

Propuestas normativas para el refuerzo del ecosistema emprendedor

Propuestas administrativas, laborales, mercantiles y fiscales

Coordinadores

SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
MARTA GARCÍA MANDALONIZ

Autores

M.^a TERESA ALAMEDA CASTILLO
JOSÉ MANUEL ALONSO
SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
EVA M.^a BLÁZQUEZ AGUDO
M.^a LUISA CASTAÑEDA PÉREZ
IGNACIO FERNÁNDEZ LARREA
MARTA GARCÍA MANDALONIZ
M.^a CARMEN DE GUERRERO MANSO
M.^a LUISA GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO
ELISA MOREU CARBONELL
ENRIQUE ORTIZ CALLE

Colaboradores

VÍCTOR DOMENECH IBÁÑEZ MARTÍN
RAFAEL GARRIDO RODRÍGUEZ
ADRIÁN HEREDIA IGLESIAS
SANTIAGO HIERRO ANIBARRO
CARLOS TRINCHANT BLANCO

PROPUESTAS NORMATIVAS
PARA EL REFUERZO DEL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR

Propuestas administrativas, laborales, mercantiles y fiscales

Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Marta García Mandaloniz
(Coordinadores)

Autores:

M.^a Teresa Alameda Castillo
José Manuel Alonso
Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Eva M.^a Blázquez Agudo
M.^a Luisa Castañeda Pérez
Ignacio Fernández Larrea
Marta García Mandaloniz
M.^a Carmen de Guerrero Manso
M.^a Luisa González-Cuéllar Serrano
Elisa Moreu Carbonell
Enrique Ortiz Calle

Colaboradores:

Víctor Domenech Ibáñez Martín
Rafael Garrido Rodríguez
Adrián Heredia Iglesias
Santiago Hierro Anibarro
Carlos Trinchant Blanco

DYKINSON

2021

Propuestas normativas para el refuerzo del ecosistema emprendedor. Propuestas administrativas, laborales, mercantiles y fiscales

© 2021 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-536-4
Depósito legal: M-15439-2021

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/32583>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Esta publicación (cerrada en abril de 2021) se enmarca dentro del Proyecto de Investigación PDI2019-105570-GB-100: “*La simplificación del Derecho de sociedades (IV): Competencia entre ordenamientos societarios en un mercado global*”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, bajo la dirección del catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Alcalá Santiago Hierro Anibarro.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
PARTE I. PROPUESTAS NORMATIVAS ADMINISTRATIVAS	17
Resumen	19
I. MEDIDAS PARA LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA	19
1. Algunas reflexiones generales a modo de introducción	20
2. Identificación de barreras regulatorias	21
2.1) Barreras en el plano normativo	21
2.2) Barreras regulatorias en el plano procedimental	22
2.3) Barreras en el plano interno (doméstico, organizativo)	22
3. Planteamiento de propuestas de mejora	22
3.1) Plano regulador	23
3.2) Plano procedimental	23
3.3) Plano organizativo	24
4. Experiencias “prácticas” de simplificación administrativa a nivel regulatorio, principalmente	25
5. Otras propuestas	25
II. PROPUESTAS DE MEJORA EN LA CONTRATACIÓN	26
1. Identificación de barreras regulatorias	26
2. Planteamiento de propuestas de mejora	29
2.1) Utilización generalizada y difusión de las consultas preliminares del mercado con carácter previo a la elaboración de los documentos de contratación	29
2.2) Entender el contenido de los pliegos, lo cual se ve claramente dificultado por su extensión, vocabulario técnico y complejidad	30
2.3) Complejidad en la tramitación. Necesidad de utilizar diversos perfiles de contratante y distintas plataformas de contratación	31

2.4) Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica	31
2.5) Formas y plazos de pagos	32
2.6) Lotes	32

PARTE II. PROPUESTAS NORMATIVAS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	33
---	----

Resumen	35
---------------	----

I. EMPRENDIMIENTO COMO EMPLEO: PROPUESTAS EN MATERIA DE RÉGIMEN PROFESIONAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRBAJO AUTÓNOMO	36
--	----

1. El régimen profesional del trabajo autónomo: de dónde venimos y adónde vamos	36
2. Trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena: a cada uno lo suyo	40
3. Espacios por donde avanzar en materia de autoempleo individual y colectivo	42
4. ¿Sabré ser emprendedor?: Formación y acompañamiento (<i>mentoring</i>)	45
5. Hacia la casi integración de la protección social de los trabajadores autónomos	48
6. Cotización libre <i>versus</i> cotización según ingresos reales	52
7. El camino inacabado hacia la convergencia de la protección	54
8. La presunción de fraude en la delimitación del concepto de accidente de trabajo	57
9. La jubilación anticipada, la limitación en la jubilación parcial y otros beneficios por razón de la edad	58
10. La jubilación y el desarrollo compatible con la actividad del trabajador autónomo	60

II. ALGUNAS OTRAS CUESTIONES QUE VALORAR EN EL INICIO DE LA ACTIVIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL	62
---	----

1. Introducción	62
2. Forma y plazos de inscripción	64
3. Contratación eventual	66
4. Jornada irregular. Preaviso	68
5. Convenios de empresa	68
6. Expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor	69

PARTE III. PROPUESTAS NORMATIVAS MERCANTILES Y FINANCIERAS	71
Resumen	73
I. FASE DE INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	76
1. Extensión y adaptación del sistema CIRCE (PAE) para una rápida constitución electrónica de las sociedades mercantiles	76
1.1) Extensión del sistema CIRCE	77
1.2) Adaptación del sistema CIRCE para una rápida constitución societaria	78
2. Algoritmo para la obtención de la denominación social	82
3. Problemas prácticos que plantea la exigencia del NIE y NIF para administradores y socios: propuestas de reforma	82
4. Simplificación del régimen jurídico-societario para las pymes: propuesta de una sociedad simplificada	86
4.1) Reducción o eliminación del capital social mínimo legal	87
4.2) “Cláusula de finalidad general”	89
4.3) Sociedad simplificada para las pymes	89
4.4) Sociedad simplificada para las empresas sociales	90
5. Reforma de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) para su utilidad práctica	91
5.1) Limitación de la responsabilidad mediante patrimonio separado y afectado	93
II. FASE DE DESARROLLO Y FINANCIACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	94
1. Retribución de los consejeros: reforma para garantizar la seguridad jurídica	94
2. Financiación de la empresa: inversión y desinversión	97
2.1) Cuestiones en los aumentos de capital: necesidad de desembolso total de la prima de emisión y derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital por compensación de créditos	98
2.2) La reducción de capital como medio de restitución de las aportaciones	99
2.3) Mejoras en la regulación de la financiación participativa (<i>crowdfunding</i>)	100
2.4) Reforma de la regulación de las acciones y participaciones sin voto	101

