

sep. 22

b-today

derecho y economía

ley concursal

personal fuera de convenio

retribución administradores

materia energética

extranjería

delito de hurto

Mercantil	La lluvia cristalina cae de nubes negras. Esperanza (contenida) ante la reforma de la ley concursal 3 Íñigo López Recalde
Laboral y Seguridad Social	Construcción jurisprudencial de la figura del personal fuera de convenio 4 Elisa Lemus
Fiscal	Bandera amarilla en la retribución a los administradores 5 Blanca Torres Durán
Administrativo	Novedades en materia energética 6 Maialen Urrutia Barkos
Internacional	El gobierno aprueba la reforma para incorporar extranjeros al mercado de trabajo 7 Rossella Lo Galbo
Penal	Agravación del delito de hurto por reiteración delictiva. Modificación del Artículo 234 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 9/22 de 28 de Julio 8 Álvaro de la Rica Lizarraga

La lluvia cristalina cae de nubes negras. Esperanza (contenida) ante la reforma de la ley concursal

El proverbio persa transcrito bien pudiera resumir la esperanza puesta por el legislador, los poderes públicos y la sociedad en su conjunto, respecto de la ansiada y muy comentada reforma del texto refundido de la Ley Concursal que, recientemente, ha sido definitivamente aprobada a la vuelta del parón legislativo estival.

Si bien su objetivo inicial consistía en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, lo cierto es que las sucesión de la crisis provocada por el COVID y por la actual crisis energética y de alza descontrolada del IPC, unido a las medidas especiales adoptadas en los momentos de más impacto de la pandemia, han propiciado una norma de reforma completa del sistema concursal como lo hemos conocido hasta la fecha.

Sin ánimo de profundizar en cada uno de los ámbitos objeto de reforma, apuntamos a continuación los principales aspectos que deberían ser objeto de consideración por las empresas que puedan verse envueltas en una situación próxima a la insolvencia:

Planes de reestructuración

Un elemento central de la reforma lo protagonizan los planes de reestructuración, que vienen a sustituir, como instrumento pre-concursal, a los actuales acuerdos de refinanciación. Dirigidos a empresas que atraviesen dificultades, mediante mecanismos más flexibles y ágiles que los existentes hasta el momento, se pretende facilitar una reestructuración en caso de probabilidad de insolvencia, frente a la actual exigencia de que esta sea inminente.

Procedimiento especial para microempresas

Con el objetivo de simplificar el procedimiento concursal –sin perjuicio de las dudas que su implantación seguramente generará– se crea un procedimiento telemático, sujeto a modelos estandarizados y obligatorio para empresas (y autónomos) que cuenten con menos de 10 trabajadores y cifras de negocio más reducidas.

Característica esencial del procedimiento consistirá en la obligada manifestación de optar, desde el inicio, por la continuidad de la empresa, su liquidación o su liquidación con transmisión de empresa en funcionamiento.

Si bien el nuevo procedimiento está dirigido a simplificar y agilizar los trámites procedimentales de los concursos de esta clase de empresas, lo cierto es que existen suficientes interrogantes que hacen que sea difícil aventurar que se conseguirá mitigar un eventual impacto de la finalización de la moratoria, entre los que destacan la fecha de entrada en vigor de este procedimiento, la adaptabilidad de la administración de justicia al procedimiento telemático (especialmente ante la existencia de distintas plataformas dependiendo de las Comunidades Autónomas: Justiziasip en País Vasco, Vereda en Cantabria, Avantius en Navarra, LexNet, justicia.cat en Cataluña etc) u otros aspectos como la falta de obligatoriedad de contar con abogado o procurador, que además de ser desaconsejables en muchos supuestos, pueden hacer que la tramitación por parte de personas no especializadas en la materia perjudique la agilidad perseguida.

Posibilidad de tramitar un convenio sobre el convenio (“Reconvenio”)

Consciente de las dificultades a las que se ven abocadas las pocas empresas que consiguen aprobar un convenio concursal, el proyecto de reforma retoma una de las medidas aprobadas mediante la legislación

especial dictada durante la pandemia, posibilitando, dentro de unos límites y requisitos, la aprobación de un nuevo convenio (“reconvenio”) en aquellas situaciones en que el convenio aprobado se encuentre en riesgo de incumplimiento por causa que no le sea imputable a título de dolo, culpa o negligencia y siempre que se justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa.

