

1991/2021
30

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS

b-today

Agosto 2021

Bilbao
Madrid
Barcelona
San Sebastián
Sevilla
Vigo
Málaga
International Desk

— Página 4 —

DIVISIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

**INCONSTITUCIONALIDAD
DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA**

REGINA BAREÑO ASÚA

— Página 5 —

DIVISIÓN FISCAL

**EL PRINCIPIO DE REGULACIÓN ÍNTEGRA
LA FIJACIÓN DE CRITERIO INTERPRETATIVO POR EL TRIBUNAL
SUPREMO**

ÁNGELA GARCÍA MARTÍN

— Página 7 —

DIVISIÓN MERCANTIL

LA GESTIÓN DE LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL

PEDRO AMORÓS TENORIO

— Página 8 —

DIVISIÓN INTERNACIONAL

**CLÁUSULA ANTIABUSO:
LA AUDIENCIA NACIONAL LIMITA SU APLICACIÓN INJUSTIFICADA
POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

VIRGINIA MONDRAGÓN CAÑAS

— Página 10 —

DIVISIÓN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**EL TRABAJO A DISTANCIA,
HA VENIDO PARA QUEDARSE**

ÁNGELA YÁRRITU ARNAIZ

— Página 12 —

DIVISIÓN PENAL

**LIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL A LA PENA DE PRISIÓN QUE
SUSTITUYE LA PENA DE MULTA INICIALMENTE IMPUESTA EN CASO
DE IMPAGO**

ÁLVARO DE LA RICA LIZARRAGA

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA

REGINA BAREÑO ASÚA

El Pleno del Tribunal Constitucional dictaba Sentencia el pasado 14 de Julio de 2021 ante el recurso interpuesto por el partido VOX, declarando la inconstitucionalidad y nulidad parcial del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma en el país para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (en adelante, RD 463/2020).

En concreto, en la mencionada Sentencia han sido declarados nulos, los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 que “limitaban” la libertad de circulación de las personas, al entender que las “limitaciones” impuestas constituyen una verdadera suspensión del derecho a la libertad de residencia y circulación en el territorio nacional consagrados como derechos fundamentales de todos los ciudadanos en el artículo 19 de la Constitución Española (en adelante, CE) y no una limitación de los mismos como aparentemente se desprende del Real Decreto 463/2020. Sin embargo, la CE ampara la suspensión de ciertos derechos bajo la declaración del estado de excepción y sito pero en ningún caso ampara la suspensión o restricción de derechos bajo la declaración de un estado de alarma.

De manera más específica, el apartado 1 del artículo 7 del RD 463/2020 recogió que, durante el estado de alarma, las personas únicamente podrían circular por las vías públicas, para la realización de las siguientes actividades:

- Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.
- Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- Retorno al lugar de residencia habitual.
- Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

El apartado 3 del artículo 7 del RD 463/2020 limitaba el uso de los vehículos particulares por las vías de uso público salvo para las actividades mencionadas en el apartado 1 y el apartado quinto declaraba que las calzadas y carreteras públicas podrían cerrarse a juicio del Ministro del Interior, con el fin de controlar la pandemia de la Covid-19.

Asimismo, el Pleno del Tribunal Constitucional también ha considerado en su Sentencia de 14 de julio como inconstitucional el uso de los verbos “modificar” y “ampliar” a los que se refiere el apartado 6 del artículo 10 y que otorgaba capacidad al Ministro de Sanidad para “ampliar” y “modificar” las restricciones recogidas por este Real Decreto. Así el Pleno del Tribunal Constitucional ha resuelto que este apoderamiento permitió que la libertad de empresa fuera limitada más allá de lo previsto en los apartados 1, 3 y 4 del Real Decreto sin la correspondiente y preceptiva comunicación al Congreso de los Diputados; garantía de orden político de la que no cabe en modo alguno prescindir, resultando el apartado 6 del artículo 10 contrario al artículo 38 en relación con el 116.2 de la CE y por tanto inconstitucional.

Finalmente cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia que las medidas que se llevaron a cabo para controlar la pandemia de la Covid-19 y suavizar las graves consecuencias que iba produciendo, han sido necesarias, pero sostiene que no debieron de haberse tomado mediante bajo el instrumento jurídico del estado de alarma sino, más bien, por medio del estado de excepción.

