



Derechos y garantías. El COVID-19 en el ámbito jurídico

Conclusiones

Yolanda García Calvente (coord.)

Derechos y garantías. El COVID-19 en el ámbito jurídico

Conclusiones

Derechos y garantías. El COVID-19 en el ámbito jurídico

Conclusiones

Yolanda García Calvente (coord.)



Edita:

Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces,
Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior,
Junta de Andalucía

© Del texto: los autores, 2021

© De la edición:

Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces
Bailén, 50 — 41001 Sevilla

Tel.: 955 055 210

Fax: 955 055 211

www.centrodeestudiosandaluces.es

Primera edición, octubre de 2021

ISBN: 978-84-123495-3-5

1.	PRESENTACIÓN	9
	<i>Yolanda García Calvente</i>	
2.	EFFECTOS DE LA PANDEMIA POR COVID-19 EN LA FISCALIDAD.....	23
	<i>Manuel Lucas Durán</i>	
3.	EFFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS LITIGIOS FAMILIARES TRANSFRONTERIZOS.....	35
	<i>Mercedes Soto Moya</i>	
4.	EFFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE Y EL TURISMO	45
	<i>Eugenio Olmedo Peralta</i>	
5.	EL TELETRABAJO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 28/2020: EFFECTOS DE LA PANDEMIA EN EL TRABAJO	63
	<i>Carolina Gala Durán</i>	
6.	CONCLUSIONES. TRABAJO A DISTANCIA, CONCILIACIÓN Y GASTO PÚBLICO	83

1. Presentación

Yolanda García Calvente
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga

Los últimos meses han provocado un punto de inflexión en numerosos aspectos de nuestras vidas, tanto en el ámbito de lo público como en aquellos que forman parte de lo privado. A todos nos resultan familiares términos que hasta hace poco apenas habíamos oído mencionar, la mayor parte de ellos procedentes del ámbito de la salud y la sanidad. Pero también se han incorporado a nuestras conversaciones habituales conceptos poco habituales fuera del ámbito jurídico o económico: teletrabajo, plazos administrativos, aplazamientos y fraccionamientos de impuestos, normativa reguladora de relaciones familiares, o derechos y garantías de los consumidores ante incumplimientos contractuales. Cuestiones que eran objeto de estudio por juristas y que quedaban ajenas al debate público han irrumpido con fuerza en éste durante la pandemia provocada por la COVID-19, dando lugar a incertidumbres y a la constatación de que es mucho lo que queda por resolver. Incluso son muchos quienes afirman que uno de los ámbitos que más han sufrido con la pandemia es el jurídico. Pensemos por ejemplo en los efectos jurídicos de las actuaciones gubernamentales llevadas a cabo con el fin de contener los contagios por coronavirus, y especialmente en la necesidad de integrar en las decisiones que se han ido adoptando, de manera satisfactoria, la tensión que se genera entre salud pública, seguridad sanitaria, o incluso economía, e intereses individuales y derechos fundamentales.

Probablemente pasarán los años y la situación actual será estudiada con alguna dosis de ventajismo histórico, pero también con la claridad que permite la lejanía de los hechos. Entenderemos entonces mejor qué ocurrió con nuestro sistema de fuentes,

comprenderemos por qué un sistema que debiera haber servido para conocer en todo momento quién y cómo debe decidir se convirtió precisamente en lo contrario: la justificación para eludir responsabilidades. Seremos capaces de hacer propuestas *de lege ferenda* tendentes a evitar que una crisis sanitaria mine los (débiles) cimientos sobre los que hemos ido asentando los pilares de nuestra sociedad. Y lo haremos sin la urgencia que ahora nos impide reflexionar con sosiego, pero también con la amargura de estar haciéndolo tarde.

No obstante, es necesario no demorar la reflexión y, sobre todo, es importante trasladar a la sociedad las respuestas que desde la Academia pueden aportarse al debate. Esta ha sido la intención del Ciclo de Webinars *Derechos y Garantías. El COVID-19 en el ámbito jurídico*, en el que se han tratado cuatro de las cuestiones más necesitadas de soluciones: la fiscalidad, el teletrabajo, las relaciones familiares en el ámbito internacional y las consecuencias del incumplimiento de contratos en el ámbito turístico. Todas ellas inciden en nuestras vidas de forma relevante, y exigen ser tratadas con seriedad.

Evidentemente, podríamos haber hablado de otros muchos temas: baste mencionar por ejemplo el interesante debate que comienza a gestarse en estos días sobre otro tipo de incumplimientos contractuales: los de los contratos firmados con las farmacéuticas fabricantes de vacunas con la Unión Europea, por ejemplo. O el relativo a los límites de la autonomía personal cuando ésta puede colisionar con la salud pública. Creo importante destacar que el Derecho es uno de los instrumentos con mayor potencial socio transformador, y que por ello quienes nos dedicamos a su estudio tenemos la responsabilidad de contribuir a su «humanización».

Por todo ello, una vez más es necesario recordar que toda sociedad necesita garantizar el imperio de las normas jurídicas, pero también que es importante contar con mecanismos de adaptación tanto a los avances sociales como a las múltiples situaciones inesperadas que pueden conmocionar los cimientos de cualquier colectividad.

En las páginas que siguen, se describen situaciones, se plantean preguntas, y se avanzan posibles soluciones, tarea que se ha abordado con seriedad y rigurosidad pero intentando a la vez que cualquier observador de la realidad, con independencia de su especialización, pueda comprender la magnitud de los temas apuntados. Por ello se han eliminado referencias bibliográficas y se han reducido al máximo las notas a pie de página. Todas las cuestiones apuntadas pueden ser objeto de una extensión y desarrollo mucho mayor, pero nuestra intención con esta obra es la de trasladar al lector cómo una pandemia inesperada transforma la forma en la que nos relacionamos, tra-

bajamos, nos movemos. Y, sobre todo, hemos querido mostrar como la Ciencia Jurídica no permanece ajena —no debe permanecer ajena— a las cuestiones que preocupan y ocupan a tantas personas.

En relación con la primera de las cuestiones estudiadas («Efectos de la pandemia por COVID-19 en la Fiscalidad»), interesa destacar un hecho que, no por conocido, sigue siendo necesario recordar, y es que el artículo 31 de nuestra Constitución establece cuál debe ser el objetivo principal del sistema tributario, y que no es otro que el de conseguir que todos contribuyamos al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con nuestra capacidad económica, mediante un sistema justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Estos límites al poder impositivo no decaen en situaciones como la que vivimos: el Estado necesita más que nunca ingresos con los que sostener un gasto público que se eleva exponencialmente, es cierto, pero no lo es menos que en su búsqueda debe adaptarse a una merma de capacidad económica generalizada que con las normas prepandemia es difícilmente constatable y asumible. En efecto, las normas tributarias actuales están configuradas para su aplicación en un contexto muy distinto del generado por el COVID-19, y los mecanismos de reacción previstos en nuestro sistema jurídico no son los suficientemente ágiles. En consecuencia, medidas que no hace mucho conformaban un sistema que cumplía con una intensidad aceptable con las exigencias de justicia, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, dan lugar ahora a situaciones injustas, a desigualdad y en muchos casos a situaciones cercanas a lo confiscatorio. Pensemos por ejemplo en las personas integradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuyas obligaciones fiscales gravitan en gran medida en torno a presunciones, y que se encuentran ante enormes pérdidas cuando no ante una ausencia prácticamente total de ingresos. En el trabajo del profesor LUCAS DURÁN se realiza un interesante recorrido por las cuestiones que han generado mayores problemas y por las respuestas legislativas que han tratado de darles solución: concesión de aplazamientos del ingreso de deudas tributarias, ampliaciones de plazos de ingreso, o exenciones tributarias. Las medidas en cuestión proceden tanto del legislador estatal como de los autonómicos, y evidentemente también se han adoptado decisiones en el ámbito local. En algunos casos la intención de las modificaciones legislativas no ha tenido como fin únicamente poder reconsiderar la capacidad económica sometida a gravamen, sino que han respondido a la necesidad de incentivar determinadas actuaciones. Como ejemplo podemos referirnos al *Decreto-Ley 19/2020, de 14 de julio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se establecen medidas urgentes en materia de sanidad, fiscales y presupuestarias*, y en el que destaca el establecimiento de una nueva deducción en el IRPF, exclusiva para el año 2020, que permite la deducción del 15 % de las cantidades donadas al Servicio Andaluz de Salud destinadas a la lucha contra el COVID-19, con

un límite de 500 euros. En el ámbito estatal, el artículo 47 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* (Donaciones para apoyo frente al COVID-19), con el mismo objetivo, establece que:

Las donaciones de dinero que se efectúen para contribuir a la financiación de los gastos ocasionados por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 se ingresarán en la cuenta del Tesoro Público ES17 9000 0001 2002 5001 2346 u otra que se designe a tal efecto y generarán crédito de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre de 2003, General Presupuestaria en el Ministerio de Sanidad, aplicación presupuestaria 26.09.313A.228 «Gastos originados en el Sistema Nacional de Salud derivados de la emergencia de salud pública en relación con el COVID-19 en España», sin necesidad de aceptación expresa.

Las donaciones de equipamiento y suministros destinados a la lucha contra el COVID-19 que tengan la consideración de bienes muebles se entenderán aceptadas por su mera recepción por el Ministerio de Sanidad o por el órgano u organismo que este designe como destinatario.

Las donaciones de bienes inmuebles serán aceptadas por la Ministra de Hacienda, en la forma prevenida en la legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas, pudiendo destinarse los inmuebles directamente a la lucha contra el COVID-19 o enajenarse y aplicar el producto obtenido a esta finalidad.

Las cantidades obtenidas por estas vías quedarán afectadas a la financiación exclusiva de los gastos derivados de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y podrán destinarse a atender gastos tales como equipamientos e infraestructuras sanitarias, material, suministros, contratación de personal, investigación y cualquier otro que pueda contribuir a reforzar las capacidades de respuesta a la crisis derivada del COVID-19.

Estas donaciones tendrán efectos fiscales en las declaraciones correspondientes a 2020 cuya presentación se realizará en el año 2021, conforme a lo previsto en la *Ley 49/2002 de 23 de diciembre de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo*, en la que se establecen beneficios fiscales a los donativos y donaciones realizadas a las entidades beneficiarias del mecenazgo, entre las que se encuentran el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales. Así, esta medida tendrá

efectos en las declaraciones del IRPF y también en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Obviamente, las medidas previstas durante estos meses no han conseguido dar respuesta al amplio elenco de efectos negativos derivados de la pandemia, y se ha intensificado la tensión entre la necesidad de incrementar los ingresos con los que hacer frente a un gasto público desbocado por las necesidades sanitarias y sociales y una enorme crisis económica cuyas consecuencias para los particulares han sido inmediatas y devastadoras para muchos sectores. En un territorio como el andaluz, enormemente dependiente del sector turístico, la situación es especialmente grave.

Una de las conclusiones más claras que podemos extraer de las páginas que se dedican a la fiscalidad es la de que los sistemas tributarios, para que puedan cumplir con la función que les es propia, deben estar en constante evolución. De lo contrario, devienen en meras compilaciones normativas carentes de eficacia. Y es que, en efecto, aparecen nuevas instituciones, surgen fenómenos difíciles de encajar en las reglas impositivas, y es preciso realizar un gran esfuerzo a tratar de solventar «externalidades» fiscales de crisis como la actual.

Pero esta crisis no pone a prueba nuestro sistema sólo en materia económica. También se han producido efectos muy relevantes en el ámbito de lo social, y un buen ejemplo de ello es el de los conflictos familiares transfronterizos. Tal como ha expuesto AYUSO SÁNCHEZ, entender a la familia como algo privado, que solo incumbe a sus miembros, es un elemento que caracteriza a los países del sur de Europa y no motiva a la movilización ciudadana para reivindicar mejoras públicas en este ámbito, siendo este un tercer elemento fundamental para entender la ausencia de política familiar en España. La profesora SOTO MOYA incide en su trabajo en una cuestión no carente de aristas, cual es la de los conflictos familiares con algún elemento internacional en tiempos de una pandemia que ha limitado, cuando no imposibilitado, la movilidad y la convivencia. Una cuestión que de por sí ya planteaba numerosas incertidumbres ha pasado a ser uno de los temas más necesitados de reflexión y previsión.

El tercer bloque de análisis se centra en los incumplimientos contractuales en los ámbitos del transporte y del turismo: el profesor OLMEDO PERALTA analiza los efectos de la COVID-19 sobre ellos. Así, sistematiza las consecuencias de los incumplimientos, ya sean debidos a imposibilidades definitivas o temporales, sin perder de vista los problemas de liquidez que afectan a muchas de las empresas sujetos (involuntarios en la mayor parte de las ocasiones) de los incumplimientos.

Por otro lado, durante este tiempo gran parte de la población se ha visto obligada a conciliar en un entorno totalmente distinto al habitual. Ello ha acelerado las propuestas relacionadas con el trabajo a distancia, y ha puesto también de manifiesto no sólo las ventajas de esta modalidad de trabajo, sino también los problemas y dificultades que derivan de ella. Por ello, es necesario analizar con cautela los instrumentos jurídicos existentes y elaborar propuestas *de lege ferenda* que supongan un avance en el tema planteado. Pero también es muy importante explorar nuevas vías que tomen como punto de partida la gobernanza y, en definitiva, la necesidad de superar soluciones marcadamente unilaterales y tecnocráticas y de centrarse en planteamientos más acordes con la necesidad de contar con la participación ciudadana en la elaboración de políticas públicas, y especialmente en las políticas que aúnan el ámbito de la familia y el laboral. Conviene tener presente que las estructuras sociales y familiares están sufriendo un proceso de fragilización que provoca una mayor vulnerabilidad de determinados colectivos, y que los poderes públicos, sobre todo en situaciones de grave crisis económica, no son capaces de suplir el papel que tradicionalmente había cumplido la institución familiar. La profesora GALA DURÁN ha realizado un trabajo riguroso que nos permite conocer como el teletrabajo emerge como solución y parece una innovación con origen en estos tiempos convulsos cuando realmente es un fenómeno con muchos años de evolución que, por un lado, ha permitido un cierto grado de continuidad en el ámbito laboral, pero también abre muchos interrogantes. Además de las cuestiones tratadas por esta autora, conviene tener en cuenta que en el ámbito tributario, si bien la atención que se le ha prestado es evidentemente menor que la que se le ha dedicado desde el Derecho del Trabajo, encontramos referencias a él tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En este momento, la intención de esta autora no es otra que la de apuntar las cuestiones más relevantes o susceptibles de una mayor profundización, por lo que estas páginas no constituyen un estudio exhaustivo de la fiscalidad del teletrabajo.

Hasta el momento, la cuestión a la que se ha prestado mayor interés tiene que ver con la deducibilidad de los gastos generados por el teletrabajo. Y cualquier respuesta pasa por un comentario previo sobre quién asume los mismos. De hecho, ésta ha sido una de las cuestiones que más controversia ha generado durante los meses previos a la aprobación de la normativa española sobre trabajo a distancia. Finalmente, la decisión al respecto ha sido la de atribuir al empleador la obligación de proveer de los medios necesarios para el desarrollo del mismo, debiendo incluirse de forma obligatoria en el acuerdo de trabajo a distancia:

b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación (artículo 7 b).

De forma más precisa, el artículo 11 desarrolla el que se ha dado en denominar: «Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas», según el cual:

1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.
2. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo.

Y en el artículo 12 («El derecho al abono y compensación de gastos»), se indica que:

1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.
2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

En idéntico sentido, en el artículo 47.bis del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, se ha incluido lo siguiente: «4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad». En este caso, y aunque no sea éste el objetivo de este trabajo, se da lugar a múltiples dudas respecto a la aplicación práctica de una obligación respecto de la que no se han previsto modificaciones normativas que reducen la capacidad de cumplimiento de la misma por parte de las entidades del sector público. Me refiero,

obviamente, a los límites que derivan de la normativa presupuestaria. El interés de esta cuestión merece sin duda una reflexión más profunda.

En definitiva, dada la recién aprobada configuración de la asunción de los gastos derivados del teletrabajo, en el ámbito tributario la cuestión se reconduce a la deducibilidad de los gastos, ya sea en el Impuesto sobre Sociedades o en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Rendimientos de Actividades Económicas). Y sin duda, queda mucho camino por recorrer a partir de ahora.

Probablemente, hasta este momento el trabajo más completo sobre el teletrabajo en el ámbito tributario era el publicado por el profesor MARTOS con el título: *Criterios de sujeción de las rentas del teletrabajo internacional. Residencia fiscal y doble imposición internacional*. En este estudio, escrito hace casi dos décadas, se profundizaba en la peculiaridad de las rentas que genera el teletrabajo, debido a la novedad que suponía en aquel momento la localización en jurisdicciones distintas de trabajador y empresa, sin que el primero tenga que desplazarse hasta el Estado en el que se encuentra el centro de trabajo, alterándose en algunos supuestos los criterios de sujeción establecidos en los convenios y en la normativa sobre no residentes. La principal conclusión de este autor era la siguiente:

Si los Convenios quieren seguir manteniendo el mismo reparto de potestades tributarias que venían realizando hasta ahora, deviene imprescindible que se modifique el artículo 15 del Convenio o bien los comentarios al mismo, de manera que, para las nuevas modalidades de trabajo dependiente prestadas a distancia, se establezca como criterio de sujeción el lugar donde se encuentre el pagador o donde sea utilizado el servicio. Y en la misma línea, se debería plantear la vuelta al criterio del lugar donde se localice el pago para supuestos de rentas de teletrabajo internacional, a efectos de la normativa interna que vincula por obligación real de contribuir al perceptor de la renta. En nuestro Ordenamiento, solicitamos que la excepción prevista en el art. 12.3.d) Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante LIRNR) no se aplique a estos supuestos.

La facilidad con la que esta nueva modalidad de empleo permite la movilidad del factor trabajo, hace que las cuestiones planteadas en este trabajo sigan estando vigentes, y que esta cuestión sea probablemente una de las que mayores problemas plantee en el futuro. Ya en 2002 se elaboró un Informe en el marco de un Proyecto Europeo sobre Teletrabajo desarrollado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España en el que se adelantaba cómo:

La «ubicuidad del trabajo» facilitada por los avances tecnológicos no reconoce fronteras. La prestación de servicios puede situarse en cualquier rincón del globo donde existan las infraestructuras y los trabajadores necesarios. Ello permite a quienes recurren a estas formas de trabajo eludir la aplicación de la legislación laboral del país en el que operan, optando por los «destinos laborales» que se presenten más atractivos desde el punto de vista de los costes. Se posibilita así una «elección a la carta» del régimen de la prestación laboral y una «importación virtual» del trabajo al precio del Estado menos protector. El teletrabajo transnacional y la subcontratación remota de servicios constituyen, por ello, mecanismos capaces de favorecer el denominado dumping social.

En la doctrina administrativa encontramos también algunas (escasas) referencias a la tributación del teletrabajo. Por ejemplo, en la Consulta vinculante núm.V0906/17 de 11 abril, al hilo de la situación de una trabajadora residente en España que prestaba sus servicios para una empresa estadounidense, se afirma:

A este respecto, la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) remite al párrafo 1 de los Comentarios al artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE (en adelante, MCOCDE), relativo a la imposición de la renta del trabajo dependiente, a la luz de los cuales se interpreta el citado artículo 16 del Convenio, en el que se establece lo siguiente:

«(...) El citado trabajo se realiza efectivamente en el lugar donde el empleado esté físicamente presente cuando efectúa las actividades por las que se paga dicha renta. Como consecuencia de ese principio, un residente de un Estado contratante que perciba una remuneración, en concepto de un trabajo dependiente, de fuentes situadas en el otro Estado, no puede estar sujeto a imposición en ese otro Estado respecto de dicha retribución por el mero hecho de que los resultados de su trabajo se exploten en ese otro Estado».

