

## PRESENTACIÓN DEL MONOGRÁFICO

Estimados lectores,

Los retos que la pandemia generada por la COVID-19 han planteado para el Derecho de los negocios enmarcan, como tema monográfico, este segundo número de la nueva época de la *Revista icade*.

El impacto de la pandemia en las economías locales y las medidas adoptadas por los Gobiernos de, prácticamente, todos los países del mundo, para limitar y combatir sus efectos, han cuestionado el régimen legal de algunas instituciones consolidadas de los diferentes sistemas jurídicos. Identificar, desde la práctica, lagunas y carencias en estas instituciones para responder a nuevas necesidades y hacer propuestas *de lege ferenda*, anima los 7 artículos que presentamos.

El conjunto de normas que regula el tejido empresarial se ha visto especialmente afectado por nuevas regulaciones y cambios en las políticas públicas que han forzado una pronta adaptación a la llamada “nueva normalidad”. Instituciones económicas que se diseñaron orientadas, al menos nominalmente, a reducir diferencias sociales y desequilibrios de desarrollo para generar un crecimiento más sostenible se han visto sorprendidas por la necesidad de readaptar sus medios y sus objetivos. De un mundo de los negocios globalizado, en el que las fronteras para el comercio eran casi inexistentes y se había reducido el tiempo en el transporte y en los desplazamientos, pasamos de golpe a un cierre de fronteras nacionales y regionales. Las medidas de confinamiento han impuesto limitaciones en el comercio que producen un desfase entre mercados financieros, que siguen operando virtual y globalmente, y la economía real, tangible, a la que las restricciones físicas han impuesto un crecimiento ralentizado, y en el caso de la pequeña empresa, de supervivencia.

Se ha insistido desde los medios en que no es esta una crisis financiera, para diferenciarla de la crisis económica de 2008. La crisis de 2008 fue de arriba hacia abajo; fue una crisis que se inició en los mercados financieros internacionales y que terminó reduciendo la capacidad de crédito localmente. En la crisis económica asociada al COVID-19 se dice que “hay dinero en los mercados”. Estos, los mercados bursátiles, han ido reaccionando con fortaleza a medida que se ha avanzado desde el desconcierto inicial a la llegada de las vacunas. Inversores institucionales y corporaciones han acelerado el ritmo de inversiones, compras y adquisiciones... Sin embargo, parece que esta crisis está abajo; ya es aparente que el incremento del paro, la caída de ingresos en pymes y profesionales y el desplome de ciertos sectores económicos esta generando un incremento de la desigualdad que las políticas públicas tendrán que venir a paliar, con el consecuente ciclo de correcciones en los mercados.

En este contexto económico, el número 110 de la *Revista icade* se abre con un artículo de Miguel Azpitarte, “Crisis económicas: un problema constitucional. A propósito de la COVID”. A través del análisis comparado de la respuesta de la Unión Europea a las crisis económicas de 2008 y la generada en 2020 por la pandemia, el Plan de Recuperación Europea (*Next GenerationEU*) nos conduce a reflexionar sobre la realidad del futuro de un modelo federal en la UE “[...] las medidas económicas que se adoptaron durante la crisis de 2008 conllevaron un cambio trascendental en los presupuestos político-constitucionales de la Unión, pues frente al modelo diseñado en los Tratados —que hacía responsable a cada Estado de sus dificultades económicas— se introdujo la regla de la asistencia mutua cuando peligrase la estabilidad del

euro, cambio que supuso al menos un cierto grado de solidaridad. [...] los instrumentos aplicados en la crisis de 2020, en la que se han arbitrado mecanismos que profundizan en la idea de solidaridad —transferencias redistributivas, deuda mutualizada y ayuda al desempleo— y reflejan algunas piezas propias del Estado federal”. La Constitución económica conjuga políticas de redistribución con libertades económicas, tolerables por el ciudadano, desde el sentido de pertenencia a un conjunto social concreto. ¿Es tan real hoy un sentido de pertenencia a la UE? La respuesta de la UE a la crisis probablemente lo favorece.