III FASE DE LA EXTINCIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	101
1. Adaptación del sistema de refinanciación e insolvencia para las pymes y los emprendedores	101
1.1) Objetivación del concepto de “insolvencia”	101
1.2) Implantación de procedimientos pre concursales aptos para pymes y emprendedores	102
1.3) Unificación de la información respecto a la solicitud de designación de mediador concursal	103
1.4) Simplificación de la solicitud inicial	104
1.5) Sujeción al beneficio de justicia gratuita de la asistencia letrada en la fase previa a la mediación	105
1.6) Estabilidad de la medida provisional asociada a la falta de designación de mediador concursal	106
1.7) Comunicación por el registrador a los juzgados de la ejecución	106
1.8) Exención de arancel registral	107
1.9) Sujeción directa del crédito público al acuerdo extrajudicial de pagos	107
1.10) Regulación legal del “pre pack” para el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP)	108
2. Mejora del sistema de segunda oportunidad para los empresarios	109
2.1) Posibilidad de establecer un fondo patrimonial separado	109
2.2) Innecesariedad del acuerdo extrajudicial de pagos cuando no hay masa	110
2.3) Inclusión del crédito público en el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI)	110
 PARTE IV. PROPUESTAS NORMATIVAS FISCALES	 113
Resumen	115
 I. INTRODUCCIÓN: PROPUESTAS FISCALES PARA EL IMPULSO A LA CREACIÓN Y EL CRECIMIENTO EMPRESARIAL	 119
 II. FASE DE INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	 120
1. El tratamiento fiscal de los <i>business angels</i> en la imposición sobre la renta de las personas físicas	120
2. Reducción por inicio de actividad empresarial por autónomo	123
3. Beneficios para las entidades de nueva creación en el Impuesto sobre Sociedades	125

4. Neutralidad/diferimento de la tributación en el IRPF por la aportación de bienes no afectos a actividades económicas, cuando la entidad receptora los vaya a afectar a actividades económicas	130
III. FASE DE DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	131
1. La irregularidad de la actividad económica en la determinación del rendimiento neto del emprendedor persona física	132
2. La ampliación de los gastos deducibles en el cálculo del IRPF o del IS	134
3. La reintroducción de la deducción por reinversión de los beneficios empresariales y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios	136
4. Revisión de la regla de valoración de las retribuciones para las sociedades profesionales	137
5. Revisión de la corrección de la doble imposición por dividendos o por ganancia derivada de la transmisión de participaciones	138
6. Eliminación del régimen fiscal de operaciones vinculadas para pymes en relación con operaciones realizadas entre entidades residentes en España	139
7. Mejora de la deducibilidad de las retribuciones de socios y administradores	141
8. Aumento de la reserva de capitalización para empresas de nueva creación	142
9. Revisión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) o plusvalía municipal	142
10. La actividad emprendedora y el Impuesto sobre el Valor Añadido	143
ANEXOS	147
ANEXO I. Experiencia práctica en el PAE virtual	149
ANEXO II. Tabla NIF/NIE	152
ANEXO III. Experiencia práctica con la información respecto a la designación de mediador concursal obrante en las páginas web de los Registros Mercantiles	154

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Española de la Administración Tributaria.
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos.
Art.	Artículo.
BEPI	Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CCC	Código de Cuenta de Cotización.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
CIE	Cooperativa de Impulso Empresarial.
CIRCE	Centro de Información y Red de Creación de Empresas.
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas.
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
DGT	Dirección General de Tributos.
Dir.	Director/a.
DNI	Documento Nacional de Identidad.
DUE	Documento Único Electrónico.
ERL	Emprendedor de Responsabilidad Limitada.
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FP	Formación Profesional.
FUNDAE	Fundación Estatal para la Formación en el Empleo.
IAE	Impuesto de Actividades Económicas.
IIVTNU	Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.
IS	Impuesto de Sociedades.
ITPyAJD	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
LC	Ley Concursal.
LCAnd	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas.
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público.
LETA	Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades.
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
MESS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
NIE	Número de Identidad de Extranjero.
NIF	Número de Identificación Fiscal.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
PAE	Punto de Atención al Emprendedor.
PASAP	Plan de Asesoramiento para el Mantenimiento del Empleo Autónomo.
PGC	Plan General de Contabilidad.
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas.
RD	Real Decreto.
RDCyP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
RR. DGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
S. Com. por A.	Sociedad Comanditaria por Acciones.
SA	Sociedad Anónima.
SAS	Sociedad por Acciones Simplificada.
SATAN	<i>Security Administrator Tool for Analyzing Network.</i>
SLFS	Sociedad Limitada de Formación Sucesiva.
SLL	Sociedad Limitada Laboral.
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
SRC	Servicio Certificación de los Registros.
SRL/SL	Sociedad de Responsabilidad Limitada / Sociedad Limitada.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STT-CIRCE	Sistema del Tramitación Telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TRADE	Trabajador Autónomo Dependiente.
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
UTE	Unión Temporal de Empresa.
VUE	Ventanilla Única Empresarial.

INTRODUCCIÓN

En un contexto económico y social transformado y debilitado por la profunda crisis derivada de la COVID-19, el impulso al nacimiento y el mantenimiento de las empresas es una pieza esencial para el fortalecimiento de un ecosistema emprendedor que sea capaz de contribuir al crecimiento de la economía y del empleo.

Un entorno emprendedor próspero e innovador podría ser facilitado por un derecho no obstaculizador, sino incentivador de la iniciativa y la actividad empresarial. Para facilitar la creación y el crecimiento empresarial (no solo en la fase COVID) hay que tratar de identificar cuáles son las trabas jurídicas que entorpecen o ralentizan la creación de las nuevas empresas y la consolidación de las pequeñas. La identificación de los obstáculos innecesarios, para tratar de eliminarlos, enlaza con la identificación de posibles incentivos, para proponer y animar su implementación. En esta tarea de identificar las trabas regulatorias innecesarias, a eliminar, y los incentivos, a proponer, conviene que haya una relación estrecha entre el derecho privado y el público.

Con el ánimo de favorecer desde el derecho público y privado un próspero ecosistema emprendedor, un grupo de autores, expertos juristas (abogados, notarios y profesores universitarios), plantea –en el documento que desde estas líneas introductorias presentan los coordinadores– una serie de propuestas normativas en las áreas principales que afectan a la actividad empresarial, esto es, la administrativa, la laboral y de la Seguridad Social, la mercantil, la financiera y la fiscal.