Por tanto, se concluye que: «si la consultante es residente fiscal en España, al obtener rentas del trabajo derivadas de realizar teletrabajo desde un domicilio privado en España, se entenderá que el empleo se ejerce en España (siendo irrelevante que los frutos del trabajo se perciban por una empresa estadounidense), por lo que dichas rentas solamente tributarán en España, como rendimientos del trabajo del artículo 17.1 de la LIRPF, al derivar de una relación laboral».

En cuanto a la posibilidad de deducir, en su declaración del IRPF, el impuesto que la consultante hubiera satisfecho en Estados Unidos por la percepción de tales rendimientos,

...dado que la cuantía del impuesto estadounidense que puede ser deducido de la cuota del IRPF (deducción por doble imposición internacional del artículo 80 de la LIRPF) no excederá en ningún caso del importe que, derivado de la correcta aplicación del Convenio hispano-estadounidense, correspondiera gravar a Estados Unidos, y, con arreglo a lo indicado anteriormente, de conformidad con el citado Convenio, los rendimientos del trabajo objeto de consulta solamente pueden someterse a gravamen en España, no procederá aplicar la deducción por doble imposición internacional por un gravamen satisfecho en Estados Unidos por tales rendimientos, sin perjuicio de que la consultante pueda solicitar la devolución de dicho gravamen en Estados Unidos.

En idéntico sentido pueden leerse otras contestaciones, en las que se establece el criterio de la residencia como el eje a partir del cual deben examinarse supuestos como los planteados (Consulta vinculante núm. V3945/15 de 10 diciembre, o Consulta vinculante núm. V1952/16 de 6 mayo). Por tanto, si hablamos de una persona residente fiscal en España, aunque ejerza en otro estado, y con independencia de que exista un Convenio de Doble Imposición que permita el gravamen de las rentas del trabajo también en el país del empleador para el que se realiza el trabajo, tributará en España. Y si, por el contrario, un no residente teletrabaja para una empresa española, tributará en el país de residencia.

Y, aunque circunscritas a territorio foral, el tratamiento fiscal de la compensación de gastos derivados del teletrabajo ha sido analizado en sendas resoluciones de la Agencia Tributaria de Navarra:

b) ADSL instalada en el domicilio particular del trabajador para teletrabajo.

El artículo 68.3 de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, relativo a la Deducción por gastos de formación del personal, establece:

«La deducción también se aplicará para aquellos gastos efectuados por la entidad con la finalidad de habitar a los empleados en la utilización de nuevas tecnologías. Se incluyen entre dichos gastos los realizados para

proporcionar, facilitar o financiar su conexión a Internet, así como los derivados de la entrega gratuita, o a precios rebajados, o de la concesión de préstamos y ayudas económicas para la adquisición de los equipos y terminales necesarios para acceder a aquélla, con su software y periféricos asociados, incluso cuando el uso de los mismos por los empleados se pueda efectuar fuera del lugar y horario de trabajo. Los gastos a que se refiere este número tendrán la consideración, a efectos fiscales, de gastos de formación del personal y no determinarán la obtención de un rendimiento de trabajo para el empleado.»

Por su parte, la letra g) del apartado 1 del artículo 15 de la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como ya hemos visto, excluye de la consideración de rendimientos en especie las cantidades destinadas a satisfacer gastos de formación profesional.

Por lo tanto, las ayudas para la instalación de ADSL en el domicilio particular del trabajador para teletrabajo no determinarán la obtención de un rendimiento de trabajo para el empleado.

La incidencia de la COVID-19 en el teletrabajo ha llevado a que Luxemburgo y Francia adopten una medida excepcional aplicable a los trabajadores transfronterizos, cuestión que en relación con el teletrabajo, tiene una importancia considerable y que deberá ser también objeto de un análisis más detenido:

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise, signée en 2018, les frontaliers français peuvent télétravailler depuis la France jusqu'à 29 jours au profit de leur employeur luxembourgeois sans que la rémunération afférente ne soit imposée en France.

Les autorités françaises et luxembourgeoises estiment que la situation actuelle liée au coronavirus constitue un cas de force majeure. Dès lors, il a été convenu qu'à partir de samedi 14 mars 2020, la présence d'un travailleur à son domicile pour y exercer son activité, pourra ne pas être prise en compte dans le calcul du délai de 29 jours. Cette mesure est applicable jusqu'à nouvel ordre.

Les modalités particulières d'application de ces décisions, qui prennent effet à compter du 14 mars 2020, seront précisées ultérieurement.

Teniendo en cuenta que los trabajadores afectados por esta decisión son más de 100.000, la medida supone un claro ejemplo de la capacidad de buscar soluciones solidarias a situaciones inesperadas. Francia ha acordado con Alemania, Bélgica, Suiza y Luxemburgo que el régimen impositivo aplicable no se vea afectado por el hecho de que los trabajadores fronterizos permanezcan en su domicilio en esta situación de fuerza mayor. En nuestro país no se ha adoptado ninguna medida similar, y hubiera sido muy conveniente, dada la trascendencia económica de nuestras fronteras, que se hubiera trabajado en ello.

La Unión Europea, publicó un documento informativo titulado: *Information for the attention of frontier workers and posted workers affected by the restrictions on free movement of people being imposed by a number of EU Member States as a result of COVID-19*, en el que se aclaraba que los trabajadores fronterizos obligados a teletrabajar desde su país de origen como consecuencia de la pandemia no pasan a tener la consideración de trabajadores desplazados, ni les son aplicables, por tanto, las consecuencias fiscales de este concepto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Tratado de la Unión Europea, y en el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Texto pertinente a efectos del EEE, estos trabajadores deben beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

Una de las situaciones a las que ha dado lugar la pandemia es que los trabajadores autónomos han debido adaptarse al teletrabajo. En estos casos, en los que el trabajo comienza a llevarse a cabo desde el propio domicilio, es preciso hacer referencia a las posibles modificaciones en la deducción de gastos, ya sean los derivados de suministros o los que traen causa de la utilización de la vivienda.

El artículo 30.2.5 b) de la LIRPF indica que:

En los casos en que el contribuyente afecte parcialmente su vivienda habitual al desarrollo de la actividad económica, los gastos de suministros de dicha vivienda, tales como agua, gas, electricidad, telefonía e Internet, en el porcentaje resultante de aplicar el 30 por ciento a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad respecto a su superficie total, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior.

En relación con esto último, será necesaria la presentación de la declaración censal que acredite que la afectación se ha producido (Modelos 036 y 037), para lo que es indiferente que la vivienda en cuestión se posea en propiedad o en alquiler, como también lo es el porcentaje de titularidad de la misma.

A partir de la presentación de la declaración censal, se aplicarán los criterios generales, que pasan por la posibilidad de deducir los gastos de amortización y los inherentes a la propiedad (IBI, comunidad de propietarios, tasa de basuras), siempre que estén afectos a la actividad. También son deducibles los referidos a bienes imprescindibles para la realización de la actividad (ordenador, etc.).

En cuanto al IVA, se permite la deducción de la cuota soportada en la adquisición de los bienes de inversión (valor superior a 3.005,06 euros), en la proporción en la que sean utilizados en la actividad. Los suministros no son deducibles, ya que se exige afectación exclusiva.

En una reciente Resolución de la DGT se advierte de que la exención que se contiene en el artículo, apartado uno, número 23º, de la Ley 37/1992:

...no es una regulación de carácter objetivo, que atienda al bien que se arrienda para determinar la procedencia o no de la misma, sino que se trata de una exención de carácter finalista que hace depender del uso de la edificación su posible aplicación, siendo la exención preceptiva cuando el destino efectivo del objeto del contrato es el de vivienda, pero no en otro caso.

El uso efectivo del edificio o parte del mismo como vivienda, aun siendo requisito necesario para la aplicación del supuesto de exención que se discute, no es, sin embargo, requisito suficiente, ya que, de acuerdo con la redacción del precepto, ha de entenderse que el uso como vivienda de la edificación ha de realizarse necesaria y directamente por el arrendatario, consumidor final a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, y no por terceras personas.

Por consiguiente, el arrendamiento de un inmueble, cuando se destine para su uso directo y exclusivo como vivienda, estará sujeto y exento del Impuesto sobre el Valor Añadido, siempre y cuando no se trate de alguno de los supuestos excluidos de la exención establecidos en el artículo 20. Uno.23º de la Ley 37/1992.

En otro caso, el mencionado arrendamiento estará sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido. En particular, será así en los arrendamientos de viviendas que sean utilizadas por el arrendatario para otros usos, tales como oficinas o despachos profesionales, incluso cuando sobre una misma edificación se realicen dos contratos distintos, uno para la vivienda y otro para el despacho profesional.

De acuerdo con lo dispuesto anteriormente, estará sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido el alquiler del inmueble a que se refiere el escrito de consulta, dado que el arrendatario no lo destinará exclusivamente a vivienda, sino que, en parte, lo utilizará como despacho profesional.

Y ello, independientemente de los metros de la vivienda que se destinen en la práctica al desarrollo de la actividad económica, algo que Tributos justifica en la referida resolución citando un fragmento de la Ley 37/1992 que delimita las posibles exenciones del IVA relativas a arrendamientos de la siguiente forma:

...los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas o a su posterior arrendamiento por entidades gestoras de programas públicos de apoyo a la vivienda o por sociedades acogidas al régimen especial de Entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas establecido en el Impuesto sobre Sociedades.

El criterio administrativo expresado en esta Resolución ha sido objeto de críticas, entre otras razones por la incoherencia de impedir la exención por la mera afectación parcial de la vivienda a la actividad económica a la vez que, precisamente como consecuencia de ese uso mixto, se niega el derecho a la deducción de las cuotas soportadas del IVA. Además, hay que tener en cuenta que el arrendador debe cumplir una serie de obligaciones vinculadas con esta situación y que no siempre tendrás la información necesaria para cumplirlas.

2. Efectos de la pandemia por COVID-19 en la Fiscalidad

Manuel Lucas Durán

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Alcalá. Madrid

El confinamiento estricto que se vivió hace unos meses con el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020 modificó irreversiblemente las relaciones entre, por un lado, ciudadanos y empresas y, por otro lado, las Administraciones tributarias. Ello es así porque la prohibición general de salir del domicilio habitual, salvo para casos excepcionales, y el consiguiente cierre de las Administraciones públicas en prácticamente todos sus ámbitos, impidió el cumplimiento normal de las obligaciones tributarias.

Por ello, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no sólo se *suspendieron plazos procesales* (disposición adicional segunda), para todas aquellas actuaciones judiciales pendientes en el momento de la declaración del estado de alarma, sino también los *plazos administrativos* (disposición adicional tercera) —aunque sin resultar de aplicación a los plazos tributarios, lo cuales, como se indicará seguidamente, se regularon por otras disposiciones— y *los plazos de prescripción y caducidad* (disposición adicional cuarta). En puridad, y más allá de la suspensión de los plazos procesales, de prescripción y caducidad —en lo que afectarán a procedimientos y procesos tributarios—, prácticamente no hubo medidas adoptadas en ese Real Decreto de declaración del estado de alarma en el ámbito que ahora se estudia.

No obstante, esa falta de previsión expresa en el Real Decreto 463/2020 se vio suplida por otras medidas aprobadas en otras normas. Así, por un lado, el artículo 14 del Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se aprueban medidas económicas ur-

gentes para responder al impacto económico del COVID-19, recoge la *concesión genérica de un aplazamiento del ingreso de la deuda tributaria*, en el ámbito de las competencias de la Administración tributaria del Estado, de 6 meses —los primeros 4 meses sin intereses— respecto de las declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones (incluso las relativas a retenciones, tributos repercutidos o pagos fraccionados) cuyo plazo de presentación e ingreso finalizara desde el 13 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020, siempre que se hayan solicitado por cuantía inferior a 30.000 euros y el volumen de operaciones del solicitante no excediera de 6.010.121,04 euros en el año 2019. Con ello se pretendía evitar una denegación del aplazamiento solicitado de las deudas tributarias por silencio administrativo, habida cuenta del cierre prácticamente total de las Administraciones durante varios meses.

Del mismo modo, y ya en relación con los plazos de ingreso de deudas tributarias, el artículo 33 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, recogió la *ampliación de una serie de plazos tributarios* y también de la Dirección General del Catastro hasta el 30 de mayo de 2020, indicándose asimismo que

...[e]l período comprendido desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley hasta el 30 de mayo 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...

si bien dicho periodo tampoco «computará a efectos de los plazos establecidos en el artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ni a efectos de los plazos de caducidad» aun cuando

...[a] los solos efectos del cómputo de los plazos previstos en el artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el curso de reposición y en los procedimientos económico-administrativos, se entenderán notificadas las resoluciones que les pongan fin cuando se acredite un intento de notificación de la resolución entre la entrada en vigor del presente real decreto-ley y el 30 de mayo de 2020.

Y, por lo demás, también se indica en el referido artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020 que

...[e]l plazo para interponer recursos o reclamaciones económico-administrativas frente a actos tributarios, así como para recurrir en vía administrativa las resoluciones dictadas en los procedimientos económico-administrativos, no se iniciará hasta concluido dicho período, o hasta que se haya producido la notificación en los términos de la Sección Tercera del Capítulo II del Título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria, si esta última se hubiera producido con posterioridad a aquel momento.

Además, el artículo 53 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo extiende lo regulado en el referido artículo 33 del Real Decreto-Ley 8/2020 a las actuaciones seguidas en relación con tributos autonómicos y locales, incluso a procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020.

En otro orden de cosas, y también en el ámbito de las competencias de la Administración tributaria del Estado, a tenor del artículo único del Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, el *plazo de presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias* —distintas a las aduaneras— de obligados tributarios con volumen de operaciones no superior a 600.000 euros en el año 2019 y cuyo vencimiento se produjera a partir del 15 de abril de 2020 y hasta el 20 de mayo de 2020, se extenderá hasta esta última fecha (o al 15 de mayo si se eligió la domiciliación como forma de pago).

Como se deriva de las disposiciones antes referidas, el legislador estatal —y, asimismo, el autonómico y foral— ha tenido especial cuidado en evitar situaciones problemáticas en relación con la gestión tributaria de las distintas administraciones, tomando en consideración que las actuaciones administrativas se han visto gravemente limitadas y, del mismo modo el cumplimiento de las cargas impuestas por la normativa a los distintos obligados tributarios se ha visto seriamente dificultado.

Por lo demás, y una vez referidas las acciones aprobadas en relación con la extensión de plazos en actuaciones tributarias, también resulta interesante referirse, siquiera someramente, a las medidas adoptadas por las distintas administraciones tributarias y que prevén algún tipo de *flexibilización de las medidas de atención a obligados tributarios y, en general, de gestión tributaria*, con especial referencia a las que pretenden favorecer las transacciones electrónicas apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

En relación con los tributos de titularidad y gestión estatal (básicamente: IRPF, Impuesto sobre Sociedades —IS—, Impuesto sobre la Renta de no Residentes —IRNR—

e Impuesto sobre el Valor Añadido —IVA—), los problemas que ha planteado la pandemia de COVID-19 han sido de varios tipos, tal y como se indica seguidamente.

Por un lado, se han planteado una serie de dudas en relación con la *residencia fiscal de los contribuyentes* que por motivo de la pandemia, han prolongado su estancia en un determinado territorio y que, consiguientemente, pudieran tener su efecto en impuestos como el IRPF, IS, IRNR o Impuesto sobre el Patrimonio —IP—. Y ello resulta relevante tanto en el ámbito internacional (para considerar a una persona física o sociedad residente en España) como a nivel interno (en relación con la residencia autonómica de los contribuyentes). Del mismo modo, se han planteado dudas en relación con otras cuestiones relacionadas con la aplicación territorial de la norma a ciertas situaciones (*v. gr. establecimientos permanentes*).

Así, desde una *perspectiva internacional*, los efectos del confinamiento pudieran generar problemas en relación con la consideración de establecimientos permanentes y residencia de personas físicas y jurídicas, si bien en caso de que exista convenio para evitar la doble imposición el juego de los artículos 4 y 5 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición en renta y patrimonio (MCOCDE) —que se corresponde, por lo general, en numerales similares de los artículos en el particular convenio bilateral—, sobre todo si se interpretan desde una perspectiva finalista los referidos preceptos pues:

- i. por un lado, la residencia fiscal atiende fundamentalmente al centro de intereses vitales de las personas físicas y a la sede de dirección efectiva, aspectos que no suelen cambiar por razones de confinamiento debidos a la pandemia, máxime si se realiza una interpretación teleológica de tales preceptos; y
- ii. si bien el establecimiento permanente depende en algunos casos de aspectos temporales (como sería el transcurso de un número de meses en la realización de una obra), lo cierto es que la normativa interna que declara suspensión de plazos tributarios en una multiplicidad de aspectos pudiera, acaso, resultar aplicable a este tipo de supuestos.

Sí que es cierto que en casos en que no exista convenio bilateral para evitar la doble imposición, las circunstancias de confinamiento podrían resultar relevantes a los efectos de la consideración de residencia fiscal en España, pues el artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIR-PF), hace referencia, de forma adversativa, por un lado al cómputo de días en territorio nacional y, de otro lado, a la radicación en España del núcleo principal o la base de sus

actividades o intereses económicos, siendo así que, desde una interpretación estricta, siempre que se superara físicamente el número de días en nuestro país se alcanzaría la residencia en el mismo. Ello no obstante, desde interpretaciones más sistemáticas —atendiendo a la suspensión de plazos a efectos tributarios antes referidas— y finalistas, entiendo que difícilmente puede considerarse que el transcurso del tiempo de confinamiento pueda conllevar, aun en casos en los que no exista convenio bilateral para evitar la doble imposición, residencia fiscal en nuestro país.

Por otro lado, desde una *perspectiva interna*, el concepto de residencia fiscal autonómica está muy relacionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, con el lugar donde se tenga la vivienda habitual y el principal centro de intereses económicos, circunstancias que no variarán, en la normalidad de los casos, en función de la mayor o menor movilidad de las personas o de situaciones de confinamiento.

Por otro lado, en relación con la *variación de la capacidad económica* que pueda experimentar el sujeto pasivo por causa de la pandemia, es preciso contemplar diversos supuestos.

Así, por un lado, y en relación con la tributación de *los arrendamientos*, es preciso indicar que, en lo que concierne al *IRPF*, cabe diferenciar varios supuestos:

- i. si las partes acuerdan una reducción de la renta del alquiler del inmueble, la renta gravable será la acordada por las partes¹;
- ii. si se difiere el pago no se imputará el mismo hasta que se pague, lo cual puede conllevar el desplazamiento a otro periodo impositivo;
- iii. si se realizaron impagos no consentidos por el cedente del inmueble, habrán de aplicarse las reglas generales previstas para los saldos de dudoso cobro.

