

1991/2021
30

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS

b-today

Septiembre 2021

Bilbao
Madrid
Barcelona
San Sebastián
Sevilla
Vigo
Málaga
International Desk

— Página 4 —

DIVISIÓN INTERNACIONAL
BITCOIN EN 20,721 KM2

HÉCTOR TORRES

— Página 7 —

DIVISIÓN MERCANTIL
PREPARACIÓN PARA EL PROTOCOLO PRE-PACK CONCURSAL

NATALIA VÉLEZ BRUZOS

— Página 8 —

DIVISIÓN FISCAL
**EL ENDURECIMIENTO DE LA FISCALIDAD EN LAS SICAVS Y SU
RÉGIMEN TRANSITORIO**

MIGUEL GRIJELMO ZUFIA

— Página 10 —

DIVISIÓN CIVIL-PROCESAL
“APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

ANTONIO TENA NÚÑEZ

— Página 11 —

DIVISIÓN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
**LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO ACORDADO MEDIANTE AUTO
CONCURSAL**

ANITA TERFEA

— Página 12 —

DIVISIÓN PENAL
**LA COMPARECENCIA DEL ACUSADO MEDIANTE MEDIOS
TELEMÁTICOS AVALADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO**

MARINA ALONSO VALIÑO

BITCOIN EN 20,721 KM2

HÉCTOR TORRES

Introducción

El “Colón” empezó a circular en El Salvador como moneda de curso legal a partir del año 1892 y se mantuvo en esa posición por más de cien años. Llegado el 2001 inició la “dolarización”, ejecutándose la decisión de que el dólar estadounidense fuese la moneda de curso legal, brindando así a El Salvador estabilidad macroeconómica frente a otros países de la región por los últimos 20 años.

En el año 2009 nació una idea que actualmente continúa revolucionando la economía mundial: Bitcoin (BTC). Un buen día, de la noche a la mañana, El Salvador se encontró con la noticia que, a partir del 7 de septiembre de 2021, BTC sería también una moneda de curso legal en el país, tomando su relación con el dólar como su valor de referencia.

A nivel económico los efectos están todavía por verse, a pesar del sin número de opiniones profesionales que han surgido alrededor del mundo. A nivel mercadológico y estratégico, El Salvador se ha colocado en la vitrina mundial a la espera de conocer los resultados de la implementación del Bitcoin en El Salvador: ¿tendrá impacto positivo para la inclusión financiera en el 70% de la población que no tiene acceso a servicios bancarios?, ¿existirá un beneficio real para los miles de millones de dólares que se reciben anualmente en remesas y que representan más del 20% del PIB?

BTC fuera de su hábitat

Un león en cautiverio es cada día un poco menos feroz. Bajo esta lógica, el mundo ha enfrentado el reto (mayormente fiscal) de regular o encontrar un marco de certeza para controlar la transaccionalidad de tokens a través de las tecnologías DTL o DAG. Por su naturaleza eminentemente descentralizada, Bitcoin no está sujeto al control de terceros, más allá de aquellos tenedores de BTC que puedan representar un porcentaje relevante a la hora de la validación transaccional.

Toda regulación tradicional en temas fiscales, comerciales y monetarios, resulta a este día una aventura de prueba y error para tratar a las criptomonedas (cripto). Lo más fácil ha sido prohibirlas, poner requisitos de AML imposibles de cumplir aún por instituciones financieras tradicionales, crear pre-

sunciones tributarias extraordinarias, bloquear la convertibilidad, noticias tendenciosas, etc. Pareciera ser que la mejor regulación que se le puede dar al tema de criptomonedas es simplemente a través de las transacciones que se realicen cuando sean utilizadas como un mecanismo de intercambio, en donde se puede determinar con claridad el valor en el tiempo de la criptomoneda utilizada, desde el día de su adquisición hasta el día de su transferencia.