El planteamiento de las propuestas normativas que, en esas áreas jurídicas, hacen los autores viene precedido de un debate abierto con un grupo de emprendedores, abogados y profesores que, a modo de colaboradores, mostraron sus pareceres sobre las dificultades con que se topan las pequeñas empresas: desde la creación hasta la expansión y, en su caso, la transmisión o la extinción de la empresa.

Con un doble enfoque constructivo e interdisciplinar, los autores y los colaboradores han puesto en el punto de mira de su debate y trabajo de análisis a las nuevas y pequeñas empresas. El objetivo final ha sido trazar propuestas regulatorias específicas focalizadas en las pequeñas y medianas empresas

(pymes) para intentar allanar su camino no solo con vistas a nacer y sobrevivir, sino también a crecer y expandirse dentro y fuera de nuestras fronteras.

La esperanza y confianza es que un derecho privado potenciador, en combinación con un derecho público simplificado e incentivador, pueda ser capaz de no obstaculizar ni ralentizar, sino de incentivar los proyectos y las actividades económicas tanto de las pequeñas empresas maduras como de las empresas emergentes. De las pymes de cualquier sector y, en especial, de las nuevas empresas innovadoras con alto potencial de expansión, para contribuir a su despegue en esta moderna era de la digitalización. En el presente contexto de crisis económica, también del impulso del emprendimiento de los colectivos menos favorecidos para que establezcan y mantengan sus negocios, como fórmula de autoempleo y de empleo.

La legislación aplicable a las pymes debería ser clara y simple para su bajo coste de entendimiento y cumplimiento. Con una perspectiva coordinada entre el derecho privado y el público que afecta a las pequeñas empresas puede contribuirse a la claridad y la simplificación de la regulación que les afecta en los diversos momentos de su desarrollo: nacimiento, expansión, transmisión, disolución y, en su caso, segunda oportunidad. No se trata de producir más o menos derecho, sino un mejor derecho.

El grupo de expertos ha identificado aquellas áreas que, a su juicio, son susceptibles de requerir una mejora normativa. El reto hasta este momento ha sido redactar propuestas normativas específicas que tengan la potencialidad de promover el nacimiento y el crecimiento de las empresas de menor dimensión. El siguiente desafío será dar amplia difusión a esta publicación entre juristas, empresarios, inversores, asociaciones empresariales u organizaciones sindicales, además de autoridades públicas, para extender el debate jurídico. En juego está contribuir desde el derecho a promover y fortalecer un ecosistema emprendedor competitivo e innovador en una época marcada por una severa crisis económico-social y una acelerada digitalización.

PARTE I

Propuestas normativas administrativas

Resumen

La simplificación es un objetivo que aparece con frecuencia en los textos jurídicos y, muy especialmente, en los vinculados con el funcionamiento de las administraciones públicas. Se habla de conseguir una Administración más eficiente, más cercana al ciudadano, más simple.

Parece que todos tenemos claro que la simplificación administrativa, entendida como la reducción o eliminación de las barreras y cargas, contribuye a generar actividad económica, favorece la competitividad empresarial y dinamiza la sociedad.

Es evidente que el sector empresarial sitúa las trabas burocráticas como uno de los principales obstáculos para su implantación y crecimiento. Aunque tampoco hay que perder de vista que influyen otros frenos casi al mismo nivel, como la falta de financiación o la carencia de formación.

Por otro lado, la contratación pública es conocida por su alto grado de complejidad, la cual afecta de manera clara a la participación de las pymes en este tipo de procesos. Entre las prioridades de la Unión Europea, especialmente desde la aprobación del tercer paquete de directivas, está facilitar la participación de las pymes en la contratación pública. Así se refleja en el Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

La pandemia del COVID-19 –con la crisis social, económica y global que ha provocado– ha acelerado algunas herramientas de simplificación, aunque de forma apresurada y sin la suficiente planificación.

I. Medidas para la simplificación administrativa¹

- Sumario:* 1. Algunas reflexiones generales a modo de introducción.
2. Identificación de barreras regulatorias. 2.1) Barreras en el plano normativo.
2.2) Barreras regulatorias en el plano procedimental. 2.3) Barreras en el plano

¹ Las medidas de simplificación administrativa han sido propuestas por M.^a Carmen de Guerrero Manso (carmeng@unizar.es) y Elisa Moreu Carbonell (emoreu@unizar.es), ambas profesoras titulares de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza.

interno (doméstico, organizativo). 3. Planteamiento de propuestas de mejora. 3.1) Plano regulador. 3.2) Plano procedimental. 3.3) Plano organizativo. 4. Experiencias “prácticas” de simplificación administrativa a nivel regulatorio, principalmente. 5. Otras propuestas.

1. Algunas reflexiones generales a modo de introducción

La simplificación es un objetivo que aparece con frecuencia en los textos jurídicos y, muy especialmente, en los vinculados con el funcionamiento de las administraciones públicas. Se habla de conseguir una Administración más eficiente, más cercana al ciudadano, más simple.

Parece que todos tenemos claro que la simplificación administrativa –entendida como la reducción o eliminación de las barreras y cargas– contribuye a generar actividad económica, favorece la competitividad empresarial y dinamiza la sociedad.

El mantra de la simplificación lleva entre nosotros, al menos, desde 2006. En concreto, desde la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (conocida como “Directiva de servicios”), que ordena a los Estados miembros la eliminación de regímenes de autorización previa, la simplificación de procedimientos y trámites administrativos, la reducción de cargas administrativas, además de la creación de ventanillas únicas y el recurso a las nuevas tecnologías.

Aunque se ha avanzado mucho, seguimos con esquemas heredados. Los objetivos de la simplificación chocan con un aparato burocrático rígido. También resulta difícil coordinar procedimientos cuyas competencias están dispersas en los territorios autonómicos.

La pandemia de COVID-19 –con la crisis social, económica y global que ha provocado– ha acelerado algunas herramientas de simplificación, aunque de forma apresurada y sin la suficiente planificación.

Por otro lado, la simplificación administrativa en determinados sectores económicos plantea interrogantes por la falta de reflexión del legislador cuando prima la liberalización sobre la seguridad de los consumidores y usuarios, el medio ambiente o la calidad de los servicios.

Es evidente que el sector empresarial sitúa las trabas burocráticas como uno de los principales obstáculos para su implantación y crecimiento. Aunque tampoco hay que perder de vista que influyen otros frenos casi al mismo nivel, como la falta de financiación o la carencia de formación.