1 Particularmente, recoge la contestación a la consulta de la DGT de 21 de abril de 2020 (V0985-20) que «para el cálculo del rendimiento neto del capital inmobiliario debe tenerse en cuenta que las modificaciones en el importe fijado como precio del alquiler (cualquiera que sea el importe de la reducción), determinará que el rendimiento íntegro del capital inmobiliario correspondiente a los periodos a los que afecte será el correspondiente a los nuevos importes acordados por las partes». En sentido similar *vid.* la contestación a la consulta de la DGT de 7 de septiembre de 2020 (V2739-20).

Por su parte, y en lo que respecta al IVA de arrendamientos no exentos (como sería el caso, por ejemplo, de los locales comerciales), las reglas de tributación variarían también en función de que se reduzca de forma consensuada la renta del alquiler o no —devengándose o no el IVA—, o bien que se difieran pagos o, simplemente, que no se reciban los pagos pero se esperen recibir en un futuro, en cuyo caso la repercusión del IVA seguirá el régimen de exigibilidad que marquen las partes. En otro orden de cosas, es preciso indicar que la DGT ha entendido que las consecuencias del confinamiento no tienen efecto tributario alguno en relación con el cómputo de rentas en especie como la puesta a disposición de vehículos —aunque no hayan podido utilizarse—, ni en relación con las rentas imputadas inmobiliarias referidas a segundas viviendas —aun cuando no se hayan podido disfrutar.

Consecuentemente, y dado que la mayoría de los tributos estatales, antes referidos, se cobran en régimen de estimación directa, no existirán grandes problemas en relación con la adecuación del tributo con la capacidad económica real, en tanto que la reducción de ingresos provocados por la pandemia conllevaría una reducción de rentas y, por ende, una menor tributación.

Sin embargo, en los casos en que se tribute (en IRPF o IVA) por *estimación objetiva* —régimen dirigido a pequeños empresarios— sí se podrían provocar quebrantos relevantes en la capacidad económica de los sujetos pasivos pues, recuérdese, en el régimen de estimación objetiva se tributa por rentas estimadas y no reales. Por ello, las normas aprobadas por el Estado en el tiempo de pandemia han permitido, por un lado, renunciar de forma temporal y excepcional al régimen de estimación objetiva para calcular las rentas gravadas por el régimen de estimación directa, con posibilidad de revocar tal renuncia en 2021 y, por otro lado, en el caso de mantenimiento en el régimen de estimación objetiva, eliminar en cada trimestre natural, como días de ejercicio de la actividad, los días naturales en los que hubiera estado declarado el estado de alarma en dicho trimestre. Ahora bien, la última medida referida —exclusión, para el cálculo del rendimiento objetivo de IRPF e IVA, de los días en que se ha declarado el estado de alarma— parecía estar pensada para el estado de alarma declarado en marzo de 2020 y sus prórrogas. No obstante, como se indicó en la introducción de este trabajo, los estados de alarma se han sucedido en otoño, con prórrogas, si bien con regímenes menos restrictivos que el primer estado de alarma declarado (evitando la movilidad entre poblaciones o imponiendo determinados horarios, más reducidos que los habituales, pero sin llegar al confinamiento estricto del primer estado de alarma), de manera que parecen resultar menos lesivos para el empresariado en la medida en que no imposibilitan el ejercicio económico sino únicamente lo limitan. Pues bien, aun cuando muy

probablemente la mayoría de los empresarios hayan renunciado para 2020 al régimen de estimación objetiva que venían aplicando, lo cierto es que para quienes se hayan mantenido en el mismo y según el tenor literal de la norma, cabría excluir, a los respectivos efectos del cálculo de IRPF e IVA, también los días de otoño en los que se declaró el estado de alarma.

Por su parte, la disposición adicional vigésima del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, ha aprobado la posibilidad de *disponer de los planes de pensiones* en caso de desempleo o cese de actividad derivados de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 17/2020 ha aprobado, igualmente, un aumento de los porcentajes de la deducción prevista en el IRPF para *incentivos al mecenazgo*, con el probable objeto de reconocer las donaciones realizadas a entidades sin fines lucrativos durante el tiempo de la pandemia.

Asimismo, se ha implantado un tipo cero en el IVA para determinados bienes sanitarios y un tipo reducido del 4 por 100 para las mascarillas quirúrgicas desechables hasta el 31 de diciembre de 2020; y también ha habido modificaciones normativas en relación con los pagos fraccionados y la presentación de declaraciones en el Impuesto de Sociedades (en adelante IS) o en lo que concierne al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPAJD), eximiendo del gravamen de actos jurídicos documentados determinadas escrituras de novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios o la formalización de determinadas moratorias en el pago de préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica.

Finalmente, en lo que concierne a los *plazos previstos para realizar diversas opciones* (por ejemplo, reinversión en vivienda habitual, en rentas vitalicias, etc.), ha recordado la DGT que la suspensión de plazos tributarias referida con anterioridad debe aplicarse también en tales casos, con lo que no se computará el tiempo que media entre el 14 de marzo al 30 de mayo de 2020.

En el ámbito de los tributos autonómicos y locales se han adoptado, asimismo, una serie de medidas por parte de los distintos entes territoriales. Así, en lo que respecta al *ámbito autonómico*, además de las prórrogas de plazos de presentación de obligaciones tributarias o aplazamientos a las que se han aludido más arriba, se han adoptado algunas medidas referidas a la reducción de cuotas en tributos que, por calcularse de forma objetiva, no tomarían en consideración el tiempo de confinamiento ocurrido recientemente y en el que era imposible el desarrollo de la mayor parte de las actividades económicas.

En el *ámbito local*, sin embargo, los beneficios tributarios resultan más complejos de aprobar, al tratarse de un ámbito cubierto por el principio de reserva de ley y siendo así que los entes locales sólo pueden aprobar disposiciones de carácter reglamentario (ordenanzas).

Ello no obstante, y además de las prórrogas de plazos de declaración e ingreso ya referidas, en muchos municipios se redujeron determinadas *tasas y cánones*. Ello, en realidad, no ofrece en mi opinión mayores problemas sino que, por el contrario, resultaría obligado en la medida en que el uso del dominio público cedido no haya podido ser utilizado por los concesionarios al haberse decretado el cierre de determinadas actividades durante el confinamiento estricto vivido durante el primer estado de alarma y sus prórrogas o, en todo caso, también en los sucesivos estados de alarma en la medida en que, por ejemplo, restringieran los horarios normales de uso de los terrenos e instalaciones respecto de los que se disponía el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público. Y lo anterior porque si se concede el uso de un espacio público pero por disposiciones normativas sobrevenidas resulta que el mismo no puede utilizarse —como ocurrió, por ejemplo, en el caso de las terrazas sobre la vía pública de bares, restaurantes y otros establecimientos de ocio—, lo cierto es que durante el tiempo en que no se pudieron utilizar tales espacios no se habría producido el hecho imponible, de manera que resultaría obligada la devolución (a prorrata) de la cuota correspondiente al tiempo en que haya sido imposible su uso, y ello aun sin haberse adoptado medidas normativas o acuerdos específicos por parte de los municipios. Y algo similar cabría decir en casos en que el horario de uso del dominio público haya sido reducido de forma sobrevenida.

Ello no obstante, en el ámbito de los impuestos municipales, las posibilidades de beneficios fiscales que pueden adoptar los entes locales disminuyen por mor del ya referido principio de reserva de ley, el cual exige que tales ventajas tributarias hayan sido aprobadas por norma con rango legal, y sin embargo, como se ha indicado, los municipios, provincias y otros entes infra y supra municipales sólo pueden aprobar normas con carácter reglamentario. Aun así, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL), recoge la posibilidad de reducir sustancialmente las cuotas de determinados impuestos (Impuesto sobre Bienes Inmuebles —IBI—, Impuesto sobre Actividades Económicas —IAE—, o Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras —ICIO— o Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana —IIVTNU—) en relación con determinadas actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico-artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal de-

claración. Se trata, como es sabido, de un beneficio fiscal que llegó a nuestro ordenamiento jurídico con el objeto de permitir el asentamiento en nuestro país del proyecto que se denominó «Eurovegas» y que, a pesar de que el mismo no llegó a prosperar, ha permanecido en nuestro sistema tributario como vía para permitir un trato fiscal local más favorable a determinadas actividades que interesen al municipio de la imposición.

Pues bien, tal vía ha sido utilizada por algunos municipios para permitir una reducción tributaria a un gran número de empresas que han sufrido más severamente los efectos del confinamiento y la pandemia (del sector del ocio, la restauración, la hostelería, etc.).

Finalmente, y en lo que respecta a tributos como el IBI o las tasas de recogida de basuras *no referidas a empresas sino a ciudadanos*, no existe habilitación especial en el TRLHL para una reducción de las cuotas debidas al municipio respectivo. Sin embargo, ello implica que mientras que puede existir un «rescate fiscal» para determinadas empresas que han sido especialmente golpeadas por la crisis económica derivada de la pandemia, como el que se ha comentado en relación con el municipio de Madrid, tal alivio no puede garantizarse en relación con los contribuyentes que no ejercen una actividad económica y que, sin embargo, pueden encontrarse en una situación de especial necesidad (por disminución de ingresos derivada de ERE, ERTE, fin de contrato de obra o servicio, etc.). El motivo para la imposibilidad jurídica de tales beneficios fiscales es, como se ha indicado, que no se encuentran previstos en el TRLHL, y siendo un aspecto regido por la reserva de ley, los municipios no pueden innovar en tales ámbitos. Ello no obstante, podría pensarse en algún tipo de medida financiera, no desde la vía de la reducción de ingresos tributarios, sino desde la perspectiva del gasto público, con lo que podrían aprobarse presupuestariamente y posteriormente reconocerse subvenciones a las familias y personas en riesgo de exclusión, con los requisitos que marque cada municipio. En tales casos, y por vía de compensación de créditos contrapuestos (*i. e.*: tributo que habría que abonar el contribuyente y subvención reconocida al mismo por el municipio), cabría aminorar de hecho los efectos de cargas fiscales inasumibles en supuestos de especial marginalidad.

Con todo, el problema jurídico-fiscal que plantea esta vía de «rescate fiscal ciudadano» es que tales ayudas, en tanto que no se consideren exentas por el artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), resultarían gravadas por el IRPF, de manera que no se lograría la reducción (total o parcial) pretendida por el ente local. No obstante, es preciso recordar que el artículo 7.y) LIRPF recoge la exención de

...las [...] ayudas establecidas [...] por entidades locales para atender, con arreglo a su normativa, a colectivos en riesgo de exclusión social, situaciones de emergencia social, necesidades habitacionales de personas sin recursos o necesidades de alimentación, escolarización y demás necesidades básicas de menores o personas con discapacidad cuando ellos y las personas a su cargo, carezcan de medios económicos suficientes, hasta un importe máximo anual conjunto de 1,5 veces el indicador público de rentas de efectos múltiples...

con lo que, en la medida en que las ayudas que pudiera reconocer el municipio se dirigieran a colectivos que cumplieran con los requisitos antes referidos, las mismas no resultarían gravadas por el IRPF. Ciertamente, y para que tales subvenciones no resultaran finalmente en una reducción sustancial de las arcas municipales, menoscabando los recursos necesarios para atender sus políticas públicas, podría aumentarse el gravamen de los tributos de personas y familias más adineradas.

Obviamente, los *territorios forales* han adoptado igualmente medidas en relación con los distintos tributos a fin de evitar graves perjuicios al principio de capacidad económica.

Acaso uno de los pocos aspectos positivos que ha traído consigo la actual emergencia sanitaria ha sido el avance que ha supuesto el trabajo a distancia (también conocido como «teletrabajo») para millones de empleados e, incluso, autónomos. En efecto, el confinamiento y aislamiento social que ha impuesto la pandemia en sus momentos más duros han propiciado que las personas y empresas ideen formas de trabajo no presencial para el cumplimiento de las obligaciones laborales y profesionales.

Pues bien, debe indicarse que el teletrabajo, que es analizado más adelante, tiene también, como resulta lógico, implicaciones tributarias. Así, por un lado, el artículo 11.1 del Real Decreto-Ley 28/2020 prevé que «[l]as personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad»; y de forma similar, el artículo 47 bis. 4 TRLEBE en la redacción dada por el Real Decreto-ley 29/2020, recoge que «[l]a Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad». Habida cuenta de la entrega de tales equipos informáticos y medios tecnológicos, cabría preguntarse si los mismos constituyen renta en especie para el trabajador o funcionario y, por ende, debería tributarse en algún modo por la puesta a disposición de los mismos. Así, el artículo 42.1 LIRPF recoge que «[c]onstituyen rentas en espe-

cie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda». Como puede observarse, resulta necesario para que se consideren rentas en especie los bienes facilitados por la empresa o la Administración, éstos deben destinarse a «fines particulares», cuestión que no parece concurrir en los casos de entrega de equipos para trabajar a distancia, con lo que difícilmente podría considerarse un beneficio para el contribuyente, a no ser marginal, con lo que desde una interpretación teleológica no parece que quepa atribuir al sujeto pasivo renta en especie alguna.

En otro orden de cosas cabe también referirse al artículo 12.1 del Real Decreto-Ley 28/2020, el cual recoge textualmente lo siguiente que «[e]l desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral». Se indica en tal precepto el derecho a la compensación de los trabajadores por los gastos en que incurran relacionados con el trabajo a distancia que realicen, que —en todo caso— no tendría carácter de renta en especie sino dineraria. De nuevo, cuanto más relacionado se encuentre la retribución con el trabajo desempeñado, menos posibilidades existen de que la compensación reconocida pueda considerarse como una renta gravada por el IRPF.

Más allá de lo indicado con anterioridad, existen otros aspectos que podrían conllevar dificultades de interpretación en lo que concierne a las obligaciones fiscales relacionadas con el teletrabajo. Así, por un lado y desde la perspectiva de la *fiscalidad internacional*, resulta interesante analizar las consecuencias que el trabajo a distancia puede conllevar en la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición internacional. En resumidas cuentas, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 15.2 MCOCDE, reproducido por lo general sin grandes variaciones en los respectivos convenios para evitar la doble imposición aplicables en nuestro país, las rentas abonadas por teletrabajo dependiente, cuando la persona que las obtiene ostente residencia fiscal en nuestro país, sólo serán gravadas por España —y, paralelamente, las abonadas a personas que realizan teletrabajo desde otros países que tengan firmado convenio para evitar la doble imposición con España no serán gravadas en nuestro país— y, siendo ello así, no cabrá deducir los tributos abonados en relación con tales rentas en el otro país en la medida en que, de acuerdo con el tratado internacional aplicable, tales gravámenes no serían conformes a Derecho —y, en todo caso, cabría solicitar devolución de ingresos indebidos por los mismos en el país de la fuente o del pago de tales retribuciones—.

Por otro lado, y en lo que concierne a la *deducción de gastos por consumos en el hogar* cuando se trata de rendimientos de actividades económicas —esto es, excluyendo en cualquier caso a quienes perciben rentas del trabajo— es preciso destacar que el artículo 30.2.5ª.b) LIRPF recoge, que

«[e]n los casos en que el contribuyente afecte parcialmente su vivienda habitual al desarrollo de la actividad económica, los gastos de suministros de dicha vivienda, tales como agua, gas, electricidad, telefonía e Internet, en el porcentaje resultante de aplicar el 30 por ciento a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad respecto a su superficie total, salvo que se pruebe un porcentaje superior o inferior»,

lo cual tiene, ciertamente, una relevancia importante en relación con las tareas de teletrabajo que puedan realizarse. Ello no obstante, recientemente la DGT ha sido preguntada por un caso en el que el sujeto que desarrolla su actividad profesional en un despacho fuera de su vivienda habitual calculando sus rentas por el método de estimación directa, sin embargo, y debido a la situación derivada del COVID-19, no acude todos los días al despacho, trabajando en su vivienda, por lo que hace un uso profesional de algunos suministros (luz, internet, etc.), con el consiguiente aumento del gasto habitual de los mismos, planteándose si tales gastos excepcionales resultarían deducibles en función de lo dispuesto en el artículo 30.2.5ª.b) LIRPF, la DGT ha contestado en resolución de 30 de noviembre de 2020 (V3461-20) que «de acuerdo con esta regulación [artículo 30.2.5ª.b) LIRPF], para que determinados suministros de la vivienda habitual del contribuyente puedan tener la consideración de gastos deducibles de una actividad económica desarrollada por él, es necesario que la vivienda habitual se encuentre parcialmente afecta a la actividad», y siendo así que «[e]sta circunstancia no se produce en el caso planteado, pues la misma no se encuentra parcialmente afecta a la actividad, siendo la utilización de la misma en el desarrollo de la actividad motivada por una circunstancia ocasional y excepcional» no podrán deducirse los gastos por suministros citados en la consulta.

3. Efectos de la pandemia sobre los litigios familiares transfronterizos

Mercedes Soto Moya

Prof^a. Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Granada

Los desafíos a los que nos ha enfrentado la situación sanitaria en la que nos encontramos son múltiples y afectan a todos los ámbitos de la vida. Una vez se ha superado la primera fase de parálisis total, incluida la mental, es hora de comenzar a analizar seriamente la nueva realidad para dar solución a los problemas existentes y adelantarse a los que estén por llegar, que en el caso de las familias transfronterizas son innumerables.

Para contextualizar la materia, nada mejor que exponer algunos datos. Según estimaciones de la Comisión Europea, los litigios familiares transfronterizos, es decir, aquellos que presentan elementos de extranjería, nacionalidad de las partes, su diferente residencia habitual, etc., han aumentado en la UE paralelamente al incremento del número de familias internacionales, que actualmente se estima en 16 millones. Antes de la pandemia, en 2019, en la UE se producían unos 140.000 divorcios internacionales al año. También ha aumentado el número de niños nacidos de parejas internacionales no casadas, y dentro de la UE se dan anualmente hasta 1.800 casos de sustracción parental de menores².

Con estas cifras, es obvio que el tema que se va a tratar no está basado en supuestos hipotéticos o casos de laboratorio, sino en situaciones cotidianas que producen multiplicidad de problemas que afectan a las familias transnacionales.

2 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_3374

De hecho la UE, sobre todo en las últimas dos décadas, está legislando de manera «compulsiva», muy activa, en materia de Derecho internacional privado de la familia, para intentar solventar, en la medida de lo posible, los problemas que suscita la internacionalidad de estas relaciones. Por ejemplo, estableciendo una serie de reglas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para conocer de las demandas de divorcio internacional, responsabilidad parental... También sobre cómo reclamar de manera ágil las pensiones alimenticias impagadas, o la forma de ejercitar los derechos de visita transfronterizos... entre otras muchas cuestiones.

Pues bien, a esta «tradicional» problemática vinculada a la «internacionalidad» de las relaciones familiares, se añade ahora la dificultad generada por las restricciones de movilidad impuestas por los diferentes Gobiernos para disminuir la propagación de la COVID-19, así como la paralización en algunos momentos de toda actividad administrativa y judicial y de los plazos procesales.

Las familias transfronterizas, con residencia habitual en diferentes Estados, están experimentando debido a estas restricciones, dificultades para poder entre otras cosas, bien interponer las correspondientes demandas de responsabilidad parental para reclamar la concesión de los derechos de custodia o visita transfronterizos o bien para ejercitar los derechos de custodia y visita que ya tenían atribuidos. Sin olvidar los supuestos de sustracción internacional de menores, agravados con la pandemia. A pesar de que la casuística es desbordante, estas son las tres cuestiones que he considerado más importantes y en las que me centraré en las próximas páginas.