Como conclusión, cabe destacar que el fallo de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en lo referente a la limitación de la actividad económica que obligó al cierre de negocios es claro y cierra la puerta a intentar cualquier reclamación patrimonial del Estado. Sin embargo, todas aquellas multas impuestas a los ciudadanos que se incumplieron el confinamiento de manera contraria a lo establecido en el RD 463/2020 y que no hayan sido abonadas, esto es, que no sean firmes, podrán ser recurridas y consideradas nulas y sin efecto.

AUTORA

Regina Bareño Asúa

Licenciada en derecho por la Universidad de Deusto es miembro de la división de derecho público de Bufete Barrilero y Asociados

r.bareno@barrilero.es
LinkedIn

EL PRINCIPIO DE REGULACIÓN ÍNTEGRA LA FIJACIÓN DE CRITERIO INTERPRETATIVO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

ÁNGELA GARCÍA MARTÍN

El Tribunal Supremo ha fallado, en Sentencia de 26 de mayo de 2021 (Rec. Núm. 574/2020), estimando el recurso de casación interpuesto por nosotros, en el cual se planteaba si la Administración Tributaria, una vez negada la deducción de las cuotas de IVA soportado por entender que no se prestaron determinados servicios, debe regularizar también las cuotas de IVA repercutido por dichas operaciones.

En el caso concreto, la sociedad NCS, S.L., se encontraba participada en un 99,97% por NG, S.L., habiendo esta última prestado durante el ejercicio 2011 una serie de servicios a NCS por los que se emitieron las correspondientes facturas.

Por su parte, la Oficina de Gestión Tributaria de la Delegación Especial de Madrid, incoó un procedimiento de comprobación limitada por el que se modificaron las cuotas de IVA deducibles derivadas de estas operaciones por entender que las cuotas deducidas no cumplían los requisitos previstos en la normativa del IVA, al no considerar justificados los medios de pago acreditativos de la realidad de la transferencia de los fondos. En definitiva, la Administración Tributaria consideraba inexistente la prestación de estos servicios, sin llegar a calificarlos de simulación, considerándolos una mera refacturación entre empresas.

Una vez agotada la vía administrativa, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid, reclamando la deducibilidad de las cuotas de IVA de las facturas cuestionadas y solicitando subsidiariamente, para el caso de no admitirse la deducción de las cuotas de IVA soportadas por NCS, la devolución de los ingresos indebidamente realizados por el IVA repercutido por NG, S.L.

Por su parte, el TSJ de Madrid resolvió en Sentencia de 13 de noviembre de 2019 desestimando el recurso contencioso-administrativo, indicando que “no puede pronunciarse sobre la devolución de las cuotas de IVA ingresadas por otra entidad que no es parte en este recurso.”

Desde Bufete Barrilero y Asociados se preparó la interposición del recurso de casación contra la referida sentencia del TSJ de Madrid identificando como infringidas la normativa reguladora de Impuesto sobre el Valor Añadido, el artículo 14.2.c) del Re-

glamento General de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA) y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Supremo, en las cuales se pronuncia acerca de la interpretación que sigue al principio de regularización íntegra.

En la interposición del recurso de casación, nuestro mandante incide nuevamente, con base en el art. 14.2.c) RGRVA y el principio de íntegra regularización, en el derecho de NG, S.L. a obtener la devolución de las cantidades de IVA ingresadas indebidamente, independientemente de que el TSJ entienda que esta entidad no formaba parte del recurso.

El principio invocado, muy popular en recientes pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, había sido vulnerado por el TSJ de Madrid, por una serie de motivos que intentaré resumir. Pues bien, el principio de regularización íntegra exige fundamentalmente un buen hacer de la Administración, un actuar diligente de las actuaciones de ésta en sus relaciones con los contribuyentes, y esto en base a otros principios arraigados sólidamente en nuestro ordenamiento jurídico-tributario como son: el principio de buena administración, el principio de justicia tributaria, el principio de proporcionalidad, el principio fundamental de neutralidad en el IVA (en nuestro caso), y el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada obligado tributario.

Apoiado en estos principios, el recurso de casación interpuesto consideraba vulnerado el principio de íntegra regularización pues, en última instancia, el TSJ de Madrid debió restablecer a su situación jurídica original tanto a NCS como a NG, S.L., una vez negada la deducibilidad de las cuotas de IVA soportado por NCS.