No olvidemos que la administración pública es el brazo ejecutor del poder ejecutivo, que su objetivo es la búsqueda del interés general y que no podemos sacrificar garantías constitucionales (imparcialidad, igualdad, participación) por fines de simplificación que podrían beneficiar únicamente a ciertos sectores económicos.

Parece muy ilustrativo el preámbulo de la reciente Ley aragonesa 1/2021, de simplificación administrativa:

“Es recurrente la demanda social y empresarial de simplificar y agilizar la acción y el funcionamiento de la Administración pública, especialmente en tiempos de crisis. También la propia Administración y sus gestores son conscientes de las posibilidades de mejora de sus procesos y, con excesiva frecuencia, de las deficiencias regulatorias que están en la base de muchos de los problemas detectados. Sin embargo, tal propósito, sin duda loable, no debe suponer, ni razonablemente pretender, la desaparición de la Administración, su retranqueo hasta espacios que le hagan imposible cumplir con su función constitucional de servicio al interés general, como si de un artefacto molesto o inútil se tratase. Con la simplificación administrativa, en su triple vertiente regulatoria, organizativa y procedimental, no se trata, por tanto, de imponer, so pretexto del logro de una mayor agilidad, menos Administración, sino de exigir mejor Administración.”

2. Identificación de barreras regulatorias

Observamos un triste cortoplacismo y una falta de estrategia integral a tres niveles: normativo, de procedimientos y organización.

2.1) Barreras en el plano normativo

El plano normativo está mucho más avanzado que el ejecutivo (procedimiento) y el orgánico (plano interno). Pero los principios de buen gobierno y buena administración, entre muchos otros, no pueden quedar en meras declaraciones programáticas.

Hay disparidad de regulación y procedimientos entre administraciones y territorios.

No basta con reconocer los derechos y regularlos: administrar mejor obliga a estar en condiciones de ofrecer respuestas eficaces y a rendir cuentas de forma transparente.

La ciudadanía exige al sector público soluciones rápidas, eficaces y eficientes a las nuevas necesidades sociales. Esto es especialmente grave en tiempos de crisis, como la actual, donde la incertidumbre impacta tanto como la propia pandemia.

2.2) Barreras regulatorias en el plano procedimental

Los procedimientos administrativos son lentos y sin coordinación.

Hay una excesiva aportación de documentación, incluso cuando ya obra en poder de la Administración.

Se produce un retraso en la Administración electrónica, y paradójicamente, la Administración electrónica se convierte en un obstáculo (no solo su vertiente positiva).

La obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la administración puede ser también un obstáculo para los ciudadanos. Debe ir acompañado de una mejora en el plano tecnológico que alcance a toda la población.

2.3) Barreras en el plano interno (doméstico, organizativo)

No se puede gestionar eficaz y correctamente con una administración obsoleta. Pero la “modernización de la administración” es una expresión gastada por su uso gratuito y sus escasos resultados

Hay una deficiente formación de los empleados públicos y rigidez en la carrera profesional.

Falta movilidad del personal.

Buena parte de la actividad económica que ejercen los ciudadanos y las empresas requiere la intervención de los ayuntamientos. Es necesario que los entes locales tengan un papel esencial, como administración responsable de la gestión de muchos procedimientos relevantes para las empresas, sobre todo de las pymes.

3. Planteamiento de propuestas de mejora

Las políticas de simplificación administrativa solo serán eficaces si se conciben y ejecutan holísticamente en tres ámbitos: normativo, procedimental y organizativo. Es necesaria una planificación integral, como hemos dicho.

3.1) *Plano regulador*

Mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda Administración pública moderna, que debe ser proactiva y no meramente reactiva. Así, el conocido principio “*better and smart regulation*” aspira a una mayor seguridad jurídica, eliminando cualquier burocracia innecesaria.

3.2) *Plano procedimental*

Conviene desarrollar las competencias propias en materia de procedimiento administrativo, dentro del margen de actuación que deja la competencia exclusiva del Estado, a través de:

1. Reducción de plazos de resolución e informes.
2. Coordinación interna de órganos implicados en un mismo procedimiento (ventanilla única).
3. Reducción de obligaciones de aportación de documentación.
4. Efectividad del derecho a no aportar documentación cuando la Administración dispone de ella o pueda obtenerla de otras Administraciones. Sustituirla por declaraciones responsables.

Son necesarios mecanismos simplificados de gestión: sustitución de autorizaciones previas por declaraciones responsables o comunicaciones y la implantación efectiva del silencio positivo; propuestas ambas que vienen impuestas por el Derecho de la UE.

Es conveniente el impulso del expediente electrónico (“cero papel”) y, en general, de la Administración electrónica (sistemas de identificación electrónica, registros, etc.). La pandemia de COVID-19 ha acelerado esta transformación digital, tanto del sector público como privado, pero no basta con la utilización de las tecnologías y las herramientas digitales en la digitalización de los procesos. Hay que transformar la gestión pública, y acabar con las malas prácticas y las resistencias al cambio.

El tratamiento automatizado de datos es un instrumento indispensable para la gestión pública. Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Valencia introdujo en 2017 el “*Security Administrator Tool for Analyzing Network*” (denominado SATAN). Se trata de un *software* de dominio público que cruza bases de datos de la Administración para generar alertas sospechosas y detectar casos de corrupción.

Hay que impulsar el procedimiento administrativo simplificado, previsto en el artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Se caracteriza por la reducción de los plazos y la eliminación de trámites no esenciales, cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento lo aconsejen. Conviene concretar/regular estos aspectos.

Se propone la homogeneización y reducción de los procedimientos administrativos, tanto sectorial como territorialmente. Y facilitar la gestión coordinada de los procedimientos (ventanillas únicas). Para ello, es necesaria una evaluación permanente de la agilidad de los procedimientos y una inspección eficaz y bien dotada de medios económicos y personales.

Conviene simplificar el lenguaje de los documentos y la información administrativa.

Cabe proponer utilizar los conocimientos de las ciencias conductuales para mejorar la eficacia de la gestión pública y promover el cumplimiento voluntario de las normas.

Es necesaria la gestión coordinada de los procedimientos cuando las competencias se ejerzan por diferentes Administraciones públicas, por ejemplo, autonómica y local.

3.3) *Plano organizativo*

En el plano organizativo se propone promover la formación de los empleados públicos. Para estimular el compromiso de los empleados se pueden conceder menciones honoríficas y premios (*nudges*) que tengan reflejo en su carrera profesional.

Se debe exigir mayor capacitación y flexibilidad del empleado público, con modelos de formación e incentivos que promuevan la capacidad de respuesta en la toma de decisiones.