Cuando se produce la crisis de pareja es muy frecuente que uno de los progenitores retorne a su país de origen donde tiene sus redes familiares, afectivas y de apoyo, quedando el otro en el país en que tenían su residencia habitual con los hijos. Si el progenitor que se ha trasladado a otro país quiere interponer una demanda de responsabilidad parental ¿dónde puede hacerlo?

Imaginemos el siguiente supuesto:

D. Ignacio, nacional español y Doña Julia, nacional francesa, residen habitualmente en Francia desde el año 2010, cuando contraen matrimonio. En el año 2011 tienen dos hijos gemelos. A finales de 2019 surge una crisis matrimonial y D. Ignacio traslada su residencia habitual a España, quedando sus hijos y su mujer en Francia.

¿Dónde puede D. Ignacio interponer la demanda de responsabilidad parental para obtener los derechos de custodia o vista?

El instrumento jurídico al que tenemos que acudir para resolver esta cuestión es el Reglamento (UE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. La regla general, contenida en su artículo 8, es que la demanda habrá de interponerse en el país de residencia habitual de los menores. En este caso esto implica que hay que interponer la demanda en otro Estado miembro de la UE. D. Ignacio tendrá que litigar en Francia, que es donde residen sus hijos y no en España. A las dificultades que esto conlleva de por sí hay que añadir la irrupción de la pandemia, la paralización de los plazos procesales y de la actividad judicial, con el consiguiente colapso cuando se han abierto de nuevo.

Otro supuesto que se está produciendo es el de aquellos progenitores que en el momento del cierre de fronteras estaban disfrutando con sus hijos de un derecho de visita estival *de facto* en un Estado distinto al de su residencia habitual. Imaginemos que D. Ignacio pasa los tres meses de verano con sus hijos en España. Podrán encontrarse con que dicho periodo termina, y, sin embargo, le es imposible devolver al menor al lugar de su residencia habitual (Francia) debido a la emergencia sanitaria existente. La regla general, como ya hemos indicado, es que el órgano jurisdiccional competente para interponer una demanda sobre responsabilidad parental es el de la residencia habitual del menor. Pero ¿es la residencia habitual del menor el Estado donde se encuentra actualmente o en el que residían antes del cierre de fronteras y las restricciones a la movilidad?

El concepto de «residencia habitual» del menor, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, debiendo considerarse a tales efectos, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio del Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido.

En el supuesto de tratarse de un menor lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en

el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso.

El interrogante que se suscita es el siguiente: ¿se entenderá en estos casos que se ha producido un cambio de residencia habitual? Considero que no, al ser una situación transitoria, pero si no es posible interponer la demanda en el Estado donde se encuentran los niños, ni en el Estado en el que tenían su residencia habitual, se produce una parálisis del sistema, con el consiguiente perjuicio para los menores.

El segundo de los problemas que avancé que se iba a tratar es el de las dificultades que están experimentando las familias transfronterizas, con residencia habitual en diferentes Estados, para ejercer los derechos ya atribuidos. En concreto para ejercitar el Derecho de visita.

Poniendo como ejemplo otra vez el caso anterior, imaginemos que

D. Ignacio, nacional español y Doña Julia, nacional francesa, residen habitualmente en Francia desde el año 2010, cuando contraen matrimonio. En el año 2011 tienen dos hijos gemelos. A finales de 2019 surge una crisis matrimonial. Se divorcian en Francia y el órgano jurisdiccional francés otorga a la madre la custodia y a D. Ignacio el derecho de visita. En enero de 2020 Dña. Julia y los niños se vienen a vivir a España. En verano no le manda a los niños a Francia.

¿Qué puede hacer D. Ignacio?

Como el titular de los derechos de visita no es el progenitor encargado de la custodia, es importante que se garantice la protección de sus derechos en relación con el menor, para que este no pierda el contacto con uno de los progenitores, especialmente si viven en países distintos. Para ello la UE ha creado el llamado «certificado de Derecho de visita», en el Reglamento (UE) 2201/2003, para que los titulares de derechos de visita del menor pudieran ejecutar sus derechos de forma rápida y sencilla.

Para ello el propio órgano jurisdiccional del Estado miembro de la UE que dicta la resolución (en este caso el francés) en la que se conceden los derechos de visita es el que expide un «Certificado» que puede ser ejecutado directamente en los demás países de la UE (un verdadero Título ejecutivo europeo). Lo único que tiene que hacer es comprobar que se han dado determinadas garantías en relación con el principio de contradicción y la audiencia de los menores. En concreto:

1. que la demanda o cualquier otro documento análogo haya sido notificado o trasladado al declarado en rebeldía con tiempo suficiente para que pueda defenderse;
2. que se haya dado posibilidad de audiencia a todas las partes implicadas;
3. que el menor haya tenido posibilidad de ser oído, salvo que no fuese conveniente debido a su edad y/o madurez.

El órgano jurisdiccional de origen puede expedir el Certificado de oficio o a instancia de parte, dependiendo de si desde el comienzo del proceso el derecho de visita iba a ser transfronterizo o si ha resultado ser una circunstancia sobrevenida³. En el supuesto que estamos planteando D. Ignacio tendrá que acudir a la autoridad competente española con su certificado francés solicitando despacho de ejecución por incumplimiento del régimen de visitas.

Son situaciones que se han desbordado con la pandemia, por las restricciones de movilidad y, sobre todo, por la paralización de la actividad judicial. En muchas ocasiones se están ejercitando los derechos de visita por videoconferencia, incluso en los puntos de encuentro si el progenitor custodio no colabora. Pero la ejecución del certificado, que es una solución normalmente rápida y eficaz, está resultando muy complicada.

Y por último, la sustracción internacional de menores, que es quizás el ámbito en el que se están dando los problemas más acuciantes. Sobre todo en el año 2020 a partir de la época estival.

Las salidas de menores al extranjero para disfrutar del derecho de visita transfronterizo son comunes durante el verano. Los progenitores separados se llevan a sus hijos a sus países de origen y pasan con ellos el tiempo que tienen asignado. Y en este contexto, se han dado dos tipos de situaciones:

- a. *Aquellas en las que se ha producido una retención ilícita de facto, pero no intencionada.* 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, se han encontrado 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.

3 Vid. Artículos 40 y 41 del Reglamento 2201/2003.

- b. *Aquellas en las que se ha aprovechado el caos normativo y de incertidumbre causado por el virus para no retornar al menor.* Convirtiéndose, por tanto el traslado, en un primer momento lícito en una sustracción internacional de menores. En esta última situación. ¿Qué alternativas tienen el progenitor no sustractor?

El progenitor no sustractor debe de activar el procedimiento previsto en el Convenio de la Haya de 1980 (CH 80) sobre sustracción internacional de menores⁴, complementado con las previsiones específicas que realiza el Reglamento (UE) 2201/2003, para el supuesto de que la sustracción se produzca entre Estados miembros de la UE.

El Convenio de la Haya arbitra un conjunto de normas que tienen como objetivo fundamental la restitución inmediata del menor. Para ello articula un sistema de cooperación entre autoridades a través de la figura de la Autoridad Central, que cada Estado parte designa. En España se encuadra dentro del Ministerio de Justicia, en concreto en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

El procedimiento ha de iniciarlo el progenitor no sustractor contactando con la Autoridad Central del Estado donde residían los menores antes del traslado. La Autoridad Central recaba todos los datos que pudiera proporcionarle sobre el posible paradero de los menores, dirección, situación, etc. Una vez los tiene, contacta a su vez con la Autoridad Central del país donde los menores han sido sustraídos. En España, examinado el expediente, y *comprobado que concurre un supuesto de sustracción ilícita de un menor*, se envía al Abogado del Estado para que, de acuerdo con el CH80 y, a través del procedimiento específico regulado en el artículo 778 *quater y quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interponga la demanda de restitución en la capital de provincia en la que se ubique la población en la que esté siendo retenido ilícitamente el menor⁵.

Aunque como hemos señalado el objetivo del CH 80 es la restitución inmediata del menor, también contempla excepciones limitadas a este principio fundamental. En caso de que estas excepciones se opongan y se configuren satisfactoriamente, el tribunal del Estado requerido «no está obligado a ordenar la restitución del niño» al Estado de residencia habitual. En otras palabras, el tribunal se reserva el derecho de negarse a ordenar la restitución del niño. Estas excepciones aparecen contempladas en los artículos 12. 2, 13.1 (a), 13.1 (b), 13.2 y 20. Las más recurrentes son las previstas en el art. 12.2 y en el 13.1 b):

⁴ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

⁵ Véase la Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de la Fiscalía General del Estado.

a) La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (art. 12).

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. Se trata de una previsión que trata de hacer efectivo el superior interés del menor de modo coherente con el carácter urgente del procedimiento de devolución configurado en el propio Convenio.

Para la prueba de la integración se han de tener en cuenta elementos como la escolarización, las relaciones personales del menor con familiares y amigos, la práctica de hobbies, etc⁶. Y que todas esas redes familiares y sociales ayudan al menor a configurar un sentido de permanencia⁷.

a) La otra excepción más utilizada para evitar el retorno del menor es la regulada en el artículo 13 b): «la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que (...) b) existe 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».

Tal como expone la *Guía de Buenas Prácticas sobre el artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*⁸, la excepción de grave riesgo se basa en el interés primario de toda persona

6 La jurisprudencia es abundante. Puede verse a este respecto la Sentencia del TC (Sala Segunda) núm. 16/2016, de 1 de febrero, que eleva la valoración de la integración del menor a la categoría de principio constitucional.

7 Sentencia de la AP de Valencia de 29 de junio de 2020, que señala que «el interés del menor aconseja que no se autorice el retorno a Argentina, visto que el mismo se encuentra perfectamente integrado en Valencia, contando con amigos. Su rendimiento escolar es adecuado, y tiene buena relación con sus tíos y sus primos, que viven cerca de casa y con los que juega».

8 Publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado en 2020, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>.

de no ser expuesta a un peligro grave físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable. El art. 13 b) prevé tres tipos de riesgo:

- a. un riesgo grave de que la restitución exponga al niño a daño físico;
- b. un riesgo grave de que la restitución exponga al niño a daño psíquico; o
- c. un riesgo grave de que la restitución ponga al niño, de alguna otra manera, en una situación intolerable.

El examen de la excepción de grave riesgo requiere, en primer lugar, un análisis de la información/pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se oponga a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el supuesto sustractor). Pero, además, en segundo lugar, es necesario un análisis prospectivo, es decir, se ha de mirar hacia el futuro, a las circunstancias que se darían si el niño fuera restituido inmediatamente. El examen de la excepción de grave riesgo deberá comprender, si se estimara necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual.

El funcionamiento de estas dos excepciones, en circunstancias «normales», ya resulta extremadamente problemático. En el primer caso (art. 12) el de «integración del menor» es un concepto jurídico indeterminado que requiere de una ingente acción probatoria. En el segundo caso, la excepción del art. 13 b), está resultando muy difícil en relación, sobre todo, a los casos de violencia de género, con especial incidencia en los supuestos en los que hay que valorar si la violencia ejercida sobre el progenitor sustractor en el país de origen supone también un grave riesgo para el menor, si este puede ser considerado víctima, etc.

A estas dificultades tradicionales hay que añadir ahora las derivadas de la pandemia.

En relación con la excepción contenida en el artículo 12 se detectan problemas con respecto al progenitor sustractor y al no sustractor. Recordemos que 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.

El progenitor que ha sustraído al menor tendrá que probar su integración en la nueva residencia habitual. Para ello, como hemos señalado *supra*, hay que demostrar la es-

colarización, relaciones familiares, sociales, etc. Pruebas que serán muy complicadas en un momento en el que en muchos países los colegios han cerrado y las clases son *online*, las relaciones familiares y de amistad son muy complicadas, los abuelos no pueden cuidar de sus nietos, etc.

Para el progenitor no sustractor el problema será lo que podríamos denominar el «factor tiempo». ¿Se computará el tiempo de paralización del sistema judicial y administrativo para contabilizar ese periodo de un año? ¿Qué pasa si es muy difícil o imposible contactar con la Autoridad Central? ¿Cómo probar que queremos iniciar el procedimiento? Son cuestiones todas ellas que podrían colocar en una difícil situación al progenitor no sustractor que aún no haya iniciado los trámites legales para su retorno.

En relación con la excepción contenida en el art. 13 b), como se ha indicado, las alegaciones más recurrentes para evitar la restitución serán el grave riesgo que supone para el menor el contagio del virus, o incluso, para el progenitor que esté encargado de su cuidado. Las implicaciones y los riesgos del viaje de vuelta, el peor sistema sanitario del país de origen, etc.

De hecho, tenemos algunas resoluciones en este ámbito que nos dan un poco de luz sobre las posibles interpretaciones judiciales que se harán en relación al art. 13 b) y la COVID-19. Entre ellas varias resoluciones de la High Court of England and Wales (Family Division), del año 2020. La primera de ellas en marzo de 2020, relativa a la sustracción internacional de una menor con residencia habitual en España por parte de la madre que la traslada ilícitamente a Reino Unido⁹. La madre utiliza como argumento para evitar el retorno la excepción de grave riesgo del menor (art. 13 b) por la situación de crisis sanitaria debido al COVID-19 en España. Además, alega también el peligro de contagio que entraña el viaje de vuelta en avión. El Tribunal desestima todas las alegaciones y ordena la restitución inmediata de la menor concluyendo 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. La segunda resolución es de abril de 2020. En ella la madre, con residencia Habitual en Reino Unido, había trasladado al menor ilícitamente desde Bermudas. Las alegaciones eran similares, con especial hincapié en el peligro del viaje de vuelta. Una vez más el Tribunal ordenó la restitución¹⁰.

9 (2020) EWHC 834 (Fam). Disponible en [https://www.familylaw.co.uk/docs/font/re-pt-\(a-child\)-2020-ewhc-834-\(fam\).pdf?sfvrsn=6b4877f1_2](https://www.familylaw.co.uk/docs/font/re-pt-(a-child)-2020-ewhc-834-(fam).pdf?sfvrsn=6b4877f1_2).

10 VB v TR [2020] EWFC 28. Disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/877.html>.

Por tanto lo que queda de relieve es que no bastarán las 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.

En conclusión, las fronteras territoriales existentes entre los Estados representan un reto que, generalmente, afronta el menor. En estas circunstancias es particularmente importante que éstos cuenten con un marco jurídico seguro y con operadores jurídicos formados en la materia, para que se logren evitar las situaciones de desprotección familiar y social a las que se enfrentan día a día. Como se ha puesto de relieve, la inesperada situación generada por la pandemia del COVID-19 está teniendo una importante afectación en los litigios familiares transfronterizos. Ante la falta aún de respuestas jurídicas, la única esperanza es que se imponga la resolución de determinados conflictos con sentido común, poniendo siempre por delante el interés superior del menor.

4. Efectos de la pandemia sobre los contratos de transporte y el turismo

Eugenio Olmedo Peralta
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga

I. Impacto de la COVID-19 sobre el Turismo y el Transporte

La pandemia mundial de COVID-19 iniciada en los primeros meses de 2020 ha supuesto un duro golpe a la salud pública a nivel internacional, produciendo consecuencias importantes de carácter económico, social y político en la práctica totalidad de países del mundo. Para atajar el impacto y frenar la propagación del virus tanto a nivel internacional, como nacional, regional y local, las distintas administraciones públicas adoptaron medidas que afectaban a la movilidad de los ciudadanos. En algunos casos, se prohibieron los desplazamientos a distintos niveles; en otros casos, se recomendó limitar al máximo los desplazamientos que no estuvieran debidamente justificados; y, en la mayoría de los países occidentales, lamentablemente tuvieron que decretarse órdenes de confinamiento con distinta extensión y alcance.

Estas medidas fueron generalizadas en la llamada primera ola de la pandemia, que —en la mayoría de los países— se extendió entre febrero y junio de 2020; se emplearon con menor frecuencia y más limitadamente durante la segunda ola (de octubre a diciembre de 2020); y, lamentablemente, parece que recobrarán un papel protagonista durante la tercera ola a la que empezamos a enfrentarnos en las primeras semanas de 2021.

La lógica de estas medidas es evidente: tratar de restringir al máximo los contactos sociales dentro de un mismo núcleo poblacional o entre distintas comunidades a

los efectos de poder limitar los contagios. Con ello se consigue preservar a aquellas comunidades a las que no ha llegado aún la pandemia —o en las que su incidencia es menor— y evitar la propagación y la multiplicación exponencial de casos entre los habitantes de las comunidades en las que ya existen brotes. Para esto último resultan especialmente útiles las medidas de limitación de actividades sociales, como son los llamados confinamientos.

Estas medidas, además de suponer una limitación al derecho fundamental a la libertad deambulatoria, producen un importante efecto sobre la sociedad y la economía de las zonas afectadas. El impacto ha sido especialmente importante para aquellos países y regiones cuya economía depende en mayor medida del sector turístico. Estas restricciones generalizadas a la movilidad han supuesto un golpe económico importante para las empresas dedicadas a los sectores del transporte y el turismo que han visto muy reducida su actividad económica, obligando a muchas empresas a tener que cesar sus actividades o someterse a procedimientos concursales como consecuencia de la contracción de su actividad.

Desde la perspectiva de los consumidores y los usuarios de los servicios de transporte y turísticos, las restricciones a la movilidad impuestas en el marco de la pandemia del COVID-19 han afectado a la vigencia y los efectos de los contratos turísticos y de transporte que se encontraban ya perfeccionados y han provocado un aluvión de cancelaciones y retrasos en los servicios de transporte. La excepcionalidad de la situación sanitaria que ha provocado la imposibilidad de cumplir debidamente con los contratos obliga a emplear normas especiales para la distribución de responsabilidades ante los incumplimientos. Resulta, por tanto, necesario considerar en qué casos puede considerarse que la situación de pandemia resulta una circunstancia extraordinaria que justifique la resolución de los contratos y analizar qué consecuencias jurídicas tiene esta situación para las partes.

II. Antes de la pandemia: la regulación de los derechos de los pasajeros y los consumidores turísticos de la Unión Europea

Aunque se contemplan ciertas reglas especiales para hacer frente a las situaciones en que circunstancias extraordinarias afecten a la ejecución de los contratos, el marco normativo vigente en materia de derechos de los pasajeros y de los consumidores turísticos atiende a la ejecución de los contratos bajo condiciones normales o —cuanto más— ante perturbaciones puntuales debidas a situaciones extraordinarias. Con ello nos referimos a que la normativa, si bien contempla determinadas situaciones

excepcionales que suponen la cancelación de servicios por causas ajenas a la voluntad del empresario (fenómenos meteorológicos, actos de terrorismo, huelgas, etc.), no tiene en cuenta las consecuencias que pueden tener para las empresas turísticas y de transporte el mantenimiento de una situación continuada de cancelaciones derivada de fenómenos como una pandemia.

Los derechos de los pasajeros en los distintos medios de transporte se encuentran minuciosamente regulados en la Unión Europea a través de sendos reglamentos comunitarios. En concreto, se trata de las siguientes normas:

- Reglamento (CE) n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91.
- Reglamento (UE) n.º 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.
- Reglamento (CE) n.º 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril.
- Reglamento (UE) n.º 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.

Estos Reglamentos, si bien son específicos para cada medio de transporte, tienen una base normativa común, disciplinando de manera análoga derechos similares para los pasajeros ante los distintos tipos de incumplimiento que pueden acaecer en los contratos de transporte: cancelación, retraso, gran retraso, pérdidas o daños en el equipaje, etc. En estas páginas nos centraremos en los derechos que asisten a los pasajeros en caso de cancelación de los servicios.