Tras invocar en casación la procedencia de la devolución del IVA soportado indebidamente por cumplir los requisitos previstos para ello, entendimos que el TSJ de Madrid no solo debió pronunciarse en su sentencia acerca de la inexistencia de los servicios prestados por NG a NCS, sino que debía fallar de un modo completo, pues es la propia jurisprudencia la que en último término ha determinado que, en virtud de principio de regularización íntegra, el Tribunal debe seguir con las consecuencias fiscales de su fallo.

De lo contrario, la normativa de un impuesto como el IVA, por su “complejidad estructural”, quedaría recurrentemente superada por una práctica dilatoria por parte de la Administración Tributaria que deniega la deducibilidad de las cuotas de IVA soportadas sin pronunciarse acerca de la necesidad de regularizar las cuotas de IVA repercutidas y ya ingresadas indebidamente.

Este tipo de situaciones, periódicas en las comprobaciones realizadas por la Administración Tributaria, implican que:

- I la entidad que ha soportado indebidamente las cuotas de IVA (NCS), además de negársele su deducibilidad, ha tributado en el Impuesto sobre Sociedades sobre una base imponible mayor, pues ese IVA ahora no deducible debe reclasificarse a una cuenta de gasto del grupo 6, y no del grupo 4 donde se encontraba inicialmente, y
- II la entidad que ha repercutido e ingresado el IVA correspondiente por las operaciones que la Administración ha considerado inexistentes (NG) ha tributado en IS por un mayor ingreso, y ni tan siquiera se ha instado la comprobación del derecho a la devolución de las cuotas indebidamente repercutidas e ingresadas.

Vista la situación de inseguridad jurídica en que dejaba la STSJ de Madrid tanto a NCS como a NG, se instó al Tribunal Supremo a fijar doctrina en relación con el principio de íntegra regularización dada la necesidad de dotar de una respuesta global a las pretensiones de ambas partes, en aras de reducir la litigiosidad y de alcanzar la neutralidad del impuesto regulando una vía para la devolución de este.

Tal y como se expuso en el escrito de casación, en el mismo momento en que el TSJ consideró no deducibles las cuotas de IVA soportadas, el TSJ debió determinar el modo de proceder para regularizar la situación tanto de NCS como de NG a efectos del IVA, aplicando el principio de íntegra regularización respecto de todos los tributos que directa o indirectamente se vieran afectados. Al contrario, la sentencia del TSJ adoleció de una motivación insuficiente además de la incongruencia omisiva que supone dejar sin respuesta a una de las pretensiones sometidas a consideración.

El TS, en respuesta a lo argumentado por esta parte, recuerda que la actuación administrativa no puede ser siempre y únicamente favorable a la

Administración Tributaria, sino que, en virtud del principio de seguridad jurídica, entre otros, el TSJ debió realizar una regularización que agotase los efectos legales en una doble vertiente: lo que no favorecía y lo que favorecía al contribuyente. Asimismo, el TS considera que la Administración tiene suficiente potestad y conocimiento como para, ante la complejidad de las situaciones que engloba un impuesto como el IVA, aplicar este principio de oficio y en unidad de acto, pues actuar de otro modo implicaría vulnerar otros principios tales como los de economía procedimental, la eficacia de la actuación administrativa y la proporcionalidad en la aplicación del sistema tributario.

En el caso concreto que nos ocupa, resuelve el TS que no procede acudir a un procedimiento autónomo de devolución de las cuotas indebidamente repercutidas y que deberán llevarse a cabo las actuaciones complementarias precisas respetando los derechos y garantías procedimentales de ambos interesados.

Finalmente, el TS en el FD 3º de la Sentencia fija el criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional planteada, en los siguientes términos:

“Por todo lo razonado, procede declarar que, en las circunstancias descritas, habiéndole negado la Administración Tributaria a un sujeto pasivo, la deducibilidad de determinadas cuotas soportadas de Impuesto sobre el Valor Añadido por no considerarse probados ciertos servicios declarados, aun así, por mor del artículo 14 del RGRVA, y de acuerdo con el principio de íntegra regularización conformado en la jurisprudencia de esta Sala, la Administración Tributaria debe, asimismo, efectuar las actuaciones de comprobación necesarias para determinar si el mismo sujeto tiene derecho a la devolución de las cuotas indebidamente repercutidas, regularizando de forma íntegra la situación del reclamante con respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido.”