La Administración no debería seguir anclada en un plano exclusivamente funcional o departamental, porque hay que adaptarse al desarrollo de trabajos por proyectos transversales. Se debe optar por fórmulas organizativas de carácter horizontal y no vertical /jerárquica.

Hay que repensar también los sistemas de selección de empleados públicos. Al respecto, es conveniente que las Administraciones públicas creen órganos especializados en la organización administrativa para la simplificación, con personal altamente especializado. Así lo prevé la Ley aragonesa 1/2021,

que crea una comisión de simplificación administrativa para asesorar y realizar propuestas, entre otras funciones.

Desde aquí también se propone fomentar los convenios administrativos para la coordinación entre las Administraciones públicas.

También establecer mecanismos de atribución forzosa de funciones, si quiera temporal, para los empleados públicos, evitando rigideces en el puesto de trabajo.

Además, mejorar/agilizar/controlar los sistemas de cita previa, que no pueden convertirse en un obstáculo para acceder a los servicios administrativos.

4. Experiencias “prácticas” de simplificación administrativa a nivel regulatorio, principalmente

Aragón

Ley de simplificación administrativa (2021), novedosa en cuanto a su forma y objetivos, no tanto en cuanto a las herramientas para conseguirlos.

Ley de apoyo al emprendimiento (2019): crea la figura del mediador de emprendimiento y aborda medidas para la simplificación normativa y el ahorro tanto en los tiempos de constitución de una empresa como en los costes. Prevé la creación de una plataforma del emprendimiento y del trabajo autónomo como herramienta para el acceso único a la administración e impulsora de todas las actuaciones dirigidas a la puesta en marcha de una iniciativa empresarial.

Cataluña

Ley 16/2015 de simplificación de la actividad administrativa.

Castilla y León

Decreto-Ley 4/2020, de simplificación para la reactivación productiva.

5. Otras propuestas

1. “*Ventanilla única empresarial*”: impulsada por las cámaras de comercio. Tiene por objeto el apoyo a los emprendedores en la creación de nuevas empresas, mediante la prestación de servicios integrados de

tramitación y asesoramiento empresarial. Pero no es un servicio público, sino una herramienta informativa. No obstante, está prevista en algunas leyes autonómicas de simplificación, como la catalana.

2. “*Carta de Derechos Digitales*”: presentada en 2020 y en fase de consultas públicas.
3. *Año 2021*: el Gobierno anunció la creación de una “unidad jurídica de élite” formada por “cinco grandes despachos” y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), con la finalidad de promover una serie de reformas legales para hacer más efectiva la tramitación de las ayudas europeas, sobre todo, en el plano de la contratación pública y de la gestión de las subvenciones. En este proyecto se intuyen las ineficiencias de la organización administrativa actual, pero la solución no pasa por esta “externalización” de la simplificación y la gestión de fondos públicos.

II. Propuestas de mejora en la contratación²

Sumario: 1. Identificación de barreras regulatorias. 2. Planteamiento de propuestas de mejora. 2.1) Utilización generalizada y difusión de las consultas preliminares del mercado con carácter previo a la elaboración de los documentos de contratación. 2.2) Entender el contenido de los pliegos, lo cual se ve claramente dificultado por su extensión, vocabulario técnico y complejidad. 2.3) Complejidad en la tramitación. Necesidad de utilizar diversos perfiles de contratante y distintas plataformas de contratación. 2.4) Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica. 2.5) Formas y plazos de pagos. 2.6) Lotes.

1. Identificación de barreras regulatorias

La contratación pública es conocida por su alto grado de complejidad, la cual afecta de manera clara a la participación de las pequeñas y medianas empresas en este tipo de procesos. Entre las prioridades de la Unión Europea, especialmente desde la aprobación del tercer paquete de directivas, está facilitar la participación de las pymes en la contratación pública.

² Apartados y subapartados redactados por M. Carmen de Guerrero Manso (carmeng@unizar.es) y Elisa Moreu Carbonell (emoreu@unizar.es), profesoras titulares de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza

Así se refleja en el Considerando 2º de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Efectivamente, se afirma que las pymes tienen un gran potencial de cara a la creación de empleo, el crecimiento y la innovación (Considerando 124º), por lo que “*es importante fomentar su participación en la contratación pública a través de las disposiciones pertinentes de la presente Directiva y de iniciativas a escala nacional*”.

Conforme a ello, a lo largo de la Directiva se apuntan algunos aspectos que resultan esenciales para potenciar que las pequeñas y medianas empresas puedan participar en la contratación pública. Entre estos aspectos clave, se menciona (Considerando 78º) que: “*Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes*”, en especial mediante la utilización del “*Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos*”, aprobado por la Comisión el 25 de junio de 2008, donde se propone dividir grandes contratos en lotes. Esta división puede hacerse de forma cuantitativa, de manera que la magnitud de cada lote se corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de forma cualitativa, adaptando los lotes a los gremios y sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las fases ulteriores de los proyectos. En coherencia con esta propuesta: se exige que los poderes adjudicadores justifiquen la decisión de no dividir los contratos en lotes o, incluso, en ciertas ocasiones se obliga a dividir los contratos en lotes. En línea con lo anterior, el Considerando 79º de la Directiva 2014/24/EU admite la posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar y el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador, por ejemplo, con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro.

La segunda gran barrera a la que alude específicamente la Directiva 2014/24/EU es la imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes (Considerando 83º). Por este motivo, se recuerda que los requisitos establecidos en los pliegos deben estar vinculados con el objeto del contrato y ser proporcionales. En relación con lo anterior se apunta a la carga excesiva que supone para una pyme la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección (Considerando 84º); carga administrativa que se reduce mediante la utilización del documento europeo único de contratación y con la utilización de e-Certis para facilitar el intercambio de certificados y otras pruebas documentales.

Junto a lo anterior, la Directiva también apunta la posibilidad, mucho menos detallada, de que los Estados miembros puedan establecer mecanismos que permitan el pago directo a los subcontratistas.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se hizo eco de este objetivo, de manera que ya en su Exposición de motivos se alude a la voluntad de promover la participación de las pymes, en concreto:

“Como medidas en beneficio de las pymes, se incluyen en este texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con lo que pasan a estar comprendidas dentro de su ámbito natural de aplicación; y se da un paso más allá al establecerse la obligación para el órgano de contratación, en los contratos que más frecuentemente acuden a la subcontratación, como son los de obras y de servicios de un determinado importe, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Además de las anteriores, se encuentran aquí como medidas de apoyo a las pymes todas las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas. Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas); y se incluye, de forma novedosa, como criterio de solvencia que tendrá que justificar el adjudicatario del contrato, el cumplir con los plazos establecidos por la normativa vigente sobre pago a proveedores, medida que pretende contribuir a que las pymes con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo.”