A. Cancelación del transporte

Dado que sustancialmente la regulación es la misma, con algunas especificaciones con respecto a los tiempos requeridos y el contenido monetario de los derechos, tomaremos como base para la exposición de estos derechos los que regula el Reglamento 261/2004 para el transporte aéreo de pasajeros. Así, según esta norma —y también para los demás medios de transporte en virtud de sus Reglamentos correspondien-

tes—, en caso de cancelación de los servicios de transporte, el pasajero tendrá derecho al reembolso de la tarifa que hubiera pagado, o a optar por un transporte alternativo, así como, a la asistencia y a la compensación en el caso de que se haya informado de la cancelación dentro de unos umbrales temporales.

De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 261/2004, ante la cancelación de vuelos, los pasajeros tendrán, en primer lugar, derecho a optar entre el reembolso del importe que hubieran pagado o por un transporte alternativo en condiciones análogas.

Además, si el transportista hubiera ofrecido un transporte alternativo, deberá prestar una asistencia ampliada, siempre que la salida prevista del nuevo vuelo sea al menos al día siguiente de la salida programada para el vuelo cancelado. Esta asistencia consiste en ofrecer gratuitamente a los pasajeros comida y refrescos suficientes, en función del tiempo que sea necesario esperar; alojamiento en un hotel en el caso en que sea necesario pernoctar una o varias noches o cuando sea precisa una estancia adicional a la prevista por el pasajero, y el transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento que se le hubiera ofrecido. Además, los pasajeros tendrán derecho gratuito a realizar dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax o correos electrónicos. En la prestación de esta actividad de asistencia se prestará especial atención a las circunstancias especiales que pudieran presentar ciertos pasajeros como son las personas con movilidad reducida y los menores no acompañados.

Es importante destacar que este derecho a la asistencia o de atención deberá prestarse aun cuando la cancelación se deba a circunstancias extraordinarias no imputables al transportista.

Finalmente, los pasajeros tendrán también el derecho a una compensación por parte del transportista en caso de cancelación. Este derecho de compensación, sin embargo, no se aplicará en los siguientes casos:

- cuando el transportista informe a los pasajeros de la cancelación con una antelación de al menos dos semanas respecto de la hora de salida prevista;
- cuando se informe a los pasajeros con una antelación de entre dos semanas y siete días, ofreciéndoseles un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar al destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista;

- o cuando se les informe de la cancelación con menos de siete días de antelación respecto a la salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación respecto a la hora de salida prevista y llegar al destino final con menos de dos horas de retraso respecto a la hora de llegada prevista.

El derecho a la compensación por cancelación tiene reconocida una cuantía económica que se indica en el artículo 7 del Reglamento. A saber:

- de 250 euros en caso de vuelos de hasta 1.500 kilómetros;
- de 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros;
- y de 600 euros para todos los demás vuelos.

La distancia de los transportes se calculará tomando como base el último destino al que el pasajero llegará con retraso en relación con la hora prevista. Para su cálculo se utilizará el método de la ruta ortodrómica.

El importe de la compensación se podrá reducir a la mitad si el transportista ofrece a los pasajeros un transporte alternativo con una diferencia en la hora de llegada respecto a la prevista para el vuelo inicialmente reservado que no supere los siguientes parámetros:

- dos horas para los vuelos de 1.500 kilómetros o menos;
- tres horas para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para los demás vuelos con una distancia de entre 1.500 y 3.500 kilómetros;
- cuatro horas para los demás vuelos.

Según el Reglamento, el importe de la compensación se abonará en metálico, por transferencia bancaria electrónica, transferencia bancaria, cheque o bonos de viaje u otros servicios. Si bien, para que sea posible su retribución de este último modo, será necesario un acuerdo previo firmado por el pasajero. Dada la importancia que adquiere el uso de bonos para hacer frente a los problemas derivados de la pandemia, volveremos más adelante sobre esta cuestión.

En todo caso, al comunicarse la cancelación del servicio de transporte, el transportista deberá ofrecer a los pasajeros una explicación relativa a los posibles transportes alternativos que pudieran satisfacer sus intereses.

No obstante, el propio Reglamento 261/2004 prevé la posibilidad de modular esta responsabilidad ante circunstancias extraordinarias. Así, no se deberá pagar la compensación a la que acabamos de referirnos si puede probar que la cancelación se debe a «circunstancias extraordinarias» que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Volveremos más adelante sobre la definición de qué ha de entenderse por tales circunstancias y, en particular, para considerar el encaje de la pandemia dentro de tal noción.

B. Retraso en el transporte

Por su parte, en caso de retraso de los servicios de transporte con respecto a la hora de salida, el transportista deberá prestar asistencia a los pasajeros siempre que se superen los siguientes umbrales:

- Que el retraso sea superior a dos horas en el caso de vuelos de 1.500 kilómetros o menos.
- Que el retraso sea superior a tres horas en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y de los demás vuelos de entre 1.500 y 3.500 kilómetros.
- Que el retraso sea superior a cuatro horas en el caso de vuelos no considerados en los apartados anteriores.

En caso de este tipo de retrasos, los pasajeros tendrán derecho a comida y refrescos suficientes en función del tiempo que sea necesario esperar, así como a realizar dos llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc. Igualmente, si como consecuencia del retraso la hora de partida del vuelo es, al menos, al día siguiente a la hora previamente anunciada, los pasajeros tendrán derecho también al alojamiento en un hotel y al transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento. En todo caso, si el retraso fuera superior a 5 horas, se ofrecerá a los pasajeros la posibilidad de optar entre el reembolso o un transporte alternativo.

C. Resolución del contrato como consecuencia de la cancelación

Como ya hemos mencionado, en caso de cancelación de un transporte, además de los derechos de compensación y asistencia, a los pasajeros les corresponderá la posibilidad de optar —a su libre elección— entre:

- La restitución del coste íntegro del billete al precio en que se compró respecto de la parte o partes del viaje no efectuadas. En el caso de que el vuelo haya perdido

la razón de ser, al afectar por ejemplo a alguna de las partes imprescindibles del viaje, se tendrá derecho a la restitución total del precio de los servicios.

- Este derecho a la restitución total del importe satisfecho se aplica también a la totalidad de los pagos que se hubieran realizado en caso de viajes combinados.
- En el caso que fuera necesario, esta restitución obligará, además, al transportista a disponer a los pasajeros un vuelo de vuelta al punto de partida lo antes posible.
- Si el pasajero no desea la restitución del importe del servicio de transporte, podrá optar por la conducción al destino final en condiciones comparables lo más rápidamente posible.
- Finalmente, el pasajero puede optar también por la conducción al destino final en condiciones de transporte comparables en fecha posterior que le convenga.

D. Otros medios de transporte

Un régimen similar prevé la normativa específica para otros medios de transporte. Así, por lo que respecta al transporte de pasajeros por mar o vías navegables, el Reglamento 1177/2010 dispone que estos tendrán igualmente:

- Un derecho de información en caso de pérdida de un servicio de conexión de transporte, de modo que el transportista les ofrezca información sobre posibles alternativas.
- El derecho de asistencia en casos de cancelación o retraso superior a 90 minutos, que comprende el abastecimiento gratuito de comidas y la prestación de alojamiento en el caso en que sea preciso pernoctar una o más noches. En este caso, el Reglamento permite limitar el importe de la pernoctación a una cuantía máxima de 80 euros durante un máximo de tres noches. Igualmente, se permite la opción de —si las instalaciones así lo permiten— que la pernoctación se lleve a cabo dentro del propio buque.
- Se contempla igualmente que, ante la cancelación o retraso superior a 90 minutos, el pasajero tendrá derecho de optar entre un transporte alternativo o el reembolso íntegro del pasaje.
- Finalmente, se contempla igualmente un régimen de indemnizaciones por retraso, así como por daños al equipaje o equipos de movilidad.

Del mismo modo se contempla un régimen similar para los pasajeros en transporte terrestre, detallándose la regulación en los artículos 15 a 18 del Reglamento 1371/2007 para el transporte ferroviario; y en los artículos 19 a 23 del Reglamento 181/2011 para los pasajeros que viajan en autobús y autocar.

E. Régimen de cancelación de viajes combinados

Dada su importancia para el sector turístico, los servicios de viaje combinado gozan de una amplia regulación a nivel comunitario que ha sido transpuesta en los ordenamientos nacionales de los distintos países de la Unión. Actualmente, la principal norma reguladora de la materia a nivel europeo es la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

A nivel nacional, la regulación de los viajes combinados se contiene en el Libro Cuarto 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, artículos 150 a 170. En particular, es el artículo 160 de la norma el que regula la resolución, cancelación y el derecho de desistimiento antes del inicio del viaje.

Se prevé, en concreto, que en caso de cancelación del viaje combinado, el pasajero tendrá derecho al reembolso de la totalidad de los pagos realizados en un plazo de 14 días. Este derecho de restitución podrá sustituirse, a elección del viajero, por el ofrecimiento de un bono por parte de la agencia de viaje, que tenga, al menos, el mismo valor del servicio que fue cancelado. Igualmente, es posible sustituir la restitución del importe pagado por otros servicios, compensando, en su caso, con un bono si el servicio sustitutivo tuviera un valor inferior al cancelado.

III. Cancelación de servicios como consecuencia de circunstancias extraordinarias

Los Reglamentos comunitarios sobre derechos de los viajeros recogen de forma expresa que cuando la cancelación de servicios se deba a «circunstancias extraordinarias», el empresario no estará obligado a pagar una compensación. Sin embargo, sí se mantienen el derecho de atención o de asistencia y el derecho del pasajero a optar entre el reembolso del importe íntegro de los servicios o un transporte alternativo.

Por tales circunstancias ha de entenderse aquellas que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Para que estas circunstancias eximan al transportista del deber de compensación, es preciso que simultáneamente se pruebe la existencia de tales circunstancias y su relación con

el retraso o la cancelación y el hecho de que el retraso o la cancelación no podrían haberse evitado incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables. Ha de tratarse, por tanto, de circunstancias que no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista y que escape al control efectivo del mismo a causa de su naturaleza u origen.

Aunque el propio Reglamento 261/2004 nos ofrece un listado ejemplificativo de qué ha de entenderse por estas circunstancias extraordinarias, se ha de tener en cuenta que la interpretación de este concepto ha de hacerse de forma estricta, aunque sin que la mención de la normativa constituya un listado exhaustivo de casos. El Reglamento 1177/2010, relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar o vías navegables, profundiza algo más sobre la noción de circunstancias excepcionales, considerando por tales las condiciones meteorológicas que hacen peligrosa la navegación, así como las circunstancias extraordinarias que entorpecen la ejecución del servicio de pasaje y que no hubieran podido evitarse incluso tras la adopción de todas las medidas oportunas.

Corresponde, por tanto, considerar en qué casos se ha entendido en la práctica que concurren estas circunstancias extraordinarias. Entre ellas, podemos destacar:

- La presencia de condiciones meteorológicas que imposibilitan o dificultan seriamente el transporte, como ocurrió con la erupción del volcán Eyjafjallajökull en abril de 2010.
- Cuando no se pueda garantizar la seguridad del vuelo por actos de sabotaje o terrorismo en el avión.
- Cuando el avión hubiera llegado al aeropuerto con una avería externa que le imposibilite despegar sin que se lleve a cabo previamente una inspección con atención especial. Esta situación puede deberse a múltiples factores externos, tales como la colisión con objetos o con aves durante el transporte, la caída de un rayo, un aterrizaje fuerte, etc.
- Cuando se detecten fallos técnicos relevantes por parte del fabricante o la autoridad de control, y hasta que estos sean superados garantizándose las condiciones de seguridad del servicio.
- Si ha tenido lugar algún problema de seguridad inesperado y el piloto suspende el despegue o vuelo después de quitar los bloques de freno.
- En caso de huelga de la tripulación, del personal de la compañía o de los servicios de control aéreo en los aeropuertos de origen o destino.

A. La circunstancia especialmente excepcional de la pandemia

Evidentemente, la situación de emergencia sanitaria grave a nivel mundial derivada de la pandemia del COVID-19 reúne los requisitos para englobarse dentro de la noción de «circunstancias extraordinarias» que justifican la exención de los transportistas y organizadores de viajes del deber de compensar a los pasajeros ante las cancelaciones o retrasos de sus servicios.

Sin embargo, la situación de pandemia presenta también una serie de características singulares que hacen que el régimen general de las circunstancias excepcionales se deba modular para poder darle cobertura. Y es que la pandemia trae consigo una situación de cancelación generalizada de los transportes y viajes como consecuencia de las restricciones a la movilidad adoptadas por los poderes públicos para evitar la propagación del virus. No se trata ya de unas circunstancias que afectan a un transporte o a un servicio de viaje —o grupo de éstos— identificados, sino que se trata de una situación que afecta de forma generalizada al sector de los transportes y turístico.

En segundo lugar, se ha de destacar que los servicios de transporte cumplen la función de ser un servicio esencial que se ha de garantizar —bajo ciertas premisas— en determinadas regiones y zonas. Además, durante la situación de pandemia resulta importante el mantenimiento de los servicios de transporte para operar vuelos de repatriación que permita a los ciudadanos que se han visto atrapados en otro país como consecuencia de las restricciones a los desplazamientos, volver a su ciudad de origen.

Más allá de ello, a diferencia de las circunstancias excepcionales generalmente consideradas, la pandemia tiene una duración prolongada en el tiempo. No se trata ya de una situación incidental con una duración momentánea —como pudiera ser una avería— o limitada a unos pocos días —condiciones meteorológicas, huelgas...—, sino de una realidad dilatada en el tiempo y que, durante la primera ola de la pandemia, se extendió durante varios meses paralizando casi por completo los servicios de transporte y turísticos. Ello supone, como principal efecto, que se coloque a las compañías aéreas en una situación de dificultad económica y ante un marcado riesgo de insolvencia, al deber hacer frente a las restituciones a las que tienen derecho los pasajeros a los que se les han cancelado los servicios, al mismo tiempo que ven reducidos al mínimo sus ingresos al no poder operar otros transportes y que siguen teniendo que afrontar los costes fijos de su actividad. Resulta, por tanto, imprescindible arbitrar una solución que permita limitar el riesgo de insolvencia de las compañías de transporte y empresas turísticas, dado que de ellas depende buena parte del PIB y del empleo de muchos países y regiones.

Finalmente, como consecuencia de la pandemia surge una situación que no se encontraba contemplada por la normativa, a saber, la de considerar qué derechos asisten a los pasajeros si el vuelo en cuestión se mantiene y es el pasajero el que decide no volar a causa de las restricciones —resulten estas imperativas o cuando el lugar de destino se califique como una zona de riesgo y el viajero o alguno de sus acompañantes sea considerado una persona especialmente vulnerable—.

B. Efectos de la pandemia sobre el sector del transporte y el turismo

Resulta evidente que la pandemia ha supuesto un impacto sin precedentes para el sector de los transportes y el turismo que han visto súbitamente contraída su actividad. Además del golpe económico que ello ha supuesto para el PIB de los países y regiones más dependientes del turismo, así como para sus niveles de empleo —en muchos casos afectados por EREs y ERTes—, la pandemia ha provocado una serie de efectos importantes desde la perspectiva contractual.

Y es que las restricciones necesarias para frenar el avance del virus han afectado a ambos grupos de agentes en servicios de transporte y turismo. Así, desde la perspectiva empresarial, transportistas, organizadores de viajes combinados, agencias de viajes y proveedores de servicios turísticos (alojamiento, guías, etc.) han visto cómo repentinamente su actividad se ha visto paralizada, durante un largo período de tiempo y con perspectivas lejanas de una real recuperación de los niveles previos a la pandemia. Pero esta situación, por otro lado, ha afectado también a los propios pasajeros y viajeros a los que el golpe económico de la emergencia sanitaria también ha afectado en forma de una disminución de ingresos, situaciones de desempleo o de paralización temporal de las relaciones laborales, etc. Todo ello ha redundado en una reducción considerable de las demandas de transporte y de las reservas turísticas.

En función del ámbito geográfico y de la incidencia de la pandemia, puede considerarse que la situación sanitaria ha supuesto una disminución radical de las reservas de servicios turísticos, que puede alcanzar un porcentaje de entre el 60 % y el 90 % de la actividad. Evidentemente ello supone un golpe económico grave y sin precedentes para la estabilidad del sector. Por otro lado, además, las empresas turísticas y de transporte han tenido que afrontar no sólo la reducción de sus ingresos como consecuencia de la limitación o paralización de su actividad, sino también el deber de atender las solicitudes de reembolso de los pasajeros y viajeros ante las cancelaciones a las que se han visto abocadas.

Esta doble situación de disminución o paralización de la actividad turística y del deber de restituir los importes cobrados a los viajeros por servicios que se han debido cancelar, así como el mantenimiento de los costes fijos de la actividad, han colocado al sector turístico y de transportes en su conjunto, en una situación crítica para el mantenimiento de la actividad, en la que se cuestiona la propia viabilidad de las empresas y en la que se hace precisa la adopción de soluciones políticas para poder atajar la situación derivada de la pandemia, garantizando el mantenimiento del sector. A modo de ejemplo, se viene calculando que durante lo que llevamos de pandemia, las compañías aéreas han perdido más de 100.000 millones de euros, no previéndose que puedan recuperar su situación económica hasta pasado el año 2024.

Una situación análoga afecta a los organizadores de viajes combinados. Éstos se enfrentan a problemas graves de tesorería e ingresos derivados del deber de reembolsar a los viajeros que tenían contratados servicios el precio total del viaje. Pero, al mismo tiempo, estas empresas se enfrentan a la dificultad para obtener el reembolso de los servicios que hubieran pagado y que se integran en el viaje combinado (transportes, alojamientos, visitas, etc.). Además, se ha de considerar la importancia de contribuir al mantenimiento económico de estas compañías, ya que su concurso generaría una serie de problemas agravados, como serían la imposibilitación de que los viajeros obtengan la restitución de los importes pagados por los servicios que se cancelaron, que los bonos que se hayan ofrecido como tales compensaciones no se puedan ejecutar, y, finalmente, los incuestionables problemas para el empleo y el mantenimiento de servicios económicos de interés general.

IV. Medidas normativas para hacer frente al impacto de la COVID-19 sobre el transporte y el turismo

Ante la situación de necesidad de adaptar la normativa tuitiva de los derechos de pasajeros y viajeros a los especiales requerimientos de la pandemia del COVID-19, se han adoptado distintas normas a nivel comunitario y nacional con el objeto de aclarar el ámbito de aplicación normativo.

A. Directrices y normas para adaptar las reglas de cancelación a la situación de pandemia

Entre ellas, destacan las Directrices informales de la Comisión de 19 de marzo de 2020 sobre la aplicación de la Directiva sobre viajes combinados en relación con el COVID-19. En ella se reitera que el viajero que haya sufrido una cancelación como

consecuencia de la situación sanitaria tiene derecho a obtener el reembolso íntegro de los importes pagados en un plazo máximo de 14 días. En lugar de esa restitución, el pasajero podrá también optar libremente por la emisión de un bono por servicios por el valor del viaje cancelado.

Estas Directrices aclaran, además, algunos supuestos no contemplados por la normativa turística, como es la situación de aquellos viajes combinados que, pese a mantener su ejecución en principio, se dirigen a una región en la que se restringe el acceso o la actividad turística (cierre de museos o de los principales atractivos turísticos, por ejemplo). En este caso, se entiende que el viajero tendrá los mismos derechos que ante una cancelación ordinaria.

