Este elemento sí forma parte de la reserva de ley que dota de las máximas garantías de autoimposición y, por lo tanto, de entrada, procedería su rechazo. No obstante, esta reforma, a la luz de todas las consideraciones expuestas, y en la medida en que va encaminada a la reducción

de la carga tributaria, podemos admitir su constitucionalidad al ponderar todos los factores e intereses interviniéntes en el momento de adoptarse. Por lo que, pese a la irregularidad de la adopción de una exención por Real Decreto-ley, en el caso concreto derivado de este estado de alarma, entendemos que podría quedar amparada por nuestra Ley Fundamental.