En virtud de este fallo, el TS insta a la Administración Tributaria a que, una vez regularizada la situación tributaria de quien se dedujo las cuotas de IVA que le fueron indebidamente repercutidas, analice la concurrencia de los requisitos necesarios para, en su caso, declarar el derecho a la devolución de las cuotas repercutidas indebidamente sin la necesidad de remitir al recurrente a un ulterior procedimiento de devolución.

AUTORA

Ángela García Martín

Graduada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid, Doble Máster en la Universidad de Navarra de Acceso a la Abogacía y Asesoría Fiscal, está especializada en derecho tributario y es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.garcia@barrilero
LinkedIn

LA GESTIÓN DE LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL

PEDRO AMORÓS TENORIO

En la empresa, como en la persona, más vale prevenir que curar las posibles enfermedades y, para ello, es útil y necesario conocer los primeros síntomas de la enfermedad, así como el tratamiento a seguir desde que aparecen, con la finalidad de evitar males mayores y obtener una pronta recuperación.

Por este motivo, tras la crisis financiera de hace una década, que dejó un panorama de disoluciones masivas de empresas, desde el año 2017 y, con mayor énfasis, este año 2021, ante los posibles efectos económicos adversos derivados de la pandemia mundial, tanto las instituciones comunitarias como los agentes jurídicos y económicos europeos han desplegado una intensa actividad tendente a desmontar prejuicios sobre las situaciones de insolvencia y explicar cómo desenvolverse ante las mismas.

Punto de partida de esa actividad fue la Directiva (UE) 2017/1132, modificada por la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019 que, aunque tras la prórroga solicitada por el Gobierno español parece que no será implementada y obligatoria hasta el mes de julio del año 2022, ha dado lugar a numerosos trabajos didácticos y aplicativos que vale la pena conocer, dada su utilidad para las empresas.

Cabe destacar entre ellos:

- La Guía de Buenas Prácticas Para la Venta de Unidades Productivas, de 22 de enero de 2021, elaborada por el ICAM y los Juzgados de lo Mercantil de Madrid.
- La Guía de Actuación de la Empresa ante la Insolvencia, de 6 de julio de 2021, elaborada por el CGEE, la CEPYME y REFOR.

Como la principal causa de disolución de las empresas se debe a la reacción tardía a la situación de insolvencia, estos organismos ponen el principal acento de sus documentos en la necesidad de implementar en las empresas sistemas de alertas tempranas de detección de la insolvencia.

El objetivo es marcar líneas rojas muy adelantadas a síntomas de riesgo de insolvencia, como pueden ser el descenso en la cifra de negocios o en los márgenes, la necesidad de realizar bienes del activo inmovilizado, el abandono del proyecto empresarial por parte de directivos, cambios regulatorios en el sector, pérdidas de concesiones administrativas o distribuciones, retrasos en los pagos a acreedores o en el cobro de clientes, no renovación de pólizas de crédito, etc.

Es relevante detectar lo más temprano posible este tipo de situaciones, no sólo por las posibles responsabilidades personales en caso de mala praxis, sino fundamentalmente porque de ello dependerá, en gran medida, que se pueda evitar el concurso o incluso que, si éste resulta inevitable, no termine con la liquidación y disolución de la sociedad.

De este modo, las situaciones de insolvencia no impedirán la viabilidad de la empresa, y sin necesidad de declararse en concurso, las empresas tendrán a su alcance salvarse implementando medidas reorganizativas, de reestructuración, refinanciación y reconducción de la deuda, así como de negociación con los acreedores y empleados para alcanzar acuerdos extrajudiciales o, incluso, concursales (propuestas de convenio y acuerdos laborales).

Bien enfocada, la aplicación de estas medidas tiene muchas posibilidades de éxito para salvar a la empresa de la quiebra. Pero, en todo caso, si las mismas no resultaran suficientes o si no se hubieran podido implementar por no haber sido detectados a tiempo los problemas, no todo está perdido.

No todo está perdido, pero será necesario solicitar el concurso de acreedores. En relación con esto, los organismos mencionados tratan de desmontar el prejuicio consistente en que todo concurso de acreedores termina en liquidación total y disolución de la empresa. Y, como dicho prejuicio trae causa de una inercia negativa en la que se involucran tanto los órganos de justicia como los administradores concursales y las propias empresas concursadas, aportan métodos útiles para evitarlo que, al mismo tiempo, contribuyen a su agilización.

En este sentido, cabe destacar el novedoso método del “pre-pack concursal”, que consiste en la venta rápida de una o varias unidades productivas de la empresa que cuenten con un valor económico suficiente para poder hacer frente al pago de las deudas, de tal manera que se pueda salir con rapidez de la situación concursal sin disolver la sociedad.