Similar situación ocurre en aquellas situaciones en las que el viajero o un acompañante se encuentren en una situación médica de riesgo cuando el viaje combinado tenga por destino una región que se encuentre declarada como de alto riesgo por COVID-19 por las autoridades competentes. Evidentemente, en este supuesto los pasajeros tendrán los mismos derechos que ante una cancelación decidida por la empresa.

En el ámbito del transporte resulta de especial interés la Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 2020, Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo del COVID-19. Esta norma vuelve a destacar que, ante las cancelaciones provocadas como consecuencia de la pandemia del COVID-19, los pasajeros podrán optar entre el reembolso de las cantidades pagadas o por un transporte alternativo. Sin embargo, la norma es consciente de la mayor dificultad que se da en estos casos para poder prestar un transporte alternativo «lo más rápido posible», de lo que derivará una mayor proliferación de las reclamaciones que interesen el reembolso de los pagos o su sustitución por un transporte en fecha posterior, fundamentalmente una vez que haya concluido la situación de pandemia.

Estas Directrices consideran también la situación de aquellas cancelaciones que hubieran sido promovidas por el propio pasajero, siempre que el servicio de transporte se ejecute de forma ordinaria y que haya sido este el que haya decidido no realizar el transporte. En estos supuestos, el derecho al reembolso de las cantidades pagadas se hará depender del tipo de billete que se haya adquirido, en función de si se trata de un billete reembolsable, con posibilidad de cambio, etc. En la mayoría de los casos, las tarifas más básicas de las compañías aéreas —sobre todo de las *low cost*— no permiten cambios ni cancelaciones, por lo que ante estas circunstancias, los pasajeros no tendrán derecho a ninguna restitución. En cualquier caso, siempre que el pasajero tenga

derecho al reembolso, el transportista podrá ofrecerle su sustitución por bonos para la realización de otro viaje, cuya validez se hará depender de la aceptación libre y expresa del pasajero.

Finalmente, a nivel nacional se han adoptado también una serie de normas específicas para afrontar los problemas que se deriven de la situación de pandemia sobre los contratos de transporte y viajes. En concreto, la norma fundamental al respecto es el artículo 36 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. Esta norma reafirma los siguientes derechos que asisten a los pasajeros y los viajeros en caso de cancelación de servicios:

- Tendrán derecho a resolver el contrato en un plazo de 14 días, obteniendo la restitución íntegra de los importes satisfechos o la prestación de un transporte alternativo.
- Se prevé la posibilidad de aceptar propuestas de revisión en forma de bonos, vales sustitutorios al reembolso u otros instrumentos. La aceptación de los mismos quedará, en todo caso, condicionada a la voluntad de los pasajeros que deberán aceptar esta forma expresamente.
- Las devoluciones se deberán llevar a cabo en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días.
- Además, en el caso de cancelación de viajes combinados, se podrá sustituir la restitución de los importes satisfechos por un bono con suficiente respaldo financiero y que tendrá una vigencia mínima de un año. Durante la vigencia del bono el pasajero podrá en todo momento solicitar su cambio por el reembolso del importe que hubiera satisfecho.

La normativa contempla también la suspensión del cómputo de plazos, de modo que si el viaje estaba contratado entre el 14 de marzo y el 4 de junio (fechas en las que estuvo vigente el estado de alarma), los plazos comenzarán a contar desde el 14 de junio de 2020.

El régimen general aplicable a las cancelaciones en estos casos es el siguiente. Si es el transportista o el organizador del viaje combinado el que cancela los servicios, los viajeros tendrán derecho al reembolso, pero no a la compensación prevista en los Reglamentos. Dicho reembolso tendrá lugar en los plazos que determine el Reglamento correspondiente (7, 14 o 30 días). En lugar del reembolso, el pasajero podrá optar, también, por un transporte alternativo que, a causa de la situación de pandemia, normalmente se producirá más adelante en el tiempo; o bien, podrá optar por un bono

canjeable por otros servicios de transporte o turístico y que tendrá un importe igual o superior al de los servicios cancelados.

En el caso de que, pese a que el servicio de transporte o turístico se mantenga pero el pasajero decida que no puede viajar a causa de las restricciones a la movilidad, este dispondrá de un plazo de 14 días desde la imposibilidad para cancelar el contrato sin penalización alguna. A partir de entonces, la empresa dispondrá de 60 días para hacer propuestas alternativas al reembolso —principalmente, ofreciendo servicios alternativos o la emisión de bonos—. Corresponderá, en todo caso, al viajero elegir entre esta alternativa que se le haya ofrecido o el reembolso de los importes satisfechos.

Las dificultades para reprogramar los viajes en un plazo breve de tiempo hacen que, en la mayoría de los casos, los pasajeros estén optando *de facto* por el reembolso ante los casos de cancelación. En función del medio de transporte al que afecte la cancelación, el plazo para el reembolso será distinto. Así, las compañías tendrán un plazo de 7 días para reembolsar el importe pagado en los transportes aéreo, marítimo o por vías navegables; será de 14 días para el transporte en autobús o autocar; y de un mes para el transporte ferroviario.

Una cuestión singular se da cuando los vuelos de un mismo viaje hubieran sido contratados de forma independiente. En estos supuestos se entiende que ambos trayectos contratados forman parte de dos contratos independientes, no hay una relación contractual entre ambos, por lo que el hecho de verse afectado uno de ellos por una cancelación no influirá sobre el otro. Así, habiéndose realizado una reserva por separado de vuelos de ida y vuelta, si se cancela el vuelo de ida, sólo se tendrá derecho al reembolso del vuelo cancelado, por lo que si el vuelo de regreso se mantiene, el pasajero no podrá obtener la restitución de su importe. En cambio, si en la misma reserva se hubieran contratado los servicios de ida y vuelta —y aunque estos servicios sean operados por transportistas distintos—, el pasajero tendrá derecho al reintegro o a un transporte alternativo por la totalidad del importe de los servicios.

B. El fomento de empleo de bonos o vales para la restitución del importe de los servicios en caso de cancelación: un balón de aire para las empresas del sector

Como ya se ha expuesto, si las empresas de transporte, las agencias de viajes y los organizadores de viajes combinados hubieran de hacer frente a todas las reclamaciones de restitución de los servicios que les solicitaran sus clientes como consecuencia de las cancelaciones derivadas de la situación de insolvencia, se enfrentarían a una situación

rápida de falta de liquidez. Para tratar de solventar este problema, ofreciéndoles a las empresas un cierto margen de actuación, se está potenciando el reembolso de estos importes a través de bonos o vales canjeables.

Esta posibilidad se encontraba ya reconocida por los propios Reglamentos comunitarios en materia de transporte. Así, a modo de ejemplo, el artículo 17 del Reglamento 1177/2010, relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar o vías navegables, considera que con el acuerdo del pasajero, el reembolso total del billete podrá efectuarse mediante vales u otros servicios por un importe equivalente a la tarifa a la que se compró, siempre que las condiciones sean flexibles, en particular con respecto al período de validez y al destino.

Estas normas generales de los Reglamentos han sido concretadas para la situación de pandemia a través de la Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión, de 13 de mayo de 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia del COVID-19. Esta recomendación parte del reconocimiento de que es necesario hacer los bonos más atractivos para los pasajeros como alternativa al reembolso, dado que permiten a las empresas contar con un cierto juego de tesorería y asegurar el mantenimiento de su actividad futura.

Estos bonos han de quedar protegidos debidamente contra la insolvencia del transportista o del organizador del viaje combinado. Para hacerlos más atractivos a los consumidores se recomienda su emisión bajo una serie de condiciones mínimas, a saber:

- Han de tener un período de validez de como mínimo 12 meses.
- En todo momento, el consumidor mantiene el derecho al reembolso del bono, si no lo ha canjeado aún.
- Se recomienda ofrecer una amplia gama de servicios en los que se puedan utilizar estos bonos.
- Se amplía la posibilidad de utilizar los bonos con otras empresas del mismo grupo al que pertenece la emisora.
- Se ha de garantizar la transferibilidad de los bonos, es decir, éstos no se emitirán con carácter nominativo no endosable.
- Finalmente, se admite la posibilidad de emitir bonos con valor superior al importe de los pagos o que incorporen algún servicio adicional, a los efectos de hacerlos más atractivos para los viajeros.

Paralelamente, además de recomendarse esta configuración con el objeto de hacer más atractiva la aceptación de los bonos por parte de pasajeros y viajeros, se admite de forma expresa la posibilidad de adoptar medidas públicas de apoyo a los bonos, como pudieran ser sistemas de garantía de cumplimiento con las prestaciones o el importe comprometido. Estas medidas quedarán sometidas, en su caso, al control público correspondiente si pudieran constituir ayudas de Estado.

C. Prevención de las situaciones de insolvencia y ayudas de Estado

Dada la transcendencia que las empresas dedicadas al turismo y al transporte tienen para la economía de los Estados de la Unión Europea, ya sea por su contribución al PIB o por el nivel de empleo que generan, los poderes públicos de los distintos países han ido adoptando distintas medidas para contribuir al mantenimiento y garantizar la solvencia de las empresas más afectadas por la crisis económica que está derivando de la pandemia de coronavirus.

Sin pretensiones de exhaustividad, en el ámbito de la Unión Europea se ha de destacar la aprobación por parte de la Comisión de un Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto de la actual crisis del COVID-19, marco que ha sido objeto de adaptación y prórroga en sucesivas ocasiones.

En España, por su parte, se ha creado un Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (FASE) a través del Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo y de la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas.

Además, en el marco del control de las ayudas de Estado bajo la normativa comunitaria de defensa de la competencia se ha considerado que tras la quiebra de un transportista u organizador, los Estados pueden decidir cubrir las solicitudes de reembolso de los servicios que hubieran quedado cancelados, fijándose que dicha cobertura no constituiría una ayuda de Estado.

5. El teletrabajo tras el Real Decreto-ley 28/2020: efectos de la pandemia en el trabajo

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

El reciente Real Decreto-ley 28/2020, aprobado en el marco de la crisis del COVID-19, ha venido a regular el trabajo a distancia, si bien también comporta la diversificación de ese mismo tipo de trabajo. Y ello, por cuanto dicho RDL solo se centra en el trabajo a distancia por cuenta ajena, que se desarrolla en el sector privado y que, además, no está vinculado a la crisis del COVID-19. Por tanto, tras su aprobación no existe legalmente un solo tipo de trabajo a distancia, sino varios: el ordinario o «post-covid» (regulado en el RDL), el surgido durante la primera ola de la crisis del COVID-19 y que se mantiene en la actualidad, el desarrollado en el marco de las Administraciones Públicas, el desempeñado de forma autónoma, el transnacional y el regulado por los convenios colectivos vigentes en el momento de la entrada en vigor del RDL 28/2020 (el trabajo a distancia convencional). Obviamente, esta diversidad de tipos de trabajo a distancia y su diverso régimen jurídico, augura algunos retos y problemas.

Como elemento previo, cabe tener presente que la propia existencia del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, se debe en gran medida —o casi exclusivamente— a la situación creada, y que aún seguimos viviendo por desgracia, por la crisis sanitaria del COVID-19. De no haberse producido dicha crisis, es muy probable que la regulación del trabajo a distancia y, dentro de este del teletrabajo,

hubiera continuado recogida, con unos contenidos claramente insuficientes, en el antiguo artículo 13 del ET y en la negociación colectiva (no demasiado interesada, en general, por esta cuestión). En este sentido, en el propio preámbulo del RDL 28/2020 se recuerda que el artículo 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, estableció

...el carácter preferente del trabajo a distancia frente a otras medidas en relación con el empleo, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado...

Por tanto, el difícil contexto de los últimos meses ha condicionado claramente la aparición del RDL 28/2020, pero, curiosamente, dicho RDL no se aplica a las situaciones de trabajo a distancia surgidas durante la época COVID-19 ni tampoco, de una forma inmediata, a las regulaciones convencionales previas a la propia aprobación del RDL 28/2020. Se trata, por tanto, de una norma que pretende regular el trabajo a distancia y, dentro de él el teletrabajo, de la época post-covid o no vinculado a la vigente crisis sanitaria. Y a ello cabe añadir que el RDL 28/2020 tampoco resulta aplicable al personal —tanto laboral como funcionario o estatutario— de las Administraciones Públicas, que queda sujeto al posterior RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Ello implica, con el reto o riesgo que supone, que no nos encontramos ante una regulación unitaria del trabajo a distancia, sino que se opta por una clara diversificación: según el momento y los motivos de inicio del trabajo a distancia, la norma convencional aplicable o el tipo de personal de que se trate se aplicará una regulación u otra. Sin olvidar que el RDL 28/2020 solo se refiere al trabajo a distancia por cuenta ajena, por lo que el trabajo a distancia autónomo carece de una regulación específica en estos momentos, rigiéndose por lo establecido en la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante LETA).

Aun cuando no entraremos en ello, no hay duda de que la forma como se ejecuta el trabajo a distancia —y particularmente el teletrabajo— añade un plus de dificultad a la labor, ya de por sí compleja, de identificar los límites de la laboralidad en relación con una determinada situación. Por tanto, a la hora de decidir qué naturaleza tiene la relación existente entre la empresa y la persona trabajadora, junto a los indicios tradicionales habrá que tener en cuenta otros (la dependencia tecnológica, los medios de control de las herramientas informáticas...), e incluso deberán reinterpretarse esos indicios tradiciona-

les. Y tampoco podemos olvidar que, por el lugar en el que se prestan los servicios y sus peculiares características, va a ser más difícil ejercer los controles destinados a evitar que un trabajo a distancia por cuenta ajena se encubra con un trabajo a distancia autónomo. De hecho, para evitar la aplicación del RDL 28/2020, como en otros tipos de actividad, puede incitarse (u obligarse) a la persona trabajadora a que «sea autónoma».

Y, por último, a todo este panorama, ya de por sí complejo, se añade el trabajo a distancia transnacional, con una importancia creciente y una difícil regulación.

Partiendo de ello, el objetivo esencial de este trabajo es analizar las diversas implicaciones que puede tener la forma cómo se ha articulado el ámbito de aplicación del RDL 28/2020.

2. El modelo ordinario: el trabajo a distancia acordado y reversible

2.1. Requisitos generales

Tal y como establece el artículo 1 del RDL 28/2020, este se aplica a las relaciones de trabajo en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 del ET, que se desarrollan a distancia con carácter regular. Descripción que debe relacionarse con las definiciones de trabajo a distancia y de teletrabajo recogidas en el artículo 2 y con la concreción de lo que debe entenderse por trabajo a distancia «de carácter regular», que lleva a cabo el párrafo segundo del mencionado artículo 1. Y también cabe tener presente la nota de voluntariedad recogida en el artículo 5.1.

De este modo, se entiende —como categoría general— por trabajo a distancia la forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular. Y por teletrabajo —como especie—, aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Por tanto, el trabajo a distancia puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial (bastante habitual), y puede realizarse en el propio domicilio de la persona trabajadora o en el lugar que haya elegido esta (un telecentro, un hotel habilitado para ello...) o ser móvil, y ambos elementos deben constar necesariamente en el acuerdo de trabajo a distancia, celebrado entre la empresa y la persona trabajadora (cabe señalar aquí que, tanto de la definición del trabajo a distancia como de lo dispuesto en el artículo

7.f) del RDL, se deriva que la persona trabajadora será la que elegirá el lugar de trabajo, si bien tendrá que definirse como un contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, principalmente a los efectos de poder garantizar las medidas necesarias de seguridad y salud laborales, y cualquier modificación deberá comunicarse previamente a la empresa; aunque también cabe pensar si, a pesar de esa libertad, al requerirse un acuerdo con la empresa, aquella no podrá verse condicionada o mermada en la práctica). Asimismo, es posible que en su descripción inicial el puesto de trabajo a desarrollar ya sea a distancia, o bien que el carácter a distancia se incorpore con posterioridad.

Sin embargo, cabe tener presente que no todo trabajo a distancia con las características apuntadas lo va a ser y, en consecuencia, va a quedar sometido al contenido del RDL 28/2020, ya que es necesario, como apuntábamos antes, que se lleve a cabo de una forma «regular» (o habitual). Y, ¿qué es regular a estos efectos? Caben diferentes opciones, pero el artículo 1 párrafo segundo opta —cuestión que dio lugar a un largo debate entre la patronal y los sindicatos en la mesa del diálogo social—, por considerar que es regular el trabajo a distancia que se presta, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del 30 por 100 de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo. Una cuestión compleja será controlar externamente que, efectivamente, el porcentaje de jornada a distancia supera o no dicho 30 por 100, por cuanto la persona trabajadora desempeñará normalmente el trabajo a distancia en su propio domicilio, al margen de las posibles presiones de algunas empresas para que, aunque no sea cierto, el porcentaje sea siempre inferior a ese 30 por 100. Cabe señalar, por otra parte, que, como reconoce la disposición adicional 1.ª del RDL 28/2020, los convenios o acuerdos colectivos pueden mejorar —reduciéndolo— ese porcentaje y/o establecer un periodo de referencia inferior, permitiéndose la entrada del régimen del RDL 28/2020.

En fin, a las personas trabajadoras a distancia que no superen ese 30 por 100 de la jornada (personas trabajadoras a distancia «ocasionales») no se les aplicará el RDL 28/2020 y tampoco les queda el refugio del artículo 13 del ET, donde ahora solo se prevé que las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en dicho RDL 28/2020. Por tanto, en este supuesto se les aplica la normativa laboral común y, aunque desarrollen parte de su jornada de trabajo a distancia, no se les considerará como personas trabajadoras a distancia (será un trabajo a distancia informal o impropio), no habrá que formalizar un acuerdo de trabajo a distancia, no se abonarán gastos ni se dotará de medios salvo que expresamente se prevea otra cosa, etc., todo ello sin perjuicio de lo que pudiera establecer la negociación colectiva, que, en este ámbito, a nuestro entender, debería estar especialmente atenta. En todo caso,

resulta claro que, en cuestiones como la prevención de riesgos laborales, la empresa deberá tener en cuenta el hecho de que esa persona desempeña una parte de su jornada en su domicilio o en un lugar distinto del centro de trabajo de la empresa para articular las medidas oportunas. Como decíamos antes, en este caso el papel de la negociación colectiva es relevante por cuanto puede considerar y tratar como personas trabajadoras a distancia —aunque no lo sean propiamente a efectos legales— a las que no cumplen los requisitos previstos en el RDL 28/2020.

Por último, cabe tener en cuenta que no todas las relaciones de trabajo que cumplen los requisitos del artículo 1.1 del ET y se prestan a distancia en los términos del RDL 28/2020 se rigen por este, ya que, a pesar de la referencia genérica del artículo 1, en la disposición adicional 2.^a se establece que el RDL no se aplica al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá por su normativa específica —el artículo 47 bis del TREBEP y su normativa de desarrollo—. Con ello se pretende que el régimen de trabajo a distancia sea común a todo el personal de una misma Administración Pública, con independencia de que sea personal laboral o personal funcionario; facilitándose así la gestión de los recursos humanos y de esta modalidad de trabajo. Sin embargo, no podemos olvidar que el personal de las sociedades del sector público sí se regirá por lo dispuesto en el RDL 28/2020.