Calificación concursal

Quizá una de las novedades más determinantes de esta fase del procedimiento radique en la ampliación a terceros distintos de la administración concursal y el ministerio fiscal de la legitimación para sostener, de forma independiente, la calificación del concurso.

Actualmente, los únicos legitimados para sostener procesalmente la pretensión de calificación culpable del concurso son la administración concursal y el ministerio fiscal. La reforma permitirá que dicha pretensión sea defendida, de forma perfectamente autónoma, por terceros: i) acreedores por créditos de más de un millón de euros; ii) acreedores públicos; y iii) acreedores que representen más del 10% del pasivo.

Exoneración del pasivo insatisfecho (“Segunda Oportunidad”)

En materia relativa a la exoneración del pasivo insatisfecho de las personas físicas, se introduce la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos a los acreedores, permitiendo al deudor, bajo ciertas condiciones, mantener su vivienda habitual y, si fuera autónomo, continuar con su actividad y con los bienes y derechos necesarios para ello.

Se endurecen algunas causas que imposibilitan acogerse a la exoneración mediante la tipificación expresa de algunos presupuestos que la jurisprudencia entendía como supuestos de mala fe.

Se introduce la posibilidad de exonerar el crédito público de Hacienda Pública y Seguridad Social, si bien en límites casi insignificantes, únicamente en la primera solicitud de exoneración, no en la segunda ni sucesivas.

Esperamos que éstas y el resto de las novedades que se incluyen en la reforma de la legislación concursal supongan la lluvia fina y cristalina que descarguen los intensos nubarrones que se aproximan por el horizonte.

Íñigo López Recalde

Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra, tiene el Máster en Derecho de Empresa por la misma universidad y ha completado su formación con la realización de varios cursos: el Anglo-American Law Program (Universidad de Navarra), el International Business Law Program (Universidad de Navarra) y un curso de especialización en arbitraje. Es miembro del equipo directivo de Bufete Barrilero y Asociados.

i.lopez@barrilero.es
LinkedIn

Construcción jurisprudencial de la figura del personal fuera de convenio

La figura del personal fuera de convenio es aquel que, de mutuo acuerdo con la empresa mediante el contrato de trabajo, está fuera del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo que regula las relaciones laborales en la empresa, aplicándose para su caso concreto lo que las partes hayan pactado en el contrato. Este tipo de contratación es muy usual entra las empresas y trabajadores que desarrollan su trabajo dentro del ámbito de confianza del empresario, generalmente mandos intermedios. Esto dota a la relación de confianza con una mayor flexibilidad, justificándose en el tipo de trabajo a desarrollar por el trabajador, el cual también suele verse beneficiado en sus condiciones económicas, beneficios sociales, etc.

Dentro de este contexto, cabe aclarar que el personal “fuera de convenio” como tal no se encuentra regulado en la legislación laboral española, ni se deriva de una doctrina jurisprudencial que pueda identificarse como extensa. Es decir, el personal “fuera de convenio” deriva de una ausencia de prohibición sobre una práctica en virtud de la cual la empresa y el trabajador acuerdan, dentro de un contexto de confianza mutua, la exclusión de la aplicación del Convenio Colectivo a la relación de naturaleza laboral que les une.

Sin embargo, sí existen unos requisitos mínimos dispuestos jurisprudencialmente para entender como válida dicha exclusión del ámbito de aplicación del convenio. Estos requisitos son los siguientes:

- Para que exista personal fuera de convenio, el propio convenio cuya exclusión se pretende debe autorizarlo, especificando las excepciones y determinando qué tipo de trabajadores pueden ser personal fuera del convenio.
- Ambas partes deben pactar en el contrato de trabajo la exclusión de la relación laboral del ámbito de aplicación del Convenio.
- La voluntad individual de los trabajadores por sí sola no puede modificar lo pactado con carácter general en el convenio colectivo.
- El personal fuera de convenio ha de percibir al menos las mismas retribuciones que las reguladas en el convenio.

En todo caso, este acuerdo de exclusión de la aplicación del Convenio Colectivo conlleva los siguientes interrogantes:

1. Derecho a la igualdad

Estas exclusiones pueden suponer o no una vulneración del principio de igualdad de trato previsto en el art. 14 de la CE, en tanto supone ofrecer un trato distinto a ciertos trabajadores dentro de la empresa cuyo vínculo contractual es similar al de muchos de sus compañeros, aun cuando su puesto esté investido por una relación de mayor confianza con la empresa.