En este camino que recién comienza, pero que se mueve a pasos acelerados, podemos entender que las criptomonedas están acá para generar cambios, y que deben existir reglas que brinden algún grado de certeza. Sin embargo, puede ser que las leyes y los métodos legales tradicionales estén quedando rezagados por mecanismos de autocontrol transaccional, por lo que no sabemos si los Estados estarán a la altura de crear un derecho aplicable para un escenario descentralizado.

Trazabilidad como unidad de tasación

¿Por qué son relevantes para los gobiernos y para el mundo las cripto? Aunque no quisiera usar la frase de Gordon Gecko, realmente todo tiene que ver sobre dinero. Nadie pensaba regular las cripto cuando Bitcoin valía solamente unos centavos, pero una parte de un pastel cuyo valor asciende a un trillón de dólares quizás valga los esfuerzos de tantos Estados por regularlo.

Legalmente, ¿qué le da valor a cada criptomoneda? Muchos dicen que la tecnología que hay detrás de la misma, otros que son las funciones que cumplen (sin que entremos a la diferencia entre un security o utility token). Pero, la verdad, también es válido pensar que lo mismo que le da valor a un tweet de un influencer, es lo mismo que le da valor a una cripto: que la gente la quiera.

La forma más fácil de regular cripto ha sido a través de la lógica de las ganancias que genera un activo. No entraré en detalles, pero si empiezan a analizar esto, verán cómo la mayoría de los sistemas tributarios han iniciado por ese camino. Sin embargo, es fácil encontrar una herramienta para determinar el valor de una criptomoneda si se usa para adquirir algo tangible, pero, ¿si se usa para adquirir un NFT o cualquier cosa en el mundo digital?

Estamos ante cambios en la forma en que las personas se relacionan que muchos no entendemos, que exceden nuestros conocimientos, costumbres y experiencias, siendo estas últimas las que se utilizan como base para crear el derecho. Es por ello que la mejor manera de encontrar un punto de equilibrio respecto a las cripto, es enfocarnos en el momento que una criptomoneda es utilizada para adquirir un bien tradicionalmente reglado por el sistema de derecho.

La trazabilidad de una cripto permite conocer momentos de adquisición, los cuales también permiten conocer su valor en el momento que se acreditó en una dirección de una billetera digital, así como la dirección de dónde vino. Con menos que esos factores se han logrado determinar hechos generadores y la tasación sobre los mismos.

Prueba de Uso (Bitcoin Beach – Playa “El Tunco” / Surf City, La Libertad)

“Reviso el valor en el mercado antes de hacer el cambio.” Esta frase proviene de un vendedor de mangos en El Tunco para explicar el momento en el que acude a un cajero a cambiar su cripto a dólares. Con el pasar de los meses se ha podido comprobar como personas, sin preparación tecnológica o financiera, han podido encontrar una forma de generar ingresos adicionales por la fluctuación de la “criptoeconomía”.

En la playa referida hay personas ganando \$400 dólares al mes, exclusivamente como producto de la minería; a veces ganando mucho más cuando la combinan con algunas herramientas “DEFI”. A partir de ahí, empieza algo que no se detiene: exchanges, fondos cripto, emprendimientos “DEFI”, ICO’s, entre otros. En medio de esto, surge la “Ley Bitcoin”, la cual deja más preguntas que respuestas, una economía muy vulnerable, un sistema financiero con preocupación por temas de reputación mundial, sistemas de cumplimiento que no están acostumbrados a manejar este nivel de riesgo y un país cuya población no desea que su libertad de aceptar o no una criptomoneda se vea reglada por una ley.

Si algo nos deja la experiencia de “Bitcoin Beach” es que las personas aprendieron a utilizar una herramienta alternativa para hacer negocios, pero esa experiencia está lejos de ser un sandbox o algo para sustentar una política nacional. Sin embargo, sí es un ejemplo que invita a pensar que las personas pueden tener acceso a servicios financieros que estaban fuera de su alcance, por lo que será deber del Estado proteger a dichas personas de estafas tecnológicas o de los riesgos de manejar criptomonedas.