En todo caso, así como para la evitación y cura de las enfermedades es fundamental que sea un médico quien recete y supervise el tratamiento en el caso concreto, para prevenir y afrontar con éxito las situaciones de insolvencia empresarial es imprescindible contar la guía del asesor jurídico de la compañía.

AUTOR

Pedro Amorós Tenorio

Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

p.amoros@barrilero.es
LinkedIn

CLÁUSULA ANTIABUSO: LA AUDIENCIA NACIONAL LIMITA SU APLICACIÓN INJUSTIFICADA POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

VIRGINIA MONDRAGÓN CAÑAS

Si bien es cierto que en la ley española del Impuesto sobre la Renta de No Residentes está prevista la aplicación de la cláusula antiabuso en los supuestos de distribución de dividendos por una filial española a la sociedad matriz residente en otro Estado Miembro de la Unión Europea, o de un país integrante del Espacio Económico Europeo, ello lejos de otorgar carta de naturaleza a la Administración Tributaria para su aplicación indiscriminada, debe quedar sometida al imperio de la ley y ser aplicada cuando se cumplan las premisas de su uso previstas en la norma. La lucha contra el fraude y la evasión fiscal debe respetar, como no puede ser de otra manera el dictamen de la Directiva 2011/96/UE (más conocida como Directiva Matriz-Filial), cuyo objetivo es facilitar la inversión y el establecimiento de grupos empresariales en el territorio de la Unión Europea, permitiendo la exención en la tributación de los dividendos distribuidos en la medida que se cumplan las condiciones legalmente tasadas.

Es innegable que el fin último de la normativa antifraude es impedir que las estructuras societarias carentes de realidad económica se beneficien de esta exención de gravamen de los dividendos distribuidos por una sociedad a su matriz no residente, pero dicha finalidad no puede erigirse como verdad absoluta que exime de prueba al poder público. La Administración Tributaria debe probar que la constitución de la estructura societaria se ha realizado con el único objetivo de conseguir un ahorro fiscal.

Así lo ha establecido la Audiencia Nacional en una reciente sentencia, dando un giro a su anterior doctrina y a la del Tribunal Supremo, en esta materia. Basándose en la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), el tribunal nacional considera que la excepción a la aplicación de la exención de estos dividendos no puede justificarse por la Autoridad Fiscal en una presunción general de fraude y de abuso del derecho. Ello atenta contra el principio de libertad de establecimiento y de circulación de capitales, sin olvidar el desigual tratamiento fiscal que se dispensaría a las

sociedades no residentes con respecto a las residentes en territorio español.

En definitiva, el órgano judicial viene a determinar con claridad, frente al posicionamiento de la Administración Tributaria, que la carga de la prueba de la existencia de un propósito fraudulento o abusivo en estas estructuras corresponde y es deber de la Hacienda Tributaria, que no puede limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que debe proceder a un examen individual de cada caso concreto. La Audiencia Nacional huye, de esta manera, de la aplicación automática de la medida antiabuso sin la comprobación previa de los indicios de evasión fiscal, puesto que una presunción general de fraude no probada menoscaba el objetivo de la Directiva Matriz – Filial, que no es otro que evitar la doble imposición de los dividendos distribuidos por una filial residente en España a su inversor no residente.

En el caso enjuiciado, en el que Hacienda pretende la aplicación de la cláusula antiabuso a unos dividendos distribuidos en 2010 por una sociedad española a su matriz residente en Luxemburgo, considera la Audiencia Nacional que no ha quedado suficientemente probado que la estructura no se constituyese por motivos económicos válidos, como así alegaba la Administración Tributaria basándose en que la sociedad receptora de los dividendos estaba efectivamente controlada por una entidad no residente ni en la Unión Europea ni en el espacio Económico Europeo (en concreto, por una sociedad residente en Canadá).

Por lo tanto, aunque la norma fiscal del Impuesto sobre la Renta de No Residentes regula expresamente esta excepción en la aplicación de la exención de los dividendos distribuidos a no residentes, siempre y cuando el control efectivo (directo o indirecto) de la sociedad receptora de los mismos lo detente un residente en un país tercero, dicho motivo no puede oponerse “per se” sin justificación alguna. Entiende el tribunal, y compartimos, que lo previsto en la norma es la necesidad de que el fisco pruebe la efectiva y real inexistencia de moti-

vos económicos válidos y razones sustantivas en la constitución y operativa de estos grupos de sociedades, como condición para someter a tributación sus dividendos.