Vemos, por lo tanto, que tanto a nivel europeo como estatal se pretende promover la participación de las pymes en la contratación pública. Sin embargo, siguen existiendo algunos elementos que suponen una clara ba-

rrera para la participación de las pymes en la contratación pública. Son los siguientes:

1. Conocimiento y participación en las consultas preliminares del mercado.
2. Entender el contenido de los pliegos, lo cual se ve claramente dificultado por su extensión, vocabulario técnico y complejidad.
3. Complejidad en la tramitación. Necesidad de utilizar diversos perfiles de contratante y distintas plataformas de contratación.
4. Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica.
5. Demora en los pagos.

2. Planteamiento de propuestas de mejora

Con la finalidad de solventar las barreras para la participación de las pymes, se proponen las siguientes medidas, seleccionadas porque consideramos que serán muy efectivas y algunas de ellas no requieren de grandes modificaciones.

2.1) *Utilización generalizada y difusión de las consultas preliminares del mercado con carácter previo a la elaboración de los documentos de contratación*

Las consultas preliminares del mercado, reguladas en el artículo 115 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), son una herramienta muy útil para que los órganos de contratación puedan preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Entre sus múltiples aspectos positivos, conviene destacar que si las pymes participan en estas consultas previas podrán conocer mejor y de primera mano las necesidades que pretende licitar un órgano de contratación y podrán manifestar lo que consideren oportuno para que los pliegos sean más adecuados y proporcionados tanto al objeto del contrato como a la capacidades y posibilidades de las pymes.

Otra modalidad, no prevista expresamente en la LCSP pero que sería también de utilidad para las pymes, sería la elaboración de un mapa de demanda temprana, que permita a las pymes y al resto de operadores económi-

cos conocer desde una fase muy inicial las posibles licitaciones que va a llevar a cabo el órgano de contratación.

2.2) *Entender el contenido de los pliegos, lo cual se ve claramente dificultado por su extensión, vocabulario técnico y complejidad.*

Pese a no tratarse de normas en sentido estricto, los pliegos del contrato van a regir el mismo y, por lo tanto, sería preciso promover la redacción de pliegos conforme a los cánones de “*better and smart regulation*”. Entre otras posibilidades, sería conveniente lo siguiente:

- 1) Incluir siempre en el pliego un resumen del mismo, que permita de manera sencilla saber si la pyme cumple con los requisitos exigidos para presentarse a la licitación, sin que sea preciso leerse el documento entero.
- 2) Contener un índice paginado, que facilite la búsqueda de determinado contenido.
- 3) Incluir como anexo el informe final de la consulta preliminar del mercado, en el caso de que se haya llevado a cabo.
- 4) Incorporar otro anexo con las abreviaturas y/o una breve explicación de los conceptos esenciales.
- 5) Intentar reducir la extensión de los pliegos.

Junto a lo anterior, sería de gran utilidad realizar jornadas de presentación de los pliegos, una vez publicados, en las que pudieran participar todos los operadores económicos interesados. De esta manera, el órgano de contratación podría aclarar cuál es la necesidad que pretende solucionar, así como las condiciones en las que quiere lograr ese resultado, y las pymes y el resto de los operadores económicos podrían plantear las cuestiones que se les susciten. Además, en estas jornadas se podrían lograr alianzas entre los operadores económicos que, evitando prácticas colusorias, les permita presentar ofertas conjuntas, mediante solvencia integrada por terceros, en uniones temporales de empresa (UTE) o bajo otras modalidades, de manera que se aumente el número de ofertas presentadas. Esta posibilidad incidiría claramente en el interés general, ya que la mayor cantidad de ofertas ajustadas a las necesidades expresadas en el contrato facilitaría la obtención de unos mejores resultados.

2.3) Complejidad en la tramitación. Necesidad de utilizar diversos perfiles de contratante y distintas plataformas de contratación

La complejidad en la tramitación quizá se trate de uno de los aspectos más complejos de solventar, ya que las pymes que quieren contratar con diversos órganos de contratación deben lidiar con distintos perfiles de contratante, alojados en distintos soportes informáticos. Es cierto que todas ellas deberán estar alojadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas (CC.AA.), pero a los licitadores se les exige la interacción con cada uno de ellos.

En consecuencia, sería muy positivo que todos los sistemas fueran, al menos, similares. Junto a ello, es esencial seguir avanzando en la contratación electrónica, para que sea una realidad en todos los órganos de contratación.

2.4) Requisitos de solvencia económica, financiera y técnica

Como hemos visto, las exigencias de solvencia económica, financiera y técnica deben ser proporcionales al objeto del contrato, lo cual implica su adecuación a la cuantía y características del mismo. La LCSP (artículos 88 y 89) prevé diversas medidas para facilitar la participación de las empresas de nueva creación, que suelen ser pymes, mediante la acreditación de sus propios recursos (personal técnico, instalaciones, medios de investigación, medidas y certificados de calidad, muestras de sus productos...), en vez de aportar experiencia en contratos previos. Esta medida es de gran utilidad, ya que será muy complicado que una pyme, sobre todo si es de nueva creación, pueda presentar referencias de contratos anteriores.

Junto a lo anterior, resulta de gran utilidad la previsión de la LCSP de no exigir como solvencia financiera un volumen de negocio superior a una vez y media el valor estimado del contrato, además de excluir de este requisito en el caso de los contratos menores (118 LCSP) y de los procedimientos abiertos supersimplificados (159.6 LCSP).

Lo esencial, por lo tanto, será que efectivamente los órganos de contratación sigan estas recomendaciones generales y no exijan una solvencia innecesariamente alta.

2.5) *Formas y plazos de los pagos*

Uno de los aspectos que más puede afectar a las pymes que se plantean participar en una licitación pública es el plazo de pago de la Administración o, en caso de subcontratación, el plazo que se tome el adjudicatario del contrato para pagarle.

En este sentido, una medida que puede implementarse sería, en el caso de subcontratación, el pago directo por parte de la Administración al contratista.

Otra posibilidad sería que las Administraciones pudieran realizar pagos adelantados, bajo las modalidades de pagos parciales, abonos a cuenta o por hitos, condicionados a la realización de la prestación con determinados niveles de rendimiento y calidad, de manera que las pymes no deban asumir grandes desembolsos al inicio del contrato. Si esto no es posible, se deben articular vías de financiación en condiciones favorables para las pymes.