Regulación Cripto en El Salvador

La Ley Bitcoin, cuyo inicio de vigencia es el 7 de septiembre de 2021 luego de un período de 90 días desde que se publicó oficialmente, es una ley que contiene únicamente 16 artículos. Esta Ley necesita de forma imperiosa un desarrollo normativo bastante robusto, pero a su vez, un desarrollo sencillo que permita que todos los actores de la economía entiendan a qué deben atenerse con respecto a su decisión de utilizar Bitcoin como moneda en El Salvador.

La Ley de forma escueta manifiesta que su finalidad es apoyar la inclusión financiera en el país, reconociendo que más del 70% de la población no cuenta con servicios financieros tradicionales, lo cual las lleva a operar en un mercado un poco gris en términos de planificación financiera, inversión o un mercado de crédito demasiado caro. Del texto de la Ley también se lee, y entiende, que todo agente económico deberá aceptar Bitcoin, esto a pesar de muchas comunicaciones gubernamentales que dicen que será opcional. Esto supone un proceso acelerado de transformación digital en las empresas, en los bancos y en los comerciantes particulares, sin mencionar el reto de acortar la brecha digital del país garantizando acceso total a internet estable y de buena calidad.

También de acuerdo a la Ley, si el BTC se toma como referencia para la valoración de otras criptomonedas, el dólar será la referencia para la conversión del BTC. Contablemente, los Bitcoins se manejarán como moneda y no como activo, registrándose al valor en que ingresaron y únicamente tendrán efecto patrimonial a la hora de realizarlos por otros bienes. Entonces, será la reglamentación secundaria la que establecerá si al final de cada ejercicio se hará algún cruce entre el valor de adquisición y el valor al cierre del ejercicio que determine una ganancia o no, ganancia que la Ley ya la excluye del impuesto de ganancia de capital, más no así del de renta ordinaria.

Las obligaciones adquiridas previo a la entrada en vigencia de la Ley podrán ser pagadas en Bitcoin, por lo que serán las partes las que tendrán que decidir sobre ello. Sin embargo, surge la duda sobre lo que ocurriría si en nuevas obligaciones se pacta que solamente se podrá pagar en dólares o en BTC, ¿será válido negarse a recibir el pago en una moneda de curso legal? La Ley no establece sanciones, y por reserva de Ley, las mismas no podrán tampoco ser determinadas en reglamento, lo cual deja abierto el campo de la responsabilidad extracontractual en aquellos casos que un agente económico se niegue a aceptar Bitcoin como medio de pago.

Por otro lado, la regulación antilavado de dinero tendrá un papel protagónico para esta Ley, ya que

las entidades obligadas a cumplir de forma amplia protocolos de AML tendrán que adaptar sus sistemas de conoce tu cliente, proveedor, etc., para realizar una debida diligencia ampliada con criterios más estrictos de lo normal. Recientemente el Banco Central de Reserva publicó para consulta ciertas normas que aplican a sujetos que forman parte del sistema financiero que nos dejan ver que existirán ciertas medidas que protejan al sistema de fuga de capitales a través de máximos transaccionales de convertibilidad y otros criterios para la contratación o no de proveedores tecnológicos.

El Salvador está en una etapa que se siente como de prueba y error con respecto a la adopción de Bitcoin como moneda, sin saber si hubiese sido mejor una declaración de legalidad de la misma o un tratamiento distinto para algo que no nació para ser una moneda, sino un medio de pago; pero que cada día se convierte en más y más cosas. El país entero podrá ser un sandbox para la creación de regulación a medida, pero también como ejemplo mundial de las cosas buenas a replicar y de los errores que habrá que evitar.

El riesgo de volatilidad es algo que el gobierno quiere proteger a través de mecanismos particulares como un fondo especial para asegurar convertibilidad instantánea de BTC a dólar, así como tecnología lightning o wrapped para controlar las comisiones transaccionales. Todo esto a través de la propia billetera estatal que está por verse si será de custodia o no, así como una red de BTM's para facilitar la convertibilidad. Desconocemos si el gobierno hará uso de DEFI para buscar rentabilidad de la cripto que administre, pero la discusión sobre el riesgo y el uso de fondos públicos para ello está sobre la mesa.