Los dos artículos siguientes abordan desde del Derecho público los graves problemas competenciales que la pandemia ha puesto de manifiesto, partiendo de dos perspectivas distintas: la revisión judicial de las medidas adoptadas y la prestación de servicios sociales a la tercera edad en residencias:

Antonio Alonso, en “La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la COVID-19”, cuestiona el recurso al estado de alarma frente al uso de la legalidad ordinaria, para validar las medidas limitativas de derechos impuestas durante la pandemia: “[...] la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud habilitan a los poderes públicos para la adopción de medidas de lucha contra crisis sanitarias como la que nos está tocando vivir y son herramientas de legalidad ordinaria que, con distintos matices y limitaciones, evitan tener que acudir a herramientas de excepcionalidad que, por tiempo prolongado en su uso, erosionan nuestro sistema democrático al otorgar al poder ejecutivo un incremento de poderes quasi omnímodos y reducirse el control de su ejercicio tanto por parte del poder legislativo como por parte del poder judicial”. Analiza también, en su artículo, los dos autos contradictorios dictados en revisión de las medidas adoptadas durante la pandemia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el de Castilla y León, para concluir que “[...] nos encontramos ante dos mundos distintos, ante dos pronunciamientos totalmente diferentes. Mientras el TSJ de Madrid no encuentra habilitación legal para la imposición de medidas limitativas de los derechos fundamentales a través de una actuación estatal coordinada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el TSJ de Castilla y León entiende que se cumplen los estándares constitucionales de limitación de los derechos fundamentales, residenciando la competencia estatal y autonómica en los artículos 149.1.16 y 148.1.21 y en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Pero lo cierto y verdad es que, como indica el TSJ de Madrid, dicho órgano de coordinación y cooperación no es competente para imponer unas medidas tan limitativas de derechos fundamentales por un mero Acuerdo adoptado en su seno no tener cobertura legal en la Ley 16/2003 para poder hacerlo. Se necesita la participación de un órgano más cualificado que ese para mandarnos a todos a casa si queremos ser respetuosos con la ortodoxia constitucional”.

Belén Alonso-Olea, en “El bienestar de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales (artículo 50 CE), las carencias de los centros residenciales puestas de manifiesto por la COVID-19”, propone modificaciones en la regulación de las prestaciones de servicios sociales asistenciales, “[...] no solo legislativas sino de mentalidad para poder afrontar una de las cuestiones sociales por excelencia del siglo XXI y venideros: el envejecimiento”. Analiza los déficits en la regulación de “los centros residenciales, tanto del Sistema de la Seguridad Social contenida en normas de rango menor, lo que conlleva que el Estado no haya ejercido sus competencias sobre esta materia, como del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, lo que ha supuesto una descentralización que no ha sido capaz de dar respuesta a la dramática situación y problemática que ha acontecido en los centros residenciales”. Y, subraya un grave

problema adicional por la desconexión entre prestaciones sanitarias y asistenciales: “[...] las residencias, en ningún caso, asumen la asistencia sanitaria sino que sus funciones son exclusivamente asistenciales, sin que exista la debida conexión entre una y otra función lo que, de nuevo, acredita las carencias del sistema actual”.

El monográfico se completa con 4 estudios que reflexionan sobre cuestiones que la realidad de la COVID-19 ha planteado para el Derecho privado. Dos de ellos sobre aspectos generales de la teoría del negocio jurídico: la modificación de condiciones sustanciales de los contratos y los conceptos de previsibilidad y evitabilidad. Los otros dos se centran en debates actuales para el derecho de seguros en relación con la respuesta que hayan de dar a la pandemia los seguros de responsabilidad civil y de interrupción de negocio.

La reacción en la esfera de lo jurídico a la existencia de una crisis económica suele llevar aparejada la palabra *rebus*. Pastora de Artiñano, “*Rebus sic stantibus* y su aplicación a los contratos en situación de crisis. Los retos de su regulación normativa”, contrasta el desarrollo en la elaboración jurisprudencial, a raíz de la crisis de 2008, para extrapolar las bases de su aplicación a la nueva normalidad derivada de la pandemia. Tras limitarla a los contratos *de tracto sucesivo*, resume los requisitos establecidos por nuestra jurisprudencia: “alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, y una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones”. Parte de que la crisis de la Covid-19 “ha puesto de relieve la necesidad de disponer de un mecanismo que permita flexibilizar el régimen de la contratación actual, limitado por el principio *pacta sunt servanda*”. Tras hacerse eco de la necesidad de regular la *rebus*, que se incluye en el Preámbulo del RDL 15/2020 de 21 de abril y a los distintos autos dictados por Juzgados de Primera Instancia acordando medidas cautelares a raíz de la pandemia, estima “fundamental determinar la finalidad de la regulación normativa de la *rebus* —o mecanismo similar—, que puede identificarse [...] como un doble objetivo: evitar o disminuir la litigiosidad en este tipo de casos, especialmente los que pueden surgir con ocasión de la actual crisis, y flexibilizar nuestro sistema de contratación”.