2.6) *Lotes*

Todo lo anterior puede y debe hacerse a la par que se diseñen los contratos en lotes, siempre que su naturaleza o su objeto lo permitan. Es decir, deberá preverse la realización independiente de cada una de las partes del contrato y podrá limitarse tanto el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador pueda presentar oferta como el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

En el caso de que concurran motivos válidos, el órgano de contratación podrá decidir la no división del contrato, pero en ese caso será necesario que justifique su decisión en el expediente (99.3 LCSP).

PARTE II

Propuestas normativas laborales y de seguridad social

Resumen

El mercado de trabajo integra hoy con normalidad prestaciones de servicios que se desarrollan por cuenta ajena y por cuenta propia. Aun con estatutos jurídicos diferentes y normas vertebradoras propias (Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley del Estatuto del Trabajo autónomo), desde hace 15 años se aprecian amplios espacios de convergencia en materia de garantías de trabajo y de protección social, tendencia que será creciente en los próximos años ante las nuevas realidades de trabajo.

Además, el trabajo por cuenta propia experimenta una interesante evolución y desarrollo de la mano del emprendimiento, las nuevas tecnologías y el trabajo digital. El desarrollo tecnológico es dinamizador del autoempleo, sin perjuicio de que no todo trabajo que genere la Economía digital será empleo autónomo. También hay espacio para el trabajo por cuenta ajena (con regulación idónea a través de una nueva relación laboral de carácter especial y reinterpretación del requisito de la dependencia). Cada uno habrá de ocupar su espacio y tener el régimen y las garantías jurídicas que le correspondan.

El potencial del emprendimiento como generador de riqueza y empleo (autoempleo y empleo para otros) es indiscutible y también lo es el riesgo asumido y las muchas dificultades de la puesta en marcha y mantenimiento de proyectos profesionales y económicos. Ante ello, el ecosistema emprendedor debería incorporar, entre otros, instrumentos en materia de costes (cotización), formas legales que colectivicen gastos y trámites (v gr. novedosas formas de Economía social), apoyo formativo y acompañamiento en las distintas fases (inicio, desarrollo, desaparición y cese de actividad).

En materia de protección social, el modelo español de trabajo autónomo goza de una significativa protección a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), reforzada, además, en las últimas reformas normativas. No obstante, ha de alcanzarse la total integración de todos los trabajadores autónomos en este régimen y la decisiva cotización en función de ingresos reales (tramos).

Por su parte, la convergencia en la protección con el Régimen General (como invitara el Pacto de Toledo en 1995) ha de ser una realidad, superando las diferencias entre cese de actividad y desempleo –incluyendo el cómputo recíproco de cotizaciones– y la menor protección en materia

de accidente de trabajo. En jubilación ha de seguir avanzándose en las formas de jubilación anticipada del autónomo (también la involuntaria) e incorporarse la jubilación a tiempo parcial, previa regulación, del trabajo autónomo a tiempo parcial.

I. Emprendimiento como empleo: propuestas en materia de régimen profesional y de protección social del trabajo autónomo³

Sumario: 1. El régimen profesional del trabajo autónomo: de dónde venimos y adónde vamos. 2. Trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena: a cada uno lo suyo. 3. Espacios por donde avanzar en materia de autoempleo individual y colectivo. 4. ¿Sabré ser emprendedor?: Formación y acompañamiento (*mentoring*). 5. Hacia la casi integración de la protección social de los trabajadores autónomos. 6. Cotización libre *versus* cotización según ingresos reales. 7. El camino inacabado hacia la convergencia de la protección. 8. La presunción de fraude en la delimitación del concepto de accidente de trabajo. 9. La jubilación anticipada, la limitación en la jubilación parcial y otros beneficios por razón de la edad. 10. La jubilación y el desarrollo compatible con la actividad del trabajador autónomo.

1. El régimen profesional del trabajo autónomo: de dónde venimos y adónde vamos

Las normas reguladoras del trabajo en España no se han preocupado por el trabajo autónomo hasta hace poco tiempo. El trabajo por cuenta propia o autoempleo ha sido un ámbito tradicionalmente reservado a la autonomía de la voluntad dirigiéndose el Derecho social hacia los asalariados. El cambio

³ Este primer epígrafe y sus correspondientes diez apartados, además del resumen de esta parte, han sido redactados conjuntamente por María Teresa Alameda Castillo, profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid (ORCID ID 0000-0002-9590-6053) y Eva María Blázquez Agudo, profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (en servicios especiales) de la Universidad Carlos III de Madrid.

se inicia con la designación en 2005 de la Comisión de expertos encargada de elaborar el Estatuto del Trabajo autónomo que vería la luz en 2007 (Ley 20/2007, de 11 de julio: en adelante, LETA). Esta norma recogería por primera vez en nuestro sistema jurídico un catálogo de derechos de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y marcaría un punto de inflexión en el entendimiento y la percepción del mismo. A partir de ese momento se empieza a ver como una realidad de trabajo paralela a la de los trabajadores por cuenta ajena a la que también han de aplicarse garantías y mecanismos de protección no iguales pero, en muchas ocasiones, inspirados en ellos y adaptados al trabajo autónomo. En sus casi 15 años de vigencia, la LETA convive con el Estatuto de los Trabajadores en la regulación del trabajo en el contexto actual de mercados de trabajo híbridos⁴.

Durante este tiempo, el trabajo autónomo se ve empujado por el emprendimiento y facilitado por las nuevas tecnologías. No en vano, normas posteriores sobre emprendimiento incorporan modificaciones en el régimen regulador del trabajo y la protección social de los trabajadores por cuenta propia (Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y Creación de Empleo; y Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internalización). Es, precisamente, esta segunda norma la que juridifica el concepto de “emprendedor” como *“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”*. Pese al empuje del emprendimiento, las normas aprobadas en años posteriores que modifican la LETA ya no recogen aquel término en sus rúbricas sino el tradicional de “trabajo autónomo” (Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del Trabajo Autónomo y de la Economía Social; y Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo).