Oportunidades de Negocio

Siendo El Salvador un país con un territorio de 20,741 km² (sin contar el espacio marítimo), con 7 millones de habitantes, con un promedio de 2 líneas celulares por persona, con más del 70% de los terminales móviles siendo "smartphones", nos hace pensar que, si se mantienen, mejoran o se crean reglas atractivas para los inversionistas, muchas empresas podrán apostar por el país para realizar "proof of concept/use" de sus ideas de negocio, que les permita una mayor valoración de cara a inversionistas o sus mismos clientes. Neo Bancos, Fondos "DEFI", exchanges, BTM's, finanzas P2P P2B B2B B2P, y todo lo que en un mundo LegalTech o FinTech se escucha, han explorado la posibilidad de iniciar operaciones en El Salvador; algunos inclusive ya se han decidido por hacerlo, apostando a una regulación que vaya de la mano con el desarrollo y que muestre flexibilidad a la tecnología como algo que también puede verificarse y controlarse para dar garantías a la población.

Estos cambios en la tecnología, los negocios y el derecho, seguro causan una gran emoción y expectativa, pero también deben llamar a la prudencia y a tomar decisiones conociendo los riesgos y las formas en que los mismos se mitigan. El Salvador puede ser un ejemplo de innovación y de cómo hacer que procesos de transformación digital trasciendan de forma acelerada, pero también puede ser un ejemplo de las cosas que no hay que hacer. Siendo optimista, sé que de todo salen oportunidades que se deben de aprovechar y que muchas veces solo llegan una vez.



AUTOR

Héctor Torres
Socio director de Torres Legal
hectortorres@torres.legal
LinkedIn

DIVISIÓN MERCANTIL

PREPARACIÓN PARA EL PROTOCOLO PRE-PACK CONCURSAL

NATALIA VÉLEZ BRUZOS

Hoy, a pesar de las distintas reformas y nuevos mecanismos de actuación que se han ido introduciendo en los procedimientos concursales, se evidencia la ineficacia de los mismos para lograr la supervivencia de las empresas que se han visto abocadas a solicitar una declaración de concurso, los cuales, en la gran mayoría de los casos, finalizan con la liquidación total de la compañía.

Como decimos, dentro de este planteamiento de intentar preservar la vida de las compañías que se veían en la necesidad de solicitar la declaración de concurso, nació el mecanismo de la venta de la unidad productiva, de forma que así se conseguía la continuidad de, al menos, gran parte de la actividad, así como el mantenimiento de su tejido laboral. No obstante, dicha venta únicamente se contemplaba una vez iniciada el procedimiento concursal.

Sin embargo, para dicho momento, resultaba que, una vez declarado el concurso y más aún si ya nos encontrábamos en fase de liquidación, la unidad productiva en cuestión había comenzado a perder valor, y muchas veces no era posible lograr la continuidad de sus operativa mercantil

Frente a lo anterior, surge ahora una nueva figura: el pre-pack concursal. Si bien esta figura ya existe en países de nuestro entorno como Holanda o Reino Unido, comienza a ser implementada por algunos juzgados de lo mercantil de España, y es algo para lo que sin duda deberemos estar preparados, por su creciente popularidad.

Las empresas no son ajenas a la situación económica derivada de la pandemia en la que estamos inmersos, que ya ha tenido en ellas un gran impacto directo, y que una vez superada también lo tendrá en el corto y medio plazo derivada de la grave crisis económica generada, que dependiendo de los sectores les hará sufrir durante un periodo más o menos largo de tiempo.

Excepto sectores muy concretos como salud, telecomunicaciones y actividades relacionadas con el e-commerce, desde la propia venta hasta la logística, no hay ninguna duda de que la pandemia y la crisis derivada de la misma, llevará a muchas empresas a vivir situaciones muy delicadas, que en muchos casos podrá implicar hasta su desaparición.