Así, la doctrina del Tribunal Supremo señala para dichas exclusiones que:

- 1) las partes negociadoras no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación;
- 2) las limitaciones pueden venir dadas por el principio de igualdad y no discriminación;
- 3) el principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional y determinado;
- 4) tampoco impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo;
- 5) esta exclusión, que generalmente tiene su origen en una

preferencia de los afectados, no puede asimilarse a la de aquellos grupos de trabajadores que carecen de poder negociador por sí solos; y

6) la exclusión requiere que se base en singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios.”

Dentro de este contexto, será necesario atender a criterios de naturaleza objetiva. En este sentido, cualquier exclusión ha de presentar una justificación objetiva y razonable, esencialmente la concurrencia de rasgos peculiares u otras circunstancias sobresalientes en el desempeño profesional ejecutado por los trabajadores excluidos.

2. Renuncia a derechos indisponibles.

El hecho de pactar en el contrato individual la exclusión del trabajador del colectivo convenio aplicable en la empresa, conlleva la duda en torno a si dicha cláusula es válida o, por el contrario, supone una renuncia de derechos indisponibles prohibida por el art. 3.5 del ET.

Así, el art. 3.5 del ET establece que “el trabajador no podrá disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”, lo cual hace surgir la duda sobre si propia la exclusión de la aplicación del Convenio Colectivo a la relación laboral concreta podría considerarse como indisponible, y si la voluntad por parte del empleado manifestando su intención de no quedar encuadrado bajo su protección puede ser considerada como ilícita o contraria al precepto estatutario.

A este respecto, existen dos doctrinas claramente diferenciadas, a favor y en contra de esta posible renuncia, no siendo una cuestión pacífica en la actualidad.

En todo caso, siguiendo una postura intermedia, el Tribunal Supremo, respecto a la aceptación expresa o tácita de la exclusión por determinados grupos de trabajadores, ha señalado la prevalencia de lo pactado con carácter normativo en un convenio colectivo sobre lo que se haya podido pactar con carácter individual, salvo en lo que puedan suponer condiciones de mejora, en atención a la fuerza vinculante de los convenios.

En conclusión, la figura del personal fuera de convenio otorga flexibilidad a la empresa respecto a su personal de confianza, debiendo atender en todo momento a los requisitos previos para poder constituirlos, atendiendo siempre al caso concreto.

Elisa Lemus

Graduada en derecho por la Universidad de Navarra, Máster en Derecho de Empresa (MUDE) de la Universidad de Navarra, es miembro del equipo directivo de Bufete Barrilero y Asociados.

e.lemus@barrilero.es
LinkedIn

Bandera amarilla en la retribución a los administradores

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2022 considera un “abuso de formalidad” condicionar la deducibilidad de la retribución de los administradores a la previsión estatutaria.

Si bien teníamos interiorizado que el gasto por la retribución a los administradores es no deducible en el Impuesto sobre Sociedades en todos los casos en los que su remuneración no esté prevista en los Estatutos, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de marzo de 2022 suaviza la rigidez administrativa pudiendo considerar deducibles aquellas retribuciones que, aun no estando previstas estatutariamente, obedezcan a funciones propias de un contrato laboral y se distingan de aquellas desempeñadas por el cargo de administrador.

Tras esta Sentencia, la teoría del vínculo se empieza a difuminar desde el punto de vista fiscal para aquellos supuestos en los que se pueda probar y se haga evidente que el administrador no socio viene desempeñando funciones características de un contrato laboral con las notas características de ajenidad, dependencia y se deriven del trabajo ordinario dentro de una empresa, separándose de una forma clara y distinguida de las funciones mercantiles. La Audiencia Nacional avala la idea de que la teoría del vínculo debe analizarse caso por caso no siendo una categoría general, debiendo reservarse para los supuestos en los que no haya diferenciación de funciones entre un contrato de alta dirección y el cargo de administrador. Así pues, en los casos en los que no se puedan separar las funciones de uno y otro cargo debe prevalecer la relación mercantil sobre la relación laboral del administrador.