En “El impacto de la COVID-19 sobre la responsabilidad de los administradores: algunas consideraciones sobre la “imprevisibilidad” de la pandemia y de sus efectos económicos”, Miguel García-Casas, extrapola la motivación de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 3 de junio de 2020 al ámbito de la responsabilidad de los administradores sociales. Se trata de anticipar cómo podría interpretarse por los tribunales la conducta de un administrador cuando no actúa bajo la protección que le otorga la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*) en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocios. En el supuesto concreto, el juzgador concluía que la actuación llevada a cabo por las Administraciones públicas demandadas como empleadoras “[...] en materia de aportación de EPIS para el desarrollo de trabajo, infringía la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y [...]” no habían cumplido con sus obligaciones, pues “debió preverse la necesidad de disponer de abundantes EPIS para los sanitarios con la finalidad de protegerles frente al riesgo de contagio por COVID-19, lo cual redundaría en la protección del resto de la ciudadanía”. El artículo, al anticipar cómo se podría valorar el deber general de diligencia de los administradores establece “tres periodos de actuación diferenciados (cuyos límites, dicho sea de paso, resultan ciertamente difusos): (i) un primer momento temporal al que denominaremos ‘periodo de explosión’ (que tuvo lugar en las semanas inmediatamente posteriores a la declaración del primer estado de alarma); (ii) un segundo momento temporal al que podemos llamar ‘periodo de estabilización’ (que tuvo

lugar entre la relajación de las medidas de confinamiento y la introducción de las primeras vacunas); y un tercer episodio al que nos referiremos como el ‘periodo post-COVID’ (que, probablemente, se extienda durante los próximos meses y años)”.

Se ha dicho que la crisis del 2008 la pagaron los bancos y la crisis asociada a la pandemia de la COVID-19 la pagarán las aseguradoras. La mera existencia de la pandemia tiene una indudable relevancia para el sector asegurador, más allá de la activación de coberturas de salud y vida. Se anticipa una importante frecuencia de reclamaciones de pérdida de beneficio, algunas de alta intensidad, y de responsabilidad civil derivadas de la omisión de medidas de prevención. Por la importancia que para los mercados internacionales de seguros tiene Londres, se sigue globalmente con interés el *procedimiento testigo* iniciado por la Financial Conduct Authority (FCA), el regulador británico en materia de seguros, frente a un grupo de aseguradoras para determinar bajo qué cláusulas y en qué términos las reclamaciones de interrupción de negocio tienen cobertura. La resolución favorable a la FCA se recurrió ante el Tribunal Supremo inglés y está hoy pendiente de decisión.

En “Liability insurance in the context of the COVID-19 pandemic”, Kyriaki Noussia analiza inicialmente —desde la óptica de la jurisprudencia inglesa— categorías contractuales ligadas a la crisis, como la fuerza mayor, la frustración contractual y el cambio de circunstancias materiales. Se centra, después, en el estudio de distintos tipos de contratos de seguro que se han activado a raíz de la pandemia. Analiza el estado actual de la litigación comparada, revisando las decisiones más relevantes dictadas hasta la fecha y dedicando un apartado específico al *procedimiento testigo* iniciado por la FCA.

Robert H. Jerry II analiza en “Reflections on COVID-19, insurance, business interruption, systemic risk, and the future” los efectos que, en general, la pandemia ha tenido en el sector asegurador. Por la polémica en torno a su interpretación, profundiza en los seguros de interrupción de beneficio, en concreto la que se viene realizando en Estados Unidos en torno a pólizas de *todo-riesgo* empresarial. Termina, anticipando cómo el sector seguros debería prepararse para futuros riesgos sistémicos a la luz de lo aprendido a raíz de la presente pandemia.

**Paulino Fajardo Martos**  
Coordinador del Monográfico