Ante esta situación, las empresas lógicamente están reaccionando, básicamente en la línea de reducir sus gastos de personal a través de los ERES y obteniendo la liquidez para continuar con su actividad, accediendo a los préstamos de las líneas ICO fundamentalmente.

Desgraciadamente estas medidas de choque, imprescindibles para la supervivencia de las empresas, no serán suficientes en el medio plazo, y es ahí donde las empresas y sus asesores deberíamos comenzar ya a trabajar.

En un contexto empresarial en el cual una compañía parezca verse abocada a la declaración de concurso, deberíamos tener muy presente para utilizarlos este nuevo mecanismo previo a dicha declaración, el ahora denominado pre-pack concursal.

Su objetivo no es otro que maximizar el precio de venta de los bienes y derechos de las empresas insolventes que todavía no han sido declaradas en concurso, con su unidad productiva en funcionamiento, de forma que evitemos la destrucción de su tejido empresarial.

Con este mecanismo, superamos los anteriores inconvenientes de espera a la propia declaración de concurso, sus extenuantes tiempos, así como la posible pérdida de valor de los activos del deudor.

Lo anterior, culminaría con la venta de la unidad productiva en el seno del propio concurso, pero salvando la actividad de multitud de compañías que se encuentran en una situación delicada como consecuencia de la crisis económica, frente a la necesidad de esperar a la declaración de concurso para iniciar un proceso que, llegados a ese punto, en la mayoría de los casos, supone el cierre definitivo del negocio.

Para tener éxito en esta operación, como decíamos, hará falta anticipación, analizar el estado de las compañías de nuestros clientes, sobre lo cual debemos comenzar a trabajar de manera inmediata, y combinar el conocimiento de las empresas que tienen sus gestores, con el conocimiento técnico de sus asesores, ya que solo de esta manera tendremos posibilidades de superar con éxito esta compleja y exigente situación, creando un equipo enfocado a desenvolverse y superar con éxito este tipo de situaciones.

AUTORA

Natalia Vélez Bruzos

Graduada en ADE y derecho por la Universidad de Deusto, máster de acceso a la abogacía y derecho de la empresa por la Universidad de Deusto, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados.

n.velez@barrilero.es
LinkedIn

EL ENDURECIMIENTO DE LA FISCALIDAD EN LAS SICAVS Y SU RÉGIMEN TRANSITORIO

MIGUEL GRIJELMO ZUFIA

El 10 de julio se publicó en el BOE la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

En concreto, entre las modificaciones introducidas a la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), se encuentran varias relativas al régimen fiscal aplicable a las sociedades de inversión de capital variable (SICAVs). Y es que la Ley 11/2021 recoge requisitos adicionales para que las SICAVs puedan aplicar el tipo de gravamen del 1% con la finalidad de reforzar su carácter colectivo. Se regulan requisitos objetivos que deben cumplir los socios de forma que se garantice su interés económico en la sociedad, el cual se cuantifica en función de un importe determinado de inversión.

Hasta el momento, el artículo 29.4.a) de la LIS únicamente se remite a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, cogiendo como referencia el número mínimo de accionistas establecido por dicha ley como requisito para que las SICAVs tributen al 1%. Sin embargo, la Ley 11/2021 introduce, con efectos a partir del 1 de enero de 2022, además del requisito de un mínimo de 100 accionistas, que la participación de cada uno de los accionistas tenga las siguientes características:

- Para que computen como accionistas, estos deberán ser titulares de acciones por importe igual o superior a 2.500 euros (determinado de acuerdo con el valor liquidativo correspondiente a la fecha de adquisición de las acciones). Además, tratándose de sociedades de inversión de capital variable por compartimentos, para determinar el número mínimo de accionistas de cada compartimento se computarán exclusivamente los titulares de acciones por importe igual o superior a 12.500 euros.
- Este requisito relativo al número de accionistas se deberá cumplir durante el número de días

que represente al menos las tres cuartas partes del período impositivo.