Factores como la existencia de un contrato laboral, la distinción de funciones ordinarias dentro de la empresa (como la comercial) y el estar dado de alta en la Seguridad Social sirven de sustento para acreditar que efectivamente se están realizando funciones distintas a las del cargo de administrador, que en algunos casos son irrisorias o meramente formales. En estos casos en los que se distinguen ambas funciones, la Audiencia Nacional defiende la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones correspondientes al cargo laboral del administrador aun cuando éstas no se hayan previsto en los Estatutos. Sobre la inclusión de la retribución estatutariamente, dice la Sentencia que se trataría de una cuestión formal, irrelevante a los fines de considerar que se incumple la finalidad de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la decisión del socio único tiene la misma fuerza que un acuerdo de la Junta General, expresada a través de los Estatutos.

La finalidad a la que responde la teoría del vínculo es evitar el abuso por parte de los socios que también son administradores y podrían fijar libremente sus retribuciones, dando protección privilegiada a los socios, supuesto que no ocurre cuando el administrador venía realizando funciones comunes y ordinarias en el marco empresarial. Para estos supuestos, la Audiencia Nacional defiende que el administrador no se vea perjudicado por la falta de reflejo estatutario de su retribución por funciones ordinarias laborales, no considerando aplicable fiscalmente la teoría del vínculo en estos casos.

El condicionante para la deducibilidad en el Impuesto que venía determinado por la aprobación estatutaria de la retribución del cargo del administrador se ve ahora mitigada con el factor probatorio. Basta con la decisión del socio o de la Junta para cambiar el régimen retributivo de los administradores, sin que para ello se deba acudir a la inclusión estatutaria, eso sí, para su deducibilidad, la retribución pactada debe obedecer a funciones derivadas del curso corriente de la actividad empresarial y dentro de un marco laboral.

Esta mayor flexibilidad interpretativa es coherente con la realidad práctica en la que muchos administradores ejercen funciones que son

propias de un trabajador por cuenta ajena y cuentan con contrato laboral, pero por aplicación de la teoría del vínculo se considera que se encuentran enmarcadas en el ámbito mercantil. Fiscalmente se produce un avance interpretativo más consecuente con el día a día empresarial, limitando los casos en los que debe aplicarse la teoría del vínculo.

Mas aún, no puede omitirse la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 2022, C-101/21 que advierte la crisis de la teoría del vínculo en el ámbito mercantil-laboral y de la Seguridad Social, cuyo impacto en el Derecho nacional está por determinar.

Por tanto, parece que la decisión de la Audiencia Nacional ha relajado la marea de la teoría del vínculo cambiando la bandera roja por la amarilla en la deducibilidad de la retribución de administradores que tradicionalmente se consideraba no deducible si no estaba prevista en los Estatutos, ahora en cambio, *iuris tantum*.

Blanca Torres Durán

Graduada en Derecho por la Universidad de Cantabria, doble máster en Derecho y Asesoría Fiscal por el IE, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

b.torres@barrilero.es
LinkedIn

Novedades en materia energética

LAS NUEVAS MEDIDAS DE AHORRO ENERGÉTICO QUE ESTABLECE EL NUEVO REAL DECRETO-LEY 14/2022, DE 1 DE AGOSTO, DE MEDIDAS DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE, EN MATERIA DE BECAS Y AYUDAS AL ESTUDIO, ASÍ COMO DE MEDIDAS DE AHORRO, EFICIENCIA ENERGÉTICA Y DE REDUCCIÓN DE LA DEPENDENCIA ENERGÉTICA DEL GAS NATURAL.

Recientemente, el 2 de agosto de 2022, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) el nuevo Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

Esta nueva norma recoge en su título V un conjunto de medidas destinadas al ahorro y a la eficiencia energética, así como de fomento de la electrificación y despliegue de energías. Entre estas pautas, destacan aquellas que están destinadas al ahorro de energía, en aras a contar con *edificios más confortables, con un consumo energético menor, y a disponer de un sector productivo más competitivo y mejor preparado para el próximo invierno.*

En este sentido, en la Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, se publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de mayo, con el que se aprueba un Plan de medidas de ahorro y eficiencia energética en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público. El mencionado Plan, estipula una serie de exigencias para la configuración del uso de edificios administrativos, en el que se incluye la determinación de horarios de encendido y apagado de instalaciones, el control de la temperatura o el despliegue de instalaciones de autoconsumo en la administración estatal.