Se abre, con ello, la puerta a una revisión de las situaciones en que se hayan visto afectadas estas operaciones de reparto de dividendos, dentro del periodo de prescripción del derecho a la solicitud de devolución de ingresos indebidos.

AUTORA

Virginia Mondragón Cañas

Licenciada en derecho económico por la Universidad de Deusto, Máster en Auditoría de Cuentas por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

v.mondragon@barrilero.es
LinkedIn

EL TRABAJO A DISTANCIA, HA VENIDO PARA QUEDARSE

ÁNGELA YÁRRITU ARNAIZ

El concepto de trabajo ha estado siempre ligado a la actividad física, presencial y basado en la obligatoriedad de acudir al centro de trabajo diariamente. Como consecuencia de la revolución industrial y la industrialización de los diferentes sectores la forma de trabajar ha ido evolucionando. Inicialmente las empresas demandaban mano de obra, ya que sus cadenas productivas requerían el trabajo presencial de los trabajadores, pero cada vez más la presencia de éstos está siendo sustituida por máquinas y robots que han ido reduciendo de manera sustancial la necesidad de trabajadores presenciales en las plantas, pudiendo desarrollar sus funciones igualmente de manera remota.

Como consecuencia de la declaración del estado de alarma y del confinamiento impuesto, muchas empresas tuvieron que adaptarse a las circunstancias y, por tanto, se vieron obligadas a implantar el teletrabajo como la única vía para garantizar su viabilidad.

Esto supuso un punto de inflexión en el trabajo a distancia, modalidad a la que este país se estaba resistiendo y que ahora nos ha venido impuesta. A los efectos de poder dar luz a esta situación se aprobó el Real Decreto ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia que ya regulaba, entre otras cuestiones, la obligatoriedad de compensar los gastos en los que pudieran incurrir los trabajadores como consecuencia del desarrollo de sus funciones desde casa.

Recientemente, esta norma ha sido convalidada por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

Esta ley ha venido a aclarar diferentes conceptos que todos utilizábamos de manera indistinta como son el trabajo a distancia y el teletrabajo.

El trabajo a distancia concurre cuando se lleva a cabo la actividad en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ésta durante toda su jornada laboral o parte de ella, con carácter regular. Mientras que el teletrabajo es aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. De

estas definiciones, se desprende que el teletrabajo puede combinarse con la presencialidad.

Pues bien, esta norma establece que el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma de un acuerdo de trabajo a distancia entre las partes. Esto es, la ley no establece la obligatoriedad del ejercicio de esta modalidad de empleo. Consecuentemente, para que concurra el trabajo a la distancia debe existir voluntad entre las dos partes, ya que el teletrabajo es opcional. Asimismo, establece la obligatoriedad de formalizar un acuerdo entre las partes.

El citado acuerdo deberá incluir, entre otras cuestiones, la enumeración de gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como la forma de cuantificación de la compensación que debe abonar la empresa, el momento y forma para realizar la misma, que corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

La norma recoge expresamente que el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa y no podrá suponer una asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral.

Si bien se habla de una compensación la ley no establece la manera en que estos gastos deben compensarse. En este sentido, nos surge la siguiente duda, ¿supondrá el teletrabajo un gasto adicional para las empresas? O, por el contrario, el hecho de que los trabajadores presenten servicios desde casa supondrá un ahorro para el empresario que deberá abonar menos luz, agua y por supuesto, disponer de menos espacio pudiendo ahorrarse alquileres o reduciendo el importe de los mismos.

Nos surge otra duda, ¿la compensación que tiene que abonar la empresa podrá verse compensada por el ahorro que le supone al trabajador no desplazarse diariamente hasta su centro de trabajo?

Parecería razonable pensar en cualquier fórmula que permita la compensación de estos gastos teniendo en cuenta, además, que cada día son más los trabajadores que solicitan a la empresa prestar servicios bajo esta modalidad y por tanto es una cuestión que podría beneficiar a ambas partes.

En este caso, podría resultar interesante e incluso rentable la implementación del trabajo a distancia en las empresas, no sólo por el ahorro de costes, sino por resultar atractivo de cara a los trabajadores al poder compaginar mejor su vida laboral y personal gracias a esta modalidad de trabajo.