En caso de no cumplir con los requisitos mencionados a partir del 1 de enero de 2022 las SICAVs tributarán al tipo general del 25% en el Impuesto de Sociedades. Además, esta modificación otorga a la Administración Tributaria la competencia de comprobar el cumplimiento de las reglas para determinar el número mínimo de accionistas requerido.

Con el objetivo de que los accionistas de las SICAVs que requieran una reestructuración puedan amoldarse a las nuevas exigencias de la LIS, el legislador introduce junto con la modificación del artículo 29 un régimen transitorio que se encontrará recogido en la Disposición Transitoria cuadragésima primera a partir de enero del año próximo.

Este régimen transitorio permite que todas aquellas SICAVs que acuerden su disolución y liquidación durante el año 2022 y realicen dentro de los seis meses posteriores todos los actos necesarios hasta su cancelación registral, se beneficien de las siguientes ventajas fiscales:

- La disolución quedará exenta de la modalidad de OS del ITP y AJD.
- Desde 1 de enero de 2022 hasta la fecha de la cancelación registral la SICAV con un mínimo de 100 accionistas podrá seguir aplicando el tipo reducido del 1% sin cumplir los nuevos requisitos.
- Siempre y cuando se reinvierta la totalidad del dinero o bienes recibidos en una o varias instituciones de inversión colectiva (IIC) que tributen al 1% en España dentro del plazo de reinversión, el socio se beneficiará de una neutralizada fiscal en los impuestos directos (IRPF, IS y IRNR) por la ganancia o pérdida patrimonial que resulte la liquidación de la SICAV. El plazo de reinversión será de siete meses desde la finalización del plazo para la adopción del acuerdo de disolución con liquidación, es decir, hasta julio de 2023. Al tratarse de un régimen de neutralidad, las acciones o participaciones adquiridas o suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones de la SICAV ya liquidada, además, no existirá obliga-

ción del socio a practicar pagos a cuenta directo sobre las rentas derivadas de la liquidación en su correspondiente impuesto.

- Estarán exentas del Impuesto sobre las Transacciones Financieras las adquisiciones de acciones sujetas a este impuesto, que tuvieran lugar como consecuencia de la disolución con liquidación y reinversión, siempre que se reinvierta en las condiciones establecidas por la Ley.

AUTOR

Miguel Grijelmo Zufía

Graduado en derecho económico por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados
m.grijelmo@barrilero.es
LinkedIn

“APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

ANTONIO TENA NÚÑEZ

El tres de septiembre entra en vigor la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La primera precisión que debemos exponer es que existen cuatro tipos de discapacidades, físicas, psíquicas, sensoriales y enfermedad mental y existen diferentes grados y muchas veces hay personas que sufren más de una y que se suelen agravar con la edad.

Las modificaciones aprobadas son muy numerosas y vienen recogidas en las 67 páginas del BOE del pasado 3 de junio, y afectan a ocho Leyes: Hipotecaria, Notariado, Enjuiciamiento Civil, Registro Civil, Jurisdicción Voluntaria, Protección Patrimonial, Código de Comercio y Código Civil.

En sus 152 apartados, esta importante Reforma traslada transversalmente a todas las normas que regulan la capacidad, los mandatos de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2.006 y en concreto el mandato del artículo 12 de la Convención que proclama que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Los principios básicos de la Reforma son pretender la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad a través de un sistema voluntario de apoyos con poderes preventivos y la utilización preferente de la institución de la Guarda de Hecho.

El principio rector de la Reforma es cambiar el paradigma de la eliminación de la capacidad y sustitución de la Voluntad por la Dignidad de la Persona y reconocimiento de su Capacidad y la prestación de apoyos respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona sin que haya conflicto de intereses y que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las circunstancias de las personas.

Una cuestión muy curiosa de la Reforma y que no suelen contener las disposiciones legales, es el mandato recogido en la Disposición Adicional Segunda que contempla la necesidad de Formación de todos los “agentes Jurídicos” implicados en la materia.