Sin embargo, este nuevo Real Decreto-ley 14/2022, no es el pionero en establecer medidas de ahorro energético, ya que el ordenamiento jurídico español ya contaba con un marco normativo para el consumo racional de energía, el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (en adelante, RITE), aprobado por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio. Asimismo, el mentado Reglamento ya prevé la limitación de temperaturas de calefacción y refrigeración de 21 °C y 26 °C para *edificios y locales de uso administrativo incluidas en las administraciones públicas, establecimientos comerciales como grandes almacenes o centros comerciales, espacios culturales como cines o centros de congresos, o infraestructuras destinadas al transporte de personas como estaciones y aeropuertos.* Además, este Reglamento también establece que los edificios deben contar con dispositivos que midan las condiciones de temperatura y mecanismos de cierre automático de puertas, entre otros.

Así, el reciente Real Decreto-ley 14/2022, introduce una serie de obligaciones que se prevé que estarán vigentes hasta el 1 de noviembre de 2023 sobre los edificios y locales sujetos a obligaciones de temperatura en el ámbito del ya mencionado RITE, justificando su aplicación en que se estima que cada grado en el que se cambie la consigna de temperatura que suponga una menor necesidad de calefacción o refrigeración, podrá suponer un ahorro del 7% del consumo.

Estas medidas se regulan en el artículo 29 y 30 del mencionado Real Decreto-ley 14/2022, siendo el artículo 29 el que establece el llamado Plan de choche de ahorro y gestión energética en climatización. En este sentido, el mentado apartado determina lo siguiente:

En primer lugar, en los edificios de uso administrativo, establecimientos comerciales (grandes almacenes o centros comerciales), espacios culturales (cines, centros de congresos, entre otros) o infraestructuras destinadas al transporte de mercancías (estaciones y aeropuertos), se limita la temperatura del aire a los siguientes valores:

- La temperatura del aire en los recintos calefactados no será superior a 19 °C.

- La temperatura del aire en los recintos refrigerados no será superior a 27 °C.
- Las condiciones de temperatura anteriores estarán referidas al mantenimiento de una humedad relativa comprendida entre el 30% y el 70%.

No obstante, los recintos que justifiquen la necesidad de mantener condiciones ambientales especiales o dispongan de una normativa específica, no tendrán que cumplir las arriba mencionadas limitaciones de temperatura.

Estas limitaciones de temperatura entraron en vigor el 9 de agosto de 2022 y estarán vigentes hasta el 1 de noviembre de 2023.

En segundo lugar, el texto normativo determina que los recintos habitables acondicionados, mencionados en el apartado anterior, tienen obligación de informar a través de carteles informativos o pantallas, las medidas de aplicación que contribuyen al ahorro energético relativas a los valores límites de temperaturas en el aire, información sobre la temperatura y humedad, apertura de puertas y regímenes de revisión y mantenimiento. Además, los carteles informativos también deben prever las medidas adicionales que ha aplicado el establecimiento en aras a aumentar el ahorro energético. Estas medidas serán exigibles a partir del 2 de septiembre de 2022 y hasta el 1 de noviembre de 2023.

En tercer lugar, dada la necesidad de ahorrar energía con carácter general, se establece la obligación de que los edificios y locales que tengan acceso a la calle, cuenten con un sistema de cierre de puertas, que podrá consistir en un sencillo brazo de cierre automático de las puertas, para que estas no permanezcan abiertas permanentemente y así no despilfarrar energía. Además, esta obligación también se aplica a los edificios o locales que utilicen energías renovables (locales que anteriormente estaban exentas de esta obligación). Esta medida de cierre de puertas deberá aplicarse antes del 30 de septiembre de 2022.

En cuarto lugar, se determina que el alumbrado de escaparates y edificios públicos (estos últimos, siempre que estén desocupados) deberá mantenerse apagado desde las 22 horas, medida que entró en vigor el 9 de agosto de 2022 y estará vigente hasta el 1 de noviembre de 2023.

Asimismo, este artículo 29 menciona en su apartado número cinco, que las instalaciones a las que les son de aplicación las previamente mencionadas medidas, tendrán la obligación de cumplir con las inspecciones de eficiencia energética y en caso de que su última inspección haya sido llevada a cabo antes del 1 de enero de 2021, deberán adelantar la siguiente inspección de las mismas para así poder cumplir con dichas obligaciones antes del 1 de diciembre de 2022. Esta medida entró en vigor el 2 de agosto de 2022, junto con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2022.