2.2. La nota de voluntariedad

El artículo 5.1 del RDL 28/2020 establece que el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para el empleador; característica esencial y justificada ya que no solo se cambia la forma de prestar los servicios sino que también se manifiesta el importante condicionante (o inconveniente o ventaja) que supone trasladar toda o parte de la actividad laboral al propio domicilio (o a lugar distinto de la empresa) y los efectos, personales-familiares y también laborales, que ello comporta. No vamos a entrar en ello, pero a pesar de la declaración de igualdad de derechos y de oportunidades de las personas que trabajan a distancia respecto a las personas que continúan prestando servicios en la empresa recogida en el artículo 4.1 del RDL 28/2020, a nuestro entender, en la práctica eso no siempre va a ser así, por cuanto, entre otros, pueden verse afectados los derechos a la formación y promoción profesional o a una adecuada prevención de los riesgos laborales e, incluso, puede darse un sesgo de género y la consolidación de los roles en torno a las labores de cuidado. En definitiva, la voluntariedad es una nota clave, tanto en el marco del trabajo a distancia ordinario, que es el que estamos examinando ahora, como en el resto de los casos de trabajo a distancia.

Es más, esta voluntariedad también se recoge en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 celebrado entre la CES, la CEEP y la UNICE/UEAPME, cuyo apartado 3 —titulado precisamente «carácter voluntario»— señala que

...el teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde... Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, y si el empresario hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla...

Voluntariedad que también estaba presente en el antiguo artículo 13.2 del ET, así como en la negociación colectiva. En este último caso cabe citar, por ejemplo, el CC de la empresa Thales España GRP, SAU donde se señala que «la participación en el régimen de Teletrabajo se realizará con carácter voluntario y, previo acuerdo entre persona trabajadora y supervisor...», el CC estatal de perfumería o afines donde se afirma que el teletrabajo es voluntario tanto para la persona trabajadora como para la empresa, o el CC de Médicos del Mundo donde se manifiesta que «el teletrabajo se acordará voluntariamente entre la persona trabajadora y la persona responsable con la aprobación de la dirección o la coordinación de sede correspondiente, buscando el equilibrio entre las necesidades de la organización y las de la persona trabajadora». En fin, como no podía ser de otra manera, la nota de voluntariedad aparece expresamente en casi todos los convenios colectivos que han regulado el teletrabajo o el trabajo a distancia en los últimos años, utilizándose en bastantes supuestos los términos empleados al respecto por el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

Cabe tener presente, no obstante, que esa voluntariedad del trabajo a distancia puede verse mediatizada por la incorporación, vía negociación colectiva, de una serie de requisitos o condiciones necesarias para poder acceder al mismo, vinculados a cuestiones diversas, tales como la propia idoneidad del puesto de trabajo para poder ser ejercido a distancia, un periodo mínimo de antigüedad en la empresa, criterios de selección de los posibles candidatos, habilidades informáticas, superación de un curso de formación, etc., o bien se establece una determinada duración mínima del trabajo a distancia: un año por ejemplo. De preverse estos requisitos o condiciones, ni la empresa ni la persona trabajadora son totalmente libres en el acceso a esta modalidad de trabajo. A modo de ejemplo, en el CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos se exigen, entre otros requisitos, dos años de antigüedad en la empresa, estar a jornada completa y tener habilidades informáticas suficientes; mientras

que en el CC de Teleinformática y Comunicaciones, SAU se señala que el trabajo a distancia tiene siempre carácter voluntario para la persona trabajadora, pero para permitir una estabilidad en el desarrollo de esta modalidad de prestación laboral y contribuir a su implantación y mejoras en su práctica, el correspondiente acuerdo tendrá una duración de un año.

Finalmente, cabe destacar que se trata de una voluntariedad referida tanto a la persona trabajadora como a la empresa y que se va a plasmar en el acuerdo de trabajo a distancia, regulado en los artículos 6 a 8 del RDL 28/2020, y que va acompañada por la posibilidad de reversión, tanto para la empresa como para la persona trabajadora a distancia. Partiendo de ello, y teniendo en cuenta quién toma la iniciativa, en este ámbito cabe diferenciar varias situaciones.

2.2.1. El trabajo a distancia a iniciativa de la persona trabajadora

Obviamente, la oferta de trabajar a distancia —a tiempo completo o parcial— puede provenir de la persona trabajadora y puede manifestarse en el mismo momento de la contratación o con posterioridad; oferta que normalmente puede estar fundamentada en razones como poder conciliar el trabajo a distancia con las responsabilidades familiares o los estudios, con residir en un lugar distante del centro de trabajo, etc., o simplemente en tener una mayor autonomía a la hora de organizar el trabajo. La empresa puede aceptarla o no, y probablemente en su decisión influyan cuestiones como el perfil profesional de la persona trabajadora y el interés en retenerlo en la empresa, las funciones que desarrolla esa persona (adaptables en mayor o menor medida al trabajo a distancia o no adaptables), el que existan o no ya otras personas en la empresa que estén trabajando a distancia en esos momentos, la duración del propio contrato de trabajo, la dimensión de la empresa, las habilidades informáticas de la persona solicitante, etc. En algún convenio colectivo se establece incluso la obligación de la empresa de argumentar razonadamente su negativa, o bien se señala que, en caso de denegación de la solicitud, la empresa comunicará al interesado y al comité de empresa el motivo de la denegación.

En esta cuestión y con la finalidad de objetivar el proceso de selección de las solicitudes, es habitual en las normas que regulan el teletrabajo en las Administraciones Públicas autonómicas establecer criterios de preferencia organizados en un baremo; criterios vinculados a las necesidades de cuidado de familiares (hijos o menores, cónyuge o pareja de hecho, familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, personas con discapacidad, familias monoparentales, embarazo), o a las circunstancias personales de la persona solicitante (edad, discapacidad, problemas de movilidad, enfermedad,

ser víctima de violencia de género, realizar estudios o residir en una localidad distante del centro de trabajo). En cambio, en el sector privado, los convenios colectivos suelen ser bastante escuetos en estas cuestiones.

Ahora bien, ¿existen supuestos en los que una empresa estaría obligada a aceptar la solicitud de trabajo a distancia presentada? La respuesta es afirmativa, y el origen de esa obligación puede encontrarse en una norma o bien en el convenio colectivo aplicable.

Cabe tener presente, no obstante, que, aun siendo un derecho, este se ejercerá en los términos previstos en el correspondiente convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada. Y, en su defecto, situación bastante probable, la aplicación de este derecho lo decidirá —así como su alcance— la propia víctima y en caso de discrepancias con la empresa, tendrá que acudir a los tribunales por la vía del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). Asimismo, cabe destacar que este artículo 37.8 recoge también, como hemos visto, un derecho de reversión, por cuanto de estar trabajando a distancia la víctima puede dejar de hacerlo, pasando a la modalidad de trabajo presencial.

En tercer lugar, cabe recordar que el artículo 34.8 del ET, tras la reforma incorporada por el RDL 6/2019, prevé que una persona trabajadora tiene derecho a solicitar el paso al trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar (en el caso del cuidado de los hijos hasta que estos cumplan los doce años), siempre que las funciones o competencias del puesto de trabajo lo permitan. El ejercicio de este derecho se pactará en la negociación colectiva —muy poco frecuente—, acomodándose a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación o bien manifestará su negativa, indicando las razones objetivas que la justifican. Asimismo, se reconoce el derecho de la persona trabajadora a volver al trabajo presencial una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto. En caso de discrepancias, la persona trabajadora debe acudir al procedimiento recogido en el artículo 139 de la LRJS. Por tanto, si una persona trabajadora que presta sus servicios presencialmente requiere, para poder conciliar su vida laboral y familiar —que no personal—, pasar a un sistema de trabajo a distancia puede utilizar

esta vía; aplicándose la misma en los términos previstos y con la posibilidad de que finalmente resuelva el tema un juzgado, que tendrá en cuenta la razonabilidad de la solicitud de la persona trabajadora y las necesidades productivas de la empresa. Como es conocido, la aplicación del artículo 34.8 ha dado lugar a un cierto debate judicial y sus límites no están del todo claros.

En cuarto lugar, cabe tener en cuenta que tanto esta referencia al trabajo a distancia del artículo 34.8, como las antes vistas del artículo 23.1.a) y 37.8 del ET plantean la siguiente duda: a este trabajo a distancia fundamentado en los estudios, en una situación de violencia de género o en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, ¿se les aplica el RDL 28/2020 y todo su contenido? O ¿son otro tipo de trabajo a distancia distinto —uno más—, no sujeto a lo allí previsto y que, por tanto, no requiere regularidad, un acuerdo de trabajo a distancia, aportación de equipos y compensación de gastos, etc.? A nuestro entender, este trabajo a distancia también se rige por lo dispuesto en el RDL 28/2020, por una razón de coherencia interna del propio ET, por cuanto, por un lado, salvo lo previsto en el artículo 34.8 del ET, las otras dos referencias al trabajo a distancia las incorpora en el ET el propio RDL 28/2020, de lo que cabe deducir que muy difícilmente se estaría pensando en un trabajo a distancia distinto del previsto en dicho RDL, y, por otro lado, el artículo 13 del propio ET señala que las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el RDL 28/2020. En fin, un principio de coherencia nos lleva a pensar que cualquier trabajo a distancia recogido en el ET se regirá por lo dispuesto en el RDL 28/2020. Ello implica que los casos de trabajo a distancia vía artículo 34.8 del ET que se hubieran iniciado con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 28/2020, deberían adaptarse a lo allí dispuesto —particularmente en tema de gastos y compensaciones—, perviviendo, no obstante, las posibles condiciones más beneficiosas.

En quinto lugar, al margen de los supuestos señalados anteriormente, el legislador no ha optado por instaurar un derecho al trabajo a distancia de la persona trabajadora, cuestión que sí parece estar planteándose en otros países como Alemania, con un mínimo de veinticuatro días al año para las profesiones en que sea posible.

Finalmente, tal y como establece el propio artículo 5.1 del RDL 28/2020, el derecho al trabajo a distancia lo puede reconocer la negociación colectiva. En el mismo sentido, la disposición adicional 1.^a señala que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad mediante el trabajo a distancia. Y por su parte, el artículo 8.3 prevé que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla un trabajo presencial puede pasar a un trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a

determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de las personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares.

Volviendo, no obstante, a la capacidad de la negociación colectiva para reconocer el derecho a acceder al trabajo a distancia, es posible incluso establecer que no es necesario que la empresa dé su consentimiento a cada solicitud presentada —en general o en función de los criterios previstos, tal y como señalábamos anteriormente—, al haberse dado este consentimiento ya en el momento de formalizarse el convenio.

Y también cabe tener presente que, con independencia de lo establecido legal o convencionalmente, no siempre tiene que aceptarse una solicitud de trabajo a distancia, ya que no todo trabajo es adecuado para ello ni tampoco lo es toda persona solicitante o quien deba supervisar su tarea. En este sentido cabe recordar que, entre otros textos, la nota técnica preventiva 412 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo da una serie de pautas a valorar a la hora de aceptar o no una solicitud, tales como el tipo de trabajo, las características personales de los teletrabajadores y los mandos y gestores, las circunstancias personales y del hogar en donde se va a realizar el teletrabajo, el análisis de las tareas, las razones de interés de las personas solicitantes, el tipo de comunicación e información que los teletrabajadores necesitarán para realizar su trabajo y el tiempo, distancia y problemas en el establecimiento de comunicaciones.

En todo caso, si la empresa deniega la solicitud presentada, la persona solicitante deberá acudir al procedimiento judicial regulado en el nuevo artículo 138 bis de la LRJS, salvo que la cuestión afecte a los derechos de conciliación en cuyo caso el procedimiento judicial es el del artículo 139 de la LRJS.

2.2.2. El trabajo a distancia a instancia de la empresa

También la empresa puede proponer el trabajo a distancia, sin que pueda imponerlo, tal y como recuerda expresamente el artículo 5.1 del RDL 28/2020, por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 del ET, aunque tenga una necesidad económica, técnica, organizativa o productiva. Cabe recordar que ya los tribunales habían establecido que no se podía recurrir a dicho precepto para imponer el paso del trabajo presencial al teletrabajo si el teletrabajo no formaba parte de la descripción inicial del puesto de trabajo; criterio totalmente acertado si tenemos presente las consecuencias —laborales, personales y familiares— que comporta pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia.

Y siguiendo la misma lógica, la negociación colectiva tampoco puede modificar el régimen contractual de una persona trabajadora, convirtiendo su actividad presencial en trabajo a distancia. A tal efecto en la citada STS de 11 de abril de 2005 se manifiesta que

...el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato del centro de trabajo empresarial al domicilio del trabajador tiene otras implicaciones sobre la esfera personal de este, que exceden no sólo del ámbito del artículo 41... sino del propio poder de disposición de la autonomía colectiva... cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador y esto no sólo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución, como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41... como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas... pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador...

En definitiva, ni el artículo 41 del ET ni la propia negociación colectiva pueden imponer a una persona el paso del trabajo presencial al trabajo a distancia. Para el Tribunal Supremo, el domicilio es un espacio que merece la máxima protección, lo que impide que la empresa lo pueda convertir, en contra de la voluntad de la persona trabajadora, en un centro de trabajo externo —aunque sea individual—. A lo que cabe añadir que ese principio de voluntariedad se fundamenta en los artículos 1091, 1204 y 1256 del Código Civil. Y esa inaplicación del artículo 41 abarca tanto el supuesto en que se pretende imponer el trabajo a distancia en el domicilio —situación recogida en la STS de 11 de abril de 2005—, como cuando ese trabajo se pasaría a desarrollar en un telecentro o bien se tratase de teletrabajo móvil, dado los términos empleados por el artículo 5.1 del RDL 28/2020 y la garantía total de voluntariedad que en el mismo se recoge.

Sin embargo, junto a lo señalado, cabe pensar que, en algún caso excepcional, el trabajo a distancia podría venir impuesto a la persona trabajadora, cuando surja una necesidad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Sería el caso, por ejemplo, en que existiendo una situación conflictiva en la empresa a nivel colectivo o

individual (riesgos psicosociales) que exige no pasar a la persona a una baja médica, al considerar que podría agravarse su estado, se decide el paso temporal al trabajo a distancia en el domicilio, al considerarse que con ello se facilitaría su recuperación.

Por último, también cabe preguntarse qué consecuencias puede tener para la persona trabajadora rechazar la oferta empresarial del trabajo a distancia. Aquí nuevamente el artículo 5.2 establece que esa negativa, así como las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya el trabajo a distancia, no son causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (se establece, pues, una especie de garantía de indemnidad que deriva del propio Acuerdo Marco). En el mismo sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo señala que la negativa de una persona a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de sus condiciones de trabajo, y también algún convenio colectivo (muy pocos) recoge esas mismas consideraciones. Al margen de la finalidad protectora que pretenden cumplir estos preceptos, no podemos olvidar que, en la práctica, una decisión de ese estilo puede tener consecuencias negativas o desfavorables, no siempre fáciles de identificar o de probar en caso de una reclamación administrativa o judicial. Por tanto, es esencial que, particularmente, los representantes del personal estén atentos a cualquier modificación o empeoramiento de las condiciones laborales —de todo tipo— de una persona trabajadora que ha rechazado una propuesta de trabajo a distancia, y para ello es fundamental que estén informados, tanto por parte de la empresa como de la propia persona trabajadora. No vamos a entrar en ello, pero sin duda, el trabajo a distancia supone un reto relevante para el ejercicio de sus funciones por parte de los representantes del personal.

2.2.3. La reversibilidad del trabajo a distancia

El artículo 5.3 del RDL 28/2020 establece que la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. Esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos previstos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los recogidos en el acuerdo de trabajo a distancia. En este sentido, el artículo 7.g) prevé como contenido mínimo de dicho acuerdo la duración de los plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso. En la misma línea, la disposición adicional 1.^a del RDL 28/2020 señala que los convenios o acuerdos colectivos pueden regular el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa. Y, por su parte, el Acuer-

do Marco Europeo sobre Teletrabajo señala que, si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, la decisión de pasar a teletrabajo es reversible por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Y las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo.

2.2.4. La forma de resolver las discrepancias

Conforme al nuevo artículo 138 bis de la LRJS, en caso de discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa sobre el acceso o la reversión del trabajo a distancia, deberá seguirse el procedimiento allí previsto, que se caracteriza por los siguientes elementos:

- a. La persona trabajadora dispone de un plazo de veinte días hábiles, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada, para presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social. Cabe pensar que, en el segundo caso, la discrepancia de la empresa no se centra en la posibilidad de pasar al trabajo a distancia sino en las condiciones concretas propuestas (distribución entre jornada presencial/jornada a distancia, compensación de gastos, aplicación de criterios de preferencia...) por la persona trabajadora.
- b. El Juzgado puede recabar un informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole una copia de la demanda y documentos que la acompañan. El informe versará sobre la negativa o disconformidad comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes.
- c. El procedimiento es urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista debe señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia se dictará en un plazo de tres días. Y contra la sentencia no cabe recurso, salvo cuando se haya acumulado una pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a un recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicta la sentencia.
- d. Y, finalmente, como ya señalamos, cuando la causa de la reclamación esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, habrá que acudir al

procedimiento del artículo 139 de la LRJS. Es decir, si la solicitud de acceso al trabajo a distancia o su reversión está fundamentada en motivos de conciliación, el procedimiento es el del artículo 139 de la LRJS, y también es este el procedimiento cuando, como vimos, quien reclama es una víctima de violencia de género. En el resto de los supuestos se aplicará el nuevo artículo 138 bis, bastante semejante al artículo 139.

2.2.5. El caso de los puestos ya inicialmente de trabajo a distancia

El artículo 8.2 del RDL 28/2020 establece, probablemente pensando en que no siempre dicha modalidad de trabajo es la más adecuada, que las personas que trabajan a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada, tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal del personal de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan.

Obviamente, la problemática surgirá cuando la empresa no informe de esas vacantes o no lo haga adecuadamente —teniendo en cuenta que se trata de trabajadores a distancia—, no se respete esa prioridad o bien existan varias prioridades que coincidan en relación con el mismo puesto de trabajo presencial. No se trataría de una reversión de trabajo a distancia a trabajo presencial, sino de pasar a ocupar un puesto vacante de carácter presencial.

3. El trabajo a distancia en las Administraciones Públicas

Finalmente, a los diversos tipos de trabajo a distancia ya analizados se añade otro tipo, que se justifica por la naturaleza del empleador, las diversas Administraciones Públicas, con independencia de que se trate de personal funcionario, estatutario o laboral (aun cuando, en relación con este último, los sindicatos reclamaron su inclusión en el marco del RDL 28/2020). Cabe tener presente, no obstante, que, como ya señalamos, las personas trabajadoras que prestan sus servicios en las sociedades del sector público sujetas a la normativa laboral sí se rigen por lo dispuesto en el RDL 28/2020.