Así en el primer apartado de la mencionada DA 2ª los Ministerios de Justicia e Interior el CGPJ, la Fiscalía General, las CCAA y las entidades locales dentro de sus competencias, deberán asegurar la formación de los jueces, magistrados, fiscales, letrados de la Administración de justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad médicos forenses y a todos los funcionarios implicados en esta materia.

En el segundo apartado el mandato se dirige a los Colegios de la Abogacía, de Procuradores y de Graduados Sociales, Notarial y Registradores para que impulsen la formación y sensibilización de sus colegiados.

El tiempo y la práctica nos dirá si se ha acertado con esta reforma, necesaria y que desde el 2006 estaba en el “debe” de nuestros legisladores.

AUTOR

Antonio Tena Núñez

Licenciado en derecho económico por la Universidad de Deusto, es socio de Bufete Barrilero y Asociados, dónde dirige la división de derecho administrativo.

a.tena@barrilero.es
LinkedIn

LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO ACORDADO MEDIANTE AUTO CONCURSAL

ANITA TERFEA

La regulación de la impugnación del auto que acuerde la extinción colectiva de los contratos de trabajo dentro de una situación concursal no sufrió muchos cambios tras la reforma de la Ley Concursal. En concreto, como es conocido, se derogó el artículo 64.8 de la Ley Concursal que es muy similar a los actuales artículos 541 y 551 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, quedando de la siguiente manera:

Impugnación individual:

- Cuando del trabajador impugna individualmente sus circunstancias personales consignadas en el auto resolutorio del expediente de regulación de empleo concursal, se pueden impugnar las mismas mediante el incidente del artículo 541 de la TRLC. En este sentido, es preciso subrayar que el antiguo artículo 64.8 de la Ley Concursal también hacía referencia a esta cuestión.
- Legitimación: individual, con posibilidad de realizar una acumulación de acciones individuales.
- Órgano competente: el Juez del Concurso.

Impugnación colectiva:

- Se puede utilizar este método cuando se quiere impugnar la causa de la extinción colectiva, es decir la concurrencia de alguna de las siguientes causas: económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Legitimación: colectiva.
- Órgano competente: la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

DOCTRINA ACTUAL

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2021 sienta doctrina sobre la competencia jurisdiccional para la impugnación individual del despido colectivo frente a la empresa concursada y otra no concursada perteneciente al mismo grupo de empresas.

Supuesto de hecho: el trabajador incluido en una extinción colectiva de contratos concursal, al dictarse el auto por el Juez de lo Mercantil, impugna su despido y demanda ante la jurisdicción social a las dos empresas, la concursada y la no concursada. En las dos instancias anteriores se declara la incompetencia de la jurisdicción social sobre esta cuestión.

La Sala recoge que la decisión extintiva puede ser suscitada bien por el cauce colectivo a través del recurso de suplicación frente al Auto, o bien individualmente a través del incidente concursal laboral. Asimismo, subraya que “las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral.”. En este caso, el plazo del que disponen los trabajadores para interponer la correspondiente demanda es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Así, según apunta la Sala, la competencia exclusiva del Juez de lo Mercantil para conocer de las impugnaciones del despido acordado en el seno del concurso se limita a cuestiones relacionadas con la validez de la extinción acordada, incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. En el sentido contrario, si lo que se cuestiona no es la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual (retributivas, indemnizatorias) el competente para conocer de estas cuestiones es el Juzgado de lo Social.

En conclusión, dado que en la sentencia se estaba impugnando la resolución extintiva de los contratos de trabajo, conforme a la reiterada doctrina, la competencia es del Juzgado de lo Mercantil, debiendo haber utilizado el trabajador el incidente concursal laboral para esta cuestión.

AUTORA
Anita Terfea

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

a.terfea@barrilero.es
LinkedIn

LA COMPARECENCIA DEL ACUSADO MEDIANTE MEDIOS TELEMÁTICOS AVALADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

MARINA ALONSO VALIÑO

En una reciente sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha respaldado la facultad de los Tribunales de celebrar las vistas de manera telemática, sin la presencia física del acusado cuando haya razones que así lo justifiquen.