Por último, resulta necesario mencionar que estas exigencias para el ahorro energético estipuladas en este nuevo Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, podrán ser complementadas con medidas adicionales.

Maialen Urrutia Barkos

Graduada en Derecho económico por la Universidad de Deusto, Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Deusto y Máster de Derecho Deportivo de la Universidad de Lleida, es miembro del equipo de derecho administrativo de Bufete Barrilero y Asociados.

m.urrutia@barrilero.es
LinkedIn

El gobierno aprueba la reforma para incorporar extranjeros al mercado de trabajo

El Consejo de Ministros ha aprobado recientemente, el Real Decreto 629/2022, por el que se modifica el Reglamento de La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El objetivo de esta reforma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales.

Asimismo, persigue adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años.

Otro de los fundamentos de esta normativa es facilitar a los empresarios la contratación de extranjeros en sus países de origen y abre nuevas vías para que los inmigrantes que ya vivan en España puedan regularizarse y trabajar. La medida prevé modificaciones técnicas que permitirán emprender, reagrupar a familiares o regularizarse cuando se está trabajando en la clandestinidad, pero trae, sobre todo, novedades claves para realizar cambios de la política migratoria.

En primer lugar, la reforma tiene como prioridad ampliar y mejorar la contratación de extranjeros. De esta manera, estos trabajadores podrán conseguir una autorización de trabajo de cuatro años que les permitirá trabajar por cada año durante un periodo de 9 meses. Si los trabajadores vuelven a sus países en cada final de temporada, se les permitirá volver a España con un permiso de residencia y trabajo de dos años, prorrogables.

Con la reforma en cuestión, cambia también el modelo de contrata

ción de profesionales desde el país de origen, que en España está determinado por un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que no responde a la realidad. Según esta lista, el país, básicamente, solo necesita personal de buque y entrenadores y deportistas de élite. El nuevo reglamento implica cambiar la manera en la que se elabora el catálogo, actualizándolo cada tres meses, reduciendo plazos y flexibilizando la contratación en sectores que determinará, según la coyuntura, el Ministerio de Asuntos Económicos.

La reforma asimismo fomenta la internacionalización de las Universidades Españolas a través de un sistema más favorable para la atracción de estudiantes. Hasta ahora, los estudiantes extranjeros tenían limitada la posibilidad de compaginar su formación con un empleo o quedarse en España tras acabar sus estudios. Ahora bien, a partir de la entrada en vigor de la normativa, se permitirá a los trabajadores extranjeros prestar servicio por cuenta ajena hasta 30 horas semanales.

Otra novedad consiste en crear una figura legal para que inmigrantes que lleven en situación irregular en España al menos dos años tengan unas oportunidades para conseguir su permiso de residencia. Se trata del arraigo por formación con el que se ofrecerá una autorización de residencia para formarse en ocupaciones en las que se necesita mano de obra y que, posteriormente, permitirá trabajar si el extranjero consigue un contrato de trabajo.

Finalmente, se pretende mejorar la tramitación de expedientes a través de una nueva unidad administrativa, es decir un nuevo modelo de Oficina que garantice el legítimo interés de las empresas a obtener sin mayores dificultades burocráticas los permisos de residencia para sus trabajadores. La creación de una unidad flexible, centralizada, que pueda prestar apoyo a las oficinas en la tramitación, se propone como un paso decidido hacia la innovación en la gestión de la extranjería, basada en principios de deslocalización y tramitación electrónica, que sea un punto de inflexión en el servicio prestado al ciudadano.

Rossella Lo Galbo

Licenciada en derecho por la Universidad de Bolonia, doctora en derecho, miembro de la división laboral y de la Seguridad Social y responsable de Italian Desk.

r.logalbo@barrilero.es
LinkedIn

Agravación del delito de hurto por reiteración delictiva. Modificación del Artículo 234 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 9/22 de 28 de julio

La reforma de los delitos de hurto, operada por la Ley Orgánica 9/22 de 28 de julio, ha sido acometida, según establece el preámbulo de la propia Ley, para dar una respuesta adecuada a los casos de multirreincidencia. Si bien el Código Penal ya permite la posibilidad de aplicar una modalidad agravada del delito de hurto cuando el autor es multirreincidente, esta reforma recoge la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que esta posibilidad debe reservarse para los casos en que los delitos de hurto cometidos con anterioridad superan los 400 euros, pues de lo contrario se produciría un desproporcionado salto punitivo entre la pena prevista en el artículo 234.2 del Código Penal para los delitos de hurto inferiores a 400 euros, que es una pena de multa de 1 a 3 meses, y la pena prevista en el artículo 235.1.7.ª del Código Penal para los casos de multirreincidencia, que es una pena de prisión de 1 a 3 años.