Son muchos los interrogantes que está planteando esta nueva norma y que generan incertidumbre en las empresas. En todo caso, son cuestiones que se irán resolviendo en los próximos meses y, en cualquier caso, habrá que apelar al sentido común para aplicarlas.

En definitiva, la realidad es que la forma de trabajo está cambiando y el trabajo a distancia probablemente solo sea la punta del iceberg.

AUTORA

Ángela Yárritu Arnaiz

Licenciada en derecho económico por la Universidad de Deusto, es miembro de la división laboral y de la seguridad social de Bufete Barrilero y Asociados.

a.yarritu@barrilero.es
LinkedIn

LIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL A LA PENA DE PRISIÓN QUE SUSTITUYE LA PENA DE MULTA INICIALMENTE IMPUESTA EN CASO DE IMPAGO

ÁLVARO DE LA RICA LIZARRAGA

La Audiencia Provincial de La Coruña se ha pronunciado recientemente mediante auto, estableciendo que la pena de prisión que se imponga en cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa no puede superar la solicitada en el juicio por la Fiscalía.

La sanción penal consistente en la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa ha sido objeto de críticas desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, por un lado, porque va en contra de la corriente a favor de las penas y medidas alternativas a la prisión (la multa no deja de ser en sí misma una evitación de la pena de prisión, que debería ser el último recurso); y por otro lado, por vulnerar el principio constitucional de igualdad, ya que podría suponer que las personas sin recursos cumplirían una pena de naturaleza más gravosa y por tanto desproporcionada. Existe un respaldo, sin embargo, de la existencia esta consecuencia jurídica del delito por el principio de inderogabilidad de las penas, así como por los fines de prevención especial y general de las mismas. De no existir esta pena, se darían situaciones de impunidad, en las que el delincuente insolvente sabría de antemano que no iba a cumplir pena alguna por los hechos que llevan aparejados una multa.

En todo caso, la imposición de privación de libertad sustitutoria de la pena de multa no depende de la voluntad del penado, quien, en caso de ser solvente, viene obligado al pago, sino de la situación de insolvencia del mismo. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa tiene por finalidad evitar que se frustre el cumplimiento de la pena a causa de la insolvencia del penado. Por ello, esta no será declarada por un mero impago voluntario, sino una vez que resulte fallido el correspondiente procedimiento de apremio o ejecución forzosa. En este sentido, conviene recordar, que el artículo 53 del Código Penal establece la privación de libertad subsidiaria “si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta”, a razón de un día de privación de

libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Con esta regulación, podría darse el supuesto de que un condenado a una pena de multa acabara enfrentándose, como consecuencia de la responsabilidad personal subsidiaria dimanante del impago de la pena de multa, a una pena de prisión superior incluso a la solicitada por el Ministerio Fiscal en juicio o a la máxima prevista en la norma.

Este mismo supuesto es el que se daba precisamente en el caso resuelto ahora por el auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña. El Juzgado de lo Penal condenó a un conductor por un delito de conducción sin permiso, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de multa de 2.850 Euros. El conductor no hizo frente al pago de la sanción, por lo que el Juzgado la sustituyó por una pena de prisión de 285 días. La Fiscalía, sin embargo, había solicitado en el juicio una condena menor, en concreto, 180 días de prisión, que era además la pena máxima prevista para este delito.

Recurrida en apelación la resolución del Juzgado que acordaba la sustitución de la pena, se pronuncia ahora la Audiencia Provincial estableciendo que “lo procedente es adecuar, limitar el cumplimiento” del tiempo de prisión al pedido en el juicio por la Fiscalía. Por ello, estima en parte el recurso del conductor condenado y establece que los días de prisión por los que el juzgado sustituya la multa no podrán superar los 180, pues, de lo contrario, quebrantaría el principio acusatorio, ya que sería castigado con 285 días de cárcel, una pena superior a la demandada por la Fiscalía en la vista oral.

En consecuencia, esta resolución supone un elemento más que permite defender la tesis de que, en virtud del principio acusatorio que rige en el procedimiento penal, ninguna pena superior a la más elevada de las interesadas por las acusaciones en el acto del juicio podrá ser impuesta al acusado, ni tampoco al condenado, a pesar de que incumpla la pena impuesta en sentencia.

AUTOR

Álvaro de la Rica Lizarraga

Graduado en derecho por la Universidad de Navarra, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

30^{1991/2021}

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS