

LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DEL PRETENDIDO –¿O PRETENCIOSO?– NUEVO «ESTATUTO PROMOCIONAL DEL EMPRENDEDOR»

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

Se ha aprobado, por fin, y con gran algarabía, la considerada como verdadera «Ley de Emprendedores», la Ley 14/2013, tras una primera versión aguada, la representada por la Ley 11/2013. Ambas leyes hacen un intenso uso instrumental de medidas sociales y laborales para favorecer la actividad de emprendimiento. El propósito de este estudio es ver y analizar, desde el ámbito estrictamente socio-laboral (medidas de empleo, laborales, de seguridad social, de autorización para trabajar), si el estudio jurídico de las nuevas propuestas avala la fe puesta en la Ley 14/2013 para favorecer el crecimiento de nuestro tejido económico o si, al contrario, propicia más bien la multiplicación de situaciones difíciles entre el autoempleo y los «falsos autónomos». Y veremos que no solo el camino emprendido por la Ley 14/2013 es insuficiente para crear las condiciones favorables a la mejora de la actividad empresarial, sino que sigue habiendo zonas muy tortuosas cuando no, al menos algunas, erradas, pues más bien propician el retorno a estrategias de fuga o huida de lo laboral, ahora hacia el autoempleo travestido de un evanescente estatuto jurídico de «actividad emprendedora-sujeto emprendedor».

Palabras claves: políticas de mercado de trabajo, trabajo autónomo, autoempleo y emprendedores.

LABOUR DIMENSION OF THE SUPPOSED –OR PRETENTIOUS?– NEW «PROMOTIONAL STATUS OF THE ENTREPRENEUR»

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

Official State Gazette publishes, at last, and with great fanfare, the considered real «Entrepreneurial Law», Act 14/2013. This Act was preceded by a first watered down version, represented by the Law 11/2013. These two laws make heavy use of measures of social security and labour to promote entrepreneurial activity. The purpose of this study is to analyze, from a strictly labour sphere (employment measures, labour law, social security, work authorization –start-up visa–), if the law firm supports the proposed new faith in Law 14/2013 to promote the economic growth and entrepreneurship or whether, on the contrary, such laws multiply confusing situations between self-employment and the «false self-employment». And we will see that not only the path taken by the Law 14/2013 is insufficient to create favorable to the improvement of business conditions, but still very tortuous areas when at least some, wrong, because rather favor the return to «evasion strategies of the labour law», now towards self-employment transvestite legal status of an evanescent promotion «entrepreneurial activity».

Keywords: labour market policies, self-employment and entrepreneurs.

Sumario

1. Introducción: ¿«tiempos difíciles» para trabajadores, «maná» para «emprendedores»?
2. La «creación de empresas» como política de fomento de empleo: ¿desbordamiento de los ámbitos clásicos de «lo laboral» o nuevas fugas del «trabajo asalariado»?
3. El ámbito subjetivo de la Ley de Emprendedores: la disfuncional ausencia de distinción entre autoempleo y emprendimiento
4. Las monstruosas «leyes portaaviones»: «inflación legal» y mala calidad de las leyes de fomento de la «excelencia empresarial»
5. La Ley de Emprendedores desde la perspectiva de las políticas de fomento de los mercados transicionales de trabajo: el derecho a la segunda oportunidad ocupacional de los emprendedores
6. «Plus ultra»: la instrumentación de las cotizaciones sociales al servicio de la promoción de la actividad del emprendimiento más allá del autoempleo juvenil
 - 6.1. La generalización de la «cuota o tarifa social plana»: ¿más «emprendedores» o más «falsos autónomos»?
 - 6.2. Otra forma ambigua de promover la lucha contra la economía sumergida: el nuevo régimen de cotización favorable a la pluriactividad
 - 6.3. El reconocimiento de un fracaso histórico: a vueltas con la mejora de los incentivos para el empleo y autoempleo de las personas con discapacidad
 - 6.4. Una enigmática disposición adicional: ¿la promoción de la fuga del deber de cotizar de las entidades deportivas *amateur* a favor del voluntariado deportivo?
 - 6.5. Un «baño de realidad» más para el emprendedor: el levantamiento de la inmunidad de la vivienda habitual respecto de las deudas de Seguridad Social
7. La degradación de un «derecho fundamental» a mera «carga administrativa» a aliviar: el desbordamiento de la gestión directa de la prevención de riesgos laborales
 - 7.1. La reconducción de la norma laboral al espíritu liberal común de la Ley de Emprendedores: la inclusión de los servicios de protección de derechos sociales en la lógica de los servicios económicos
 - 7.2. Las débiles cautelas del texto legal: la errada confusión del «centro de trabajo único» con «un lugar de trabajo único»
 - 7.3. Una norma de incentivo de «cambios tranquilos» a cargo de «dineros» públicos: el «efecto desplazamiento» del coste de servicios empresariales a servicios públicos
8. Librando al empresario del «dolor de cabeza» del libro de visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: nuevos pasos hacia la más prometida que lograda administración laboral electrónica

9. La internacionalización de la actividad emprendedora mediante la «caza de talentos»: la promoción de la inmigración laboral «de clase alta»
 - 9.1. Una norma de favor hacia la inmigración económica «de clase alta»: exportación a coste cero del «talento patrio» e importación «a precio de mercado» del «talento extranjero»
 - 9.2. Dos regímenes jurídicos inmigratorios y un destino: el desplazamiento de la ley común de inmigración extranjera económica por la privilegiada de emprendimiento extranjero
 - 9.3. En busca de los pretendidamente benefactores *business angels* extranjeros: el visado de inversor
 - 9.4. La inclusión de España en el selecto club de países con un régimen de acogida favorable a las iniciativas empresariales: el visado y la autorización de residencia de emprendedor
 - 9.5. La promoción de un «mercado transnacional de profesionales altamente cualificados»: un nuevo, y adicional, régimen especial de autorizaciones para residir y trabajar
 - 9.6. El fomento de un mercado transnacional de movilidad en el empleo: la nueva y especial autorización para la movilidad intraempresarial, sobre todo en el seno de los grupos
 - 9.7. Previsiones de carácter general en la tramitación de las autorizaciones para residir y trabajar en el marco de la Ley de Emprendedores: entre el marco comunitario y las llamadas a las regulaciones «fuera de la ley»
 - 9.8. Un nuevo contraste de regulaciones entre la inmigración laboral «ordinaria» y la de élite: el «privilegio» de las facilidades de salida al extranjero
10. Del «mini-empleo» a la ocurrencia del «mini-emprendimiento»: las «mini-empresas de estudiantes», ¿fomento «precoz» del empleo o incentivo de la simulación especulativa?
11. Conclusión: una ley ¿solo insuficiente o también parcialmente inicua?

«La palabra Política tiene dos sentidos: Conquista y conservación del poder; Organización de la ciudad. El primer sentido es muy preciso. El segundo lo es mucho menos. Pero el segundo sirve perpetuamente de disfraz al primero»

Paul VÁLERY

Cuadernos (1894-1945)

1. INTRODUCCIÓN: ¿«TIEMPOS DIFÍCILES» PARA TRABAJADORES, «MANÁ» PARA «EMPRENDEDORES»?

Casi dos años después de presentarse a la sociedad civil como «proyecto estrella» del programa electoral del PP para resolver el gravísimo problema de desempleo de nuestro país, después de muchos rumores –«dimes y diretes»– sobre los pretendidos beneficios para la actividad empresarial, la celeberrima «Ley de Emprendedores» ya estaría aquí, ya habría llegado, ya sería realidad¹. Anunciada «a bombo y platillo» y explicadas sus novedades más relevantes en todos los medios de comunicación, tras el regusto agridulce que parece haber dejado el sucedáneo constituido por la Ley 11/2013, de medidas de apoyo al emprendedor –y de estímulo del crecimiento y la creación de empleo (y autoempleo) para los jóvenes–, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre –en adelante, LEI–, emerge como la «auténtica Ley de emprendedores». Se presenta con un «halo de Ley divina», porque en ella estaría el germen de una genuina revolución en los tres subsistemas legales más concernidos por el nuevo «Estatuto Promocional del Emprendimiento» que promete: Derecho Mercantil, Derecho Fiscal y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aunque tampoco habría que olvidar el Derecho Administrativo, en especial el de la contratación pública, cuya regulación, inestable, vuelve a cambiar, ahora desde una lógica claramente favorecedora de la reducción de los costes de licitación para los emprendedores, en especial los de menores dimensiones, a fin de intentar hacerles partícipes del «maná» –dinero– público.

Albricias y faustos para las deprimidas sociedad y economía españolas, pues. Por fin, contaríamos en nuestro Derecho con un marco que ofrece el máximo de facilidades posibles para que ni una sola persona potencial emprendedora se quede sin actualizar esa vocación, esa

¹ Para una exposición, extremadamente complaciente y benévola, del «decálogo» de sus principales novedades *vid.*: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013-09-30/diez-claves-para-digerir-la-nueva-ley-de-emprendedores_34477/

«oportunidad de emprender», tanto de inicio cuanto de forma sobrevenida, facilitando todas las «oportunidades de transición al emprendimiento», desde cualquiera que sea la situación –desempleado, parado, emprendedor en dificultades...–. El cambio que se ofrece no sería solo del marco regulador, y los incentivos, sino más bien de cultura, pasando del imaginario social típico del emprendedor como «*sospechoso de defraudar*» algo a alguien a la diferente imagen benévola de sujeto socialmente comprometido y económicamente productivo, pero asfixiado por un exceso de cargas que es urgente aligerar en todos los planos, propiciando un «modelo de *gestión empresarial "low cost"*» –incluidas «tarifas planas sociales», exención de contratar la prevención de riesgos laborales...

Pero no solo es esa imagen la que se promueve cambiar, también la del extranjero que está en España por razones económicas. De modo que pasemos de la del inmigrante sospechoso, cuando no lisa y llanamente «culpable» por anticipado, de querer aprovecharse de todos nuestros recursos y nuestras oportunidades de empleo y bienestar, al «inmigrante inversor-cooperador talentoso», que quiere ayudar a nuestro desarrollo y merecería una amorosa acogida, frente al recelo tradicional hacia «lo extranjero», facilitando que pongan sus negocios aquí o que sean contratados los más cualificados, aligerando las pesadas cargas para las empresas que anhelan su contratación y se venían quejando de las dificultades. Aparecerán, fuera de la penosa, lúgubre y mal vista Ley de Extranjería, la figura de los «*visados de emprendedores*», lo que nos homologaría con el club liberal más granado o selecto del mundo al respecto –Canadá, Reino Unido o Chile–, o autorizaciones especiales para captar-contratar todo el «*talento extranjero*», que nos sea posible, ahora que el patrio emigra, pues muchas empresas españolas (sobre todo tecnológicas) se venían quejando de los tediosos trámites a la hora de contratar a un trabajador extranjero.

¿Se puede dar más por una sola Ley para promover el espíritu del emprendimiento, ejemplo sin par de entrega solidaria a la creación de riqueza, para el bienestar de quien toma la iniciativa –en forma de autoempleo, individual o colectivo– y del prójimo –en forma de empleo asalariado–? Sí, claro. Se puede liberar a las empresas del tradicional «dolor de cabeza» que da la llevanza de los «libros de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social» –ITSS–, eximiéndoles de ello o desplazando la carga a la propia ITSS. Pero sobre todo se les puede librar de algo aún más doloroso, como es que pierdan no solo «hasta la camisa», sino incluso su casa. Con la nueva Ley se vende mediáticamente que un pequeño empresario nunca perdería su casa (siempre que no supere los 300.000 euros de valor) por deudas –veremos que la letra pequeña de la Ley dice otra cosa para las públicas–. De este modo, lo que se les negaría a otros ciudadanos que pierden su casa por deudas –no solo las hipotecarias, por ejemplo–, se les reconocería ahora, tras su «Ley providencia», a los emprendedores, facilitándoles el anhelado «derecho a la segunda oportunidad» y saliendo «al rescate» de pequeños emprendedores, a través, por ejemplo, de una novedosa vía de renegociación extrajudicial de deudas empresariales, que permite pactar quitas de hasta el 25 % de los créditos y esperas de hasta 3 años. Además, se inventan nuevas formas de «personificación» de su organización económico-jurídica, como la figura del «emprendedor de responsabilidad limitada», o se facilitan las ya existentes, inspirándose en las políticas de la admirada Alemania, como la «Sociedad Limitada de Formación Sucesiva», a fin de posibilitar su constitución con menores costes de todo tipo.

En suma, el discurso oficial que subyace a esta fiebre legislativa con el horizonte puesto, se dice, en el favor hacia el emprendimiento, habría creado un imaginario social e institucional en el que España viviría una inusitada «ola emprendedora», despertando por doquier las más diversas y prolíficas vocaciones empresariales, y no ya tanto porque el trabajo por cuenta ajena –el empleo asalariado– viva tiempos muy difíciles, oscuros para los millones de desempleados y degradantes para quien lo conserva pero con menos salario y más tiempo de trabajo, sino porque el nuevo marco institucional estaría logrando cambiar la misma mentalidad de los españoles, promoviendo una nueva cultura del trabajo. Pero esta suerte de advenimiento final de «El Dorado» español del emprendimiento ¿es ahora ya sí real?² Lamentablemente no.

De nuevo el «pensamiento mágico» hoy tan en boga nos lleva a ilusiones ópticas. Los datos estadísticos son tozudos y desmienten esa realidad. Las cifras disponibles hasta ahora se empeñan en llevar la contraria. Primero, porque, como muestra el principal barómetro internacional sobre el «emprendimiento», el Global Entrepreneurship Monitor (GEM), la tasa emprendedora no ha crecido en el último año, sino que ha sufrido un ligero descenso (del 5,8 al 5,7% de la población adulta), aunque la llamada «intención emprendedora» ha aumentado desde 2009, hasta situarse en el 12,05%. Por tanto, una cosa es lo que gustaría a muchas personas y otra lo que realmente quieren, o creen que pueden, hacer. El Instituto Nacional de Estadística (INE) confirmaría este desfase, pues muestra cómo la creación de empresas lleva bajando año tras año desde que comenzó la crisis, salvo 2011. Segundo, porque se acredita que buena parte de ese emprendimiento no es tal, sino que responde a un modelo tradicional en época de crisis, cual es la metamorfosis de los asalariados, ahora en el desempleo, en «auto-empleados», trasformando sus derechos de ruptura laboral en inversiones para financiar sus azarosos y aventureros «proyectos empresariales», o, dicho en inglés, que parece tener más expectativa de éxito su «*business plan*»³, confiando, además, en que podrá encontrar un «*business angel*» que actuará providencialmente financiado tal plan y aportando la solución al verdadero problema, la financiación sostenida. Si muchas de estas conversiones son lícitas y revelan un proceso de transición, forzado pero real, hacia el otro lado de la trinchera –de empleado a empleador, de trabajador a empresario–, otras más no son sino nuevas manifestaciones de una estrategia conocida: los falsos autónomos.

La tan repetida como idílica, por tanto irreal, imagen del garaje donde un joven Steve Jobs gestó el gigante Apple habría dado mucho para la literatura de empresas y gestión y ha servido para abonar la ilusión de emprender futuros imperios. Algo con que toda economía sueña, pero es bien sabido que dista mucho de la realidad, porque son más los fracasos y el emprendimiento no puede

² Para la frustración de estas expectativas en relación con la Ley 11/2013, pese a participar ampliamente de este enfoque de suministro de oportunidades sin par para el emprendimiento, si bien aquí acotado más bien al «auto-empleo», *vid.* mi comentario, en coautoría, de aquella ley en el número 367 de esta Revista.

³ *Vid.* VIDAL, M.: «Muerte al Business Plan». Blog *Up in the cloud*, de 7 de octubre de 2012: «... Las ideas geniales no existen (...). Todo está inventado y lo fascinante es la combinación eficiente de esos factores (...). El business Plan no es más que una opción de ruta, una línea que nos cuenta dónde estamos y cómo pensamos lograrlo, no lo que vamos a lograr». <http://www.abc.es/blogs/marc-vidal/public/post/muerte-al-business-plan-13840.asp>

confundirse con la presión personal, social y mediática hacia una alternativa, y forzada, forma de empleo: el autoempleo como necesidad de actividad para no quedar atrapado en el desempleo de larga duración y con el riesgo de «em-perder» todo lo poco que queda tras la extinción del empleo asalariado. El propósito de este estudio es ver y analizar, desde el ámbito estrictamente socio-laboral (medidas de empleo, laborales, de seguridad social, de autorización para trabajar), si el estudio jurídico de las nuevas propuestas avala esa realidad tanto estadística y cualitativa y, en consecuencia, si una cosa es lo que se promete –lo que se dice dar– y otra bien diferente lo que se lleva a la norma –lo que se da realmente–. Y veremos que no solo el camino emprendido por la Ley 14/2013 es insuficiente, sino que sigue habiendo zonas muy tortuosas cuando no, al menos algunas, erradas, pues más bien propician tan solo el retorno a enésimas estrategias de fuga o huida de lo laboral, ahora hacia el autoempleo travestido de un evanescente estatuto jurídico de «actividad emprendedora-sujeto emprendedor».

2. LA «CREACIÓN DE EMPRESAS» COMO POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO: ¿DESBORDAMIENTO DE LOS ÁMBITOS CLÁSICOS DE «LO LABORAL» O NUEVAS FUGAS DEL «TRABAJO ASALARIADO»?

Según el artículo 25.1 g) de la Ley de Empleo, tanto el «autoempleo» como la «creación de empresas» constituyen ámbitos específicos de las *políticas activas de empleo*, de modo que dentro de las llamadas políticas de mercado de trabajo entrarían todas las acciones y medidas dirigidas a fomentar las iniciativas empresariales mediante el *trabajo autónomo* y la *economía social*. Así como, de conformidad con la letra h) de este precepto, las acciones y medidas dirigidas a la creación de actividad empresarial y la dinamización e *impulso del desarrollo económico* en determinados territorios. Desde esta perspectiva, para las políticas activas de empleo contemporáneas, las medidas de orientación e incentivo para la búsqueda-hallazgo de empleo incorporarían también toda acción que tenga que ver con el diseño, la puesta en práctica y facilidad de sostenimiento de las «iniciativas empresariales». Eso sí, conocidas las ambigüedades que encierra la promoción de la «cultura empresarial» en su dimensión tradicional, que expresa conflicto y ejercicio de poderes, ahora se diluiría aquella bajo la nueva etiqueta-fórmula mágica de «iniciativa emprendedora», más virtuosa.

Desde este contexto de política de empleo, pues, parece manifiesta la oportunidad –incluso la necesidad– de enfocar el fomento de «*sujetos emprendedores*» y la promoción de la «*actividad emprendedora*», al margen de la precisión de las difusas fronteras jurídicas entre los diversos conceptos en juego –autoempleo, emprendedor, trabajo autónomo...–, desde una perspectiva socio-laboral. Por tanto, pese a la marcada dimensión mercantil de la Ley 14/2013, esta aparecería dentro de las pretendidas «*reformas de segunda generación*» del mercado de trabajo y en aras de un nuevo modelo productivo, más cualitativo. De ahí, la distancia que se querría establecer entre las reformas «de primera generación», orientadas en gran medida a la devaluación de condiciones de trabajo –Ley 3/2012– y a la modificación del equilibrio de poderes precedente entre los sujetos de las relaciones de trabajo, y las de segunda, dotadas de mayor le-

gitimidad porque, al margen de lo insuficiente de las medidas, por las limitaciones de recursos en época de crisis, los que avalan la Ley confían en su ser un instrumento eficaz para que la vocación empresarial en España se incremente y florezca muchísimo más que hasta la fecha, siendo este objetivo algo aparentemente indiscutible por nadie, pues la creación de emprendedores sería algo positivo en sí mismo.

Se apuesta, pues, más desde la fe que desde la razón, en que en los próximos años existan muchísimos jóvenes –y no tanto– empresarios que, nacidos en las próximas semanas, meses y años, serán un revulsivo eficaz en la lucha por la generación de empleo. Emergería como una, pretendida, «nueva» y muy potente «política de mercado de trabajo» por el incremento de la actividad económica que supondría este tejido empresarial nuevo. Con él llegaría autoempleo para el que emprende la iniciativa y empleo asalariado por el éxito de la iniciativa más allá de quien la promueve. La Ley entroncaría directamente, pues, si bien la desborda por la diversidad de medidas jurídico-económico-financieras, con la Ley 11/2013, la «primera» –pseudo–ley de emprendedores, como evidencia que algunas medidas de esta aparezcan extendidas en la Ley 14/2013 –ejemplo: la tarifa o cuota social plana–. Por eso, no debe sorprender que esta suerte de pretendido, si bien en gran medida abortado, por lo que luego se dirá, «nuevo estatuto jurídico-mercantil de promoción del emprendimiento», se ve complementado con una triple vertiente socio-laboral:

- a) Seguridad Social, en especial la que tiene que ver con los costes de establecimiento –las cuotas sociales.
- b) Legislación laboral, sobre todo aquella que implique «cargas administrativas» a aligerar, como la relativa a los libros de inspección laboral y la organización preventiva.
- c) Ocupacional, relativa a otras heterogéneas medidas de fomento del autoempleo.

El nuevo marco jurídico-institucional promotor de la iniciativa emprendedora parte de una caracterización de nuestro tejido empresarial que se conecta de modo directo a un problema igualmente presente en las últimas reformas del mercado de trabajo en un plano estrictamente laboral: «la alta tasa de desempleo juvenil, que para el caso de los menores de 25 años duplica la media de la UE-27» –EM, punto I, párrafo quinto–. Para el legislador, sus causas profundas estarían, por igual, tanto en «algunas deficiencias que han venido caracterizando a nuestro modelo de relaciones laborales» cuanto en

«la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que haya llevado, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, a unos mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo».

Cómo no, se propone un cambio cultural, se dice que «de mentalidad», de forma que «la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos». Para ello, junto a la instru-

mentación a tal fin del «sistema educativo», con lo que se vuelve a incidir en este reduccionismo de tal sistema, que deja de ser una vía para formar «personas» y se convierte en «enseñaderos empresariales», esto es, en lugares para el «culto a la iniciativa empresarial», se hace referencia a la paralela instrumentación del «marco normativo-institucional», básicamente en una dirección doble:

- a) *Aligeramiento de cargas administrativas* para la gestión empresarial, pues de ello se deriva directamente la reducción de costes de producción y transacción

Una primera línea de acción es la reducción –auténtica «jibarización»– de las que tiene el legislador por «costosas cargas administrativas» que pesaría sobre tales iniciativas. Como suele ser frecuente, el legislador parte de un juicio generoso con los esfuerzos a tal fin realizados anteriormente, si bien los consideraría claramente insuficientes en un buen número de aspectos⁴. De nuevo, si se quiere seguir con los paralelismos, se recordará que la reforma laboral tiene un presupuesto político-jurídico análogo, un reconocimiento del valor de las reformas precedentes, siempre, se dice, situadas «en la buena dirección» –esta es la parte de espaldarazo al gobernante anterior y al legislador precedente, justificando cierta continuidad, que dé estabilidad y confianza–, pero se habrían revelado ya insuficientes a los fines buscados, o cuando no lisa y llanamente «fallidas» en su ejecución, por lo que se haría precisa una nueva vuelta de tuerca.

De ahí que se propongan, tanto en el ámbito específico del mercado de trabajo «asalariado», como en el más genérico y moderno «mercado de *trabajo-emprendimiento*» en general, nuevas medidas en la dirección de reformas liberalizadoras, devaluando las condiciones o requerimientos legales de todo tipo a meros «gastos». Estos, en cuanto tales, han de ser reducidos a su mínima expresión pues los costes de gestión empresarial, en particular de las pymes, serían elevados en España y, por lo tanto, habría que llevar a cabo un importante desmantelamiento de ese «entramado» o maraña de cargas. Así, en palabras del legislador,

«El cumplimiento del marco jurídico vigente exige frecuentemente, no solo la contratación de servicios de asesoramiento, sino también la dedicación de "recursos humanos" a este fin, lo que resulta especialmente gravoso para las empresas de menor dimensión. Además, los regímenes de autorización y los requisitos de obligado cumplimiento para los operadores suponen en muchas ocasiones verdaderas barreras de entrada en determinados mercados» –EM, I, párrafo undécimo.

Al margen de la general conexión entre ambas líneas de reforma del mercado en este punto, aquí habrá una directa e inmediatísima asociación entre la dimensión laboral de las reformas y esta

⁴ «Durante los últimos años se han abordado reformas que reflejan una mejora del posicionamiento de España dentro de los indicadores internacionales más relevantes sobre la facilidad de hacer negocios. No obstante, la posición relativa de España en este ámbito continúa siendo insuficiente en muchos aspectos.» –EM, I, Ley 14/2013.

eminentemente mercantil. Como veremos con mucho más detalle, entre esas «*cargas administrativas a aligerar*» aparece la obligación de gestionar y organizar la actividad preventiva, conforme a las previsiones del artículo 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en cumplimiento o satisfacción –garantía de efectividad– del derecho laboral a una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores ex artículo 14 de la LPRL. Todo el discurso oficial de la prevención de riesgos laborales como «inversión productiva» recibirá, en definitiva, una andanada en su línea de flotación. En esta misma línea de reducción de costes de gestión socio-laboral debe entenderse el régimen especial y de favor, claramente de privilegio, respecto a la regulación jurídica socio-administrativa de la inmigración laboral extracomunitaria común, con la que se renuncia por completo a la más mínima coordinación reguladora, con la consiguiente incertidumbre para la identificación del régimen concretamente aplicable al existir algunas yuxtaposiciones.

b) Mejora de la eficacia y eficiencia de las políticas de promoción institucional de la «*actividad de emprendimiento*»

La reducción de los costes empresariales, que es la línea unitaria de todas y cada una de las reformas, admite otra dirección: la política de estímulos, institucionales y financieros. Para ello se propone mejorar la eficacia de las políticas de apoyo al emprendimiento.

Estas abarcan:

«Todas aquellas iniciativas públicas que ofrecen servicios de asistencia, información, asesoramiento y fomento de la cultura emprendedora o impulsan la prestación de estos servicios con carácter privado a través de esquemas de colaboración o de la concesión de ayudas o financiación» –EM, I, párrafo duodécimo.

Se entenderá así, por lo que aquí atañe, y al margen del régimen fiscal también de favor, que se analiza en otra parte de este monográfico, que aparezca una nueva regulación de las cotizaciones sociales para incentivar esa actividad –arts. 28 a 30 LEI–, así como un mandato al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) de establecer un servicio de asesoramiento preventivo –art. 39 LEI–. Es muy curioso que en este caso se promueva no la acción privada, mediante el recurso al mercado de servicios preventivos⁵, con subvención o incentivos, sino directamente la acción pública, una suerte de mundo al revés para una Ley que aspira a promover la iniciativa privada y la economía libre de mercado. Todo ello pese a que, como también se verá, este tipo de servicios de acción preventiva parecía haber quedado al margen de la normativa comunitaria de liberalización de servicios, incluso en la vertiente *light* o «suave» de la última versión normativa de la polémica en su día «*Directiva Bolkenstein*». También aquí deberá hacerse

⁵ Por todos, vid. MOLINA HERMOSILLA, O.: *El papel de las Sociedades de Prevención en el mercado de los Servicios de Prevención*, Murcia: Laborum, 2007, en especial todo el análisis del capítulo IV.

una llamada clara a la vertiente socio-laboral del modelo de gestión informática empresarial que quiere promoverse, expresada en nuestro ámbito en la exigencia del Libro Electrónico de la ITSS, que se suma así a una amplia secuencia de informatización de la gestión de las relaciones entre empresarios y la Administración laboral, así como de la Seguridad Social⁶.

Ahora bien, esta comunicación íntima entre las dos Leyes de fomento del autoempleo puede también hacerle arrastrar algunos de los problemas de la primera –no son «auténticos emprendedores» los que crecen–. La inicial, y sugestiva, por una «nueva cultura del trabajo», a través del fomento de la «cultura del emprendimiento», no solo reaviva la usual instrumentación de la legislación socio-laboral al servicio de la reactivación económica mediante el apoyo a la iniciativa empresarial, sino que, al tiempo, posibilita las nuevas estrategias de debilitamiento de aquella legislación.

Pero, si analizamos con más profundidad esta idea, la metamorfosis que se propone cultural tiene otros calados, porque emergen claramente, desde la declaración de voluntad o manifestación de intenciones del legislador, dos graves cuestiones jurídicas y sociales. De un lado, la confusión entre «emprendimiento» y «autoempleo», de otro, y en gran medida relacionado, la tensión entre la promoción de la cultura emprendedora –vertiente positiva– y la búsqueda de «empleos de opción» alternativos al asalariado, propiciando la fuga del contrato de trabajo. Insuficiente la primera estrategia de ofrecer a las empresas más rentables herramientas de gestión del personal –devaluación de condiciones de trabajo a través de la reforma «de primera generación»–, la pretendida segunda generación de estas reformas apunta también «a la siega de la hierba debajo de los pies de la norma laboral»: la mutación o reconversión del personal laboral –en general desempleado, pero no solo– en una «legión de auto-empleados» y/o «emprendedores». En suma, lo que se promete de una forma mediática y política como salto evolutivo positivo de nuestro mundo del trabajo y de las relaciones económico-productivas podría terminar reverdeciendo viejos y problemáticos fenómenos, como el de las «zonas grises» –las zonas de concurrencia entre diversas formas de prestación de servicios retribuidos, mercantiles y laborales– y, muy en particular, el de las múltiples estrategias de «huida o fuga de la regulación socio-laboral» ordinaria⁷.

⁶ Un aspecto destacado, si bien suena a conocido, y se recoge en el –un tanto olvidado– Estatuto del Trabajo Autónomo, es la creación de los denominados «Puntos de Atención al Emprendedor», que recogen la eterna aspiración a la célebre «ventanilla única». Así: «serán ventanillas únicas electrónicas o presenciales a través de las que se podrán realizar todos y cada uno de los trámites para el inicio, ejercicio y cese de la actividad empresarial. Se garantiza la existencia de al menos un Punto de Atención al Emprendedor electrónico en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo que prestará la totalidad de los servicios previstos en esta Ley».

⁷ Una tendencia que se ha caracterizado, con acertada expresión, recordando uno de los viejos procesos padecidos por las normas laborales desde hace décadas: la «fuga del contrato de trabajo» a través de la promoción de «contratos mercantiles» para la organización de las prestaciones de servicios en el mercado económico. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013», en *Relaciones Laborales*, n.º 10, Sección Editorial, octubre 2013, editorial La Ley.

Ciertamente, hay aspectos dirigidos auténticamente a la vertiente económica y mercantil de la «actividad de emprendimiento» –«financiación», el acceso al crédito, que es uno de los elementos hoy básicos; la «promoción de la innovación», en el plano sobre todo científico y tecnológico–. Pero los elementos de autoempleo no dejan de estar presentes y, lo que es peor, en todo caso, aparecen una multiplicidad de efectos de desplazamiento de las normas laborales comunes hacia regímenes especiales más «liberales» y «baratos». El gran problema será que no queda claro si estamos realmente ante esa evolución o más bien se trata de promover la sustitución de los contratos de trabajo, que ahora se ven casi misiones imposibles en un número suficiente para cubrir la demanda en el mercado de trabajo, por contratos mercantiles. En consecuencia, la perspectiva inicial de una complementariedad pacífica entre la vertiente o «dimensión socio-laboral» del nuevo «estatuto mercantil de la actividad del emprendedor» termina dejando emerger una nueva tensión entre «lo laboral» y «lo mercantil», de modo que este oculta una política orientada a la *«huida» de aquel*.

De este modo, los contratos de trabajo terminan por reconvertirse en contratos de servicios civiles o mercantiles, al igual que las cotizaciones de los empresarios mutan en las «auto-cotizaciones» o cuotas de «autónomos». Un fenómeno-riesgo fabricado que está más generalizado en el actual marco de reformas, pues es difícil no ver en la reforma inmediata de las pensiones un fenómeno de fomento de la «huida del Derecho de las Pensiones Públicas», o de la Seguridad Social pública, al Derecho de la Previsión Social, e incluso, más netamente, al Derecho Mercantil de los Ahorros y Planes de Pensiones.

3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY DE EMPRENDEDORES: LA DISFUNCIONAL AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE AUTOEMPLEO Y EMPRENDIMIENTO

En la delimitación de las normas laborales, también de las de Seguridad Social, se halla siempre gran dificultad para la identificación de sus sujetos, laboral y empresarial. De ahí el tópico de las «zonas grises». Una realidad confusa y de fronteras móviles que luego se complicó notablemente con una norma del denominado nuevo «Derecho Social simbólico», el Estatuto del Trabajo Autónomo, que ponía, además, una nueva figura híbrida en circulación, los «trabajadores autónomos económicamente dependientes». De este modo, y en el marco de un fenómeno socio-económico y jurídico más amplio, como es la descentralización productiva, la figura del estatuto del «trabajador clásico» se desvanecía al nacer estatutos de promoción del trabajo en los que los trabajadores asumen cualidades de empleador-empresario.

De este modo, la diferenciación de lo «verdadero» y lo «falso» halla nuevos desafíos, intensificados con la necesidad de distinguir con nitidez entre los trabajadores autónomos, los auto-empleados y los emprendedores. Estos conforman realidades socio-económicas y jurídicas colindantes, pero no se confunden, o no deben hacerlo, so pena de incurrir en notables disfuncio-

nes, no solo teóricas, sino prácticas. Por ejemplo, y sin perjuicio de lo que más adelante se comentará, una inadecuada distinción entre estos conceptos está poniendo en gravísimo riesgo la utilidad, si es que la tiene, de medidas como la «tarifa social plana», una de las figuras-estrella de fomento del «emprendimiento», pero que ha quedado solo para la promoción del «trabajo autónomo» individual y el «autoempleo colectivo o social» –cooperativas de trabajo asociado–. Con la LEI, este problema, surgido en la aplicación práctica de la Ley 11/2013, a raíz de un discutido y discutible, pero no irracional desde los conceptos clásicos, criterio de la entidad gestora, será mayor, perjudicando su sentido.

Las dificultades y problemas pueden ser mayores atendiendo a la multiplicación que la LEI hace de las formas subjetivas –o personificadas– de la organización jurídico-económica de la *actividad de emprender*, pues una misma actividad fomentada puede desarrollarse por diferentes sujetos jurídicos y sus regímenes no son estrictamente coincidentes, al contrario, se diversifican. Las tensiones entre la «*legislación mercantil*», que es el título principal, si bien no el único que ampara la LEI –disp. final 9.ª de la Ley 14/2013–⁸, y la laboral –y de Seguridad Social–, se agravan respecto del pasado. En apariencia, la LEI quiere evitar estos problemas dando certeza a su ámbito subjetivo. De ahí que, el título preliminar –«Disposiciones generales», arts. 1 a 3– establezca, junto al objeto y ámbito aplicativo, la definición de emprendedor. Pero el concepto de emprendedor se define de forma muy amplia, por tanto sin un excesivo rigor técnico-jurídico, pues apuesta por fórmulas flexibles, funcionales, que pretenden fomentar una actividad más que proteger a un colectivo concreto de sujetos jurídico-económicos. Por eso, se define al «emprendedor» como toda persona, al margen de su forma jurídica –persona física o persona jurídica–, que pretenda desarrollar –emprendedores potenciales– o esté desarrollando –emprendedores actuales– una actividad productiva, sea económica estrictamente sea profesional⁹.

Así, se pretende que las medidas de la Ley puedan beneficiar a todas las iniciativas empresariales, no ya solo independientemente de su forma jurídica, sino también al margen de su tamaño –grandes, medianas o pequeñas– y de la «etapa del ciclo empresarial» en la que se hallen –inicial, desarrollada; en crisis o en bonanza–. Ahora bien, esa imagen es irreal y muy contraproducente, porque ignora que la LEI margina ciertas actividades y se centra en determinado tipo de emprendedores, en especial los de menor dimensión, por lo que la definición genérica no servirá para identificar los centros subjetivos de imputación de cada una de las medidas previstas. Al mismo tiempo, convivirá la dimensión de autoempleo, que precisa un estatuto promocional mediante la reducción de costes de establecimiento de su actividad personal, como tipo o proto-

⁸ «Esta Ley se dicta, con carácter general, al amparo del artículo 149.1.6.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre "legislación mercantil", a excepción de los Títulos, Capítulos o artículos, o parte de los mismos, que se relacionan a continuación:...».

⁹ Artículo 3 de la Ley: «Se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley».

tipo socio-económico y cultural próximo al trabajador, un «trabajador autónomo» –individual o asociado–, con la de emprendimiento, que se vincula más a la configuración como un «*sujeto-empresarial*». Aquí tendrían cabida todas las fórmulas orientadas a crear un traje a medida, a través de formas jurídicas de empresa que faciliten su labor, reduciendo su riesgo de mercado y sus deberes de gestión del trabajo.

Así, como forma de promoción del autoempleo habría que entender la figura nueva y problemática del «*emprendedor de responsabilidad limitada*» (capítulo II del título I), pues crea un régimen de limitación de responsabilidad sin adquirir personalidad jurídica diferenciada de la persona física que ejerce la actividad económica y/o profesional –art. 7 LEI–. De tal guisa se establece un tratamiento especial para este colectivo, si bien está condicionado al cumplimiento de ciertas obligaciones de publicidad registral y llevanza de cuentas anuales –en los mismos términos que las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada–. En cambio, la nueva figura societaria de la «Sociedad Limitada de Formación Sucesiva» (capítulo III del título I), sin capital mínimo, y que se incardina en el objetivo más general de reducir los costes empresariales, en este caso de establecimiento inicial, orientándola también a la técnica de la «autofinanciación», responde claramente a la promoción del emprendimiento. Para un análisis detenido de estas figuras se remite al comentario de la vertiente mercantil de este nuevo y pretendido –o pretencioso– estatuto.

En esta línea de promoción del emprendimiento pueden situarse las medidas que van en la dirección de facilitar la búsqueda de formas de dar una nueva oportunidad para la recuperación del equilibrio financiero, a través de la refinanciación. Aunque, ciertamente, no debe descartarse un enfoque de promoción del autoempleo, a través de la dinámica de los llamados «mercados transicionales de trabajo», caracterizados por favorecer el tránsito o paso desde unas situaciones socio-económicas a otras, en este caso desde un marco económico de emprendimiento a otro. Curiosamente, sin embargo, no ha tenido especial acogida en la LEI la promoción de formas de emprendimiento que, concurrentes con las de autoempleo colectivo, hoy gozarían de un especial predicamento, como *el llamado «emprendimiento social» y o «autoempleo colectivo»*.

En este sentido, desde diversos sectores, políticos y sociales¹⁰, se ha lamentado el incumplimiento del compromiso adquirido a tal fin. Se insiste que en el actual contexto de crisis, de deterioro del estado del bienestar y de precarización del trabajo, las cooperativas y otras enti-

¹⁰ «Estamos viviendo una decepción, que es extensible a todo el sector de la economía social, que había depositado en esta ley muchas esperanzas. De hecho, saben ustedes que nos las prometíamos muy felices cuando el día 19 de junio del año 2012 se aprobó por unanimidad en esta Cámara una proposición no de ley para conmemorar el Año Internacional de las Cooperativas. Entonces acordamos que en la futura ley de emprendedores que iba a presentar el Gobierno español se incorporarían múltiples reivindicaciones del sector de la economía social. La verdad sea dicha, esto no ha ocurrido». Vid. Intervención del Parlamentario por el Grupo Mixto señor Tardá en la sesión de debate correspondiente al Proyecto de Ley tenida en pleno el 19 de septiembre de 2013, en el Senado. BOCG http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-139.PDF

dades y empresas, las que conforman la denominada economía social, que cuenta hoy con un marco legislativo propio –Ley 5/2011, de 29 de marzo–, serían capaces de generar ocupación estable y de calidad.

La creación de cooperativas vuelve hoy a presentarse como una alternativa viable no ya solo para muchos trabajadores en una situación de paro-desempleo sino también para enteras comarcas –creación de capital social– en su lucha casi imposible de ganar –una suerte de enésimo «David contra Goliat»– contra la tendencia industrial, impuesta por la competencia global, a la deslocalización. En tiempos de crisis el heterogéneo mundo de la economía social presentaría una mayor potencialidad para generar empleo de calidad. Los sucesos de los últimos días evidencian que no es una garantía –caso Fagor– y que se sujetan a los mismos parámetros de competencia mundial.

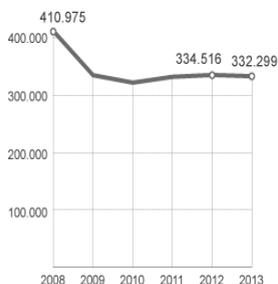
Pero, sea como fuere, parece bien claro que la falta de «oportunidades de empleo (asalariado)» está llevando a mucha gente a pensar en el «emprendimiento» no como una «oportunidad de negocio», con su plan de inversiones y de crecimiento a medio y largo plazo, sino como una solución alternativa inmediata de autoempleo, de ahí que proliferen los autónomos y las microempresas, reconvirtiéndose, sin mucha reflexión, de trabajadores asalariados –ahora despedidos– en autónomos. Como se anunciaba en la introducción, los datos son demasiado tozudos y deberían llevar a una mayor reflexión a los poderes públicos a la hora de diseñar este tipo de leyes, no solo en el ámbito estatal, sino también, y cada vez más, en el autonómico. Múltiples gobernantes tienden a presentar las cifras de aumento de altas en los registros de «emprendedores» como expresión de que una nueva cultura social y económica estaría naciendo y con ello se avistaría un nuevo modelo económico. Las cifras, en sí mismas, pero sobre todo bien leídas, evidencian realidades diferentes, sino opuestas.

Así, casi 8 de cada 10 –el 76%– altas de empresas corresponde a compañías sin ningún empleado. De las 332.299 empresas que se dieron de alta en 2012, el 76% nació sin asalariados (255.218) y el 20% (casi 69.000) tenían entre uno y cinco empleados, según el INE. La tendencia es similar en los años anteriores y si bien en 2013 parece haber algunas diferencias, no tienen una dimensión de cambio de la tendencia. Por lo tanto, las medidas orientadas a fomentar la creación de iniciativas empresariales que no solo den empleo a quienes las promueven sino también a otros desempleados, incluso alterando gravemente el de por sí ya muy deteriorado, por complejo y caótico, sistema de contratación laboral, ponen de manifiesto lo fallido de políticas como las llevadas a cabo por la Ley 11/2013 –por ejemplo, los fracasados contratos de apoyo a emprendedores–. Esta sustancial continuidad de fenómenos de autoempleo, individual y colectivo, encubriendo aparentes realidades de emprendimiento, se confirma en la capitalización de las prestaciones por desempleo, principal vía de financiación del proyecto: entre enero y julio de 2013, 123.413 parados capitalizaron para crear una empresa.

Este dato es similar al de 2012 (120.905). La mayoría se convierte, pues, en autónomos individuales y una minoría, algo más de 5.000, lo hacen en socios de cooperativas.

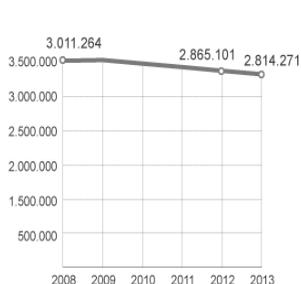
► CREACIÓN DE EMPRESAS

A 1 de enero de cada año



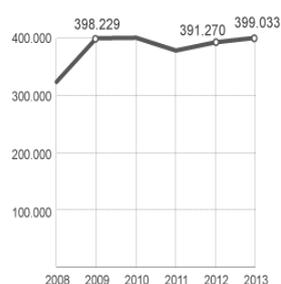
► EMPRESAS QUE PERMANECEN

A 1 de enero de cada año



► CESE DE EMPRESAS

A 1 de enero de cada año

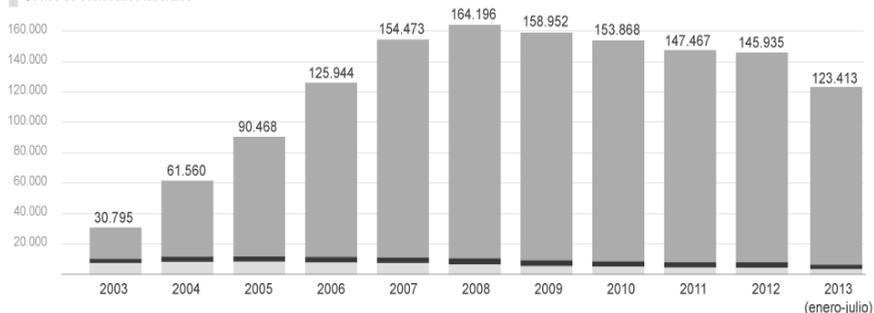


NÚMERO DE EMPRESAS SEGÚN EL NÚMERO DE ASALARIADOS



► PARADOS QUE CAPITALIZAN SU PRESTACIÓN DE DESEMPLEO

- Autónomos
- Socios de cooperativas
- Socios de sociedades laborales



Fuente: El País

4. LAS MONSTRUOSAS «LEYES PORTAAVIONES»: «INFLACIÓN LEGAL» Y MALA CALIDAD DE LAS LEYES DE FOMENTO DE LA «EXCELENCIA EMPRESARIAL»

Si difícil es la comprensión, tanto conceptual como aplicativa, de la LEI atendiendo a lo difuso de su ámbito subjetivo y lo confuso de sus pretensiones, pretendiendo perseguir un fin –la promoción de un estatuto de fomento de la actividad de emprender– cuando ofrece otro –facilitación, incluso artificial, de conversión de personas desempleadas, por tanto que incrementan los registros de parados, en autoempleados–, mayor incertidumbre se derivará aún de la monstruosa técnica legislativa seguida para la configuración de este nuevo marco promocional de una actividad económico-profesional. Suele ocurrir que a más «calidad de fondo» se persigue con una Ley, más pésima es su «factura técnico-jurídica». La LEI es acreedora de la crítica que merecen las llamadas «Leyes portaaviones».

Primero porque no solo modifica numerosas normas relevantes del ordenamiento jurídico –24–, sino que, además, contiene una regulación propia y especial de esas materias, con lo que afecta a muy diferentes ámbitos jurídicos, permaneciendo en el tiempo y sin que haya a menudo la debida coordinación, como sucede, por ejemplo, respecto de algunos de los regímenes de autorización administrativa por razones de interés económico. Segundo, porque incide sobre materias recientemente reformadas, con lo que colabora a generar una mayor incertidumbre sobre su concreto contenido. Ni siquiera ha sido capaz de resolver, como se advertía, algunos de los problemas aplicativos que han suscitado algunas medidas de especial relevancia o trascendencia para los fines de la norma, según sucede respecto del alcance subjetivo de la célebre «tarifa o cuota social plana». En suma, no es virtuosa, más bien todo lo contrario, su técnica legislativa, con lo que, al claro vicio de la inflación legal, pues se añade a otras leyes estatales y autonómicas sobre esta actividad de emprender, le agrega los de la incoherencia e inestabilidad reguladoras.

5. LA LEY DE EMPRENDEDORES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS POLÍTICAS DE FOMENTO DE LOS MERCADOS TRANSICIONALES DE TRABAJO: EL DERECHO A LA SEGUNDA OPORTUNIDAD OCUPACIONAL DE LOS EMPRENDEDORES

Aunque el objeto de la LEI es favorecer la «actividad emprendedora-empresarial» en cualquier etapa de su «ciclo vital» –art. 1–, no cabe duda de que se centra en el fomento de tales actividades, facilitando el establecimiento de nuevos emprendedores, y en la rebaja de costes para propiciar su continuidad y expansión. Luce, pues, una imagen positiva.

Pero al igual que crecen, las empresas mueren y, en todo caso, como todo «sujeto», tienen azarosas situaciones en el desarrollo de su actividad, incluyendo dificultades graves para su supervivencia. Si bien hay sectores de opinión que le han reprochado a la LEI que deje, salvo medidas puntuales, en un segundo plano la problemática del «emprendedor en dificultades económico-fi-

nancieras», la LEI no olvida esta posibilidad. De ahí que incluya algunas medidas orientadas, de algún modo, a intentar reconocer y, menos, a hacer efectivo lo que se ha denominado, con más boato que realidad, el «derecho subjetivo a una segunda oportunidad de emprender». Se quiere que esta segunda oportunidad ante una situación empresarial muy negativa, no se produzca solo en el marco de la Ley Concursal, que a menudo buscará la solución de liquidar su empresa, sino que pueda encontrar otras fórmulas más conservadoras de su iniciativa, como la mediación concursal. Una fórmula que, además, si se constituye en empresario de responsabilidad limitada, le permitiría tener ventajas, como la de eximir o salvar su vivienda del pago de sus compromisos o sus deudas.

Ciertamente, este aspecto es propiamente mercantil. El capítulo II del título I –«El Emprendedor de Responsabilidad Limitada»– crea una nueva figura, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada, gracias a la cual las personas físicas *podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones*, con lo que se pretende garantizar su subsistencia y, en cierto modo, también facilitar una segunda oportunidad, ayudando a conducir un proceso de transición desde el cese de la actividad a otra actividad emprendedora. La creación de esta figura va acompañada de las oportunas garantías para los acreedores y para la seguridad jurídica en el tráfico mercantil. En este sentido, la operatividad de la limitación de responsabilidad queda condicionada a la inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad.

Por su parte, hay que destacar el capítulo V (también del título I) –«Acuerdo extrajudicial de pagos»–. Este prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. Como recuerda el legislador en su preámbulo: *«En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar»* –EM, II, párrafo decimosexto–.

Surge, así, pues, el intento de crear un estatuto, pre y concursal, facilitador de la segunda oportunidad de actividad productiva. Con él se pretende promover regímenes que liberen de deudas precedentes a los emprendedores.

De nuevo, y vinculándose también al objetivo del aligeramiento de las cargas administrativas, se diseña un procedimiento muy flexible –la flexibilidad como valor también en el estatuto concursal del emprendedor– y extrajudicial, sustanciado en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su cualificación –registrador mercantil o notario–¹¹. Se recoge de este modo la queja de

¹¹ Si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo. Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la reunión, a la vista de una propuesta avanzada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago

diversos colectivos de autónomos que aseguraban que cuando un empresario fracasa en un negocio le es imposible intentarlo de nuevo por las deudas contraídas con el anterior. De ahí que, entre las medidas orientadas a corregir esta situación se amplía hasta en dos años el plazo para asumir las deudas en caso de que se enfrente a un posible embargo. En buena medida, la LEI responde a la convicción de que el fracaso de un emprendedor no debe resultar una «condena a muerte», que impida u obstaculice cualquier actividad empresarial futura, sino que debe considerarse más bien como una oportunidad para aprender y mejorar. Por eso, este enfoque cuenta con el apoyo de la Comisión, que parte de que «el fracaso de un emprendedor no debe ser una condena a muerte»¹²: «Los estudios muestran que las empresas que vuelven a empezar tienen más éxito y una mayor supervivencia que la media de las... que empiezan; crecen más deprisa y dan más empleo».

Puede pensarse que esta cuestión es netamente jurídico-mercantil y, por lo tanto, excedería del interés que merece esta norma para un jurista del trabajo. A mí entender no es así, más bien todo lo contrario. En realidad, tras ese enfoque no hay sino una concepción más amplia de cómo ordenar hoy las instituciones del mercado de trabajo –que incluiría la actividad de emprender, de forma directa y personal, individual o asociado– y que se liga de una forma estrecha a la denominada teoría de los «mercados transicionales de trabajo». Para esta lógica lo importante no es asegurar la estabilidad ni la continuidad de nadie en ningún puesto o actividad –conservación del empleo, conservación de la empresa–, sino que lo realmente relevante para el marco institucional es favorecer el que haya fluidez, al inicio, y continuidad, en el desarrollo posterior, de las *oportunidades de actividad socio-económica útil*. Son las *oportunidades de transición* entre situaciones productivas las que cuentan y las que deben ser objeto de las garantías e incentivos jurídico-institucionales y económicos.

Desde esta perspectiva, la LEI entroncaría también con el concepto de flexiseguridad, hunde sus raíces en esa teoría de los «mercados de trabajo transicionales» (MTT) y pretende explicar y dar coherencia a los fenómenos y tendencias de «erosión» de la «relación estándar de empleo» y, en consecuencia, de sus técnicas de regulación, facilitando la configuración de *nuevas relaciones profesionales* y «*nuevos mercados de actividad útil o social y económicamente productiva*». En esta lógica transicional cada vez son más difusas las fronteras entre el «empleo asalariado» y «otras actividades productivas», transitando las personas cada vez más entre diferentes situaciones en relación con su actividad económica y/o profesional. De ahí que propicie un análisis que concibe la actividad remunerada, no ya como un *stock*, sino como un flujo, aplicando metodologías que explican las pautas de las numerosas transiciones que realizan, o pueden realizar, los individuos a lo largo de sus vidas productivas. Ese análisis no es solo teórico o descriptivo de una realidad, sino que asume un compromiso de promoción de viejos y nuevos mecanismos institucionales para impedir que esas transiciones se conviertan en puertas de entrada al desempleo de larga duración, incluso a la marginación social, transformándolas en oportunidades de actividad económica y socialmente útiles, que en el caso de la LEI se identifica con oportunidades de em-

de deudas. Por otra parte, la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta 3 años.

¹² Declaración del comisario de Industria y Emprendimiento de la UE, Antonio Trajani. Vid.: <http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013/01/11/el-fracaso-de-un-emprendedor-no-debe-ser-una-condena-a-muerte-3979/>

prender en todo momento, haciendo al sujeto-emprendedor inasequible al desaliento, ni cuando está en desempleo ni cuando le va mal el proyecto empresarial¹³.

Por supuesto no puedo ir más allá en este enfoque de la LEI, pues mi cometido es hacer un estudio más centrado en las medidas socio-laborales concretas que contiene a tal fin. Pero no puedo terminar esta reflexión que apunto sin evidenciar la perplejidad derivada de comprobar cómo lo que no se regula de forma general para los trabajadores asalariados y desempleados, la promoción de servicios de transición ocupacional que aseguren o faciliten auténticas oportunidades de recolocación, ni siquiera para los jóvenes, pese a la tan llevada y traída «garantía juvenil» y el intento de ensayo para España en la Ley 11/2013, si se procura hacer, con enormes deficiencias e incoherencias claro, en la LEI. De nuevo, el legislador pretende crear una apariencia de regulación favorable a esta actividad, de modo que aparenta reconocer derechos de continuidad en la actividad productiva, al margen de la situación crítica por la que pueda atravesar, a los emprendedores que no se reconocería fuera de ese marco. La realidad es bien diferente.

6. «PLUS ULTRA»: LA INSTRUMENTACIÓN DE LAS COTIZACIONES SOCIALES AL SERVICIO DE LA PROMOCIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL EMPRENDIMIENTO MÁS ALLÁ DEL AUTOEMPLEO JUVENIL

6.1. LA GENERALIZACIÓN DE LA «CUOTA O TARIFA SOCIAL PLANA»: ¿MÁS «EMPRENDEDORES» O MÁS «FALSOS AUTÓNOMOS»?

El título II –relativo a «Apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los emprendedores»– incluye un relevante régimen de beneficios fiscales y de Seguridad Social para el apoyo a la iniciativa emprendedora. En paralelo, pues, a la política de creación de un sistema especial de incentivos fiscales que fomente la creación de empresas¹⁴, se incluyen algunas medidas en el ám-

¹³ «Los mercados de trabajo transicionales pretenden "hacer que las instituciones compensen" por medio de mecanismos institucionales que mejoren la empleabilidad y la flexibilidad tanto de los parados (transiciones integradoras) como de los ocupados (transiciones de mantenimiento de la posición) por medio de un conjunto diferenciado de opciones de movilidad, derechos y seguro de renta». *Vid.* SCHMID, G. y SCHOMANN, K.: «El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el estado de la cuestión» en TOHARIA, L. (compilador), «Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos», *Informes y Estudios*, Serie Empleo n.º 29, MTAS, 2006.

¹⁴ Ejemplos: régimen especial del criterio de «caja doble» para el devengo e ingreso del IVA, en aplicación de la norma comunitaria de referencia; deducción en el impuesto sobre sociedades por reinversión de beneficios para empresas de reducida dimensión; deducción de la cuota del IRPF por inversiones en empresas de reciente o nueva creación, a fin de propiciar formas de financiación como el «capital semilla» o los célebres «*business angels*» (reflejo del gusto por el lenguaje místico y el pensamiento mítico). Otras son más dudosas. Así, junto a la puesta en marcha de los célebres «*business angels*», la Ley de Emprendedores reconoce y promueve «los inversores de proximidad». La gran importancia de esta ley para los jóvenes emprendedores que no tengan capital es acudir a su padre, si es que tiene solvencia, recursos en efectivo o capital en cuentas fijas o en depósitos, y podrá dar al hijo los recursos que necesite para llevar adelante su proyecto empresarial y al mismo tiempo tendrá una bonificación en el IRPF de un 20%. Si no es su padre

bito de las cuotas de la Seguridad Social, en especial, pero no solo, (1) un *régimen de cotización reducida* a tal fin, extendiendo a todos los emprendedores una medida que la Ley 11/2013 limitó solo a los jóvenes. Asimismo, y como también veremos de inmediato, se introduce un (2) *régimen especial de incentivo de la pluriactividad*, con objeto de no penalizar en exceso a los trabajadores que coticen en el Régimen General y que vienen obligados a cotizar en otro régimen a tiempo completo cuando realizan una actividad económica alternativa. De este modo se estimularían también nuevas altas en el específico Régimen Especial de Trabajadores Autónomos –RETA–. Esto facilitaría, al mismo tiempo, al menos si creemos al legislador, el control de las actividades no declaradas, en línea con la más general política de lucha contra la economía irregular y «el trabajo negro», y que suponen una grave competencia desleal con los autónomos que declaran.

De nuevo una cosa es lo que se dice perseguir –preámbulo cuento– y otra bien distinta lo que realmente se promueve, con frecuencia lo opuesto de lo predicado. En efecto, en lo que concierne a la extensión del régimen de «cuota social plana» a todos los sujetos que realizan una actividad emprendedora, al margen de la edad, se agravan ciertos problemas.

El artículo 29 –Reducciones a la Seguridad Social aplicables a los trabajadores por cuenta propia– *añade una nueva disposición adicional, 35.ª bis* –un ejemplo de la perversa técnica legislativa utilizada, como se ha denunciado con carácter general– al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –TRLGSS–. A su tenor, «*los trabajadores por cuenta propia o autónomos con 30 o más años de edad*» y que causen alta inicial –o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el RETA, con lo que se quiere promover su reactivación en el mercado de trabajo– podrán aplicarse una serie de reducciones sobre la cuota social por contingencias comunes. La cuota a reducir será el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un periodo máximo de 18 meses, según la siguiente escala:

- a) Una reducción equivalente al 80% de la cuota durante los 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta.
- b) Una reducción equivalente al 50% de la cuota durante los 6 meses siguientes al periodo señalado en la letra a).
- c) Una reducción equivalente al 30% de la cuota durante los 6 meses siguientes al periodo señalado en la letra b).

Se trata, pues, de régimen de favor equivalente, reduciendo o neutralizando el efecto diferencia de incentivo o estímulo del autoempleo joven, con lo que deja de ser una medida de fomento

quien dispone de recursos y acude a su sobrino o a otro pariente, también tendrá esa posibilidad. Y si acude a su vecino de escalera y este vecino cree en el proyecto empresarial, podrá darle hasta 50.000 euros para que pueda desarrollarlo. Si el proyecto empresarial necesita más de 50.000 euros, el joven emprendedor tendrá la posibilidad de acudir a tres o cuatro inversores de proximidad, con un máximo de 50.000 euros, para poder desarrollar su proyecto empresarial.

del empleo por cuenta propia juvenil para devenir una medida de fomento del emprendimiento y/o autoempleo a secas. Una regla de equidad de trato que no resultaría especialmente criticable atendiendo a las tasas tan altas de desempleo de larga duración de trabajadores «maduros» que sufrimos. Esta ampliación del régimen de beneficios, al margen de la edad, es resultado de un proceso de negociación entre el Grupo Parlamentario del PP y el de *Convergència i Unió*. Esta Ley supondrá una bonificación con 2.000 euros en las cotizaciones de los autónomos para el inicio de su actividad. De unos 3.000 euros pasaría a 1.000, que es más o menos el 70 % del coste de la Seguridad Social. Esta era una de las cuestiones que continuamente todas las asociaciones de autónomos que existen en España –ATA, UPTA, PIMEC– venían planteando. Con lo que conseguirían estos colectivos una importante reducción de los costes estructurales de la iniciativa.

Hasta aquí la lectura positiva de la LEI, por cumplir con lo prometido. Pero ¿en su verdadera aplicación práctica merecerá el mismo juicio benévolo que la promesa oficial?

La respuesta es más pesimista. De un lado, la LEI ha ignorado por completo un grave problema aplicativo de esta medida para los jóvenes emprendedores que, de seguro, se va a volver a plantear, ahora más agudamente, por afectar a más personas y porque el ámbito subjetivo de aplicación de la LEI pretende ser mayor que el de la Ley 11/2013. En efecto, la aplicación de la medida originaria, la disposición adicional 35.^a del TRLGSS, ha llevado a miles de quejas de jóvenes emprendedores que se sienten defraudados por la norma, pues quienes han optado por una forma societaria no económico-social –cooperativas de trabajo asociado– y no por la actividad de autónomos en régimen de persona física han visto cómo se les exige el reintegro de la reducción. Las incoherencias resultan manifiestas.

La primera –solo aparente– Ley de Emprendedores –Ley 11/2013– crea y difunde a los cuatro vientos una más que proverbial «tarifa social plana» para todos y cada uno de los emprendedores –en ese momento para los menores de 30 años–. Luego, los organismos responsables evidencian «la letra pequeña», no mostrada ante el fulgor de los «grandes titulares». En efecto, quienes asuman la forma de sociedad en su iniciativa emprendedora no tendrán derecho al beneficio, solo quienes lo hagan bajo una veste de persona física. La segunda Ley –la LEI–, sin aclarar la primera cuestión, crea formas jurídicas nuevas para dar cobertura organizativa a los emprendedores, no ya solo facilitando crear nuevas sociedades de responsabilidad limitada, pero que estarían excluidas de la citada «tarifa social plana» por su forma societaria, sino también creando nuevas figuras jurídicas de emprendedores, como los «emprendedores de responsabilidad limitada», con lo que ahora se plantea el problema de si también están incluidos o no.

En suma, la nueva Ley no solo no aclara el problema generado por la aplicación de la primera, sino que lo complica, pues ahora impediría que se pueda aplicar la tarifa plana a los emprendedores y/o autónomos no ya solo que tengan menos de 30 años, sino a todos los emprendedores, cualquiera que sea su edad, que no asuman la forma de persona física –o sea socio de cooperativa de trabajo asociado–. Es decir, la misma Ley trata de dar una mayor facilidad de creación de proyectos de emprendimiento asociado, societario, y, sin embargo, al tiempo, luego excluye del beneficio de la cuota social plana al emprendedor societario y administrador de esa sociedad. Por tanto, la segunda Ley agrava la incoherencia de la primera. Si ya la primera está generando críticas numerosas, y fundadas, la segunda debe multiplicarlas, porque no solo la aplicación de esta

segunda se contradice gravemente con la primera, sino que se contradice consigo misma, con lo que crea obstáculos tanto a la primera –para emprendedores jóvenes– como a la segunda, a ella misma –maduros–. ¿Cómo se pueden resolver estas contradicciones internas de la LEI?

Este problema revela unas consecuencias graves sobre estos jóvenes emprendedores y el espíritu emprendedor que se quiere reactivar –recuérdese que esta idea está en los genes mismos de la célebre, y muy tristemente fallida, Estrategia Europea por el Empleo, allá por el año 2000–, porque, si se quiere apoyar al emprendimiento con leyes, qué mejor que hacerlo creando confianza en lo que establecen y asegurando que resuelven problema concretos, no creando nuevos por alentar falsas expectativas. Quien ve amenazada ahora su viabilidad por el reintegro de las reducciones es evidente que está expresando que no tenía más aval para su proyecto empresarial que su necesidad de salir del desempleo a un coste bajo de establecimiento personal. Ahora, la LEI es clara al excluir del beneficio a las nuevas empresas con empleados –apartado 1, párrafo segundo, disp. adic. 35.^a bis TRLGSS–, así como, a sensu contrario, para cualquier forma asociativa de esa actividad que no sea la de cooperativa de trabajo asociado. Por lo tanto, revela que no es una medida ni de fomento de la actividad de emprender en sentido estricto, ni tampoco del autoempleo en general, sino del autoempleo individual y, de modo parcial, de ciertas formas de autoempleo colectivo.

El recurso a un concepto técnico-jurídico clásico, el trabajador por cuenta propia o trabajador autónomo, dificulta así la finalidad de la LEI, que es promover la actividad emprendedora. Por lo tanto, para salir de esta contradicción habría que interpretar que la LEI no se limita a promover una determinada forma de organizar jurídicamente la actividad, sino a fomentar la actividad misma, al margen de la forma jurídica que adopte. Por lo tanto, debería hacerse una interpretación expansiva del concepto trabajador autónomo, de modo que se incluya también a emprendedores que opten por la fórmula asociativa, siempre y cuando no tengan trabajadores empleados, pues aquí la prohibición legal, siendo de todo punto incoherente con su fin, es clara y terminante.

En todo caso, precisa la LEI que las reducciones de cuotas previstas se soportarán, como todas, a diferencia de las bonificaciones –a cargo del SPEE–, por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social¹⁵.

Pero hay un segundo problema del que dejar constancia, atendiendo también a un análisis científico de la realidad, al margen de las promesas legislativas e institucionales. En este sentido, si se estudian con detenimiento, como se debe, las estadísticas de titulares de la tarifa plana, dejan al descubierto más «falsos autónomos» que «nuevos emprendedores».

Desde el mes de marzo, mes en el que entró en vigor la tarifa plana para autónomos «a 50 euros» –que no son propiamente tales–, se han dado 50.000 altas nuevas dentro de este régimen de

¹⁵ Además, los trabajadores por cuenta propia «maduros» que opten por el sistema de reducciones de cuota indicado, no podrán acogerse, a diferencia de lo que se prevé para los autónomos jóvenes, a los beneficios –bonificaciones y reducciones– de la disposición adicional 35.^a del TRLGSS –Reducciones y bonificaciones aplicables a los jóvenes trabajadores autónomos.

la Seguridad Social. ¿Albricias? No lo creo. El balance neto de los primeros seis meses del año 2013 arrojaba, según las estadísticas oficiales, una pérdida neta en el RETA de 38.000 personas. Es decir, el sector de «auténticos» autónomos perdía efectivos poco a poco, de forma muy gradual, pese a la satisfacción gubernamental por las cifras más globales, sin desagregar situaciones reales, mientras que el autoempleo de los más jóvenes está creciendo. ¿Qué está ocurriendo aquí fundamentalmente? Para muchos, incluido un buen número de responsables políticos, que está calando la «cultura emprendedora» y, por lo tanto, hay atisbo de un cambio de ciclo. Para otros, en cambio, más realistas, lo que está acaeciendo es que se confirma el anunciado, y previsible, «efecto desplazamiento», de modo que se produce una traslación de regímenes, desde el general a autónomos, creando las condiciones favorables para la vieja figura del «falso autónomo con relación laboral real».

Como han evidenciado numerosos analistas, muchas empresas del sector servicios pueden recurrir a estas fórmulas con relativa facilidad. Se formaliza contrato mercantil (o ni siquiera se realiza) y al trabajador que se debería dar en alta en el Régimen General, se le obliga al alta en autónomos, se asumen los costes laborales de estos nuevos autónomos y se consigue una repercusión empresarial menor global, contra el pago de facturas y no mediante el pago de nóminas. No parece fácil de creer que 50.000 menores de 30 años hayan creado una mínima o básica estructura empresarial y puedan darse de alta como autónomos «puros» o auténticos.

Evolución durante el año 2013
(comparación interanual)

Regímenes	Afiliados medios año 2013 (hasta junio)	Afiliados medios año 2012 (hasta junio)	Diferencia	
			Absoluta	Relativa
Régimen General	13.169.798	13.828.256	-658.458	-4,76
General ¹	11.975.820	12.684.257	-708.437	-5,59
S. E. Agrario	770.861	830.923	-60.062	-7,23
S. E. Hogar ²	423.117	313.076	110.041	35,15
R. E. Autónomo	3.017.103	3.055.215	-38.112	-1,25
R. E. Mar	60.666	61.831	-1.165	-1,88
R. E. Carbón	4.193	5.405	-1.212	-22,42
Total	16.251.761	16.950.707	-698.946	-4,12

¹ No incluye el S. E. Agrario ni el S. E. Hogar

² En el S. E. de E. del Hogar (vigente desde 1 de enero de 2012) se incluyen los afiliados del extinguido R. E. del Hogar

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social

6.2. OTRA FORMA AMBIGUA DE PROMOVER LA LUCHA CONTRA LA ECONOMÍA SUMERGIDA: EL NUEVO RÉGIMEN DE COTIZACIÓN FAVORABLE A LA PLURIACTIVIDAD

Veámos cómo, al margen de lo que resulta en la realidad, la voluntad legislativa de luchar contra las múltiples situaciones de fraude a las arcas públicas, en este caso a las de la Seguridad Social, está presente en otras medidas novedosas de la LEI, combinando así su fin promotor de la actividad emprendedora con el de la evitación de iniciativas fraudulentas. Un doble objetivo que estaría claramente presente en el artículo 28 de la LEI –*cotización a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos en casos de pluriactividad con jornada laboral a tiempo completo o a tiempo parcial superior al 50 por ciento*–. Este precepto, claramente favorable, lo que no deja de ser llamativo en una crisis extrema de empleo, a la pluriactividad, establece:

1. A los trabajadores que causen alta inicial en el RETA a fin de comenzar y con ello den lugar a *una situación de pluriactividad* a partir de la entrada en vigor de la Ley, se les concede una opción: podrán elegir como base de cotización social en ese momento la comprendida entre el 50% de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) durante los primeros 18 meses, y el 75% durante los siguientes 18 meses, hasta las bases máximas establecidas para este régimen especial.
2. Si tal situación de pluriactividad se da *para trabajos a tiempo parcial con una jornada igual o superior al 50%* de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, se podrá elegir en el momento del alta, como base de cotización, la comprendida entre el 75% de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la LPGE durante los primeros 18 meses, y el 85% durante los siguientes 18, hasta las bases máximas.

La aplicación de esta medida será incompatible con cualquier otra bonificación o reducción establecida como medida de fomento del empleo autónomo, así como con lo previsto en el artículo 113 Cinco.7 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, o artículos equivalentes de las sucesivas LPGE.

6.3. EL RECONOCIMIENTO DE UN FRACASO HISTÓRICO: A VUELTAS CON LA MEJORA DE LOS INCENTIVOS PARA EL EMPLEO Y AUTOEMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Por su parte, el artículo 30 –*Reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia*– mo-

difica la disposición adicional 11.^a de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. La modificación significa que las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, que causen alta inicial en el RETA, se beneficiarán, durante los 5 años siguientes al alta, de reducciones y bonificaciones en la cuota por contingencias comunes, en análogos términos que la general, por un periodo máximo de 5 años, conforme a esta escala:

- a) Una reducción equivalente al *80 % de la cuota durante los 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta*. Esta reducción es aplicable solo a los autónomos con discapacidad sin asalariados.
- b) Una bonificación equivalente al *50 % de la cuota durante los 54 meses siguientes*. Puesto que no se prevé nada específicamente habremos de entender que esta medida de incentivo sí es aplicable a los trabajadores autónomos con discapacidad que empleen asalariados.

El apartado 2 prevé que cuando los trabajadores autónomos con un grado de discapacidad igual o superior al 33 % tengan menos de 35 años de edad y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el RETA, podrán aplicarse una serie de reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes –la cuota a reducir es siempre el resultado de aplicar a la base mínima de cotización el tipo mínimo de cotización vigente en cada tiempo, incluida la incapacidad temporal–, por un periodo máximo de 5 años, de conformidad con la siguiente escala:

- a) Una reducción equivalente al *80 % de la cuota durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta*.
- b) Una bonificación equivalente al *50 % de la cuota durante los 4 años siguientes*.

En este caso, ninguna de las dos reducciones son aplicables, a diferencia de lo que se ha visto para el conjunto de los autónomos con discapacidad «maduros» –los de 35 años o más–, a los autónomos con empleados a su servicio.

Este régimen, más favorable de cotización social sí será también de aplicación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, que estén encuadrados en el RETA, cuando, claro está, cumplan los demás requisitos legalmente previstos para acogerse a tal beneficio social. Los autónomos con discapacidad acogidos a este sistema-incentivo podrán acogerse posteriormente, en su caso, a las reducciones y bonificaciones del apartado 1, si bien el cómputo total no puede superar el plazo máximo de 60 meses. También el régimen de compatibilidades entre incentivos sociales es, pues, más beneficioso que el previsto con carácter general.

Finalmente, pero ya en el marco de la política de incentivo de la creación de empleo asalariado para las personas con discapacidad y mediante medidas fiscales, destaca la modificación

legal llevada a cabo en el «*Artículo 41. Deducción por creación de empleo para trabajadores con discapacidad*» de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Así:

1. Será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 9.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 33 % e inferior al 65, contratados por el sujeto pasivo, experimentado durante el periodo impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del periodo inmediato anterior.
2. Será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 12.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 %, contratados por el sujeto pasivo, experimentado durante el periodo impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del periodo inmediato anterior.
3. Los trabajadores contratados que dieran derecho a la deducción prevista en este artículo no se computarán a efectos de la libertad de amortización con creación de empleo regulada en el artículo 109 de esta Ley.

En consecuencia, todas aquellas empresas que contraten personas con discapacidad incrementarán sus incentivos fiscales en un 50 %. Todas las empresas que contraten a personas con discapacidad incrementarán su bonificación hasta 9.000 euros en vez de los 6.000 actuales.

Este cambio se ha presentado como un cierto paliativo al «olvido» o a la «marginación» que sufren las empresas de economía social en general en la Ley, pues sí se daría entrada a uno de los sectores más relevantes de la economía social, las que procuran la inserción de personas vulnerables socialmente, en este caso el colectivo de las personas con discapacidad. De ahí que haya sido saludado este cambio legal como paso significativo por las asociaciones y organizaciones empresariales de personas discapacitadas. En suma, la apuesta por la economía social se centraría básicamente en la mejora de los incentivos económicos para la contratación de las personas con discapacidad, elevando bonificaciones y prorrogándolas en el tiempo –a cuatro años y medio–. No es un gran avance pero, al menos, supone una mejora.

6.4. UNA ENIGMÁTICA DISPOSICIÓN ADICIONAL: ¿LA PROMOCIÓN DE LA FUGA DEL DEBER DE COTIZAR DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS AMATEUR A FAVOR DEL VOLUNTARIADO DEPORTIVO?

Hemos evidenciado que el legislador ha querido envolver su afán por promover más iniciativas de emprendimiento empresarial y profesional con la preocupación de no dar pábulo adicional a las situaciones fraudulentas, tan extendidas en nuestra economía. De ahí, que la inquietud por la evitación de fraudes aparezca por doquier en la LEI, tanto como desfilan las oportunidades de hacerlos, con lo que de nuevo las incoherencias reguladoras llegan hasta el paroxismo. Un ejemplo

emblemático de ello es, en el marco institucional de una pretendida política de incentivo social de ciertas actividades de relevancia social, la muy excéntrica y aún más enigmática *disposición adicional 16.ª* de la Ley 14/2013. De nuevo, una norma legal incluye un mandato programático y de estudio para evaluar situaciones que están rayanas en el fraude de ley y no para corregirlo, como parecería, sino más bien para promoverlas o consolidarlas. La disposición dice así: *«En el plazo de 4 meses desde la aprobación de la... Ley el Gobierno procederá a realizar un estudio de la naturaleza de la relación jurídica y, en su caso, encuadramiento en el campo de aplicación de la Seguridad Social de la actividad desarrollada en clubs y entidades deportivas sin ánimo de lucro que pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida».*

Es evidente que se trata de establecer una medida de favor, otra más, para este tipo de entidades. Pero con ello se terminará favoreciendo otra manifestación de la «huida de las reglas generales o comunes sociales», para fijar un régimen privilegiado y de menor coste, por tanto menor cotización o contribución, cuando no directamente la exclusión, al Sistema.

¿De dónde surge tan inquietante formulación y qué busca realmente? El seguimiento de los trámites parlamentarios del Proyecto de Ley ilustra a qué se debe una previsión tan enigmática como esta y en ella se encierra otra dialéctica de lucha entre el «empleo» –con contrato de trabajo y derechos, aunque degradados– y el «pseudo-empleo» –sin contrato y sin derechos–, ahora bajo la forma del «trabajo voluntario». En efecto, parece ser que se trata de un compromiso del Gobierno con las fuerzas catalanas del Parlamento, tanto ERC como CIU, incluido a través de la aceptación del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de una enmienda al Proyecto de Ley promovida por tales partidos nacionalistas. El objetivo era aprovechar la oportunidad de esta Ley, según confiesa de manera auténtica un promotor de tal enmienda, *«a fin y efecto de paralizar, repito, a fin y efecto de paralizar las inspecciones fiscales que se llevaban a cabo en los clubes deportivos en todo el Estado español pero de forma muy singular en Cataluña...».* Estas inspecciones, a lo que se ve, no tendrían más sentido, lo que ya resulta chocante en sí mismo, de

*«... penalizar el **trabajo del voluntariado deportivo**, lo cual significaba la muerte de muchos clubes, básicamente clubes deportivos radicados en barrios y poblaciones pequeñas, o también en grandes ciudades, pero que tienen su actividad destinada al deporte amateur, al deporte de base...»¹⁶.*

La disposición adicional 16.ª recogería este compromiso, si bien solo en relación con una actividad de estudio de la situación a efectos de encuadramiento en la Seguridad Social de tal actividad y sin referencia alguna al presupuesto institucional que parece estar en la base de la misma: las inspecciones fiscales –y se supone también que las de Seguridad Social– y sus eventuales paralizaciones. No obstante, las informaciones disponibles alertan de que ha sido así, lo que si para los

¹⁶ Vid. página 3 de la intervención en el Senado del señor Tardá, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-139.PDF.

clubes deportivos puede suponer «un cierto alivio» para el común de los ciudadanos debe suponer una cierta alarma, pues revela inseguridad jurídica: si no tienen fundamento las inspecciones no debían llevarse a cabo, con Ley o sin Ley, con estudio o sin estudio y si lo tienen, no deben suspenderse por el compromiso político. Un estudio no puede servir de excusa o para el incumplimiento normativo o para el cambio legislativo si no hay una razón más poderosa que la eventual «muerte de los clubs deportivos de base». El trabajo voluntario sería, pues, un presupuesto para la viabilidad de este tipo de clubes no profesionales. ¿Por qué? Porque no tendrían los recursos suficientes para sacar adelante estas actividades sin aquella forma no retribuida de trabajo.

La Ley habría reducido de 6 a 4 el periodo para hacer efectivo ese acuerdo político-jurídico para que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social intente dar una respuesta positiva a estas 16.000 entidades catalanas y otros muchos miles que existen en el resto de España so pena, en caso contrario, de que se vean abocadas al cierre. La referencia a las entidades deportivas sin ánimo de lucro parece apuntar de forma más directa, pese al recurso a términos genéricos, a las diferentes federaciones deportivas. En Cataluña, no obstante, ámbito territorial e institucional presupuesto en la regulación, esto afectaría a más de 16.000 entidades y a más de 200.000 personas.

Estos pequeños clubes sin ánimo de lucro de todo tipo de actividades –baloncesto, fútbol, béisbol, natación...– se nutrirían de un elevado número de «trabajadores voluntarios» que dedican un determinado tiempo «residual» o marginal, unas horas a la semana, para ser monitores y formar a los futuros deportistas de nuestro país. La proliferación de este tipo de trabajos de colaboración habría llevado a intensificar las inspecciones fiscales y de la Seguridad Social que, ante su volumen, podría llegar a poner en riesgo la propia continuidad de este «tejido deportivo de base». El problema no sería solo catalán, sino que estaría en toda España. Se trata de personas que ganan entre 50 y 100 euros al mes y que no cotizan al Sistema. En síntesis, si lo que se pretende es proceder a un estudio de la regulación laboral y de Seguridad Social de los clubes deportivos que tienen personal en su plantilla, a fin de diferenciar entre actividad regular, con la contrapartida de un salario efectivo –aunque sea cada vez más reducido– y actividad esporádica, con una percepción económica meramente compensatoria de gastos o marginal, la previsión es superflua en el actual estadio jurídico. La razón es que el resultado de ese estudio ya se conoce, pues solo se constataría lo que ya ocurre ahora.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido ya unificada al respecto y mantiene una posición razonablemente clara, no obstante sus eventuales matices en torno al modo de determinar la habitualidad de la actividad, bien por parámetros temporales bien por umbrales retributivos, respecto a lo que las doctrinas de suplicación mantienen ciertas diferencias de matiz:

«El criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa (SSTS 21 diciembre 1987 y 2 diciembre 1988) tal requisito hace *referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero*

las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución...»¹⁷.

Pero si lo que hay detrás de una disposición legislativa tan enigmática como la comentada aquí es, sin más, promover que se facilite desde la legislación que determinadas actividades laborales queden desplazadas por una actividad de voluntariado, con salarios encubiertos, aunque sean de muy escasa cuantía, excluyendo que se aplique la regulación ordinaria, como así ha ocurrido en más de una ocasión, según se evidencia en las Actas de Infracción levantadas en este ámbito estaríamos ante una nueva anomalía jurídica, ante un nuevo vicio normativo propiciado por esta Ley. Inaceptable, pues, en un Estado Social de Derecho que se precie mínimamente.

En suma, no sería de recibo aprovechar una normativa de promoción de la actividad emprendedora para aligerar-liberar las responsabilidades laborales y de Seguridad Social propiciando incumplimientos de la normativa general o común. No puede pretenderse con esa llamada estimular «simulaciones» de reglas especiales donde funcionalmente solo habría derogaciones o excepciones a las reglas comunes, una vez más, eso sí, apelando más a la emocionalidad que a la razón –jurídica–, a un «sentimiento de protección de cuestiones de espíritu», ahora del «espíritu deportivo *amateur*» y sus bondades sociales. Virtudes que nadie les niega y habría que promover, pero no a costa de dismantelar la regulación laboral.

6.5. UN «BAÑO DE REALIDAD» MÁS PARA EL EMPRENDEDOR: EL LEVANTAMIENTO DE LA INMUNIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL RESPECTO DE LAS DEUDAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Pero la Seguridad Social no está dispuesta a ser solo reconocedora de beneficios y su capacidad de transigir a favor de la iniciativa emprendedora toparía con la seriedad de sus exigencias de cobro respecto de las deudas con ella. Aunque de todos es conocido cómo las grandes empresas siguen manteniendo deudas millonarias con la Seguridad Social, la LEI no parece estar dispuesta a propiciar un tratamiento análogo con los emprendedores y una cosa es eximirle, bajo ciertas condiciones, de deudas con acreedores privados y otra bien distinta sería aceptar ese «privilegio» con el dinero público.

En este sentido, entiendo de interés hacer una pequeña referencia a un tema concurrente entre el Derecho Mercantil y el Derecho de la Seguridad Social. En este sentido, si el primero ha querido dar un cierto fundamento a la garantía del llamado «derecho a la segunda oportunidad», como hemos

¹⁷ Vid. STS, Sala 4.ª, de 29 de octubre de 1997, RCUd núm. 406/1997. Recogen, posteriormente, esta jurisprudencia, SSTSSJ Cataluña, núm. 4879/2001, de 6 junio; Andalucía/Sevilla, núm. 152/2001 de 18 enero; Islas Baleares (núm. 113/2003, de 3 marzo, entre otras.

indicado, que pasa, entre otros factores, por salvar la vivienda habitual del emprendedor en el caso de que su proyecto fracase, y para eso se crea una nueva figura, el emprendedor de responsabilidad limitada, la objeción que cabe hacer desde la dimensión socio-laboral de su estatuto es que en la mayoría de los casos no servirá de nada porque si ese emprendedor bien ha dado «garantías personales» –normalmente a los grandes acreedores– basadas en su vivienda, o, por lo que aquí interesa, si tiene deudas con la Seguridad Social –o con Hacienda–, acabará perdiendo la vivienda, y estos casos son los más habituales. Por lo tanto, en la mayoría de los casos el emprendedor con problemas acabará perdiendo su vivienda habitual en favor del cobro de deudas del Estado, como las de Seguridad Social.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional 1.^a de la LEI, el beneficio de no sujeción de la vivienda habitual a responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada previsto en el capítulo II del título I de la LEI no resultará de aplicación respecto de las deudas de derecho público de las que resulte obligado¹⁸. Para la gestión recaudatoria resultará de plena aplicación lo dispuesto con carácter general en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el TRLGSS. Por tanto, el tan cacareado gozo del emprendedor en el pozo de las deudas fiscales o de Seguridad Social.

Según el artículo 8.1 de la LEI, como excepción a la regla general civil de responsabilidad universal –arts. 1.911 del Código Civil y 6 del Código de Comercio–, el emprendedor de responsabilidad limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al artículo 8.2 de la LEI –vivienda habitual de valor inferior a 300.000 euros– y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en la LEI¹⁹. Pues bien, por lo que aquí interesa, no es oponible ese beneficio de exclusión de deuda ante la Seguridad Social.

Ahora bien, cuando entre los bienes embargados se encontrase la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada en los términos del apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, su ejecución será posible cuando –apartado 3 de la disp. adic. 1.^a:

- a) No se conozcan otros bienes del deudor con valoración conjunta suficiente susceptibles de realización inmediata en el procedimiento de apremio.
- b) Entre la notificación de la primera diligencia de embargo del bien y la realización material del procedimiento de enajenación del mismo medie un plazo mínimo de dos años.

¹⁸ Conforme al artículo 7 de la LEI «el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de "Emprendedor de Responsabilidad Limitada", una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este Capítulo».

¹⁹ Conforme al artículo 10.1 de la LEI, para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta al bien.

Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en dos supuestos: las ampliaciones del embargo originario y la prórroga de las anotaciones registrales.

Conviene llamar la atención sobre la modificación del artículo 10.5 del Estatuto del Trabajo Autónomo para incluir este régimen especial de embargo de la vivienda habitual²⁰.

7. LA DEGRADACIÓN DE UN «DERECHO FUNDAMENTAL» A MERA «CARGA ADMINISTRATIVA» A ALIVIAR: EL DESBORDAMIENTO DE LA GESTIÓN DIRECTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

7.1. LA RECONDUCCIÓN DE LA NORMA LABORAL AL ESPÍRITU LIBERAL COMÚN DE LA LEY DE EMPRENDEDORES: LA INCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES EN LA LÓGICA DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS

Como reconociera expresamente el preámbulo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, en atención a los datos de la OCDE:

«... España es, de hecho, el segundo país de Europa donde más trámites es necesario realizar para crear una empresa. Resulta, por lo tanto, necesario sustituir en lo posible estas cargas administrativas por otros procedimientos de control menos gravosos, garantizando en todo caso el cumplimiento de la normativa vigente».

Con carácter general, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, incidieron en la reducción de tales cargas. En especial afirmando la inexigibilidad de medios de control preventivos para el ejercicio de actividades, salvo que sean necesarios para tutelar bienes superiores. No obstante, el marco normativo e institucional sigue siendo muy complejo y poco claro y sigue existiendo una enorme dispersión normativa y de procedimientos, especialmente gravosa para las pymes en general y

²⁰ «5. A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo, y en segundo lugar, a que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación medie el plazo mínimo de dos años. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.»

para las microempresas, en particular, que soportan un coste considerable en comparación con la dimensión de su actividad, de modo que España aparece cada vez peor en el *ranking* de facilidad para las oportunidades de negocio. Siendo tal deficiencia un problema inexorable, lo que no puede justificar es la eliminación de cualquier carga y a cualquier precio. A mi juicio, la reforma propiciada en el artículo 30 de la LPRL no atiende a esta exigencia de equilibrio y proporcionalidad.

En efecto, el título IV, con el ampuloso nombre de «Apoyo al crecimiento y desarrollo de los proyectos empresariales», insiste en una línea liberalizadora a ultranza. En él aparecen una serie de medidas jurídicas orientadas a fomentar el crecimiento empresarial basadas fundamentalmente en la «*liberalización de las cargas*» para las empresas y la consecuente «*reducción de los costes de gestión*» que de ellas se derivarían. Responden, pues, a un claro modelo de desregulación neoliberal, que tiende a considerar buena parte de los requerimientos legales y administrativos de la actividad empresarial como «obstáculos» al desarrollo de las «oportunidades de negocio lucrativo» y, en consecuencia, como «gastos» superfluos.

Esta concepción está presente claramente en todo el título, como prueba el que su capítulo I se dirija a lo que denomina «supresión de cargas administrativas», su capítulo II, a la eliminación de obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública, «de forma que esta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión de las empresas», y su capítulo III, a la «simplificación-reducción» de los requisitos de información económica-financiera, con vistas a flexibilizar «las exigencias de contabilidad de las empresas de menor dimensión, en cumplimiento del principio de proporcionalidad». De este modo, los defensores acérrimos de esa Ley ponen el acento en el impulso a su través de todo un cambio cultural para el conjunto de las Administraciones, porque de una suerte de «*pensamiento de la sospecha*» sobre el empresario, hasta ahora visto como potencial defraudador de algo, se pasaría a la «cultura del pleno servicio» a los pequeños y medianos empresarios, ahora bajo la fórmula mágica del «emprendedor».

El presupuesto de la Ley sería la instrumentación de las cargas administrativas al servicio de la garantía de oportunidades de negocios, por lo que eso exigiría ayudarles a través de una marcada reducción de los trámites, tiempos y cargas empresariales, sin preocuparse de a qué valores o principios sustanciales sirve el cumplimiento de determinadas obligaciones legales. En suma, predomina la visión de las normas que establecen obligaciones para los empresarios como costes excesivos para el emprendedor, por lo que bajo la perspectiva del nuevo principio de favor hacia la actividad-oportunidad de emprendimiento esas obligaciones aparecerían solo como gastos a reducir.

Paradójicamente, este «espíritu liberal» viene acompañado de una instrumentación de los recursos —«dineros»— públicos al servicio de aquellas, a través de la contratación pública. La compra pública aparece, pues, como una fuente de oportunidades de emprendimiento.

A mi juicio, buena muestra de esta profunda ambivalencia de la simplificación que se acomete en la Ley es la facilitación del acceso a la contratación pública para el colectivo de emprendedores de menores dimensiones. Qué duda cabe que esta línea de política jurídica y esta defensa de un modelo simplificado de gestión de la compra pública pueden servir bien al interés de mejorar

la eficiencia de esta potestad de gestión pública. Así cabría valorar algunos cambios en aspectos cruciales: se autoriza que los pliegos de contratación no impongan la presentación de la numerosa documentación administrativa habitual, de manera que bastará con que los «llamados» a licitar presenten una «declaración responsable» –técnica que, en el contexto de las leyes de liberalización de los servicios, tiende a sustituir a la de autorizaciones–, y los «elegidos» o adjudicatarios aporten la documentación material (contratos de obras de valor inferior a 1.000.000 de euros y suministros inferiores a 90.000 euros); se permitirá que la garantía se constituya mediante retención en el precio lo que aliviará los costes y trámites de quienes optan a la contratación pública; se acortan los plazos para la devolución de garantías, pasando de 12 meses a 6 en caso de que la empresa adjudicataria sea una pyme.

Medidas como estas, y otras, largamente solicitadas por los sectores privados muy interesados en esa apertura del acceso a este mercado de compra pública, así como incluso por los propios gestores públicos, podrían saludarse positivamente, calificando como acertada la nueva reforma de la Ley de Contratos del Sector Público introducida por la Ley comentada²¹. Ahora bien, no cabe duda de que al mismo tiempo con ella se abre una nueva puerta de acceso de la estricta lógica de mercado en la configuración de potestades públicas.

Se propicia, pues, una forma más diluida o suave, pero perceptible, de «huida del Derecho Administrativo». Cierto, se pretende con ello acabar con el «privilegio de acceso» a los «dineros» públicos de los grandes contratistas, cuyas derivas fraudulentas llevamos años conociendo, incluso por vía penal, para ampliar el espectro de agentes económicos –emprendedores–, que pueden beneficiarse de un trozo, aunque pequeño, de la «tarta pública». Por eso, en última instancia, parece claro que aquí cede en cierta medida el interés general que presupone la normativa de contratación en el sector público a favor de reformas que buscan que la legislación de contratos del sector público arroje el lastre de trámites, pretendida o realmente, farragosos para que los nuevos emprendedores, cuya bondad se presume ahora *iuris tantum* respecto de la vieja veste de «empresario», puedan amamantarse también para sostener su negocio del dinero público²².

Pues bien, en este contexto, tiene especial encaje una de las novedades legales en el ámbito laboral que requiere, en mi opinión, de una más especial y mayor atención: la nueva reforma del artículo 30 de la LPRL. No tengo duda de que está entre los más preocupantes de la Ley 14/2013. El motivo de la modificación legal se sitúa, según explica el legislador, en el deseo de ampliar los supuestos en que las pymes puedan asumir directamente la gestión de la actividad de prevención

²¹ «Y en este caso se va a producir ese doble beneficio, aunque el de la gestión pública lo haya sido de carambola, pues el único objetivo declarado es el de ahorrar costes de gestión a los empresarios. Pero, sea como sea, bien está». *Vid.* el análisis favorable de profesionales: <http://josemiguelcarbonero.blogcanalprofesional.es/la-ley-de-emprendedores-por-fin-una-simplificacion-de-la-contratacion-publica/>

²² *Vid.* la crítica del magistrado CHAVES, J.R. en «Blog jurídico de SEVACH», de 30 de septiembre de 2013: «La nueva Ley 14/2013 de Emprendedores: ¿ruido y nueces?», en <http://contencioso.es/2013/09/30/la-nueva-ley-142013-de-emprendedores-ruido-y-nueces/>

de riesgos laborales, autorizando tal «economía de opción organizativa» en caso de empresarios «con un único centro de trabajo y hasta veinticinco trabajadores». Para ello se da nueva redacción al artículo 30.5 de la LPRL, que ahora reza del siguiente modo:

«5. En las empresas de hasta diez trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1.e) de esta Ley.»

La misma posibilidad se reconoce al empresario que, cumpliendo tales requisitos, ocupe hasta 25 trabajadores, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo.»

Ciertamente, una previsión tan radical no deja de tener cautelas para evitar actualizar los riesgos graves de desprotección social que se ciernen en la aplicación de esta reforma. Así, no solo se exigirá competencia técnica al emprendedor-empresario que decida gestionar directamente sus obligaciones preventivas, según el tipo y gravedad del riesgo existente, también se limita el ámbito organizativo beneficiario a empresas de un solo centro.

7.2. LAS DÉBILES CAUTELAS DEL TEXTO LEGAL: LA ERRADA CONFUSIÓN DEL «CENTRO DE TRABAJO ÚNICO» CON «UN LUGAR DE TRABAJO ÚNICO»

Pero, a mi entender, queda claro que el cambio que introduce sigue suponiendo un grave peligro de que en las empresas de menos de 25 trabajadores no haya un sujeto realmente competente y técnicamente responsable de prevención de riesgos laborales, desplazado formalmente por la figura de la pretendida gestión directa del propio empresario. El incremento cuantitativo es extremo, pues traslada un modelo pensado, ya discutiblemente, para empresas de hasta 10 empleados a otras de 25, que produce un grave salto cualitativo en la regulación, hasta el punto de poner en cuestión el propio modelo organizativo de la prevención de riesgos laborales conforme a las exigencias del Derecho Comunitario, que, como interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, prima los recursos preventivos internos de carácter especializado. Recuérdesse que las empresas con menos de esos 25 trabajadores, parámetro cuantitativo que ya tiene antecedentes legislativos –ejemplo: asunción por el FOGASA del 40% de la indemnización por despido económico procedente– son en España más del 90% –Directorio Central de Empresas (DIRCE).

Cierto, siempre puede pensarse que podía haber sido peor, por cuanto la propuesta inicial era situar el umbral en las empresas de hasta 50 trabajadores, al tiempo que se tiende a resaltar que *empre-*

sas de un solo centro o centro único de trabajo son muchísimas menos, pues también en las pequeñas empresas suele haber una dispersión o diversidad de centros, naturalmente menor que en el caso de las medianas empresas y por supuesto que en las grandes. Ahora bien, el número es suficientemente extenso como para inquietar y poner de relieve que, por más que el legislador pone alguna cautela más, como veremos, el cambio no será nada pacífico en el sistema de relaciones laborales español, no será un «cambio tranquilo». Al contrario, son más las razones para mostrar inquietud por este cambio, salvo primar la visión de la seguridad y salud en el trabajo como una carga y no como una inversión. Una vez más las libertades de actividad empresarial pesan más que la protección de derechos sociales fundamentales, degradando los compromisos u obligaciones legales de los empresarios a favor de la efectividad de tales derechos básicos a meros trámites o requisitos formales²³.

La restricción, ciertamente relevante como se decía, pero no tranquilizadora como se advertía igualmente, que supone el que deba tratarse de empresas de centro único de trabajo no esquivada todos los problemas. Y no lo hace, entre otras cosas porque bien sabido es que en el ámbito de la prevención el centro de imputación relevante para la actividad económica susceptible de generar riesgo no es el centro de trabajo sino el «lugar de trabajo», y una empresa con un solo centro de trabajo puede tener diversos «lugares de trabajo». En estos casos se plantea el problema de si podría asumir la función preventiva mediante una forma de gestión directa, en paralelo a la asunción de la responsabilidad legal de los riesgos y, en su caso, daños que pudieran derivarse. La doctrina científica y la jurisprudencia (por todas, SSTS, Sala 4.ª, de 22 de noviembre de 2002, Recurso 3904/2001 y 26 de mayo de 2005, RCU 3726/2004) vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del ET no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas preventivas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión «lugar de trabajo».

Como es conocido, esta problemática compleja se ha evidenciado sobre todo en un tiempo en el que proliferan las formas de gestión indirecta de las organizaciones, en virtud del uso y abuso de los procesos de descentralización productiva –relaciones triangulares–. Una vez más la libertad de empresa ampararía esas «economías de opción organizativa y de gestión», pero el Derecho debe garantizar al mismo tiempo la coherente responsabilidad con esa libre decisión, extendiendo la responsabilidad más allá de la actividad en el centro de trabajo. Si la empresa decide libremente subcontratar parte de su actividad a otra empresa, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con las diversas contratadas. Al empresario principal, pues, le es exigible siempre, aun en organizaciones económicas complejas mediante la multiplicación de relaciones con-

²³ Este afán liberal por encima de la garantía de la calidad profesional ya está presente igualmente en la jurisprudencia social, como se recordará, si bien en este caso se alegaba la defensa de la libertad de trabajo, en relación con la STS, de 27 octubre 2010, Recurso de Casación núm. 53/2009. Esta sentencia declaró ilegal la exigencia de una tarjeta profesional en el sector de la construcción que acreditara de forma fehaciente la formación recibida en un sector que, por aquel entonces, batía records de accidentes, también de empleo claro –IV CC Construcción, 2007–. La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 5/2009, de 13 febrero, auto n.º 185/2008, casada, era mucho más equilibrada en la tensión entre los deberes-libertades del empresario y los derechos-deberes de los trabajadores.

tractuales, una actividad de información-control en relación con el conjunto de los trabajadores de las empresas subcontratistas en relación con obras y/o servicios de los que es titular, aunque se lleven a cabo en «centros de trabajo» distintos al de su titularidad.

Como indica una jurisprudencia unificada y consolidada, la empresa responde de modo solidario con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de todas las obligaciones preventivas respecto a los trabajadores que aquellos ocupen en los lugares de trabajo que estén bajo su esfera de control. De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolle

*«... bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con **lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de esta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella...**».*

Por tanto, es el hecho de la actividad dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad e higiene lo que determina sus obligaciones preventivas, y en caso de incumplimiento, *«la extensión de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control».* Y ello aunque no se trate propiamente de un centro de trabajo en sentido estricto del que ostenta la titularidad sino de un «lugar de trabajo» bajo su poder de dirección y control, en cualquier modo relevante, por tanto más allá de los supuestos del artículo 24 de la LPRL –SSTS, Sala 4.^a, de 18 de abril de 1992; 16 de diciembre de 1997; 5 de mayo de 1999; 26 de mayo de 2005, RCU 3726/2004; 7 de octubre de 2008, RCU 2426/2007.

En definitiva, a mi juicio, debería hacerse una interpretación extensiva del término que ha elegido, impropia, la Ley de Emprendedores para reformar el artículo 30.5 de la LPRL, de forma que la referencia a un único centro de trabajo de la empresa se identifique con un único «lugar de trabajo» de la empresa-emprendedor. Es manifiesto que así entendido se corrige de una forma sustancial la voluntad legislativa, que seguro tiene en mente –*voluntas legislatoris*– un único centro de trabajo. Pero la norma legal, que ciertamente tiene poder de disponer de los conceptos jurídicos, atribuyéndoles sentidos y alcance diversos en atención a los diferentes sectores o bloques reguladores en que los inserta, no tiene poder para disponer del sentido a atribuir a un determinado concepto en el marco de una interpretación sistemática, y sobre todo si en juego están normas comunitarias, su garantía de efecto útil, como aquí sucede.

7.3. UNA NORMA DE INCENTIVO DE «CAMBIOS TRANQUILOS» A CARGO DE «DINEROS» PÚBLICOS: EL «EFECTO DESPLAZAMIENTO» DEL COSTE DE SERVICIOS EMPRESARIALES A SERVICIOS PÚBLICOS

Sea como fuere, plenamente consciente el legislador del enorme riesgo que conlleva esta habilitación expansiva al emprendedor-empresario, y en coherencia con la paradoja arri-

ba evidenciada con un carácter general, también aquí se va a llamar a la colaboración pública, por tanto a los «dineros» de todos, para ayudar a ese emprendedor-empresario «menor», a asumir tan comprometida responsabilidad-carga. A tal fin, se añade por el artículo 39.Dos de la Ley 14/2013 a la LPRL una nueva disposición «extravagante» para concretar ese compromiso de los poderes públicos con el cumplimiento efectivo de obligaciones empresariales: «*Disposición adicional decimoséptima: Asesoramiento técnico a las empresas de hasta veinticinco trabajadores*».

En su párrafo primero se invoca el título competencial que habilitaría a asumir tal función colaboradora con un deber empresarial y se da un mandato a este fin al órgano que asume la competencia, tratando de evidenciar la existencia de un marco de cooperación más amplio entre Administraciones públicas y agentes sociales, cuando la realidad es que existe al respecto una clara oposición por parte de los sindicatos:

«En cumplimiento del apartado 5 del artículo 5 y de los artículos 7 y 8 de esta Ley, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el INSHT, en colaboración con las comunidades autónomas y los agentes sociales, prestarán un asesoramiento técnico específico en materia de seguridad y salud en el trabajo a las empresas de hasta veinticinco trabajadores».

En el segundo párrafo se intenta concretar este compromiso asesor público para dar algo de seguridad jurídica en este complicado panorama. Un exceso de intervención pública podría llevar a convertir a los organismos institucionales científico-técnicos competentes en servicios de prevención gratuitos del empresario. Pero con ello, se desplazaría a las técnicas propias del mercado, precisamente, y una vez más con la creación de enormes paradojas, cuando no sin más contradicciones con los objetivos o fines perseguidos, pues la idea motriz de los cambios es favorecer las «oportunidades de negocio» en todos los mercados, por tanto, se entiende que también en el de la gestión-consultoría preventiva de riesgos profesionales. Por eso, se intenta acotar esta actividad en la de asesoramiento estricto:

«Esta actuación consistirá en el diseño y puesta en marcha de un sistema dirigido a facilitar al empresario el asesoramiento necesario para la organización de sus actividades preventivas, impulsando el cumplimiento efectivo de las obligaciones preventivas de forma simplificada.»

Se tratará, por tanto, de un sistema análogo al conocido, y ciertamente ambivalente y polémico, además de defectuoso, programa «Prevención 10». Como es sabido, el sistema «**Prevencion10.es**» apareció como un **servicio público gratuito** de asesoramiento en materia de prevención de riesgos laborales para microempresas y trabajadores autónomos. La difusión de este «servicio público gratuito» –paradójico cuando se trata de liberalizar oportunidades de negocio y reducir, al tiempo, déficits públicos– suele presentarse como expresión inequívoca de una forma de gestión muy rentable.



Contiene la herramienta «evalúa-t». Con ella se permite, a partir de la información aportada por la persona usuaria, generar la documentación relativa a la actividad preventiva de la empresa. Esto es: plan de prevención, evaluación de riesgos laborales y planificación de la actividad preventiva de la empresa para los puestos de trabajo incluidos en la herramienta.

Entre los presupuestos exigidos para poder acceder a esta forma de auto-evaluación está el disponer de una de las modalidades de organización de la prevención directa o interna siguientes: asunción de la prevención por parte del empresario/a o trabajador/a designado/a. Si es el empresario-emprendedor quien asume la organización de la prevención, es necesario que desarrolle su actividad profesional de manera habitual en el centro de trabajo y que cuente con formación de nivel básico, intermedio o superior en prevención de riesgos laborales, según los casos y en función de la evaluación de riesgos y de las medidas preventivas que haga falta adoptar. En la aplicación informática se advierte claramente de que el uso de «evalúa-t» no es suficiente para realizar la prevención de riesgos laborales de una empresa. Hay que tener presente que es simplemente una herramienta de gestión y, por ello, hará falta desarrollar otras acciones de prevención no incluidas en la herramienta: información, consulta y organización de la participación de las personas trabajadoras, la coordinación de actividades empresariales –muy importante para los casos en que hay multiplicidad de lugares de trabajo–, las actuaciones en caso de emergencias y primeros auxilios o la investigación de los daños a la salud que puedan ocurrir.

Como es evidente, este servicio de asesoramiento y gestión públicos tendrá que sufrir una importante revisión cuando se convierta en el probable sistema «prevención 25», con su herramienta de gestión *on-line* correspondiente. Ciertamente, el programa ha sido actualizado en fechas recientes, incorporando nuevas funcionalidades más operativas, así como una herramienta de auto-prevención para los autónomos sin asalariados («autopreven-t») ²⁴, en particular la coordinación de actividades empresariales. Incluso incorpora una innovadora e intuitiva plataforma «t-formas» destinada a facilitar aún más al empresario el cumplimiento de sus obligaciones, permitiéndole com-

²⁴ Vid. los comentarios sobre las nuevas funcionalidades y sobre el modo de utilizar todas estas herramientas en: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=495a10dc800dd310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=ac18b12ff8d81110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

plementar su formación en materia preventiva y, en particular, sobre la prevención de los riesgos específicos de su actividad. Ahora bien, al margen de que actualmente no están disponibles cursos para todos los sectores –solo para los de peluquerías, oficinas y bares y restaurantes–, debiéndose ampliar de forma progresiva a otros sectores, parece claro que la reforma requerirá cambios.

El que se haya pasado de 10 trabajadores a 25, pese a la indicación de «centro-lugar de trabajo» único, no tiene solo efectos cuantitativos, a nuestro entender, sino también cualitativos, por lo que su correcta funcionalidad u operatividad debe exigir una revisión profunda tanto del sentido como del contenido del programa de asesoramiento público para la gestión preventiva privada. En todo caso, conviene recordar que siempre hay actividades que será necesario concertar con un servicio de prevención ajeno, como por ejemplo la vigilancia de la salud, la formación a los trabajadores en prevención de riesgos laborales o bien la evaluación de los puestos de trabajo que no estén incluidos en la herramienta «evalúa-t» de nuevo cuño, o que lo están muy parcamente –por ejemplo: riesgos psicosociales–. En todo caso, debe quedar bien claro, para que la decisión de economía de opción que ahora le concede el legislador a un buen número de emprendedores-pequeños y medianos empresarios sea coherente con el ámbito de responsabilidad asumido por eventuales deficiencias, que aquellos no solo se ven comprometidos a una idónea gestión del programa, sino que es el único responsable de la efectividad de las medidas preventivas que deriven de la evaluación de riesgos y de su aplicación eficaz en la empresa, sin que pueda derivar la responsabilidad en el servicio público, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que puede exigirse por negligencia o inobservancia de la confianza legítima en sus resultados.

En suma, aquí estaríamos ante una norma que promueve la fuga-elusión empresarial del modelo de gestión preventiva no ya solo legalmente preferente –recursos internos pero de carácter especializado y no confundidos con el empleador– sino incluso normalizada –contrato con servicios de prevención externos o ajenos–, para un buen número de empresas. Pero es que, además, se haría con el «agravante» de asumir esa mutación con cargo a fondos públicos, de modo que el asesoramiento privado-mercantil previsto en la LPRL sería sustituido en buena parte por el asesoramiento-consulta de los órganos científico-técnicos, que se ponen, así, al servicio de la actividad preventiva obligación empresarial. En realidad, en línea de principio, no me parecería mal un cambio de ese tipo, reforzando la función preventiva como servicio social, pero debería hacerse no para determinadas empresas y no a cargo del empleador, sino de un modo más coherente y reflexivo. Pero, es evidente, coherencia y reflexión son cualidades de las que adolece en extremo esta «Ley portaaerones», que dispara contra la línea de flotación de algunas reglas laborales fundamentales.

8. LIBRANDO AL EMPRESARIO DEL «DOLOR DE CABEZA» DEL LIBRO DE VISITAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: NUEVOS PASOS HACIA LA MÁS PROMETIDA QUE LOGRADA ADMINISTRACIÓN LABORAL ELECTRÓNICA

En la misma línea de política del derecho liberalizadora de cargas administrativas en el plano socio-laboral, el artículo 40 de la Ley 14/2013 elimina la obligación de que las empresas tengan,

en cada centro de trabajo, un libro de visitas a disposición de los funcionarios de la ITSS. En su lugar, y de nuevo cargando sobre la función pública una actividad informativa o de transparencia empresarial, será la Inspección de Trabajo la que se encargue de mantener esa información a partir del libro electrónico de visitas que desarrolle la Autoridad Central de la ITSS. A tal doble fin –liberar al empresario de cargas y atribuir las al funcionario– se modifica el artículo 14.3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –LITSS–, que queda redactado de la siguiente forma:

«3. La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pondrá a disposición de las empresas, de oficio y sin necesidad de solicitud de alta, un Libro de Visitas electrónico por cada uno de sus centros de trabajo, en el que los funcionarios actuantes, con ocasión de cada visita a los centros de trabajo o comprobación por comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas que realicen, extenderán diligencia sobre tal actuación.»

No estaríamos, pues, sino ante una manifestación más de la tendencia más general, no obstante los continuos desmentidos e ineficacias presentes en la práctica, a una gestión administrativa electrónica. Toda la LEI está igualmente poblada de exigencias de este tipo, si bien su aplicación exige periodos transitorios²⁵, ante las dificultades de su puesta en práctica de forma inmediata y pese a que ese ideal de administración electrónica cuenta ya con diferentes leyes y varios años de promoción. La gestión electrónica de toda la actividad ligada a las empresas, por supuesto la administrativa, aparece así como un mandato de cumplimiento obligado y no ya como un mero desiderátum.

Y así se va difundiendo en todos los ámbitos²⁶, por tanto no iba a ser menos el laboral. No es baladí recordar la modificación de la disposición adicional 3.^a del texto refundido de la Ley de

²⁵ Por ejemplo, según la disposición adicional 13.^a de la LEI, «la obligación de llevanza en formato electrónico de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, de conformidad con el artículo 19..., será efectiva en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley». O también la exigencia de una «agenda electrónica notarial». Según el apartado 1 de la disposición adicional 3.^a de la LEI, los Ministerios de Justicia y de Industria, Energía y Turismo establecerán el uso de la agenda electrónica notarial para la constitución telemática de sociedades de responsabilidad limitada y cualquier otra forma jurídica que se incorpore reglamentariamente en el Documento Único Electrónico regulado en la disposición adicional 3.^a del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Su apartado 2 hace de ese uso de la agenda electrónica notarial una obligación para el notario, de manera que las citas que se establezcan mediante la misma tendrán efectos en el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 15 y 16 de la LEI. Y para demostrar que esto va en serio, se remite, cómo no, al Reglamento para establecer «medidas sancionadoras por los incumplimientos de lo establecido en los apartados anteriores» –apdo. 3.

²⁶ La disposición final 3.^a de la LEI modifica el apartado 8 de la disposición adicional 5.^a de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que queda redactado de la siguiente manera: «8. Las sociedades en constitución y los empresarios individuales que presenten el documento único electrónico para realizar telemáticamente sus trámites de constitución e inicio de actividad, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, quedarán exoneradas de la obligación de presentar la declaración censal de alta, pero quedarán obligadas a la presentación posterior de las declaraciones de modificación o de baja que correspondan en la medida

Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, relativa al Documento Único Electrónico –DUE– que queda redactada de la siguiente manera:

«1. El Documento Único Electrónico (DUE) es aquel en el que se incluyen todos los datos referentes que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones Públicas competentes para:

a) La constitución de sociedades de responsabilidad limitada.

b) La inscripción en el Registro Mercantil de los emprendedores de responsabilidad limitada.

c) *El cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social asociadas al inicio de la actividad de empresarios individuales y sociedades mercantiles.*

d) La realización de cualquier otro trámite ante autoridades estatales, autonómicas y locales asociadas al inicio o ejercicio de la actividad, incluidos el otorgamiento de cualesquiera autorizaciones, la presentación de comunicaciones y declaraciones responsables y los trámites asociados al cese de la actividad.

Se excluyen de lo dispuesto en el párrafo anterior las obligaciones fiscales y de la Seguridad Social durante el ejercicio de la actividad, así como los trámites asociados a los procedimientos de contratación pública y de solicitud de subvenciones y ayudas

(...)).

Dado que se trata de una materia que exige una reglamentación detallada para que ese Libro pueda cumplir adecuadamente sus funciones, se delega en el Ministerio de Empleo, a través de una Orden la determinación de

«... los hechos y actos que deban incorporarse al Libro de Visitas electrónico, así como los obligados, la forma de remisión a los mismos y los sistemas de verificación electrónica de su integridad...».

Esta delegación en la norma reglamentaria es habitual. En este mismo ámbito, el BOE del día 16 de octubre publicaba la Orden ESS/1892/2013, de 8 de octubre, por la que se regula el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El objetivo de esta Orden sería dar cumplimiento a los mandatos legales en materia de edictos electrónicos.

En efecto, si el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desarrolla la notificación a través de edicto en aquellos supuestos en los que los interesados en un procedimiento sean

en que varíe o deba ampliarse la información y circunstancias contenidas en dicho documento único electrónico en caso de que el emprendedor no realice estos trámites a través de dicho documento».

desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la disposición adicional 8.ª de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, hace lo propio «en los casos en que sea competente para ello la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». En tales supuestos –la no posibilidad real de notificación de los actos administrativos–, se llevará a cabo «exclusivamente, por medio de anuncio en el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». La Orden Ministerial de referencia, pues, tendría por misión establecer la gestión y el modo de funcionamiento de la publicación en el Tablón de Edictos de la ITSS, así como los efectos de los actos administrativos y comunicaciones emitidos por ella.

En materia de libro electrónico se hace la misma remisión al reglamento. Pero, cómo no, la delegación en las normas de «derecho de subsuelo» o «subterráneo» va, una vez más, mucho más allá de ese cambio del modelo de libro inspector y del sujeto que ha de asumir la actualización del mismo, y llega hasta el extremo de contemplar supuestos en los que el libro, aun electrónico, también será prescindible, mutando este deber documental por otro, cuyas características no se indican. Así, el inciso final de ese artículo 14.3 de la LITSS dice:

«Asimismo, se establecerán los supuestos excepcionados de llevar Libro de Visitas electrónico, el medio sustitutivo al mismo y el régimen transitorio de aplicación de esta medida.»

En suma, por enésima vez, una legislación orientada a crear confianza y seguridad lleva a todo lo contrario, abriendo nuevas ventanas y puertas a usos poco garantistas. Asimismo, es ya un tópico, en unas ocasiones sin excesivo fundamento salvo el de parte, en otros con mucha razón, criticar, desde el plano de la distribución constitucional de competencias, que este tipo de medidas y regulaciones están impregnadas de elementos re-centralizadores. Así, situados en el estricto plano de la LEI, se ponen como ejemplos, entre otros, la configuración del llamado Documento Único Electrónico y del sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas –los documentos DUE y Circe–²⁷. En ellos no habría ninguna consideración de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia mediante sistemas, además, que podrían cohonestarse para una mayor eficacia.

Se prefiere crear estructuras únicas y centralizadas mediante la invocación de títulos competenciales cuando menos dudosos²⁸, que no son ni título competencial del Derecho Mercantil

²⁷ Según el artículo 41 de la Ley 14/2013, «los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda».

²⁸ De gran importancia la transformación de los llamados «Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT)» en «Puntos de Atención al Emprendedor (PAE)» –disp. adic. 2.ª LEI–. Igualmente, los centros de ventanilla única

–cuya competencia exclusiva sí corresponde al Estado– ni del Derecho Tributario. Pero nada hubiera impedido la posibilidad de crear, en el ejercicio de sus competencias de ejecución de la legislación laboral, por ejemplo –estamos hablando de una materia que tiene un sustrato laboral importante–, «registros autonómicos» armonizables con los del Estado. Esta previsión o esa impronta centralizadora de todos los mecanismos de actuación sobre algo tan importante como el emprendimiento preocupan no solo a los enfoques más autonomistas o nacionalistas y no está ausente en el ámbito laboral, pues la pluralidad territorial no puede ser desconocida por el inexorable principio de mejora de la eficacia de gestión administrativa de cara al ciudadano, que quiere la satisfacción de su interés, al margen de la Administración que resuelva su problema. En este sentido, también la referida Orden relativa al tablón de edictos de la ITSS ha suscitado cuestiones de legalidad constitucional en esta materia.

Si bien han sido obviadas a través de una simple subsanación de errores –BOE de 5 de noviembre–, de modo que, con fundamento en ese amplísimo cajón de sastre que permite la corrección de errores de normas cuya elaboración se hace subterráneamente, se presentaría como un mero «olvido» lo que era en la formulación originaria una clara marginación de las competencias autonómicas. De modo que, donde el artículo 3, apartado 1, dice –«digo»–: «El tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será único para todo el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tendrá formato digital...», debe decir –«digo diego»–: «El Tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será único para todo el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *salvo lo establecido en el apartado primero, párrafo segundo, de la disposición adicional octava de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre, tendrá formato digital...*»²⁹.

empresarial y la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios eugo.es (VUDS) del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se integrarán en los Puntos de Atención al Emprendedor. La forma de integración se establecerá, claro está, mediante norma reglamentaria. Estos «servicios públicos de asesoramiento» al emprendedor pueden gestionarse a través de formas públicas –gestión directa– o bien privadas –gestión indirecta–, con prestaciones gratuitas y otras, en su caso, mediante tasa o pago de precio. Así, se prevé expresamente que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, oído el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, pueda celebrar convenios de establecimiento de Puntos de Atención al Emprendedor con otras Administraciones Públicas y entidades privadas. En los convenios se establecerán los distintos catálogos de servicios que deben prestarse, así como su carácter gratuito y los que pueden ofrecerse mediante contraprestación económica. Entre los servicios a prestar, podrán incluirse todos o alguno de los servicios a los que se refiere el artículo 13.2 de la LEI. Conforme al apartado 4 de la disposición adicional 2.ª de la LEI, las Administraciones públicas llevarán a cabo todas las actuaciones necesarias para que, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, se presten todos los servicios propios del «PAE electrónico» del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

²⁹ BOE de 5 noviembre de 2013: Advertidos errores en la Orden ESS/1892/2013, de 8 de octubre, por la que se regula el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 248, de 16 de octubre de 2013, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones: en la página 84.188, segundo párrafo, donde dice: «De su contenido cabe destacar la unidad de tablón para todo el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el carácter universal...», debe decir: «De su contenido cabe destacar la unidad de tablón para todo el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, salvo lo establecido en el apartado primero, párrafo segundo, de la disposición adicional 8.ª de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre, y el carácter universal...».

9. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRENDEDORA MEDIANTE LA «CAZA DE TALENTO»: LA PROMOCIÓN DE LA INMIGRACIÓN LABORAL «DE CLASE ALTA»

9.1. UNA NORMA DE FAVOR HACIA LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA «DE CLASE ALTA»: EXPORTACIÓN A COSTE CERO DEL «TALENTO PATRIO» E IMPORTACIÓN «A PRECIO DE MERCADO» DEL «TALENTO EXTRANJERO»

Aunque, como el propio presidente del Gobierno reconociera hace algo más de un mes, el pilar del empleo en nuestra economía serían las pequeñas empresas, pues «lo que soporta el andamiaje son los más de tres millones de autónomos, que generan más del 95 % de empleo y que han desaparecido por decenas de miles durante la crisis»³⁰, el discurso de la recuperación y del cambio de modelo productivo se apuesta sobre todo al sector exterior, «que es la parte más visible de nuestra (pretendida) mejoría», esto es, a nuestra capacidad de ser competitivos en un mercado global. Por lo tanto, otro «eslogan» que se repite como un auténtico «mantra» en esta nueva mítica –y mística– del emprendimiento es la necesidad imperiosa de abrir esta actividad a los mercados internacionales, porque estos serían «... *una fuente esencial de crecimiento en un contexto de globalización caracterizado por una integración de los mercados cada vez mayor*» –EM, I, párrafo decimoquinto–. En suma, la internacionalización, rasgo predicado desde el origen mismo de la economía capitalista de mercado, se revelaría hoy «más que nunca como un motor clave del crecimiento económico a largo plazo... por su relación con la competitividad y los incrementos de productividad», pues serían las internacionalizadas las empresas que más capacidad tendrían para «*crecer y crear empleo*».

Pues bien, desde esta convicción, el título V de la Ley incorpora un amplio catálogo de medidas orientadas a hacer realidad institucional y operativa este sueño-mito de la mayor «internacionalización de la economía española», como una vía adecuada para lograr ese no menos ansiado objetivo, tan proclamado como ya ignorado u olvidado, del «nuevo modelo productivo». Consta de dos secciones normativas, siendo la 2.^a la que a nosotros, desde una perspectiva socio-ocupacional, nos interesa. La sección 1.^a, intitulada «Fomento de la internacionalización», se centra básicamente en el refuerzo del marco institucional de promoción de la capacidad de las empresas para desarrollar sus oportunidades de negocio internacionalmente, así como algunos de los principales instrumentos financieros de apoyo.

Pero, junto a los sujetos económicos, también la LEI se ocupa muy ampliamente de la dimensión transnacional de los mercados de trabajo, «internos» –movilidad «en» el empleo– y externos

³⁰ Discurso dado por el Sr. Rajoy en un Foro de Emprendedores y Autónomos promovido por una de las principales asociaciones del sector, ATA, y en el que «ha dedicado palabras de afecto y ánimo al colectivo de autónomos». Vid. <http://www.elmundo.es/economia/2013/11/07/527b969361fd3dc07c8b4571.html>

–movilidad «para» el empleo–, para *comprar-importar* al mejor «capital humano». La sección 2.^a, intitulada «Movilidad internacional», regula determinados supuestos en los que, por razones de mero o estricto interés económico, se pretende facilitar y agilizar la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y «*cazar nuevos talentos extranjeros*» para que lo pongan al servicio del desarrollo de España. El preámbulo de la Ley recuerda cómo los flujos internacionales estarían hoy cambiando a gran velocidad, en todo caso mucho mayor de lo que la Administración habría «estado dispuesta a adaptarse en los últimos años», pues el tradicional estatuto administrativo regulador de estos procesos obstaculizaría más que fomentaría políticas y prácticas de las empresas «específicas para apoyar su expansión en otros países». Por lo tanto, también aquí, como ya se vio respecto de otras «cargas administrativas socio-laborales», la Administración «debe ajustar sus procesos para apoyar estos movimientos a escala global», favoreciendo las instituciones nacionales la creación de un «mercado transnacional de profesionales» y/o «emprendedores». En este sentido, el legislador no duda en criticar algunas de las deficiencias a tal fin de nuestros «activos directivo-productivos humanos», pues «... *el número de profesionales y directivos que tiene España con las capacidades necesarias para gestionar la internacionalización empresarial es, en algunos supuestos, insuficiente y resulta necesario que profesionales extranjeros en ámbitos muy específicos vengan a formar a españoles o a formarse ellos en España*» –EM, I, párrafo decimoséptimo–.

Por supuesto, aquí las paradojas y contradicciones de la nueva Ley de Emprendedores, que la pueblan por doquier, emergen con mayor fuerza, si cabe. No deja de ser llamativo, cuando no lisa y llanamente sarcástico, casi de «sainete español moderno», que se haga una defensa tan fervorosa de la necesidad de captar «talento extranjero» cuando la falta de oportunidades para emplear decentemente, incluso precariamente, al «joven talento patrio» está llevando a que emigren por miles, sin que se haga nada, incluso se promueve su salida, como beneficiosa para ellos y para el conjunto de la economía y la sociedad española. Favorecemos, pues, que emigre hacia otros países ese «talento nacional», reclamado por nuestros competidores globales, y «a coste 0» para ellos, pues hemos financiado nosotros ese talento-competencia extranjera mediante recursos del sistema de educación y formación. La paradoja, cuando no la contradicción sin más, no puede ser mayor, evidenciando aquí no ya solo una escasa conciencia de la realidad existente, que hace difícilmente creíble que España pueda atraer a los mejores profesionales e inversores extranjeros cuando deja ir a los que hay formados y demandan los demás países, sino que sería también un claro ejemplo de ese efecto sustitución-desplazamiento que tienen estas leyes.

En suma, de nuevo emerge un nuevo desengaño de este tipo de normas símbolo. Como ya se ha indicado en otros aspectos aquí comentados, pues constituye un auténtico hilo común de este cuerpo legislativo y de esta pretendida novación cultural socio-económica, más que propiciar nuevas oportunidades para la creación de empleo nuevo, o autoempleo, lo que hace es sustituir unas formas de empleo por otras, unos colectivos por otros. En este contexto, se pretende hacer compatible una política de empleo restrictiva para las personas inmigrantes extracomunitarias «de baja cualificación», colectivo que está entre los más afectados por la crisis de empleo en nuestro mercado de trabajo, según se demuestra con sus altas tasas de desempleo, regresivas respecto de su porcentaje de población activa, y otra expansiva o más liberal para las personas

inmigrantes económicos «de alta o excelente cualificación» profesional³¹. Por supuesto tampoco el legislador oculta esta dialéctica o tensión, si bien la diluye o la resuelve diferenciando con claridad entre las «*políticas inmigratorias de mercado de trabajo*» –*asalariado*, y baja cualificación, como presupone tal constatación, si bien no se atreve a decirlo de una manera expresa–, y las «*políticas inmigratorias de mercado de emprendimiento*». Para este la política inmigratoria sí debe ser una política de fomento y de promoción, por ser, cómo no, una fuente de competitividad, el gran valor en auge en todas las políticas de reforma del mercado –también de trabajo–. Por lo que llama la atención la diferencia de trato y, en consecuencia, la deliberada miopía o reducción de vista.

España, pues, se sumaría a un «carro inmigratorio» que ya lleva tiempo en el marco institucional de la Unión Europea (UE): «La admisión, en los países de nuestro entorno, de profesionales cualificados es una realidad internacional que, a nivel global, se estima que representa un 30% de la emigración económica internacional». Para hacer frente a esta realidad, la mayor parte de los países de la OCDE están implantando nuevos marcos normativos que privilegian el acceso de profesionales de «excelencia» o alta cualificación como elementos de competitividad, por lo que tal regulación socio-administrativa se instrumentaliza al servicio de la política de fomento del autoempleo y/o el emprendimiento. Se recuerda que desde hace tiempo la OCDE habría

«... identificado como un factor básico para favorecer el emprendimiento el entorno institucional y regulatorio del Estado de acogida. Por ello, los países más avanzados disponen ya de sistemas especialmente diseñados para atraer inversión y talento, caracterizados por procedimientos ágiles y cauces especializados».

A diferencia de las empresas, que han tendido a configurarse históricamente como «mercados internos de trabajo», los de «profesionales» tienden a configurarse como «mercados externos de trabajo», por tanto, abiertos y globales. Las medidas de simplificación y aligeramiento de trámites tendrían un foco subjetivo expansivo. Se dirige –art. 61.1 LEI– tanto a los inversores –arts. 63 a 67– y emprendedores –arts. 68 a 70–, de un lado, cuanto a los trabajadores que realicen movimientos entre empresas –arts. 73 y 74–, profesionales altamente cualificados –arts. 71 y 72– –que incluye a los investigadores–, así como a los cónyuges e hijos mayores, de otro.

³¹ Según los datos del Observatorio Permanente de la Inmigración a 30 de junio de 2013 había 5.503.977 extranjeros con certificado o tarjeta de residencia en vigor. De ellas, 2.702.867 personas están acogidas al régimen comunitario y 2.801.110 al régimen general, con un incremento en el primer grupo de 21.830 residentes respecto al trimestre anterior (0,81%) y 105.113 personas en serie anual (4,05%), y en el segundo de 14.192 y 65.059 autorizaciones (0,15% en el trimestre y 2,38% en serie anual, respectivamente). El porcentaje de ciudadanos extranjeros a los que se aplica el derecho de libre circulación y residencia, es decir, el régimen comunitario, es del 49,11% sobre el total (49,03 el trimestre anterior), frente al régimen general que se sitúa en el 50,97% (50,89% en el primer trimestre de 2013). En los últimos trimestres, no obstante se ha ido estrechando la diferencia entre ambos regímenes por el incremento del primer grupo, que ha pasado del 46,36% en diciembre de 2007 al 49,11 actual. Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid, Andalucía y Comunidad Valenciana concentran el 65,75% del total de la población extranjera (1.261.416, 938.781, 708.469 y 707.666, respectivamente).

9.2. DOS RÉGIMENES JURÍDICOS INMIGRATORIOS Y UN DESTINO: EL DESPLAZAMIENTO DE LA LEY COMÚN DE INMIGRACIÓN EXTRANJERA ECONÓMICA POR LA PRIVILEGIADA DE EMPRENDIMIENTO EXTRANJERO

Conforme a la tristemente célebre STCO 31/2010, de 28 de junio, las autorizaciones para trabajar es una materia que bien puede encuadrarse, además de en el título específico de inmigración –art. 149.1. 2.^a CE–, en el relativo a la legislación-ejecución laboral, aunque se articule a través de un estatuto administrativo. La LEI contempla una densa regulación al respecto, por lo que el sector jurídico concernido será el público-socio-laboral relativo al estatuto de la inmigración económica. Pero a tal fin, y de modo técnico, no así políticamente, sorprendente e inquietante, no se modifica ni una sola coma, al menos directamente, de la Ley Orgánica 4/2000, esto es, la legislación común de extranjería. Al contrario, se crean diversos *regímenes especiales notablemente más favorables, por reducción de sus trámites y agilización de sus plazos*, de visados y autorizaciones para emprender y/o trabajar. La LEI se convierte, de este modo, en un régimen especial y privilegiado, que quiere dejar bien claro, ya desde la ubicación legal misma, la «diferencia de clase social migratoria».

La solución legislativa, en el plano de la técnica reguladora, no puede dejar de causar perplejidad, porque una norma dirigida a simplificar los procedimientos prescinde del todo de la normativa legal y reglamentaria de extranjería. Esta fue modificada en fechas relativamente recientes para incorporar un procedimiento, aparentemente más flexible y agilizado (título IX del RD 557/2011), «*para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o cuyo objeto sea la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural*» –arts. 178 a 181.

En consecuencia, una vez más evidenciando la pésima técnica legislativa seguida en estas leyes, con elevados costes para la seguridad jurídica y, en consecuencia, para la eficacia de los fines que se dicen perseguir, nos encontramos con que normas posteriores se solapan con otras de fecha anterior sin que haya una clara delimitación de sus ámbitos de imputación. Claro está, en caso de conflicto de normas es manifiesto que se aplicarán con preferencia, no solo en virtud del principio de jerarquía normativa sino de modernidad y también de especialidad, los nuevos regímenes. Es de esperar que el esperable y esperado desarrollo reglamentario –la habilitación general para ello está en la disp. final 10.^a de la LEI– clarifique todo este maremagnum.

Conforme al citado artículo 61.1 de la LEI, los extranjeros, ya residentes en España ya se propongan entrar o residir aquí, «*verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico*» –principio de favor para el acceso a nuestro país–, siempre y cuando acrediten uno de estos «*estatus socio-económico cualitativo*»³²:

³² Por supuesto, fuera quedan los extranjeros que ya cuentan con un estatuto de acceso privilegiado, por estar basado en la libertad de circulación, como son «los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de

- a) Inversores (mercados financieros).
- b) Emprendedores (mercados de actores económicos).
- c) Profesionales altamente cualificados (mercados externos profesionales), que incluye a los investigadores (mercados externos de trabajadores cualificados).
- d) Trabajadores que efectúen movimientos intra-empresariales, esto es, dentro de la misma empresa (mercado interno unitario de trabajo) o grupo de empresas (mercados interno complejo o abierto de trabajo).

En esta legislación especial de promoción o fomento de la movilidad transnacional de emprendedores y profesionales «altamente cualificados» se prevén tanto normas de carácter general para todos los estatus socio-económicos favorables a su estancia y residencia –art. 62 LEI–³³ en España cuanto normas particulares a tal fin.

En el marco de regulación general, la LEI cuida de garantizar que esta apertura de puertas de par en par a la entrada por razones económico-productivas no derive en más facilidades a la economía delincencial. De ahí que prevea que las ventajas dadas en la presente Ley se entenderá siempre «sin perjuicio del cumplimiento, por los sujetos obligados, de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y las obligaciones tributarias o de Seguridad Social correspondientes» –art. 62.5 LEI–. Al mismo fin apostilla, probablemente porque no las tiene todas consigo respecto de los efectos de esta Ley promocional, que las Misiones diplomáticas y Oficinas Consulares, al recibir las solicitudes de visados de residencia, efectuarán a la Dirección General de la Policía –DGP– «las consultas pertinentes destinadas a comprobar si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad». Evacuada a la DGP la consulta, esta tendrá solo siete días para responder, y si no lo hace el silencio será favorable a la concesión del visado de residencia –art. 62.6 LEI–³⁴.

aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia» –art. 61.2 LEI–. En otros términos, se excluye a los ciudadanos en «régimen comunitario», frente al denominado «régimen general» o común. Aquel incluye ciudadanos de la UE, de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, y sus familiares.

³³ El artículo 62.1 de la LEI prevé, para los visados de estancia, que, sin perjuicio de la acreditación de los requisitos específicos previstos para cada visado o autorización, los extranjeros a los que se refiere la sección deberán reunir, para estancias no superiores a tres meses, las condiciones de entrada previstas en el Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen). Además, para estos visados de estancia, deberán acreditar los requisitos previstos en el Reglamento (CE) 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados). En los supuestos de visados de residencia, se remite al Reglamento (UE) 265/2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006, por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia, exigiendo acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos allí establecidos, destacando los que, como es usual, prueben la «buena conducta» previa –ausencia de antecedentes penales– y la existencia de recursos económicos para su subsistencia y la de su familiar.

³⁴ La DGP deberá responder en el plazo máximo de siete días desde la recepción de la consulta, transcurridos los cuales sin haber obtenido respuesta se entenderá que su sentido es favorable.

9.3. EN BUSCA DE LOS PRETENDIDAMENTE BENEFACTORES *BUSINESS ANGELS* EXTRANJEROS: EL VISADO DE INVERSOR

Como es conocido, uno de los principales problemas de las empresas españolas es su alto nivel de dependencia de la financiación bancaria, frente a otros países en los que pesan más las colocaciones de bonos o los inversores. Entre estos se destaca el referido modelo –que no puede sustraerse al gusto, evidenciado aquí, de los nombres místicos, exóticos o mágicos– de los *business angels*. Estos no solo pondrían –arriesgarían– su dinero en empresas nacientes sino que harían de «buenos mentores» de ellas por doquier. Pero no están arraigados en España como en los mercados anglosajones.

Para intentar cambiar esta deficiente situación, la LEI ofrecería sobre todo, cómo no, nuevos beneficios fiscales, como se indicó. Pero también facilidades de establecimiento en España. De ahí el diseño del nuevo y preferente *visado de estancia y/o residencia de los inversores*, previsto para los extranjeros no residentes que se propongan entrar en territorio español con el fin de realizar una inversión significativa de capital. A tal fin podrán solicitar el visado específico del artículo 63 de la LEI.

Para concretar ese concepto jurídico indeterminado en qué representa la expresión «inversión significativa de capital», el apartado 2 del artículo 63 de la LEI lo concreta así:

- a) Una inversión inicial por un valor igual o superior a 2 millones de euros en títulos de deuda pública española, o por un valor igual o superior a 1 millón de euros en acciones o participaciones sociales de empresas españolas, o depósitos bancarios en entidades financieras españolas.
- b) La adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante.
- c) Un proyecto empresarial que vaya a ser desarrollado en España y que sea considerado y acreditado como de interés general, para lo cual se valorará el cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones:
 - 1.º Creación de puestos de trabajo.
 - 2.º Realización de una inversión con impacto socio-económico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad.
 - 3.º Aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.

Como puede fácilmente comprobarse, en este tercer supuesto, el legislador no ha sido capaz de sustraerse a la indeterminación y no concreta lo que ha de entenderse por proyecto empresarial relevante, pues se sigue acudiendo a conceptos indeterminados –inversión con un impacto socio-económico «de relevancia en el ámbito geográfico» de desarrollo; «aportación relevante a la innovación»...–. Tampoco su valor añadido en términos de creación de empleo se concreta con una referencia siquiera de mínimos, por lo que bastaría, a lo que parece, con la creación de dos

«puestos de trabajo», dado que utiliza el término en plural, aunque es más que probable que bastara con que creara un empleo adicional al del emprendedor. Por lo tanto, pocos condicionantes legales tiene el requerido informe previo que la Oficina Económica y Comercial de la demarcación territorial –se entiende que el Consulado– donde el inversor presente la solicitud debe emitir, con lo que el margen de discrecionalidad es amplio, una vez más en este ámbito de políticas públicas, para identificar que «concurren razones de interés general».

En todo caso, el artículo 64 de la LEI se ocupa de precisar los modos de acreditación de la concurrencia de los diferentes supuestos de inversión significativa.

En lo que concierne a sus efectos, la concesión del visado de residencia para inversores constituirá título suficiente para residir en España durante, al menos, un año –art. 65 LEI.

Ahora bien, es posible que el inversor extranjero pretenda permanecer en España más allá de aquel periodo de un año. En tal caso, podrán proveerse de una específica «autorización de residencia para inversores», que tendrá validez en todo el territorio nacional y exigirá acreditar los requisitos fijados en el artículo 66 de la LEI y que por lo general suponen probar que ha mantenido en el tiempo esa inversión por una cantidad igual o superior a la mínima exigida, o a las condiciones de relevancia acreditadas en su día para el proyecto empresarial, si bien bastará a tal fin contar con un nuevo informe económico, pero ahora de la Dirección General de Comercio e Inversiones del Ministerio de Economía y Competitividad «*para constatar que las razones de interés general acreditadas inicialmente se mantienen*». En todo caso, una condición *sine qua non* para esta autorización es cumplir con las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social. La autorización inicial de residencia para inversores tendrá una duración de dos años, si bien resulta renovable a solicitud de tales extranjeros inversores por un máximo de otros dos –art. 67 LEI.

La misma preocupación que se ha visto con carácter general para evitar deslizar una norma de favor hacia la movilidad económico-productiva transnacional hacia el mercado español a otra de promoción de la especulación financiera y el fraude fiscal la hallamos en este precepto. Por eso el artículo 63.3 de la LEI advierte que «se entenderá igualmente que el extranjero solicitante del visado ha realizado una inversión significativa de capital cuando la inversión la lleve a cabo una persona jurídica, domiciliada en un territorio que no tenga la consideración de paraíso fiscal conforme a la normativa española, y el extranjero posea, directa o indirectamente, la mayoría de sus derechos de voto y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de su órgano de administración».

9.4. LA INCLUSIÓN DE ESPAÑA EN EL SELECTO CLUB DE PAÍSES CON UN RÉGIMEN DE ACOGIDA FAVORABLE A LAS INICIATIVAS EMPRESARIALES: EL VISADO Y LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DE EMPRENDEDOR

En lo que concierne a los nuevos «*visados de emprendedores*», los extranjeros que quieran entrar y permanecer en España con tal condición socio-económica por un periodo de un año, bien con

el fin único, ya sea solo principal, pero no exclusivo, de llevar a cabo los trámites previos para poder desarrollar una actividad emprendedora, deberán proveerse de visado específico. Se trata, pues, de un plan de fomento de la «movilidad internacional» hacia España, la entrada y permanencia aquí por motivos económicos. Junto a los requisitos más generales que han de cumplirse para la obtención de cualquier tipo de autorización, estancia, permiso de residencia o visado, según la duración de cada situación, se establecen otros más específicos y facilitadores de ese flujo hacia el mercado español.

España seguiría, pues, los pasos de países como Chile, Reino Unido o Canadá –este está de estreno al respecto–, que han incorporado lo que se denomina *start-up visa*, un visado que pretende facilitar la instalación de emprendedores y fomentar la creación de empresas de base tecnológica. El visado para emprendedores canadiense, por ejemplo, puede ser relevante para el país a la hora de atraer talento extranjero y así intentar retener el propio, que tiene ahora en «Silicon Valley» su destino principal, pues la mayoría de los ingenieros que completan su formación en Canadá tienen como destino Estados Unidos. Se estima que en la actualidad 350.000 canadienses trabajan y viven en Silicon Valley, casi un 1% de la población total del país. Objetivos parecidos a los perseguidos con la puesta en práctica de los visados *Tier 1 Entrepreneur Visas*, aprobados por el gobierno británico en abril de 2011. Supeditados a una serie de condiciones, mucho más benévolas que en el régimen común, facilitan la entrada de talento tecnológico en un país que lidera Europa en innovación pero que no se conforma y va a la caza de más. Al calor de estas iniciativas determinadas compañías, como TechStars, una de las principales incubadoras/aceleradoras de *start-ups* de todo el mundo, dirigen su mirada hacia estos programas de movilidad. Uno de los principales atractivos para los emprendedores extranjeros es que, si resultan escogidos por TechStars, tendrán derecho a un visado que les permitirá trabajar en Reino Unido durante al menos tres años³⁵.

No solo el mundo anglosajón se habría apuntado a estos planes, también el latino, o más bien el sudamericano. El año pasado se puso en marcha el *programa de Chile de establecer condiciones y ayudas para atraer empresarios* a sus costas, para beneficiarse de la inversión, la creatividad, el crecimiento y el empleo. El «Start-Up Chile» buscará establecer a Chile como el centro empresarial de Latinoamérica, el llamado «Silicon Valley» latino. Un dato reciente revela que más de la mitad de las *start-ups* de Silicon Valley cuentan con un inmigrante extranjero.

En España se echaba de menos una medida de este tipo. Un buen número de los más representativos directivos de las empresas más innovadoras, así como de profesores de las escuelas de negocios, confrontaban la imagen de país «*de sol y playa, acogedor de turistas del mundo entero*», pero, al tiempo, «expulsor de jóvenes talentos» e incapaz de «*acoger a jóvenes ejecutivos, emprendedores y científicos que quieran compartir su talento con nosotros, crear empresas desde España, innovar e investigar*». Para deshacer tópicos, lo mejor crear un nuevo mito, como el que haría de España, a través de este instrumento normativo, uno de los más codiciados mercados de captación y retención de talento extranjero. Así, se dice que esta regulación realizaría, nada menos, que el

³⁵ Vid. <http://brendangill.tumblr.com/post/45752718669/international-entrepreneurs-techstars-london-comes>

«Sueño de un país conocido en el mundo entero por sus empresas y sus emprendedores, sus escuelas de negocio punteras, su creación e innovación, su gastronomía y su tecnología»³⁶.

En esta dirección liberalizadora, según el régimen español de «*start up visa*», que nos localaría a la cabeza del «mapa mundial» de estos selectivos programas de movilidad para la actividad económica de calidad, los titulares de tal visado previsto podrán acceder a la situación de residencia para emprendedores contemplada en esta sección sin necesidad de solicitar visado y sin que se requiera un periodo previo mínimo de permanencia, «*cuando se justifique que se ha producido previamente el inicio efectivo de la actividad empresarial para la que se solicitó el visado*» –art. 68.2 LEI–. De este modo, se facilita la creación de la actividad empresarial que constituye el objeto del régimen de acceso privilegiado antes incluso de contar con tal visado. De nuevo vemos cómo lo que cuenta es la «actividad», al margen de la forma o ropaje jurídico con el que se realice, siempre y cuando no sea ilegal, claro.

Existen dos tipos de autorizaciones, correspondientes a diversas etapas de la actividad emprendedora. Para la entrada y estancia por periodo inferior a un año, de un lado, y para la residencia y permanencia, de otro. La primera se concreta en el visado, como regla general, y la segunda en una autorización.

En suma, ya se tenga o no visado previo a tal fin, el emprendedor extranjero que quiera solicitar entrar en España, o que siendo titular de una autorización de estancia o residencia o visado pretenda iniciar, desarrollar o dirigir una actividad económica como emprendedor, tiene la posibilidad de ser provisto de «*una autorización de residencia para actividad empresarial*» que, como en el caso anterior del inversor, tendrá validez en todo el territorio nacional. A tal fin, los solicitantes deberán cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 62 de la LEI y los requisitos legales necesarios –normas sectoriales– para el inicio de la actividad –art. 69 LEI–. Como para la inversión significativa, también la LEI aparenta delimitar con más precisión qué ha de entenderse por «actividad emprendedora». Y como en el supuesto anterior el objetivo resulta fallido y termina proponiendo una remisión al criterio, discrecional, del órgano público competente, con lo que convierte una cuestión sustancial en algo formal o documental: por actividad emprendedora se entenderá «aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuente con un informe favorable del órgano competente de la Administración General del Estado» –art. 70.1 LEI.

En otros términos, será actividad emprendedora innovadora lo que la oficina pública de turno diga que lo es, sin más condicionante legal y sin más control jurisdiccional que la prohibición de arbitrariedad. Los criterios de orientación que intenta aportar el legislador son tan vagos que no

³⁶ Cfr. SANTISO, J.: «(Des) marca España», diario *El País*: «Sueño con un país que no le niegue hasta cuatro veces el visado –lo que hemos hecho– a uno de los emprendedores más exitosos de España. Un país que propulse su marca, dentro y fuera, como una startup nation». En ese artículo se anticipaba un régimen como el ahora incluido en la LEI http://economia.elpais.com/economia/2013/01/04/actualidad/1357326531_884324.html

suponen ningún seguro de certeza mínima y previsibilidad de la decisión administrativa, dependiendo entonces más bien solo de criterios de oportunidad política.

Cómo no, la prioridad se reconoce al criterio de la creación de puestos de trabajo, pero no se da tampoco ningún estándar mínimo. Poca luz arrojará, pues, el artículo 70.2 de la LEI para determinar una práctica administrativa de «valoración» de la capacidad innovadora y productiva de la actividad emprendedora si se limita a fijar un criterio prioritario, pero sin precisión cuantitativa ni cualitativa –tampoco se exige un estándar mínimo de calidad del empleo–, pues solo se dice que se tendrá en cuenta «especialmente y con carácter prioritario la creación de puestos de trabajo en España». Ni tampoco aporta más transparencia o certeza cuando, como criterios secundarios, apela, para el control de esa valoración a referentes subjetivos, como el perfil profesional del solicitante, o de una gran ambigüedad económica –«el plan de negocio, incluyendo el análisis de mercado, servicio o producto, y la financiación» y «el valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión».

9.5. LA PROMOCIÓN DE UN «MERCADO TRANSNACIONAL DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS»: UN NUEVO, Y ADICIONAL, RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTORIZACIONES PARA RESIDIR Y TRABAJAR

9.5.1. ¿Un nuevo régimen de «tarjeta azul»? Los problemas de delimitación con el régimen especial de régimen común

La promoción de esos mercados transnacionales de actividad económica, haciendo a España principal destino, cuando ahora vuelve a ser lugar emisor o expulsor, se proyecta aquí también en el ámbito de la contratación por parte de las empresas de personas de la más alta cualificación. La LEI permitiría ahora que las empresas inicien una relación laboral en territorio español con profesionales extranjeros altamente cualificados, generalmente directivos, de forma más sencilla y rápida, haciendo así caso de otra de las quejas de las corporaciones más significativas de nuestro país, que quieren competir en la atracción de talento extranjero y no sufrir los calvarios para la contratación que representaría el régimen general. A fin de facilitar la contratación de trabajadores altamente capacitados, claves o críticos para la viabilidad de los proyectos de innovación, integrándolos en equipos de trabajo de las empresas establecidas ya en España, se promueve este tipo de autorizaciones que ofrecen ventajas respecto de la legislación de extranjería común o «vulgar».

Si no automaticidad, que es lo que piden los empresarios³⁷, la LEI quiere proporcionar inmediatez y, en todo caso, sencillez en la gestión. Se trata, en consecuencia, de promover un régi-

³⁷ Vid. <http://www.economista.es/emprendedores-ayudas/noticias/4788831/04/13/Los-empresarios-piden-un-visado-para-emprendedores-para-reactivar-el-tejido-empresarial.html>

men análogo al de los trabajadores altamente cualificados ya previstos en el marco de la llamada «tarjeta azul» y que se regula en la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Un régimen ya traspuesto a nuestro Derecho, a través del artículo 38 ter, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –LOEXIS–. Su desarrollo reglamentario está en los artículos 85 a 94 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo que puede obtener un trabajador extranjero que reside fuera de España para desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, con un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable³⁸.

En consecuencia, un problema básico para la aplicación del nuevo régimen será diferenciarlo correctamente del existente en precedencia, que no puede ser desplazado por completo por la normativa nacional al tener un fundamento de Derecho Comunitario. La diferencia es notable porque en el régimen de la LOEXIS sí se tiene en cuenta la situación nacional de empleo que permita la contratación, no así en el nuevo de la LEI. La duración es de un año para el régimen de tarjeta azul, eximiéndose de la obtención de visado de residencia y trabajo previo en casos de ejercicio del derecho a la movilidad, tras haber sido titular de una de dichas autorizaciones en otro Estado miembro de la UE. El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en el plazo de 45 días desde la presentación de la solicitud, atendiendo a los requisitos previstos sobre la autorización solicitada. El artículo 89 del Reglamento prevé la existencia de una trasferencia de competencias en esta materia a las comunidades autónomas, lo que, como se ha dicho con carácter general y se repetirá en este ámbito, no sucede para las autorizaciones de favor de la LEI.

9.5.2. Los supuestos previstos para la autorización de residencia de profesionales altamente cualificados, en especial el mercado de investigadores

En lo que concierne a las «*autorizaciones de residencia para profesionales altamente cualificados*», los procedimientos de promoción para acceder al territorio español con tal cualidad o condición socio-económica, que tendrán igualmente validez en todo el territorio nacional pues afecta al mercado de trabajo y esa es una cuestión de competencia estatal, se prevén para las empresas que requieran la incorporación de profesionales extranjeros para el desarrollo de una relación laboral incluida en alguno de los cuatro supuestos que prevé el artículo 71 de la LEI. A saber:

³⁸ Conforme al artículo 85.2 del Reglamento, se entenderá por cualificación de enseñanza superior aquella derivada de una formación de enseñanza superior, de duración mínima de tres años y que proporcione el nivel de cualificación necesaria para ejercer una profesión que exija un alto nivel de capacitación o para ingresar en un programa de investigación avanzada.

- a) *Personal directivo o altamente cualificado, cuando la empresa o grupo de empresas reúna alguna de las siguientes características:*
- 1.º Promedio de plantilla durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud superior a 250 trabajadores en España –en situación de alta, claro.
 - 2.º Volumen de cifra neta anual de negocios superior a 50 millones de euros o volumen de fondos propios o patrimonio neto superior a 43 millones de euros, en España.
 - 3.º Inversión bruta media anual, procedente del exterior, no inferior a 1 millón de euros en los 3 años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.
 - 4.º Empresas con un valor del *stock* inversor o posición según los últimos datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Competitividad superiores a 3 millones de euros.
- b) Personal directivo, o altamente cualificado, perteneciente, *en el caso de pymes establecidas en España, a un sector estratégico.*
- c) *Personal directivo o altamente cualificado que forme parte de un proyecto empresarial que suponga, alternativamente y siempre que la condición alegada con base en este supuesto sea considerada y acreditada como de interés general:*
- 1.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo directos por parte de la empresa que solicita la contratación.
 - 2.º Mantenimiento del empleo.
 - 3.º Un incremento significativo en la creación de puestos de trabajo en el sector de actividad o ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral.
 - 4.º Una inversión extraordinaria con impacto socio-económico de relevancia en el ámbito geográfico en el que se vaya a desarrollar la actividad laboral.
 - 5.º La concurrencia de razones de interés para la política comercial y de inversión de España.
 - 6.º Una aportación relevante a la innovación científica y/o tecnológica.
- d) *Graduados, posgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio.*

Es manifiesto que el segundo supuesto adolece de la recurrente ambigüedad que deriva del uso de conceptos jurídicos indeterminados y que, en consecuencia, pese a que cabe diferenciar

entre su control y el de la discrecionalidad administrativa, abren el margen para una decisión expansiva de la autoridad administrativa. El punto 5.º del tercer supuesto es también ilustrativo de esta ambigüedad, pues bastará que se entienda que concurren «razones de interés para la política comercial y de inversión» española para que concurra el presupuesto habilitante del régimen de favor.

Un régimen más fácil de acceso a España que aparece igualmente reconocido para la promoción de un «*mercado internacional de profesionales de la investigación*», ya estén aún en situaciones iniciales formativas ya en fases consolidadas de su carrera investigadora. Queda claro también que subyace en esta regulación un propósito, hoy muy en el ojo del huracán, de la internacionalización de las universidades españolas. Precisamente, como destacara en fecha reciente la comisaria europea de Investigación, Innovación y Ciencia, al presentar en Madrid el nuevo programa europeo de «I+D+i Horizonte 2020», una de las mayores preocupaciones de la Comisión es la «fuga de cerebros», sobre todo en España, ya que muchos de ellos se van a Estados Unidos. No obstante, su planteamiento no es nacional, sino europeo, por eso, «el Horizonte 2020» ofrecería oportunidades de financiación para los jóvenes, pero en el «área europea».

Por eso, una de las propuestas es el «área europea de investigación», que significa hacer la UE más atractiva, de modo que «si un investigador español deja España, que su primera opción sea otro país europeo», no Estados Unidos, mucho más competitivo, o Japón, China, India, Singapur... avanzando muy rápidamente. Con todo realismo resalta la responsable europea en la materia, no es dando facilidades de movilidad como se potencia la investigación, sino que si se quiere de verdad desarrollar la investigación y la innovación en Europa hay que invertir. El nuevo Programa Marco de la UE para investigación e innovación cuenta con 72.000 millones de euros para 7 años a fin de proveer financiación para investigadores, científicos, compañías, pymes, universidades, institutos de investigación y grandes empresas. Por eso, es paradójico que se potencie esa movilidad transnacional hacia España en el mismo momento en que se sigue reduciendo la inversión en investigación, por lo que al apostar por la «importación de investigadores/as» sin ese contexto favorable de financiación y nuevas oportunidades para desarrollar ese talento, la propuesta legislativa parece abocada al vacío.

No obstante, el legislador, a falta de financiación³⁹, parece confiarse milagrosamente a la captación de investigadores innovadores foráneos, sin atender a la situación nacional de los autóctonos. A tales fines, el artículo 72 de la LEI, incluido también en el capítulo IV del título V, prevé que los extranjeros que pretendan entrar en España, o que siendo titulares de una autorización de estancia y residencia, deseen realizar actividades de formación, investigación, desarro-

³⁹ «He dicho a todos los Gobiernos, a todos los ministros de finanzas, a todos los presidentes de Gobierno que es de vital importancia invertir, mantener y aumentar la inversión en investigación e innovación. La prueba es que los países que más han invertido son los que mejor están aguantando la tormenta de la crisis económica. Sé lo que está pasando en España. El ministro Luis De Guindos ha recalado el primer incremento, desde 2009, para investigación e innovación en 2014. Después de acumular un recorte del 40%». Vid. las declaraciones de la Comisaría de Investigación en *El País*: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/12/actualidad/1384283123_623495.html

llo e innovación en entidades públicas o privadas, deberán estar provistos del correspondiente «visado o de una autorización de residencia para formación o investigación». Una vez más, tal documento tendrá validez en todo el territorio nacional y se concreta en una serie de supuestos –concretamente cuatro– que lista el precepto legal. A saber:

- a) El personal investigador –PI– al que se refieren el artículo 13 y la disposición adicional 1.ª de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación –LCTI⁴⁰.

De conformidad con el artículo 13.2 de la LCTI, el PI podrá estar vinculado con la universidad pública u organismo para el que preste servicios mediante una relación sujeta al Derecho Administrativo o al Derecho Laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino, o personal laboral fijo o temporal, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

- b) El personal científico y técnico que lleve a cabo trabajos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, en entidades empresariales o centros de I+D+i establecidos en España.
- c) Los investigadores acogidos en el marco de un convenio por organismos de investigación públicos o privados, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.
- d) Los profesores contratados por universidades, órganos o centros de educación superior e investigación, o escuelas de negocios establecidos en España, de acuerdo con los criterios que se establezcan reglamentariamente.

En estos dos últimos casos la concreción vuelve a remitirse a la norma reglamentaria. En los dos primeros supuestos, el abanico de formas de contratación del PI es tan extenso que se abre un heterogéneo entramado de regímenes para la formalización de los vínculos entre el PI y los centros empleadores.

⁴⁰ La LCTI tiene como objeto declarado (art. 1) establecer el marco para el fomento de la investigación científica y técnica y sus instrumentos de coordinación general, con el fin de contribuir a la generación, difusión y transferencia del conocimiento para resolver los problemas esenciales de la sociedad. Concretamente, el objeto fundamental de la LCTI es la promoción de la investigación, del desarrollo experimental y de la innovación como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social. La LCTI dicta las normas que permiten adecuar la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público a las singularidades del personal investigador. La enorme diversidad de categorías –y de regímenes, en algunos casos– del personal investigador que deriva de las disposiciones de la LCTI conforma un nuevo y muy complejo panorama de «recursos humanos» –o, en expresión aún más impersonal y bárbara, pese a lo difundido que está hoy en todos los sectores, de «capital humano»– en las universidades públicas –y demás centros de investigación–, que estas habrán de gestionar del mejor modo posible. *Vid.* Recientemente MARINA JALVO, B.: «Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades Públicas tras la LCTI», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 30, 2012.

9.6. EL FOMENTO DE UN MERCADO TRANSNACIONAL DE MOVILIDAD EN EL EMPLEO: LA NUEVA Y ESPECIAL AUTORIZACIÓN PARA LA MOVILIDAD INTRAEMPRESARIAL, SOBRE TODO EN EL SENO DE LOS GRUPOS

Finalmente, por lo que concierne a la movilidad en el seno de las empresas, por tanto en el interior de su organización, más simple –misma empresa– o más compleja –mismo grupo empresarial–, no ya en el mercado de trabajo externo transnacional, como los otros supuestos analizados, el artículo 73 de la LEI regula la autorización de residencia por traslado intraempresarial. En esta regulación especial y de favor a la movilidad en el empleo –dentro de una relación, que se configura como transnacional–, se contemplan dos tipos de traslados: individual y colectivo. Debe causar igualmente perplejidad una previsión de este tipo sin referencia alguna para que haya una adecuada coordinación entre el régimen especialísimo que ahora se regula y el que ya está contemplado en el régimen general de extranjería. Una normativa esta que, hasta donde se sabe, tiene un rango de ley orgánica y un desarrollo reglamentario específico relativo a la «*Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios*» –arts. 110 a 116 del RD 557/2011–. Pero el «elitismo» que rezuma esta nueva regulación le hace no mencionar ni siquiera una vez la existencia de esa legislación, de la que renegaría para estos «flujos migratorios económicos de cuello blanco» o de «excelencia». De nuevo, se busca una regulación sencilla y ágil pero por atajos, sin una ordenación coherente y estructurada.

Para los traslados transnacionales individuales dentro de una misma empresa o grupo de empresas, el artículo 73.1 de la LEI prevé que los extranjeros que se desplacen a España en el marco de una relación laboral, profesional o por motivos de formación profesional, con una empresa o grupo de empresas establecida en España, o en otro país, deberán estar provistos del correspondiente visado de acuerdo con la duración del traslado y de una autorización de residencia por traslado intraempresarial. En este caso, deberán quedar acreditados, además de los requisitos generales del artículo 60, los siguientes específicos:

- a) La existencia de una actividad empresarial real, en empresa unitaria o grupo. Aquí, como es obvio, el problema principal será acreditar la existencia de un grupo empresarial, pues no hay un concepto único al respecto, como es bien sabido. No obstante, la reciente doctrina de unificación de doctrina puede aportar luz al respecto, aunque no sea definitiva.
- b) Titulación superior o equivalente o, en su caso, experiencia mínima profesional de 3 años.
- c) La existencia de una relación laboral o profesional, previa y continuada, de 3 meses con una o varias de las empresas del grupo.
- d) Documentación de la empresa que acredite el traslado.

Por su parte, el artículo 74 de la LEI prevé que las empresas o grupos de empresas que cumplan los requisitos establecidos en la letra a) del artículo 71 de la misma norma –empresas de dimensiones mayores (volumen de plantilla de 250 trabajadores promedio, cierto volumen de negocio) o pymes de sectores estratégicos– puedan solicitar la tramitación colectiva de autorizaciones a tal fin. En este caso, estará basada directamente en la necesidad de gestión planificada de «un cupo temporal de autorizaciones» de movilidad intra-empresarial presentadas por tales grupos o empresas.

Respecto al *grupo de empresas* se plantea el problema de su delimitación, pues ha de probarse su existencia, con lo que se suscita la cuestión del perímetro o ámbito organizativo de grupo jurídicamente relevante a estos efectos de la autorización. No hay ninguna norma que lo defina. Por lo que de nuevo hay que lamentar, como ya hiciera la STS, Sala 4.^a, de 25 de junio de 2009, rec. núm. 57/2008, y acaba de reiterar de forma revisada la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013, RCU 78/2012, la falta de regulación sistemática de los grupos en las ramas del Derecho donde más inciden y más se les menciona: Derecho Mercantil, Fiscal y Derecho Laboral.

Como consecuencia de tan escaso tratamiento, la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por «grupo de sociedades» y que en el campo laboral es generalmente denominado «grupos de empresas». Precisamente, la LEI refiere a este último término, cuando tiene una dimensión básicamente mercantil, como se ha visto, no obstante su heterogeneidad, como estamos viendo. La más reciente doctrina de unificación de doctrina social define el grupo como forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo acotarse como el «... conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria».

Así pues, el mismo se caracteriza por dos elementos:

- a) La independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial (mantienen la titularidad del patrimonio) cuanto en el organizativo (se estructuran por sus propios órganos); y
- b) La dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras (política empresarial común), bien sea en términos de control (grupos verticales o de subordinación) bien en los de absoluta paridad (grupos horizontales o de coordinación).

Como sigue recordando la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013, siguiendo la posición de la doctrina científica más ortodoxa, el componente fundamental de dificultosa precisión es el elemento de «dirección unitaria». Para la doctrina mercantilista no basta –para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo– la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros

de órganos de administración), sino que es preciso que «la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común». Pero en el campo del Derecho del Trabajo –nacional y comunitario–, entiende, de manera relativamente novedosa en su jurisprudencia que,

«... las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario»⁴¹.

Precisamente, esta tendencia legal coincide con la del Derecho Comunitario, expresada sobre todo en las Directivas reguladoras de los Comités de Empresa Europeos, traspuestas a nuestro Derecho, últimamente por la Ley. En todo caso hemos de destacar que la concepción amplia del «grupo» responde a las recomendaciones del «Forum Europaeum».

Pese al absentismo legislativo, ciertamente deliberado, pues responde a una política de desregulación favorable a los grupos de empresas, facilitando un ejercicio de la libertad de empresa más amplio, que está en la causa de crecientes deficiencias definitorias y reguladoras, se ha ido desarrollando un copioso tratamiento jurisprudencial de la materia, que parte de las ya lejanas SSTs de 5 de enero de 1968 y 19 de mayo de 1969, si bien se petrificaría la posición en los años 90. Así, se pasó de una inicial concepción en la que la pertenencia al grupo se consideraba «un dato económico irrelevante desde la perspectiva laboral», porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, sin perjuicio de que se aceptasen

⁴¹ Este es el concepto amplio que sigue el artículo 42.1 del Código de Comercio, al entender que una sociedad es «dominante» de otra («dominada» o «filial») cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración; concepto amplio que se desprendía también del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 24 de julio; en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), cuando disponía que «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás»; en la misma línea se encuentra el artículo 2 del Real Decreto 1343/1992 (de 6 de noviembre, de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre entidades financieras), al preceptuar que para «determinar si existe una relación de control se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores»; en similar sentido, aludiendo a la concreta «unidad de decisión» se refiere el artículo 78 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio); en parecidos términos se manifestaba el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre –ya derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio–), al normar que «se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación»; más sencillamente, el actual artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores (redacción proporcionada por la aludida Ley 47/2007), dispone que «[a] los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio»; y en igual sentido se indica en el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital [indicado RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio], que «[a] los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de una u otra».

desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al pretendidamente más moderno que, persistiendo en la regla general de responsabilidad separada, admite la trascendencia laboral del referido grupo... cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales» (desde la STS, Sala 4.ª, de 3 de mayo de 1990).

Desarrollando más estas últimas afirmaciones, la jurisprudencia tradicional de la Sala Social parte de un doble presupuesto:

- a) El principio de presunción de licitud del «grupo de sociedades» como forma organizativa de la actividad de empresa económicamente útil asentada en la realidad.
- b) El grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil.

El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exigiría, pues, la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores configurarían un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades (SSTS 3 de noviembre de 2005 –RCUD 3400/04 y 23 de octubre de 2012 –RCUD 351/12–). Doctrina tradicional que se mantiene en su primera afirmación –el «grupo» es una organización en principio ajustada a Derecho–; pero que

«... ha de rectificarse en su segundo inciso, el relativo a que el «grupo de empresas a efectos laborales» no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil. Y ha de ser rectificada, porque el concepto de «grupo de empresas» ha de ser –y es– el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos –mercantil, fiscal, laboral– pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente... en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurren... factores adicionales...» –FJ 8.º, punto 2, STS, Sala 4.ª, de 27 de mayo de 2013, cit⁴².

⁴² Como se recuerda, entre otras, en las SSTS de 26 de enero de 1998 –RCUD 2365/97–; de 4 de abril de 2002 –rec. núm. 3045/01–; 20 de enero de 2003 –rec. núm. 1524/02–; 3 de noviembre de 2005 –RCUD 3400/04–; 10 de junio de 2008 –rec. núm. 139/05–; 25 de junio de 2009 –rec. núm. 57/08–; 21 de julio de 2010 –RCUD 2845/09–; y 12 de diciembre de 2011 –rec. núm. 32/11–, para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria hace falta un componente adicional que esta sala ha residenciado tradicionalmente –nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquellas se citan– en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Sin necesidad de ir más allá en el análisis de la moderna doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas, cuyos vaivenes y consolidación merecerían de un análisis más profundo, por cuanto responde todavía a demasiados mitos y obsolescencias, favorables siempre a dejar un margen amplio de libertad organizativa y de gestión a los actores económicos, entiendo que ya podemos resolver adecuadamente la cuestión relativa a qué ha de entenderse por grupo a los efectos de las autorizaciones analizadas. A mi juicio, no es dado sostener un criterio restrictivo —«grupo patológico»— sino amplio —grupo fisiológico.

En consecuencia, las exigencias de acreditación del grupo a estos efectos no deben seguir la posición general mantenida en torno a la exigencia de responsabilidad solidaria, pues no estamos en este caso. Al respecto, sabido es, como recuerda la *STS, Sala 4.ª, de 20 de marzo de 2013*, que *«el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de...empresas..., la intensidad o la posición en relación de aquellas con los trabajadores o con el grupo no es la misma»*. Pero esta prueba deberá tener en cada caso el alcance exigible para cumplir con el fin concreto perseguido por la norma que usa el concepto de grupo como centro de imputación de una consecuencia jurídica, que no tiene que ser necesariamente el mismo, como evidencia la jurisprudencia comunitaria, y sin que esa diversidad de perímetros socio-económicos y organizativos del grupo relevante para cada caso regulador implique la responsabilidad solidaria⁴³.

En suma, bastará con probar que existe un control efectivo y/o una dirección unitaria, sin referencia a los criterios adicionales de integración, para que se esté en el caso de grupo que presupone este procedimiento de autorización especial y privilegiado —más ágil y sencillo— para la movilidad transnacional intragrupo empresarial. Diferente será, en su caso, dilucidar las eventua-

⁴³ Así se deduce de la *STS, Sala 4.ª, de 27 de mayo de 2013*, que analiza esta situación en el marco de un despido colectivo. Al respecto, estudia la relevancia a otorgar al hecho de que los Reglamentos sobre procedimientos de despido colectivo (art. 6 RD 801/2011; y art. 4 RD 1483/2012) impongan a la empresa dominante del grupo —concurriendo ciertas circunstancias— la obligación de aportar determinados documentos. Para el tribunal, este dato no altera los precedentes criterios sobre la responsabilidad del grupo, ya que finalidad es meramente informativa acerca de la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales —determinantes de responsabilidad solidaria— a que más arriba se ha hecho referencia. Se continúa afirmando, aquí quizás con un exceso de formalismo o positivismo legislativo, que si la intención —*voluntas legislatoris*— «hubiese sido otra, en concreto la de establecer con carácter general la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo e incluso tan solo la de ampliar el ámbito a tener en cuenta en las extinciones por causas económicas (extendiéndolo a la totalidad del grupo o a la empresa matriz), esta importante consecuencia se habría establecido —razonablemente— con carácter expreso. Conclusión que reforzaría la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del artículo 2 de la Directiva 98/59, y que niega la cualidad de empresario a la empresa matriz en los grupos de empresa, aun para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquella [vid. STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto AEK y otros, apartados 57 y 58]».

les responsabilidades solidarias que se pudieran plantear por el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social en el marco de esta relación internacional laboral, que sí exigirá acreditar tales pruebas de elementos adicionales. Otra cosa es que resulte, a mi entender, dudoso el que se precise una autorización administrativa, sea del tipo que sea, en tales casos, por cuanto una ordenación coherente de la relación laboral en el seno del grupo trasnacional debería implicar una visión unitaria de la misma, de modo que bastaría con la decisión empresarial, sin necesidad de autorización alguna.

A este respecto, no está de más recordar que, precisamente, esa es la finalidad que se persigue con el marco europeo de libertad de prestación de servicios entre las empresas que operan en los Estados sometidos a régimen comunitario, y al margen de la nacionalidad del trabajador desplazado, que puede ser extracomunitaria –de terceros Estados en el argot del Derecho de la UE–. Es la libertad de prestación de servicios la que aparece en el horizonte de este tipo de regímenes, que promueven el mayor número de intercambios económicos y mercantiles posibles y al menor coste. Si bien no resulta formalmente de aplicación, como se ha dicho, si marcará la evolución futura. La jurisprudencia comunitaria ha ido decantando, al respecto, un régimen especialmente flexible, prohibiendo la inclusión de cargas y obstáculos por parte de los Estados miembros en forma de exigencias documentales y administrativas, que por lo general se entienden contrarios a esa libertad de prestación de servicios, salvo que respondan a necesidades imperiosas de protección –como por ejemplo los derechos de orden público laboral⁴⁴.

9.7. PREVISIONES DE CARÁCTER GENERAL EN LA TRAMITACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES PARA RESIDIR Y TRABAJAR EN EL MARCO DE LA LEY DE EMPRENDEDORES: ENTRE EL MARCO COMUNITARIO Y LAS LLAMADAS A LAS REGULACIONES «FUERA DE LA LEY»

La regulación especial termina con previsiones de procedimiento aplicables de manera general. Respecto a los *visados de estancia y residencia*, la competencia para su expedición se remite a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España de conformidad con lo previsto en el marco comunitario que regula esta materia. En particular, los Reglamentos (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 (Código de Visados), y (UE) 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración.

⁴⁴ Como es sabido, el régimen especial para la movilidad transnacional comunitaria de trabajadores en el marco de la libertad de prestación de servicios es la Directiva 96/71/CE. Con carácter general, hay que tener en cuenta la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, pág. 36). *Vid.* SSTCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, C-369/96 y C-376/96, y de 19 junio de 2008, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Luxemburgo, C-319/06.

El denominado «visado uniforme», que exige ser tramitado mediante procedimiento privilegiado, podrá expedirse para una, dos o múltiples entradas, y se prevé para movilidades no migratorias en sentido estricto. El periodo de validez, que suele ser de corta duración, en este caso no será superior a cinco años. En todo caso, el periodo de validez de este visado y la duración de la estancia autorizada se decidirán, según prevé la LEI, sobre la base del examen realizado de conformidad con el artículo 21 del referido Reglamento (CE) 810/2009, que es el que establece el Código Comunitario de Visados⁴⁵.

Por su parte, el visado de validez territorial limitada –solo para algunos Estados–, y que no es uniforme, se concederá cuando concurren circunstancias de interés nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Código de Visados del citado Reglamento (CE) 810/2009. Los visados de residencia previstos en esta sección y expedidos conforme a los Reglamentos comunitarios referidos –Reglamento (UE) 265/2010 y el Reglamento (CE) 562/2006– tendrán validez de un año y autorizarán la residencia de su titular en España *sin necesidad de tramitar la típica tarjeta de identidad de extranjero*.

A la simplificación de trámites se une la rapidez o inmediatez de gestión, pues las solicitudes de visado se resolverán y notificarán en el plazo de 10 días hábiles, salvo en los casos de solicitantes sometidos a la consulta prevista en el artículo 22 del Código de Visados, en cuyo caso el plazo de resolución será el previsto con carácter general en dicho Código –art. 75.5 LEI–. Por lo que hace a la competencia administrativa para la gestión de las autorizaciones de residencia previstas en esta Sección, el artículo 76 de la LEI atribuye la función tramitadora a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, correspondiendo dictar la resolución, tras ese trámite, a la Dirección General de Migraciones.

El procedimiento de tramitación se hará de forma necesaria mediante la utilización de medios telemáticos. En estos supuestos, el plazo máximo de resolución será de 20 días desde la presentación de la solicitud, rigiendo, en el caso de no resolución expresa o antes de ese tiempo final, el silencio administrativo positivo. Las resoluciones serán motivadas y podrán ser objeto de recurso de alzada, de acuerdo con lo previsto en los artículos 114 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Los titulares de este tipo de autorizaciones para residir –y trabajar– podrán solicitar su renovación por periodos de dos años siempre y cuando mantengan las condiciones que generaron el derecho –art. 76.2 LEI.

El régimen de facilidades de gestión del acceso y permanencia en España por motivos de «inmigración –o movilidad transnacional– económica», en sentido estricto, a diferencia de la más

⁴⁵ Entró en vigor el 5 de abril de 2010. El Código de Visados reúne en un documento único todas las disposiciones jurídicas que regulan las decisiones sobre visados. Incrementa la transparencia, desarrolla la seguridad jurídica y garantiza la igualdad de trato de los solicitantes, al mismo tiempo que armoniza las normas y prácticas para los Estados Schengen (22 Estados miembros y 3 Estados asociados) que aplican la política común de visado. Para garantizar un trato equitativo de los solicitantes de visado, se ha elaborado un manual para el procesamiento de las solicitudes.

tradicional «inmigración laboral», se articula a través de otros preceptos incluidos fuera del texto articulado, en la «parte extravagante». Las disposiciones adicionales de la LEI 4.^a a 7.^a establecen previsiones orientadas a consolidar ese régimen de favor hacia la movilidad internacional.

Conforme a la disposición adicional 4.^a –permiso único–, las autorizaciones de residencia previstas en la presente norma se tramitarán según lo dispuesto en la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro –apdo. 1–. En esa norma comunitaria se fija un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. Las solicitudes de expedición, modificación o renovación de estos permisos se presentarán mediante un *procedimiento único de solicitud* –apdo. 2–. Las decisiones de expedición, modificación o renovación de estos permisos únicos constituirán un único acto administrativo, sin perjuicio del procedimiento de expedición del visado que corresponda –apdo. 3.

Una vez más, la llamada a procedimientos únicos, que tanto predicamento tienen en un plano de eficacia, por revelarse como simplificación de una extraordinaria amalgama no solo de trámites sino también de procedimientos, planteará problemas de competencias. Al menos en relación con Cataluña y Andalucía. Estas comunidades autónomas, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, habiendo recibido ya la primera la transferencia de forma efectiva y contando en el marco de la legislación de extranjería del régimen general con una regulación reglamentaria adecuada a tal reparto, tienen competencias en materia de autorizaciones iniciales de trabajo.

En prueba de esta búsqueda flexibilidad, se excepciona el cumplimiento de la regla general en materia de ordenación del mercado de trabajo nacional respecto de los inmigrantes extracomunitarios, de forma que para la movilidad transnacional económico-profesional, que ha de tener lugar a través de las autorizaciones reguladas en la sección 2.^a de la LEI, no se tendrá en cuenta «*la situación nacional de empleo...*» –apdo. 1 de la disp. adic. 5.^a (sectores estratégicos)–. La exclusión del criterio general para este régimen de favor no es baladí para el caso de los profesionales y para el personal investigador, en la medida en que, como se recordó, uno de los principales dramas que sufre la economía española es la falta de oportunidades para personal altamente cualificado, sea profesional sea investigador, español, en situación de desempleo, tanto, que tienen que emigrar. Que se facilite la contratación por empresas establecidas en España de ese tipo de personal extranjero cuando hay una oferta muy abundante «autóctona» refleja, en el plano jurídico, una honda contradicción normativa o antinomia, y en el plano social, un agravio comparativo poco justificable.

Pero el legislador no está dispuesto a quedarse corto en su apuesta por la movilidad internacional de excelencia, por la «captura de capital humano de excelencia extranjero», y va más allá. Por eso, habilita al Gobierno para que, desde la potestad reglamentaria, mantenga un pulso constante a la evolución del talento extranjero y haga lo que considere oportuno.

En efecto, ahora como expresión de la huida del principio de legalidad, apostando por nuevos fenómenos de deslegalización, recurrentes en esta Ley, como se ha venido indicando, *se ha-*

bilita al «Derecho de Sótanos», al hecho en los «subsuelos» de Gobierno, para que amplíe esta excepción legal de la no atención a la situación nacional del mercado de empleo –saturada al efecto, como decíamos–. Así:

«... por Orden Ministerial del Ministerio de la Presidencia a iniciativa conjunta de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Economía y Competitividad se podrá establecer la no aplicación de la Situación Nacional de Empleo para la contratación de extranjeros en sectores considerados estratégicos. En dicha Orden se podrá acordar un cupo anual de contrataciones».

Sorprendente también la posibilidad de regular un cupo especial de contrataciones a tal fin cuando el Catálogo Nacional de Ocupaciones de difícil cobertura está prácticamente «a cero», si exceptuamos algunas actividades deportivas y trabajos en el sector marítimo. Pero la marginación del papel de la Ley en este ámbito, por la propia Ley, no ha terminado todavía. Si se tiene la paciencia, y la curiosidad, además de la precaución, de leer la disposición final 11.^a de la LEI aún se comprobará que la delegación de esta materia al mero arbitrio del poder ejecutivo puede llegar al paroxismo, emulando uno de los peores vicios que ha venido arrastrando históricamente esa legislación de extranjería que tanto se quiere ocultar aquí.

En efecto, en su párrafo primero, prevé que anualmente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a propuesta conjunta con los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Interior y de Economía y Competitividad presente un informe en el Consejo de Ministros sobre la aplicación de la sección 2.^a del título V de esta Ley. Hasta aquí nada problemático, incluso parece una disposición loable, pues conviene verificar la eficacia de lo que se regula.

Ahora bien, la perplejidad viene después. Según su párrafo segundo, de acuerdo con dicha evaluación, el Consejo de Ministros «podrá aprobar Instrucciones por las que se establezca el procedimiento de entrada y permanencia por motivos económicos de interés nacional en supuestos no previstos específicamente en esta Ley». Esto es, ya no solo se remite la regulación de buena parte de estas materias al Reglamento, sino que ahora ya valdría con simples «Instrucciones», con lo que la deslegalización es máxima, quebrando, a mi juicio, el principio de reserva de Ley que existe en esta materia y de seguridad jurídica. Aquí la apelación al «derecho del subsuelo» traspasa las fronteras jurídicas para deslizarse hacia un peligroso «procedimiento de movilidad fuera de la Ley» –tanto de la LEI como de la LOEXIS.

9.8. UN NUEVO CONTRASTE DE REGULACIONES ENTRE LA INMIGRACIÓN LABORAL «ORDINARIA» Y LA DE ÉLITE: EL «PRIVILEGIO» DE LAS FACILIDADES DE SALIDA AL EXTRANJERO

Una de las cuestiones más problemáticas, en el verano del 2013, respecto al régimen de salida al extranjero de los inmigrantes no nacionales –y no comunitarios– beneficiarios de la pres-

tación por desempleo fue la fijación del plazo de esa salida sin pérdida del derecho social. La solución vino de un radical viraje de la jurisprudencia social –SSTS, Sala 4.^a, de 18 y 30 de octubre de 2012–, luego asumido, en lo sustancial, por el legislador –RDL 11/2013–. El resultado es que esa salida al extranjero no podrá ser superior a 90 días para mantener la prestación, aunque sea en régimen de suspensión. Pues bien, frente a esta regulación restrictiva de las salidas de los inmigrantes extranjeros si cobran prestaciones por desempleo, y confirmando esta imagen dual de la sociedad que se quiere generar –o mejor, que ya se ha creado–, ahora se apuesta por una regulación liberal cuando se trata de «inmigrantes laborales o profesionales cualificados»:

«... Sin perjuicio de la necesidad de acreditar, conforme a la legislación vigente, la continuidad de la residencia en España para la adquisición de la residencia de larga duración o la nacionalidad española, la renovación de la residencia podrá efectuarse aun existiendo ausencias superiores a seis meses al año en el caso de visados de residencia y autorizaciones para inversores extranjeros o trabajadores extranjeros de empresas que realizando sus actividades en el extranjero tengan fijada su base de operaciones en España» –disp. adic. 6.^a.

Aquí se facilita la residencia en España con periodos amplios de ausencia del territorio español, mientras que para la inmigración laboral propiamente dicha –«trabajadores pobres y poco cualificados»– se dificulta. No falta quien ve en esto una clara operación de compraventa patrimonial y búsqueda de soluciones al sistema financiero. Se dice que la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria –la «Sareb»– tiene un patrimonio importante que colocar, formado por muchas viviendas con dificultad de venta por su sobrecoste inicial. De ahí que sea un incentivo para invertir y comprar en España de ganga.

Pese a las bondades que nos vendieron sobre la creación de un banco malo en España, gran panacea para los problemas de exposición al ladrillo de las entidades financieras y, en general, del mercado inmobiliario de nuestro país, las cifras de venta de Sareb hechas públicas evidenciarían el fracaso anticipado de este organismo. La Sareb apenas ha vendido alrededor de 4.500 viviendas a particulares hasta mediados de octubre, a las que habría que añadir una cartera de 939 viviendas adjudicada al fondo de capital riesgo HIG. Teniendo en cuenta que el objetivo establecido para todo el año es de 7.528 viviendas y que el plan de negocio contempla que Sareb se deshaga de alrededor de 34.000 inmuebles hasta 2016, podemos concluir el gran fallo. Por tanto, la LEI sería, una vez más, un instrumento para potenciar la salida a estos *stocks* inmobiliarios, favoreciendo la compra de los mismos a cambio de facilidades para visados.

En todo caso, ya se han visto las prevenciones establecidas para evitar que esta facilidad de tránsito y de permanencia no se convierta en una puerta abierta a la delincuencia económica, ya muy extendida en España, al tiempo que se atribuyen a la Administración competencias específicas para verificar en todo momento el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, tanto en la fase de inicio como en la de renovación, que requiere mantenerlos. Así lo prevé la inútil disposición adicional 7.^a de la LEI, pues es evidente que los titulares de las autorizaciones y visados deben mantener en todo momento los requisitos que dieron lugar a su concesión y que, cómo no,

la Administración podrá comprobar, bajo formas amparadas en Derecho claro, la observancia de tales requisitos –apdo. 2.

En síntesis, la regulación especial, diferenciada, privilegiada y no coordinada con la general, de la LEI, no consagraría un auténtico principio-derecho de libertad de circulación del «capital humano altamente cualificado». Pero sí se potencia esa transición liberada de cargas o con menos obstáculos⁴⁶.

La cuestión está en que, como sucede con la promoción del sector exportador, si todos «venden», ¿quién «compra»? Aquí, si todos los países, europeos o no, promueven atraer hacia ellos talento de otras nacionalidades, resultará manifiesto que algunos que lo intenten no lo lograrán. Países europeos, como Portugal, Italia, Reino Unido, o sudamericanos, como Chile, ya están, según se indicó, poniendo en marcha medidas de carácter similar para atraer inversión económico-productiva de una manera ordenada y disciplinada por esta vía. Pero no son, pese a lo que se hace creer desde el sector económico-empresarial, los procedimientos reguladores la principal barrera de entrada-contratación, aunque una simplificación y aligeramiento de los mismos ayude, sin duda, sino la creación de condiciones sociales y económicas que hagan más atractiva la vida en España. Y en un contexto de depresión y desmantelamiento del estado de bienestar es difícil que se den aquellas.

10. DEL «MINI-EMPLEO» A LA OCURRENCIA DEL «MINI-EMPRENDIMIENTO»: LAS «MINI-EMPRESAS DE ESTUDIANTES», ¿FOMENTO «PRECOZ» DEL EMPLEO O INCENTIVO DE LA SIMULACIÓN ESPECULATIVA?

Las ocurrencias institucionales y empresariales, luego plasmadas formalmente en las leyes, para intentar paliar una situación de crisis de empleo tan trágica como desconcertante, no pare-

⁴⁶ Recuérdese que esa «libertad de circulación» de los factores productivos y de los bienes económicos aparece por doquier en este tipo de Leyes. De manera expresa, por citar un ejemplo fuera de este ámbito laboral, aparece en la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, una de cuyas modificaciones –a través de la disp. final 1.ª de la LEI– es la inclusión en su exposición de motivos del siguiente párrafo: «Esta Ley también consagra la doctrina del principio de la libertad de circulación dentro de la Unión Europea en materia de venta minorista por parte de los expendedores consagrada en este caso por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de abril de 2012, dictada en el Asunto C-456/10, y por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1/59/2007.» Asimismo, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, modificada por la disposición final 7.ª de la LEI. Esta Ley parte del mismo presupuesto: «... el comercio minorista es... un ámbito especialmente dinamizador de la actividad económica y del empleo y, por ello, para favorecer la recuperación económica en el actual contexto resulta fundamental la adopción de medidas que faciliten la actividad y eliminen obstáculos que impiden el desarrollo de la iniciativa empresarial en este ámbito. Las cargas administrativas constituyen algunos de estos obstáculos que no son necesarias ni proporcionadas y cuyos objetivos pueden alcanzarse mediante procedimientos de control que no retrasen ni paralicen el desarrollo de la actividad...».

cen tener fin. Primero fueron los llamados «*mini-empleos*», o «*mini*» y «*midi*» *jobs*, según una poco feliz experiencia germánica. Ahora, evidenciando que la fantasía especulativa, o quizás la desorientación sobre cómo hacer frente a esta aguda crisis, no tiene límites, ni fronteras, se plasmaría en la propuesta de «*mini-empresas*». Desde luego que no está solo en la cabeza de los poderes públicos, también en la de los altos directivos de este país. Así, partiendo de la necesidad de distinguir claramente entre *el autoempleo y el emprendimiento, que es quien monta una empresa con vocación de crear empleo y crecer*, se ha dicho que ese cambio de auto-empleados a emprendedores requiere un cambio cultural, que es el eslogan difundido machaconamente desde todos los sectores de opinión –y acción– favorables a este proceso de transformación. Pero tal cambio solo se producirá:

«Cuando en el patio los niños jueguen a ser empresarios...»⁴⁷.

La ocurrencia –o el deseo–, de la directiva financiera, parece que va a ser puesta en la práctica por los poderes públicos. Dicho y, en breve, a lo que parece, hecho. La disposición adicional 9.^a reconoce a la «*mini-empresa*» o empresa de estudiantes como herramienta pedagógica, a través de la cual se podrán realizar transacciones económicas y monetarias, emitir facturas y abrir cuentas bancarias. Estas empresas durarían un año, prorrogable a dos, transcurridos los cuales se liquidarían. Los estudiantes podrían, a través de ellas, realizar transacciones reales, sin necesidad de embarcarse en el riesgo que supone crear una empresa real.

Se remite, cómo no, al desarrollo reglamentario, a fin de configurarlas de una manera libre por el Gobierno en cada momento –enésima llamada al «*derecho de subsuelo*», derecho de sótano–. Tiene una dimensión educativa, pues se trata de un instrumento pedagógico, pero es evidente que no puede desconocerse la dimensión ocupacional, de modo que esta se introduce de modo anticipado en el sistema educativo⁴⁸. La idea del emprendedor y de la cultura empresarial como elementos indispensables para el desarrollo económico y social se incluye ya de forma expresa en algunas etapas educativas, pero se considera necesario subrayar y ampliar este elemento, incorporándolo como objetivo específico en todas las etapas de la educación básica, así como en la formación profesional y en el bachillerato. También en la universidad. De ahí que se encomiende a las administraciones educativas la revisión y adecuación de los currículos de las enseñanzas regladas a estos nuevos objetivos. Para fomentar la cultura del emprendimiento resulta necesario prestar especial atención a las enseñanzas universitarias, de modo que las univer-

⁴⁷ Vid. Yolanda Pérez, responsable de «BStartup», que es la dirección especializada en empresas de nueva creación en el mundo digital creada por el Banco Sabadell. De momento, ha destinado una partida de un millón de euros para hacerse socio de 10 empresas, a razón de 100.000 euros por cada una, entre capital y apoyo. En «Mitos del Boom emprendedor», http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/06/actualidad/1383766164_765200.html, cit.