La nueva redacción, en consecuencia, dispone lo siguiente:

“No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo.

No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.”

Por tanto, para que opere la agravación específica en estos casos, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- I. Al menos tres condenas anteriores, dictadas en sentencia firme.
- II. Que la fecha de firmeza de dichas sentencias sea anterior a la fecha de los nuevos hechos.
- III. Que sean sentencias por delitos de hurto, o leves o menos graves, pues la exigencia de que lo sean por delito tipificado en el mismo Título y de la misma naturaleza reduce su ámbito de aplicación a los hurtos, ya que ninguna otra figura leve contra el patrimonio participa de la misma naturaleza que el hurto, en tanto que son modalidades diversas de delitos contra el patrimonio. En todo caso, pueden ser todos leves, todos menos graves, o cualquier combinación imaginable entre unos y otros, siempre que concurren los demás requisitos. Esto es precisamente lo que ha tratado de salvar el legislador, mediante la incorporación a la fórmula de agravación de los delitos leves. Así lo explica Juan Luis Ortega Calderón, Fiscal Decano Sección Territorial de Ocaña de la Fiscalía Provincial de Toledo, en su artículo *“Breves reflexiones sobre el delito menos grave de hurto por reiteración delictiva tras la reforma operada por LO 9/22 de 28 de julio”*:

“Si concurriera una cuarta condena, no cabe entenderla como agravante específica de reincidencia, pues el precepto al incluir los términos “al menos” incluye en la tipificación todas las condenas anteriores, sin perjuicio lógicamente de que deban atenderse en el proceso de determinar el cuanto de pena a imponer dentro de la horquilla de seis a dieciocho meses de prisión, acomodándola no sólo a las exigencias de antijuridicidad de la conducta, sino muy probablemente de culpabilidad derivada del comportamiento precedente.”

- IV. Que el nuevo hecho, por razón de la cuantía, considerado aisladamente, fuera constitutivo de un delito leve de hurto, no concurriendo ninguna de las agravaciones del artículo 235.1 Código Penal. En efecto, si el nuevo delito fuera menos grave de hurto por razón de su cuantía, los delitos leves precedentes serían irrelevantes en cuanto a la agravación de la pena por aplicación de la regla general del artículo 22.8º del Código Penal y de la interpretación jurisprudencial del artículo 235.1.7º del Código Penal. Por tanto, la agravación limita su ámbito de aplicación a los delitos de hurto inicialmente leves, que de esta forma se convertirán en delitos menos graves.
- V. Y, por último, que la cuantía acumulada de lo sustraído exceda de 400 euros. El preámbulo de la norma resuelve cualquier duda interpretativa que pudiera existir: la cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, exceda los 400 euros. Por tanto, será necesaria la suma del importe de lo sustraído en los hechos precedentes más el hecho sobrevenido sobre el que se proyecta la agravación.

En conclusión, la reforma prevé la imposición de la pena de prisión propia del tipo básico de hurto, esto es, de seis a dieciocho meses de prisión, para los casos de multirreincidencia, con la finalidad de compatibilizar proporcionalidad con efecto disuasorio, buscando reaccionar frente a los reos que reiteran el ataque a lo ajeno, en ocasiones como modo ilícito de subsistencia e incluso buscando las lagunas de impunidad que ofrecen los delitos leves.

De este modo se corrige la contradicción que implica que un delito contra el patrimonio se reprima con una condena pecuniaria y, por otro lado, trata de salvar la impunidad que acompaña habitualmente la ejecución de las sentencias de condena firme por delitos leves contra el patrimonio en las que incluso su escasa cuantía no facilita su cumplimiento. Otra cuestión será si en último término la reforma conllevará realmente el efectivo ingreso en centro penitenciario para el cumplimiento de la condena o si será de aplicación el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena y con él la posibilidad de aplicar alguna de las condiciones previstas en el artículo 83 del Código Penal, cuestión que podrá ser objeto de análisis en futuros artículos.

Álvaro de la Rica Lizarraga

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

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