Nos referimos a la sentencia 652/2021, de fecha 22 de julio, de la que ha sido ponente el D. Antonio del Moral, y en la que el Tribunal ha considerado que las prevenciones que adoptó la Sala encargada del enjuiciamiento garantizaron sobradamente la participación del acusado en el juicio en que resultaría condenado. La cuestión se planteó ante el Tribunal Supremo, tras la admisión del recurso interpuesto por el condenado como autor responsable de un delito contra la salud pública a una pena de siete años y nueve meses de prisión y una pena de multa.

En el referido recurso, interpuesto por infracción de Ley y de precepto constitucional, se alegaba la vulneración del derecho de defensa del acusado por haberse celebrado el juicio oral telemáticamente, sin la presencia física del mismo, que se encontraba internado en un centro penitenciario. Alegaba además que su abogado interesó en la vista que se suspendiera el señalamiento hasta poder contar con la presencia de su cliente ante el Tribunal (en este caso la Audiencia Provincial de Madrid) a lo que el Ministerio Fiscal no se opuso. Sin embargo, la Sala no accedió a la petición formulada por la defensa, pues consideró que la situación de pandemia que se atravesaba en aquel momento, combinada con las circunstancias en las que se encontraba el recluso -prisión preventiva-, permitían la celebración del juicio oral sin la presencia física en sala de la parte acusada. Quedando todo ello amparado por el artículo 731 Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en adelante, LECrim-.

Establece el citado artículo que el Tribunal podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otros sistemas análogos que permitan la comunicación bidireccional y simultánea, cuando existan razones de utilidad, seguridad o de orden público; cuando la comparecencia de

quien haya de intervenir resulte gravosa o perjudicial; o, incluso en los supuestos de que se trate de menores. Dicho apartado se introdujo por la Ley Orgánica 13/2003, de 14 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional, siendo posteriormente modificado por la Disposición Final de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

En este mismo sentido, debemos hacer mención a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, referente a las medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. El artículo 14 de esta Ley no sólo habilita para la celebración de todo tipo de actos procesales mediante medios telemáticos, sino que establece que deben realizarse, preferentemente, por esta vía. En el caso de los juicios penales, y concretamente en casos de delitos graves, se mantiene como una cuestión excepcional puesto que siempre es preferible la presencia física del acusado en el acto del juicio. De igual forma, se señala en la LECrim la necesaria presencia física del investigado cuando se esté solicitando su prisión provisional o una pena de prisión superior a dos años.

En el caso que nos ocupa, el Alto Tribunal considera en la sentencia que, por medio de las prevenciones adoptadas se garantizó sobradamente la participación del que resultó condenado.

Igualmente, todo ello queda avalado por la normativa europea, siendo la videoconferencia un medio previsto por los diferentes Tratados y Convenios Internacionales, como son el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, el Acto del Consejo europeo de 29 de mayo de 2000 y el Convenio de la Unión Europea de la misma fecha, entre otros. Por ello, se entiende que la celebración de actos telemáticamente es compatible con el Convenio, el Consejo de Europa, así como con la propia Unión Europea.

Añadir por último que, recientemente, se ha introducido la Guía sobre el uso de videoconferencia en

procedimientos judiciales, de fecha 30 de julio de 2021, redactada por la Comisión Europea, y cuyas directrices 23 a 26 tratan sobre la participación efectiva del acusado en el proceso penal.

Diversos expertos en la materia consideran esta sentencia como un precedente de consulta obliga-

da, por su cumplimiento de los estándares de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los requisitos exigibles de necesidad, idoneidad, o, proporcionalidad.

AUTOR

Marina Alonso Valiño

Graduada en derecho por la Universidad de Deusto, máster de acceso a la abogacía por el Centro Universitario de Estudios Financieros, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

m.salve@barrilero.es
LinkedIn

30^{1991/2021}

BUFETE BARRILERO
y ASOCIADOS