⁴⁸ El título I –«Apoyo a la iniciativa emprendedora»– contiene una serie de medidas en diversos ámbitos para incentivar la cultura emprendedora y facilitar el inicio de actividades empresariales. En el capítulo I –«Educación en emprendimiento»– se incorporan medidas para que los jóvenes adquieran, a través del sistema educativo, las competencias y habilidades requeridas para emprender.

sidades lleven a cabo tareas de información y asesoramiento para que los estudiantes se inicien en el emprendimiento.

Esta regulación de futuro habría que ponerla en relación con muchos aspectos hoy polémicos. En el plano educativo, la denostada Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, que prevé la estimulación del espíritu emprendedor a través de la posibilidad de elección de las trayectorias educativas más adecuadas y de la creación de las condiciones para que todos los alumnos puedan adquirir y expresar sus talentos. Y en el plano educativo no laboral, las «prácticas no laborales», que promueve la Ley 11/2013.

La incierta, casi en blanco, remisión a la legislación reglamentaria nos priva de conocer qué tiene en mente el legislador. Pero es muy difícil, sino imposible, sustraerse a la existencia de una marcada raíz común a la estrategia que venimos desvelando en el análisis jurídico de la vertiente socio-laboral de este pretendido nuevo Estatuto Promocional del Emprendimiento. ¿Se trataría de fomentar el sentido de la actividad productiva, por tanto de la ocupación y empleo por cuenta propia y autónoma en etapas precoces del ciclo vital de las personas, o más bien estamos ante una nueva forma de promoción de situaciones simuladas, de *pseudo-empresas* que podrían funcionar en el mercado bajo una serie de premisas? Del mismo modo que ciertas medidas de fomento del autoempleo terminan siendo vías de creación de nuevos falsos autónomos ¿las mini-empresas de estudiantes no serían sino un modo de creación de «pseudo-empresas», como si del juego del Monopoly se tratara, para alimentar la curiosidad de los jóvenes y sus habilidades para la especulación económica, jugando a empresarios?

En este nuevo menú de empresas⁴⁹, creando «empresas de deudores», «empresas de extranjeros», etc., pareciera que no hay límite alguno, y ahora le toca el turno incluso a los estudiantes. Siendo bien pensados, se trataría de dar a los estudiantes una herramienta para que «experimenten» con el emprendimiento en un entorno real, más o menos controlado, y que esto les sirva de incentivo y de experiencia para, una vez terminados sus estudios, hacerlo sin limitación alguna. Pero pongámonos en la realidad. ¿No puede ser que esas limitaciones supongan un problema que haga que estas empresas fracasen a las primeras de cambio y en lugar de incentivar sirvan para *frustrar la iniciativa emprendedora*? Por otro lado, si el negocio va bien pero antes o después te obligan a cerrarlo y empezar de nuevo ¿qué garantía hay de que el segundo intento tenga el mismo resultado que el primero? Introducir en el mercado real a este tipo de entidades puede tener un *efecto distorsionador* que afecte al resto de empresas «normales». ¿Cotizarán o no los estudiantes que tengan este tipo de empresas? ¿Podrán contratar trabajadores? ¿Qué impuestos pagarán? ¿Supondrán estos aspectos una serie de ventajas respecto al resto que puedan desembocar en una *competencia desleal* que ponga en más dificultades al resto?

La sinrazón reguladora alcanza aquí nuevos extremos, pues como se ha indicado con toda agudeza:

⁴⁹ Vid. Blog Salmón, Economía y Finanzas en color natural: <http://www.elblogsalmon.com/entorno/miniempresas-o-empresas-de-estudiantes-ocurrencia-legislativa-del-dia-en-el-boe>

«Ahora, nos encontramos con un artículo que me recuerda a los juegos para niños que emulan profesiones y actividades, como es un Mecano, el banco de herramientas o el Quimicefa y, realmente, no queda nada claro la utilidad real de estas mini-empresas.

Si el objetivo es enseñar el funcionamiento de una empresa, no es necesario habilitar la constitución como tal ni operar de manera directa en el tráfico mercantil y menos aún abrir cuentas bancarias y adquirir bienes o servicios. Todo esto se simula perfectamente sin mucho inconveniente... Este tipo de simulaciones se pueden realizar perfectamente sin necesidad de recurrir a la constitución real de un aborto jurídico pleno que abre la puerta más a fraudes y situaciones caóticas que a la enseñanza real del funcionamiento empresarial, de las problemáticas diarias que se viven o todos aquellos puntos que todas las empresas contemplan cada día. Artículos ridículos en las leyes hacen que perdamos la credibilidad a todos los niveles y son aquellos que generan carga burocrática y trabajo para toda la maquinaria legislativa del Estado⁵⁰.»

La mejor prueba de que estas mini-empresas no tienen razón de ser y son absurdas la tendremos en la evolución del número de ellas que se pongan en marcha, número que tenderá a cero con suma facilidad. La reducción al absurdo está prohibida en hermenéutica, salvo aquí. No creo que la creación de nuevos tipos de empresas ayude mucho a fomentar el emprendimiento. Más bien lo mejor sería que, como sucede respecto de la preconizada simplificación de la contratación laboral –que quizás vea la luz antes de finalizar 2013 o al inicio de 2014–, hubiera menos modalidades jurídicas y las que existieran tuvieran más facilidades para operar. Desgraciadamente la tendencia es la contraria, también en la contratación, como ha acreditado sobradamente el destrozo en el sistema de contratación laboral para jóvenes realizado por la Ley 11/2013, cuyo fracaso es hoy constatable, ofreciendo una reafirmación del efecto sustitución de estas normas, pero no de mejora del equilibrio del mercado de trabajo, ni en el plano cuantitativo ni en el cualitativo.

11. CONCLUSIÓN: UNA LEY ¿SOLO INSUFICIENTE O TAMBIÉN PARCIALMENTE INICUA?

Convertir en paradigma de la creación de riqueza –crecimiento económico– y empleo al emprendimiento, como hace la Ley 14/2013, y ya anunciara la Ley 11/2013, parece, cuando menos, discutible. El emprendimiento no puede ser el eje cardinal sobre el que recaiga la vuelta a unas tasas de desempleo razonables, sustituyendo en buena medida la creación de empleo ordinaria de otros tiempos mediante la contratación de empresas mercantiles, incluso en su versión socialmente más aceptable de las empresas de economía social, en detrimento de la contratación de

⁵⁰ Vid. <http://www.pymesyautonomos.com/vocacion-de-empresa/miniempresas-o-empresas-de-estudiantes-pero-que-broma-es-esta>

trabajadores dependientes. En buena medida se dan ya por derrotadas las políticas de mercado de trabajo orientadas a tal fin, cuando más falta hacen.

En cierto modo se presentaría también como una nueva expresión de la teoría de los «vasos comunicantes», de modo que el florecer del emprendimiento, como nueva fórmula mágica que encubriría y diluiría todas las formas de autoempleo, respondería más al decaimiento del empleo asalariado, viéndose este desplazado por aquel tendencialmente⁵¹. En efecto, si al final del proceso promovido institucionalmente de cambio de la cultura ocupacional española está la convicción de que la creación de empleo va a gravitar fundamentalmente sobre la capacidad individual de emprendimiento, sucederá lo mismo que en relación con la obsesión por la exportación como vía de crecimiento económico, pues de la misma manera que si todos venden es evidente que alguien debe dejar de hacerlo, para ser comprador, tampoco si todos son emprendedores no va a haber mercado de trabajo alguno ni sector de actividad alguna que pueda absorber tanto emprendedor, tanto emprendimiento. Esto no puede ser un paradigma tendencialmente absoluto, un sustituto de la creación de empleo o del acceso al mercado de trabajo a través de la contratación laboral, ni tampoco un paliativo mientras se recupera, la economía «normal», arriesgando expectativas y recursos de los desempleados, que terminaran pasando del desempleo –cobertura social– al autoempleo, para luego terminar en el «cese de actividad», en todo caso inactivos, pero ahora ya sin recurso de protección social alguno, e incluso endeudados –*em-perdidos*–.

Desde otro punto de vista, se considera que no es una ley dañina, sus efectos serán positivos pero menores de los esperados. Identificaría unos problemas serios, pero los aborda con muy poca ambición, y en ese sentido se revelaría como una oportunidad perdida. En suma, su mayor defecto sería el acumular demasiados brindis al sol. Desde esta perspectiva, esta nueva Ley de Emprendedores revelaría una falta de ambición, un cierto «quiero y no puedo», porque buena parte de sus medidas no tendrán los efectos pretendidos –se excepcionan en su funcionamiento con excesiva frecuencia, están lastradas de entrada...– bien porque resultarán ineficaces –escasa cuantía de los incentivos fiscales y de Seguridad Social...

El principal problema reconocido por todos, la falta de medidas para promover el crédito, constituye en nuestra opinión uno de los puntos más débiles de esta Ley de Emprendedores y,

⁵¹ A mi juicio, puede decirse sin exagerar de la Ley 14/2013 lo mismo que se ha dicho de la Ley 11/2013, pues sin perjuicio de sus evidentes diferencias en las medidas a adoptar de forma mayoritaria, las dos tienen como razón principal el fomentar la iniciativa empresarial y el autoempleo. Ambos casos responden básicamente al propósito de apoyar la iniciativa emprendedora y con ello fomentar el trabajo autónomo y la iniciativa empresarial, de los jóvenes la primera, del conjunto de la población, la segunda. Una política de fomento del autoempleo generalizada, no ya solo para los jóvenes, que también tiene como un referente fundamental los estímulos fiscales y de Seguridad Social. Se trata, por tanto, «de un nuevo enfoque de la "huida del Derecho del Trabajo", centrado ahora, no ya solo en el empleo, sino también en el fomento del trabajo autónomo, al que se ha dotado ya de un estatuto propio». *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, *et al.*, cit. Si bien, y para complicar mucho más el marco, que se dice querer simplificar y asegurar, de un modo más confuso, e incierto, pues ese «Estatuto del Trabajo Autónomo» se vería solapado ahora, cuando no desplazado, con una suerte de «Estatuto del Emprendimiento» o «Estatuto de la Actividad de Emprender».

en consecuencia, esa insuficiencia es una de las principales razones que lastran que pueda funcionar como un estatuto promocional en sentido estricto, creíble. Y sin embargo, no es así, contiene elementos que pueden perjudicar de una forma grave la situación actualmente existente⁵².

Por otro lado, dice el «libro de la sabiduría popular»: «si no tienes políticas, haz leyes». Pues eso estaría sucediendo en el ámbito de los emprendedores. El «emprendimiento» no es solo una «palabra de moda», una fórmula mágica, como acaba de decirse, que encubre la falta de una política eficaz de mercado de trabajo, sino que supone una creciente proliferación de «leyes de emprendedores». La galopante «inflación legislativa» en materia de emprendimiento tuvo su origen, en el plano estatal, en el Real Decreto-Ley 4/2013, ahora Ley 11/2013, a la que habría ahora que añadir la comentada aquí. No obstante, aún podemos, y debemos, remontarnos un poco más, y traer a colación el otrora también simbólico «Estatuto del Trabajo Autónomo», que, cómo no, se ha visto afectado parcialmente por esta Ley. Además, en el plano descentralizado, hay seis leyes de emprendedores autonómicas y otras tres en proceso de tramitación, por lo que la inflación legislativa en esta materia es llamativa. No deja de ser paradójico que, tratando el legislador de atender la fundada queja de los «emprendedores» de que uno de los principales problemas que sufren es la dispersión y las cargas administrativas, proliferen las leyes y el caos legislativo, de modo que a más se promete un «nuevo Estatuto Promocional del Emprendedor» más parecido a una «jungla jurídica» es su marco regulador, por la que ya es muy difícil moverse incluso los más reconocidos especialistas, cuanto más los emprendedores, aquellos que deberían conocerlo mejor y confiar en sus bondades.

Este huracanado furor legislativo tiene importantes efectos negativos. Por ejemplo, como ya se indicó, la ley modifica materias recientemente ordenadas por la Ley 11/2013, como el régimen de cotizaciones de la Seguridad Social, añadiendo en el TRLGSS a la disposición adicional 35.ª «una bis», con lo que apenas dos meses después de un cambio ya hay otro, lo que no es propio de un país con una mínima seguridad jurídica.

Cierto, es la propia Comisión Europea –y el FMI, y la OCDE– la que nos exige que no decaiga el «espíritu reformista». Pero una cosa es mantener ese espíritu y otra bien distinta derivarla en una auténtica «fiebre reformadora», probablemente con la idea de aparentar que se hacen muchas cosas cuando realmente no se hace nada trascendente.

⁵² Por ejemplo, se le ha reprochado que cree «un nuevo índice hipotecario... poco ético... poco justo, poco social y que, además, agrava la situación económica de muchísimas familias». Por tanto, aprovechando esta Ley, y sin posibilitar un debate de fondo, se crea un nuevo índice hipotecario para el que muchas familias, por una hipoteca media, van a tener que pagar más de 22.000 euros, cantidad que se irá produciendo a lo largo de toda la vida del préstamo hipotecario. Es una cantidad muy considerable, «que entra en esta ley por la puerta de atrás, que entra con nocturnidad...». Por tanto, en muchos casos no es la crisis la que lleva a la insolvencia económica de las familias, sino la legislación, el propio marco institucional que, paradójicamente, debía orientarse a prevenirla y, en todo caso, a resolverla. Intervención del señor SAURA GARCÍA, debate en el Senado, sesión de 19 de septiembre de 2013, cit., pág. 12. Así sucederá cuando se aplique la polémica, y en mi opinión poco comprensible, salvo reflejar un liberalismo salvaje, la disposición adicional 15.ª: Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia.

En consecuencia, lo que se ganaría en diversidad reguladora se estaría perdiendo en el plano de la «calidad institucional», uno de cuyos factores clave es la seguridad jurídica y, a tal fin, fundamental resultaría una estabilidad normativa que aquí brilla por su ausencia⁵³. Sin ella pocos serán los que quieran asumir una iniciativa de emprendimiento en sentido estricto, más allá de transitar por una arriesgada senda de «autoempleo» porque, lo que es bien distinto, ya no tengan más alternativa que permanecer en el paro, ni siquiera en el desempleo –finalización de la cobertura social–. Pymes y autónomos, a los que van dirigidas –al menos de palabra– son incapaces de gestionar ese alud de cambios legislativos. La muy prometida simplificación del marco jurídico se torna en todo lo contrario, eso sí, aprovechando ese objetivo incumplido se degradan ciertos derechos laborales, como hemos visto⁵⁴.

Pero la calidad institucional también presupone igualdad jurídica de trato a todos los ciudadanos y a los actores económicos que concurren en una sociedad y en un mercado. Al respecto, en algunos casos un problema de fondo importante es la creciente diferencia que se está abriendo, la progresiva brecha, entre grandes y pequeñas empresas. Se produciría así el llamado «efecto salto», que hace que las empresas tengan una serie de ventajas y ayudas por debajo de cierto umbral, por debajo de cierto tamaño, que se pierden si lo sobrepasan. Por tanto, esto constituiría un riesgo de desincentivo importante para el aumento de tamaño de nuestras empresas, cuando se quiere justo lo contrario, promoviendo su dimensión competitiva no solo por la innovación sino por el crecimiento –incluso internacional–. La prioridad confesada es proteger la capacidad generadora de empleo de las pymes. Pero no se diferencia adecuadamente entre diversos tipos de esta categoría, metiéndolas a todas en el mismo cajón de sastre. Pero la mayor parte de este tipo de empresas no es ni el que más recursos dedica a la I+D ni el que más capacidad tiene de exportar, factores clave para un nuevo modelo productivo y, por tanto, para organizaciones con mayor capacidad de ocupación.

Son las empresas que más innovan, cualquiera que sea su dimensión, las que tienen un mayor empleo, más que proporcionalmente a las que no lo hacen.

También ha quedado fuera, desde esta perspectiva crítica relativa a las debilidades en el plano de la igualdad de trato, como se evidenció, la promoción del emprendimiento social, que ocupa un notorio espacio entre el emprendedor individual y el societario. Desde esa perspectiva,

⁵³ Otra prueba más, de las múltiples que pueden ofrecerse, es la disposición final 8.ª de la LEI, que modifica el artículo 7 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, relativo a los incentivos fiscales para las entidades de nueva creación. Ese precepto tributario introduce, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013, una nueva disposición adicional 19.ª en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que asume ahora una nueva redacción.

⁵⁴ A menudo crecen incluso las cargas de gestión y administración de las empresas. Así, las empresas que no se acojan al IVA de caja, pero que trabajen con una empresa que sí que se va a acoger al IVA de caja van a tener que llevar dos libros de registro, no uno. Es decir, la pretendida mejora de la situación va a implicar no menos burocracia, sino más burocracia.

la economía social tiene, con sus variables, muchas potencialidades que la Ley ha renunciado a potenciar, quizás esperando a elaborar otra Ley más.

Asimismo, en el plano de las exclusiones, se cuestiona la utilidad de la Ley para hacer frente a los «*emprendedores en dificultades*». Hemos visto que esta perspectiva no está para nada ausente de las novedades. Pero no es su principal activo, su más básica preocupación y, en todo caso, evidencia contradicciones, como la inaplicación del régimen de limitación de la responsabilidad respecto de la vivienda habitual para las deudas públicas. La tan cacareada construcción de un «derecho a la segunda oportunidad» es más una promesa esbozada.

Como criticable sería, no ya solo en el plano jurídico, sino en el de la eficacia, incluso en el de la conciencia de la realidad que tiene esta Ley, la concepción elitista que promueve de la política inmigratoria y, por tanto, de la sociedad. En relación con el referido título V, y bajo el rótulo ampuloso del apoyo a la internacionalización de la economía española, se filtran lo que bien pueden considerarse auténticas «normas de clase social», diferenciando claramente el régimen jurídico atendiendo no solo a diferencias de cualificación –segmentación profesional de la sociedad– sino también económicas. Un inmigrante trabajador pobre, de los que ahora ya tanto proliferan, que pierda el empleo, lo que en época de crisis es frecuente, más que para los autóctonos, verá como en un breve trascurso de tiempo deja de tener autorización de trabajo y, como consecuencia, también permiso de residencia, entrando en situación de irregularidad sobrevenida con el riesgo de expulsión de él y de su familia. En cambio, si el «inmigrante» es rico –o tiene algún padrino– podrá comprar un inmueble por valor igual o superior a 500.000 euros y entonces tendrá el permiso de residencia y situándose en pie de igualdad casi con los que disfrutaban de los derechos de ciudadanía, dejando para los inmigrantes pobres tan solo los eventuales beneficios de la asistencia social a toda persona.

Ciertamente, la Ley no incorpora solo aspectos orientados a la fragmentación social desde la regulación jurídica, estableciendo notables diferencias atendiendo a criterios sociales y económicos siempre discutibles, pues también procura generalizar ciertos beneficios hasta hoy selectivos, solo para determinados emprendedores, como los jóvenes. Se ha dicho, quizás con un exceso de optimismo, que si a partir de la publicación en el BOE de la Ley los jóvenes emprendedores que no tengan capital van a tener muchas posibilidades de iniciar la puesta en marcha de un negocio, la Ley 14/2013 no descuida a los emprendedores mayores, maduros.

Por tanto, tiene efectos expansivos, de generalización de beneficios –por ejemplo, se abre a pequeños empresarios la contratación pública, con prohibición expresa de la práctica precedente de favorecer a quienes ya contrataban previamente...–, y tiene su plasmación en el ámbito social con la generalización de la cuota social plana, aunque genere las mismas dudas de aplicación que aquellas, como se ha visto.

Tampoco en el ámbito socio-laboral, pues, podría decirse que esta segunda Ley de Emprendedores no sea perniciosa, sino solo insuficiente, pues contiene algunas modificaciones muy peligrosas, sea de forma efectiva lo sea de manera potencial. Esta Ley presupone un diagnóstico

erróneo, el que identifica los males de nuestra economía como un «problema de sobrecostes en la oferta», de ahí que siga viendo, como en la Ley 3/2012, todo lo laboral como un coste que hay que reducir, cuando sin duda el problema fundamental es de falta de demanda, especialmente en un país que vive de la demanda interior, donde tres de cada cuatro puestos de trabajo dependen de ello y, en consecuencia, no es la multiplicación de la «oferta de emprendedores» lo que encierra la solución, sino la ampliación de la «demanda interna», y con los ajustes en las políticas públicas y en los salarios es imposible reflotar la economía para lograr ese impulso.

Además de falsas soluciones, se ha aprovechado esta nueva «Ley portaaerones», «hecha de recortes» y «parches» en diferentes leyes, para impulsar nuevos retrocesos importantes en derechos socio-laborales. Por ejemplo, la reforma de la LPRL va a suponer –ya les adelanto– un incremento de esos riesgos y muy probablemente de la siniestralidad en los centros de trabajo. O bien se recurre también, pese a la crítica del Tribunal Constitucional al respecto, a la fórmula de utilizar las enmiendas a las leyes para incorporar cosas que no tienen nada que ver con las leyes que se aprueban pero que les interesa introducir como cambios legislativos, o como un «mensaje a navegantes», como el caso del «trabajo voluntario deportivo». Eso sí, en su fondo esconde una permisividad con alternativas no laborales a la actividad, un hilo conductor presente en un buen número de temas incorporados en la Ley y aquí analizados en el ámbito laboral.

Hemos visto como mucho emprendimiento sigue siendo en realidad autoempleo obligado por la crisis. No voy a ser yo quien niegue que el «espíritu empresarial» del discurso dominante –financiero, institucional, mediático...– vaya haciéndose su hueco, pero el estudio científico –la razón–, no el mito, el pensamiento mágico –incluso el «neorrealismo mágico»–, ponen de relieve que ni se ha traducido todavía en un incremento de la actividad económico-productiva real ni el nuevo marco regulador es el comprometido para configurar un auténtico estatuto promocional del emprendimiento.

Como indican los expertos en este tema más sensatos, estamos ante un «boom del emprendimiento», con cambios reales pero también con muchos tópicos falsos, por lo que no solo hay mucho de «moda» pasajera sino también de peligro: «... este boom conlleva el peligro que conlleva todo boom: que hay una parte de burbuja y que la gente se crea que emprender es fácil, que todo el mundo vale para ello y que este auge implica que todo proyecto va a salir bien... La gente puede acabar tomándose a broma, cuando emprender es muy difícil. Hay que estudiar mucho el modelo de negocio y hacer estudios de viabilidad»⁵⁵. Pero puede ocurrir algo peor y es que esas personas arriesguen –más bien porfien– todos sus ahorros, con inclusión de las prestaciones por desempleo y sus indemnizaciones de despido, en un proyecto que tiene más papeletas para

⁵⁵ Vid. Luisa Alemany, directora del Instituto de Emprendimiento de ESADE. Se incluye en el bien elaborado artículo periodístico, con datos estadísticos y opiniones fundadas, en *El País*: «Mitos del "boom" emprendedor», http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/06/actualidad/1383766164_765200.html

que se frustre que para lo contrario, sin que el prometido maná de las ayudas llegue, y si llegan o no serán suficientes o ya será demasiado tarde⁵⁶. El principal problema no es el primer crédito, sino mantener la financiación, ese es el gran caballo de batalla para el que los programas de ayuda «prometidos» no sirven.

En definitiva, «mucho título –cuento– para tan poca política y tan pocos recursos para apoyar la actividad económica de los emprendedores». Quizás sería mejor dejar de hacer leyes y que llegue el tiempo de la política de empleo, en todas y sus renovadas dimensiones. Por supuesto, también de una política fiscal más acorde con la justicia contributiva, y una política de fomento del crédito, por cuanto la realidad actual es que ha bajado más de un 7% el crédito en 2013 respecto del año 2012 y, como es evidente, si suben los impuestos y sigue sin haber crédito a tasas razonables, sobra «cualquier Ley de Emprendedores», pues se caen por su base los presupuestos materiales más relevantes. Otra cosa es para el fomento del empleo por cuenta propia, del autoempleo. Son las políticas de crecimiento económico y de mercado de trabajo cualitativas lo mejor que podría hacerse para el tejido empresarial, el empleo y los emprendedores, sin perjuicio de que en esta cuestión siempre haya algo de emocional, lo que no suele estar en las opciones de autoempleo propiamente dichas, aunque algo también⁵⁷.

En suma, y aunque creemos que es importante para la vida en tiempos difíciles «no dejar de soñar», una lección de realismo ante macro-leyes símbolo como la LEI ayuda a medir mejor su alcance. Un análisis detenido de sus diferentes medidas, en general, pero, por lo que aquí ha interesado o competido, en su dimensión socio-laboral, demuestra que, a menudo, todos estos mensajes de favor hacia la cultura emprendedora, por el favor del clima social y las bondades del nuevo marco institucional, resultan vacíos o están lejos de lo que realmente ocurre en el día a día. Y es que, en última instancia, pese a la imagen que quiere recrear, o más bien inventar, el legislador:

⁵⁶ La prensa da cuenta a diario de situaciones de este tipo. *Vid.* «De operarios despedidos a empresarios», artículo en el que se sintetiza la épica de un numeroso número de ex trabajadores de una planta de tableros de cuarzo para resucitar la empresa, que los echó tras una pelea judicial para que sus antiguos dueños no la recuperaran: «De empleados a propietarios. En cuatro palabras se resume una transición laboral que les ha costado dos años de angustias y pelea judicial para sacar adelante un proyecto que los aleja de la larga cola del paro. 39 de los 74 extrabajadores de Privilege, una planta que fabrica tableros de aglomerado de cuarzo para encimeras de cocina y baño en Narón, se han hecho con las riendas de su antigua empresa y apuran los trámites para volver a producir bajo el nombre de Seaquartz». La Administración gallega comprometió un crédito de 1,5 millones del que no han visto ni un euro. Apremian al Gobierno para que desbloquee un anticipo de 300.000 euros que necesitan para importar la piedra de Turquía e Israel y dar de alta la nave en Fenosa, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/11/09/galicia/1384023685_713998.html

⁵⁷ Se ha puesto de relieve que lo que cabe esperar, una vez pase esta interminable crisis, es que parte de esa cultura emprendedora permanezca. Pero «hay en el espíritu emprendedor puro algo muy emocional». Así lo expresan múltiples emprendedores, como una arquitecta que, sorteando diversas vicisitudes, logró sacar adelante un proyecto empresarial vinculado a su profesión. Y lo resume así cuando se le pregunta por las ventajas de ser emprendedor/a: «Lo mejor es sentir que está creando algo, es muy especial». En «Mitos...», *cit.*, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/06/actualidad/1383766164_765200.html

«Detrás del «emprendedor» (a menudo un mero auto-empleado añadido yo) no hay una especie de "superhéroe", sino una persona con hipoteca, con obligaciones económicas y con una realidad muy distinta a la que se suele pintar en esos mensajes vacíos sobre ello»⁵⁸.

De nuevo «El Dorado» para el emprendedor español tendrá que esperar a mejor tiempo. O quizás *ad calendas graecas*.

⁵⁸ Vid. <http://www.elblogsalmon.com/emprendedores/la-intrahistoria-de-una-ronda-de-financiacion-de-una-startup-cinco-lecciones-utiles>