Partiendo de ello, cabe destacar que el trabajo a distancia que se desarrolla en las Administraciones Públicas se rige por lo dispuesto —muy escuetamente, lo que es discutible— en el nuevo artículo 47 bis del Texto Refundido del Estatuto Básico del

Empleado Público (en adelante TREBEP), incorporado por el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que entró en vigor el pasado día 1 de octubre de 2020. En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

- a. Se considera ineludible abordar, con carácter inmediato, la regulación básica del teletrabajo en las Administraciones Públicas y la adaptación de estas a la administración digital. Asimismo, cabe destacar el hecho de que el RDL 29/2020 apuesta claramente por la implantación del teletrabajo en las Administraciones Públicas, más allá de la necesidad surgida durante la crisis sanitaria del COVID-19. De este modo, en el preámbulo se señala que se considera que el teletrabajo constituye una oportunidad para la introducción de cambios en las formas de organización del trabajo que redunden en la mejora de la prestación de los servicios públicos, en el bienestar de los empleados públicos, en los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 y en una administración más abierta y participativa. Supone el fomento del uso de las nuevas tecnologías de la información y el desarrollo de la administración digital, con las consiguientes ventajas tanto para los empleados públicos, como para la administración y la sociedad en general.

También cabe destacar que el RDL 29/2020 se centra únicamente en el caso del teletrabajo, a diferencia del RDL 28/2020 que opta por la fórmula —más amplia— del trabajo a distancia.

- b. El nuevo artículo 47 bis del TREBEP tiene carácter básico y afecta a todas las Administraciones Públicas. Por tanto, lo que se hace es configurar un marco normativo básico, tanto desde la perspectiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como desde el punto de vista más específico de los derechos y deberes de los empleados públicos, suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus propios instrumentos normativos reguladores del teletrabajo, en uso de sus potestades de autoorganización y considerando también la competencia estatal sobre la legislación laboral en el caso del personal laboral.

Ello implica que, respetando los mínimos del artículo 47 bis, el teletrabajo se realizará en los términos establecidos en las normas de cada Administración Pública, siendo objeto de negociación colectiva en cada ámbito. Esto abre un triple escenario:

1. Administraciones Públicas que deciden regular el teletrabajo a partir de la entrada en vigor del RDL 29/2020;
2. Administraciones Públicas —pocas, como veremos— que ya habían regulado el teletrabajo con anterioridad al RDL 29/2020, que tienen un plazo de seis meses a partir del día 1 de octubre de 2020 para adaptar esa regulación al artículo 47 bis —cosa relativamente fácil dada su parquedad—; y,
3. Administraciones Públicas que no habían regulado antes el teletrabajo y que seguirán sin regularlo.

En todo caso, como señala el RDL 29/2020, se trata de una materia negociable en la correspondiente mesa de negociación entre la Administración y los representantes del personal y que afectará tanto al personal laboral como al personal funcionario de esa Administración. Cabe tener presente aquí, que esa negociación colectiva —que afecta a una materia común para ambos tipos de personal— se llevará a cabo en los términos del artículo 37 del TREBEP y, en consecuencia, habrá cuestiones no negociables como los poderes de vigilancia y control o el porcentaje de prestación de servicios no presenciales (al afectar esto último al ejercicio de los derechos de los ciudadanos en forma presencial).

- c. Como en el caso del RDL 28/2020, el RDL 29/2020 se dirige a la regulación del teletrabajo de la época post-covid, manteniéndose vigentes, en su caso, las normas especiales adoptadas durante la primera ola del COVID-19 mientras resulte necesario. La idea, pues, es regular el teletrabajo como modalidad de prestación de servicios, al margen de las necesidades y preferencias surgidas durante la crisis del COVID-19 (aunque haya sido esta, nuevamente, la que haya propiciado la aprobación de dicha regulación).
- d. A diferencia del RDL 28/2020, en este caso no se admite el teletrabajo como una modalidad ordinaria de prestación de servicios, como consecuencia de la diversa naturaleza de los servicios a la ciudadanía que las distintas Administraciones tienen encomendados, y en aras a garantizar la prestación de los mismos. Será en cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada Administración, donde se determine el porcentaje de la prestación de servicios que puede desarrollarse por esta nueva modalidad, de tal manera que se combine la presencialidad y el teletrabajo en el régimen que se establezca. Y, en todo caso, debe garantizarse la atención directa presencial a la ciudadanía. En fin, en las Administraciones Públicas el trabajo presencial sigue siendo la modalidad ordinaria de trabajo.

- e. El nuevo artículo 47 bis.1 del TREBEP recoge una definición de teletrabajo más estricta que la del RDL 28/2020, y adaptada al marco de las Administraciones Públicas, considerándose como tal aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación. Por tanto, las funciones o competencias del puesto de trabajo deben poder desarrollarse a través del teletrabajo y, en todo caso, las necesidades del servicio de que se trate deben permitir el recurso al mismo. De este modo, las necesidades del servicio constituyen un límite o condicionante directo del teletrabajo, esto es, su utilización y mantenimiento debe venir supeditada a que se garantice la prestación de los servicios públicos y, en todo caso, habrá de asegurarse el cumplimiento de las necesidades del servicio de que se trate.
- f. El teletrabajo debe ser expresamente autorizado por el órgano competente en cada Administración y será compatible con la modalidad presencial. En la regulación que pueda aprobar cada Administración se determinará la distribución concreta entre trabajo presencial y teletrabajo, así como el resto de las condiciones aplicables. En todo caso, el teletrabajo debe contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de los objetivos y la evaluación de su cumplimiento (elemento, este último, particularmente complejo).
- g. El paso al teletrabajo tiene carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Y junto a ello, en la regulación que puedan adoptar las Administraciones Públicas deben contemplarse criterios objetivos en el acceso al teletrabajo, que permitan, en su caso, la selección entre varios solicitantes y resolver, incluso, un posible empate. Esta cuestión se recoge, con bastante detalle, en las normas autonómicas que han regulado hasta ahora el teletrabajo. Y también cabe recordar que, aunque se aplica la nota de voluntariedad, en el marco de las Administraciones Públicas el paso al teletrabajo debe ser siempre autorizado por la correspondiente Administración.
- h. Lógicamente, las personas que teletrabajen tienen los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

- i. El teletrabajo no puede suponer ningún incumplimiento de la jornada y el horario que corresponda en cada caso y de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal. Asimismo, un requisito previo del mismo será la valoración del carácter susceptible de poder realizarse mediante teletrabajo las tareas asignadas al puesto de trabajo, la correspondiente evaluación y planificación preventiva, así como la formación en competencias digitales necesarias para la prestación del servicio.
- j. La correspondiente Administración Pública proporcionará y mantendrá a quien teletrabaje, los medios tecnológicos necesarios para su actividad. La regulación en esta materia es más restrictiva que la del RDL 28/2020, y, obviamente, el problema será determinar qué se entiende por «medios tecnológicos necesarios» en este ámbito. Será una cuestión que planteará discusión, sin duda alguna, en la correspondiente negociación colectiva.
- k. Y, por último, cabe destacar que la negociación colectiva desarrollada hasta ahora en el marco de las Administraciones Públicas ha prestado muy poca atención al trabajo a distancia o al teletrabajo. Así, a modo de ejemplo, del estudio de 294 convenios colectivos del personal laboral y acuerdos de condiciones de trabajo del personal funcionario a nivel catalán, solo doce —un 4,08 %— hacía alguna referencia al teletrabajo, y la mayoría de una forma genérica. De este modo, cuando se ha querido regular el teletrabajo se ha hecho, previa negociación con los representantes del personal, a través de decretos, resoluciones o reglamentos, tanto a nivel estatal, como autonómico y local. Regulación que, por otra parte, es bastante completa, principalmente a nivel autonómico.

A este respecto, cabe recordar que, actualmente, varias Comunidades Autónomas tienen una regulación sobre el teletrabajo en sus propias Administraciones, así es el caso de Aragón, Baleares, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, La Rioja y País Vasco. A nivel estatal cabe destacar la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado, y a nivel local, es posible mencionar reglamento sobre teletrabajo en las Diputaciones de Córdoba o Almería y en los Ayuntamientos de Alcobendas, Gijón, Ávila y el Cabildo Insular de Fuerteventura.

En todo caso, es probable que la aprobación del RDL 29/2020 y la incorporación del artículo 47 bis del TREBEP incentive la reglamentación del teletrabajo en las Administraciones Públicas, particularmente en aquellas que tienen una cierta dimensión.

4. Valoraciones finales

Al margen de lo ya señalado, cabe realizar algunas consideraciones finales. En primer lugar, cabe destacar que, si bien influida claramente por la crisis del COVID-19, resulta acertado contar con una regulación del trabajo a distancia como la recogida en el RDL 28/2020, bastante completa, aunque no exenta de problemas; superándose así la etapa del antiguo artículo 13 del ET, claramente insuficiente. Regulación que atribuye un papel relevante a la negociación colectiva —tanto presente como futura—, que esperemos que asuma en la práctica, y no solo en los sectores «clásicos» donde hasta ahora ya se había regulado el trabajo a distancia o el teletrabajo. En todo caso, el reto al que se enfrenta la negociación colectiva en esta materia es importante.

En segundo lugar, sorprende que la decisión de regular el trabajo a distancia en nuestro país no haya comportado el reconocimiento legal de un solo tipo de trabajo a distancia, sino de varios, algunos de ellos temporales (vinculados a la crisis del COVID-19 o a la regulación convencional ya existente). Así, como hemos visto, en el sector privado, junto al trabajo a distancia ordinario, tenemos otros. Y en las Administraciones Públicas, la parquedad del nuevo artículo 47 bis del TREBEP dará pie a una diversidad de regulaciones, especialmente a nivel local. En este último ámbito, a nuestro entender, se ha perdido la oportunidad de establecer un marco legal básico más completo, siguiéndose la senda del RDL 28/2020. En todo caso, esta diversificación del trabajo a distancia, al menos durante un tiempo, añade complejidad a la gestión de esta nueva modalidad de trabajo.

Sin olvidar, en relación con lo anterior, las dificultades para controlar y evitar que se incrementen los casos de falsas personas trabajadoras a distancia autónomas o los supuestos de personas trabajadoras a distancia que superan un 30 por 100 de su jornada a distancia pero que no serán consideradas como tales, sino como personas trabajadoras a distancia «ocasionales».

En tercer lugar, si bien la nota de voluntariedad es claramente aplicable y exigible, tal y como se prevé en los correspondientes documentos y normas, no podemos olvidar que existen ciertos condicionantes, recogidos por las normas o la negociación colectiva, particularmente relevantes en el marco de las Administraciones Públicas, donde la voluntariedad siempre va acompañada de la necesaria autorización administrativa. En el marco de la reversibilidad del trabajo a distancia, ante la parquedad legal, no hay duda de que la negociación colectiva tiene un importante margen de actuación; debiéndose justificar dicha reversibilidad, cuando la decide la empresa, en razones objetivas.

En cuarto lugar, cabe recordar que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico, el trabajo a distancia no es un derecho, sí existen colectivos que tienen un trato preferente, ya sea de origen legal —el caso de las personas que están cursando estudios, las víctimas de violencia de género o del terrorismo y las personas que quieren conciliar su vida laboral y familiar—, o más protector —el caso de los menores de edad y las personas con contratos formativos—. Y también cabe tener presente que la negociación colectiva, tal y como recuerda el artículo 8.3 del RDL 28/2020, puede fijar criterios de preferencia, cosa que, hasta el momento, se ha hecho poco, y puede llegar a reconocer, incluso, el trabajo a distancia como un derecho.

En definitiva, al margen de que, a pesar de las expectativas creadas, el trabajo a distancia —particularmente en el sector privado—, no acabe teniendo tanto arraigo como el esperado, el RDL 28/2020 plantea bastantes cuestiones, empezando ya en la delimitación de su propio ámbito de aplicación.

6. Conclusiones. Trabajo a distancia, conciliación y gasto público

El trabajo a distancia y el teletrabajo no son derechos, sino como ya se ha expuesto, una forma o modalidad de trabajo. Sin embargo, en su evolución se aprecia un acercamiento hacia la idea que tenemos de los derechos como libertades o beneficios de los ciudadanos que, normalmente, deben ser provistos por el Estado. Es decir, con el paso del tiempo el trabajo realizado en el marco de una relación de dependencia desde el domicilio de la persona trabajadora o desde el lugar que elija en cada momento, ha pasado a considerarse mayoritariamente como una ventaja que puede ser exigida de alguna forma. Pero, además, cuando se lleva a cabo da lugar a la exigencia de determinadas contraprestaciones y al cumplimiento de garantías. Como ejemplo de lo expuesto puede leerse la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2020, en la que al hilo de la concreción de su objetivo se afirma que este está en:

...proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los

tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

Y entenderemos mejor la referencia a la evolución hacia un fenómeno generador de derechos si tenemos en cuenta que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo al que ya se ha hecho referencia partía de un concepto de teletrabajo que aunaba el ser un instrumento de modernización de la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, con una oportunidad para los trabajadores de reconciliar vida profesional y vida social, así como de tener una mayor autonomía en la realización de sus tareas.

Probablemente resulte más sencillo entender el porqué de la traslación del desarrollo teórico del costo de los derechos a la cuestión que nos ocupa si nuestra atención se fija en el teletrabajo en las Administraciones Públicas, en los términos en los que se ha incorporado al EBEP. Estos términos pueden resumirse en la admisión del teletrabajo en el empleo público condicionada a su compatibilidad con las necesidades del servicio, previa autorización, y siempre conforme a las normas que desarrollen el nuevo artículo 47 bis, que deben ser objeto de negociación colectiva. Para las administraciones públicas debe contribuir a una mejor organización del trabajo, que deberá canalizarse a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento. Para el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo (tanto funcionarios como personal laboral), igualdad de derechos con quienes trabajen presencialmente y dos condiciones relevantes: se les aplica la normativa sobre prevención de riesgos laborales y se reconoce que debe ser la Administración quien proporcione y mantenga los medios tecnológicos necesarios para su actividad. Por tanto, al menos en este caso, el teletrabajo se configura con una naturaleza muy similar a la de un derecho (carácter voluntario, reversible) y puede tener un coste para las administraciones públicas que deban afrontar los gastos derivados de proveer de medios tecnológicos y de encargarse de su mantenimiento. Tengamos en cuenta que esta modalidad no implica necesariamente incompatibilidad con el trabajo presencial, con lo que puede implicar una doble dotación de material: para la oficina y para el domicilio. Es obvio que no siempre se producirá esa duplicidad, dado que habrá situaciones en las que el único medio tecnológico sea un ordenador portátil. Pero ¿qué ocurre cuando el trabajo requiere de equipos que no pueden transportarse? Por otro lado, la referencia a «medios tecnológicos necesarios», ¿incluye el coste de la conexión? Y es más, la exigencia de cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales puede implicar un coste adicional si pensamos por ejemplo en la necesidad de llevar a cabo adaptaciones del puesto de trabajo.

Cuando el contexto del teletrabajo es la empresa privada, el problema del costo adicional que éste puede suponer se difumina, si bien es posible plantearse cuestiones como la posibilidad de entender que se incurre en prevención de gasto público dada la incidencia del trabajo a distancia en cuestiones tan relevantes como el clima, la contaminación, la movilidad urbana, la recuperación de territorios despoblados, e incluso la conciliación de vida laboral y familiar. De hecho, durante los meses de confinamiento ha sido precisamente el teletrabajo la figura que ha permitido sostener la confluencia entre empleo y la abolición de facto de cualquier opción de cuidado de menores o dependientes.

El nuevo artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores incide en esta idea, ya que señala que:

Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

La necesidad de estudiar la incidencia del ingreso y del gasto público en el trabajo a distancia, y en la subespecie del teletrabajo es apremiante. Tal como indica MESSENGER:

It is necessary to go beyond a focus on whether T/ICTM work arrangements are 'good' or 'bad': clearly, they can be either or even both at the same time. Rather, given the highly ambiguous effects of T/ICTM work, we need to understand under what specific conditions both employees and employers can benefit from such work arrangements. In this regard, an attempt is made here to shed some light on this topic for policymakers, social partners, scholars and all those interested in the future of work, in order to understand the technology-driven changes that are occurring, and help shape such changes in a way that can benefit societies, while addressing the potentially negative sideeffects. In light of this objective, we present some policy suggestions designed to promote such beneficial T/ICTM work.

En relación con la conciliación, es necesario abordar la cuestión de forma urgente pero desprovista de apresuramientos estériles. En este sentido, sería deseable prestar mayor atención a la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Y sobre todo, poner el centro del debate en la sociedad que queremos ser más que en disputas excesivamente marcadas por la demagogia.

Además, sería necesario prestar mayor atención a experiencias comparadas cuyo éxito ya se ha contrastado, como son las que provienen del modelo de los países nórdicos: mayor inversión en infraestructuras y servicios públicos como alternativa a los beneficios fiscales. O a ejemplos tan relevantes como el del denominado «Chèque emploi-service», con origen en el Plan Borloo de cohesión social de 2005, y que se venía estudiando desde la elaboración del Informe *Le chèque-service. Un instrument pour le développement des services de proximité* en 1994. Este sistema, avalado por la OIT, se ha extendido a otros países, como Bélgica, Canadá, Suiza o Austria. En este sistema de cheques una parte del servicio la paga el usuario y el resto del coste lo asumen las administraciones públicas. Entre sus principales ventajas se mencionan las relacionadas con el acceso a prestaciones de Seguridad Social, afloramiento de economía sumergida, simplificación administrativa, garantía de pago de salario digno, etc.

En todo caso, se trata de articular medidas que buscan privilegiar a determinadas actividades que con frecuencia forman parte de la denominada economía sumergida, pero que están muy vinculadas con las necesidades de conciliación y la protección de la familia, entre las que se incluyen las relacionadas con el cuidado de menores y dependientes. Entre sus principales objetivos, además de los mencionados, se encuentra la reducción de los costes de la *burocracia* como consecuencia de la simplificación de formalidades administrativas y los beneficios fiscales.

No olvidemos que, en España, la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario ya valoró en el año 2014:

...la posibilidad de establecer «recompensas tributarias» para que los usuarios de servicios personales de naturaleza doméstica y la ejecución de obras y la prestación de servicios en el ámbito del hogar y de la familia se sientan incentivados a exigir las facturas de tales servicios. Quizá esas recompensas, que pueden resultar muy costosas recaudatoriamente, podrían abarataarse mediante sistemas de loterías o sorteos, pero la Comisión duda de la eficacia real a medio y largo plazo de todos estos sistemas.

E incluyó entre sus propuestas la siguiente:

Propuesta núm. 121: Si, pese a su posible coste y efectos, se decidiese establecer un sistema de recompensas tributarias satisfechas contra la cuota del IRPF, debería ponerse especial atención en diseñar ese sistema conforme a los siguientes criterios: a) Delimitar su ámbito exclusivamente a los servicios personales de naturaleza doméstica y a la ejecución de obras y prestaciones de servicios en el ámbito del hogar. b) Evaluar cuidadosamente su coste, enfrentándolo con una cuantificación muy prudente de sus posibles beneficios tributarios, incluso en el caso de que la recompensa consista en premios repartidos al azar mediante sorteos. c) Atender a los riesgos recaudatorios que supondrá su inevitable extensión a quienes ya hoy cumplen con sus obligaciones tributarias.

Los sistemas tributarios, para que puedan cumplir con la función que les es propia, deben estar en constante evolución. De lo contrario, devienen en meras compilaciones normativas carentes de eficacia. Y es que, en efecto, aparecen nuevas instituciones, surgen fenómenos difíciles de encajar en las reglas impositivas. Si, como en este caso, las regulaciones se suceden sin la suficiente reflexión, la tarea de quienes nos dedicamos al estudio del Derecho Financiero y Tributario se complica, y no es necesario ser excesivamente pesimista para aventurar que la cuestión a la que se han dedicado estas páginas seguirá requiriendo nuestra atención durante tiempo.