Hoy, el trabajador autónomo se percibe como actor económico y como actor de empleo: el trabajador por cuenta propia crea su propio puesto de trabajo (autoempleo) y, además, puede crear trabajo para otros (asalariados)

4 La necesidad de protección y de un marco de garantías no es privativa del trabajo por cuenta ajena. SUPLOT hace 25 años ya aludía a que la protección de la seguridad física y económica del trabajador es un valor que comparten todas las formas de trabajo mediante contrato y ello presenta concreciones claras en materia de higiene y seguridad laborales, formación profesional o derechos de jubilación (“Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, nº 6, 1996).

y, en este sentido, resulta esencial que las normas que regulen aquella forma de empleo no pierdan de vista esa doble dimensión. Esto es, habrá que incorporar garantías dirigidas a sus necesidades como sujetos al frente de una organización productiva y también como trabajadores. Junto a ello, ha perdido el carácter marginal que presentaba en el pasado y opera con normalidad en mercados de trabajos de gran diversidad. El colectivo de trabajadores autónomos es, además (siempre lo fue), heterogéneo: profesionales, autoempleados individuales (con o sin trabajadores a su servicio) y colectivos (Economía Social), societarios, familiares colaboradores, TRADES (o trabajadores autónomos dependientes)... Aun así, ello no puede conducir a no centrar el marco regulador en base a las necesidades comunes del trabajo por cuenta propia, sin perjuicio de que a veces se incorporen adaptaciones para cierto tipo de autónomos o hayan de operarse concreciones sectoriales (en materia de formación, por ejemplo).

Otra singularidad del trabajo autónomo en la actualidad es la presencia creciente de trabajadores por cuenta propia que prestan servicios a empresas. La externalización, descentralización productiva, la empresa red, las nuevas formas de producir, retroalimentan al trabajo autónomo. Esto determina el requerimiento de nuevos espacios de protección para los trabajadores por cuenta propia y la necesidad de reformular la dependencia económica e ir más allá de los estrictos límites del TRADE definidos en el artículo 11 LETA. Por encima de una dependencia económica del 50%, la empresa cliente tiene capacidad de influencia real sobre las condiciones de desarrollo de la prestación de servicios del trabajador por cuenta propia (tiempo, modo) y más aún cuando este trabajo se lleva a cabo, en todo o en parte, en centros productivos de aquella.

El presente y la proyección del trabajo autónomo se ve marcado también por la Economía digital. Los trabajadores por cuenta propia son claves en el mercado de trabajo digital y la autonomía organizativa e independencia propias de este tipo de trabajo se adecúan especialmente bien al autoempleo. La crisis de las formas tradicionales de empleo da paso, con las nuevas tecnologías, a otras formas de trabajo a las que deberá otorgarse un marco de garantías del trabajo asalariado o del trabajo autónomo, según los casos (incluida la protección social). Esto es, cada uno habrá de ocupar el espacio que le corresponde, no pudiendo enmascarar con trabajo autónomo lo que, en realidad, es trabajo asalariado (falsos autónomos). En el trabajo a través de plataformas, habrá supuestos en los que junto a la existencia de la libertad de organización en el tiempo y lugar de trabajo, exista un sujeto virtual con aptitud de revestir

las notas de empresario laboral (empleador), capacidad premial y sancionadora y ajenidad en el mercado. En estos casos, las plataformas no son meras intermediarias sino que fijan las condiciones esenciales para la prestación del servicio y son titulares de los activos esenciales para la realización de la actividad –lo es la aplicación y no lo es la moto o bicicleta– (STS 25.9.2020). Pero hay trabajo digital más allá del sector *delivery* o reparto y, en otros supuestos, no podrá reconducirse al trabajo asalariado del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y a esa nueva interpretación de los rasgos de dependencia y ajenidad. Ahí habrá que aplicar las garantías de la LETA y la protección del trabajo autónomo (*vid. infra* 2).

Este trabajo autónomo digital ofrece ya un amplio abanico de oportunidades de empleo con gran flexibilidad y autonomía y permite, en muchos casos, el acceso al empleo de colectivos que tienen más dificultades de acceder al mercado de trabajo ordinario o que quieren compatibilizarlo con otras ocupaciones (formación, cuidados, otros trabajos...). Ahora bien, es este un rasgo del trabajo por cuenta propia y no solo del trabajo autónomo digital. Buena prueba de ello es que, en el último quinquenio, el trabajo autónomo de las mujeres viene experimentando un crecimiento mayor que el de los hombres. Existe también una brecha de género en el trabajo por cuenta propia (64,5/35,5), pero esta brecha se va reduciendo y en España es inferior a la media europea. El trabajo autónomo presenta un gran potencial para el empoderamiento femenino y el acceso a los recursos en condiciones de igualdad (neutralización del techo de cristal y suelo pegajoso, superación brecha salarial...). Por ello, las acciones normativas de fomento del trabajo autónomo han de incluir ejes de actuación específicos dirigidos al emprendimiento y autoempleo femenino. Las reformas en la LETA de 2015 y de 2017 incorporan reformas en esta línea, pero ha de avanzarse más en esta dirección atendiendo a las peculiares condiciones de la mujer autónoma y sus dificultades (acceso a la financiación [líneas específicas], redes profesionales, empleadora con asalariados –en su caso–, responsabilidades de cuidado...).

En todo este proceso de configuración y diseño de derechos de trabajo y de protección social de los trabajadores autónomos ha sido fundamental la presencia y acción de sus organizaciones representativas...Y así deberá seguir siendo, conformándose el diálogo social como pieza clave en el proceso de elaboración de normas del trabajo en todos los casos y, también, en el trabajo por cuenta propia. Junto a ello, habrán de constituirse instrumentos de concertación social institucionalizada, en particular, el Consejo del Trabajo Autónomo (previsto ya en la LETA desde 2007).

2. Trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena: a cada uno lo suyo

Una de las manifestaciones más claras de trabajo no decente es privar al trabajador del estatuto jurídico que legítimamente le corresponde⁵ y de sus derechos y garantías en función de las características del empleo que desarrolla. Por eso, las categorías deberán ser claras y definidas de forma precisa en la ley y, además, habrán de permitir la inclusión de nuevas realidades de empleo ante un mercado de trabajo y unas relaciones de producción en constante transformación.

El fenómeno del trabajo digital es ya una realidad innegable y puede ser una forma normal de trabajar en los próximos años. Por eso, las normas reguladoras del trabajo deben ser capaces de dotar de regulación y establecer garantías de trabajo y de protección social que podrán ser distintas (aunque similares) en función del tipo de trabajo prestado. Esto es, el trabajo digital podrá ser asalariado o por cuenta propia, según las condiciones de desarrollo del mismo.

En base a ello, resulta clave delimitar y clarificar a nivel normativo el espacio del trabajo asalariado a través de plataformas y del trabajo autónomo digital. En relación a los asalariados digitales, el referido criterio judicial ya fijado supone una nueva concepción y nuevos perfiles de la dependencia y ajenidad que quizás no encajen en el art. 1.1 ET. Sería un error encorsetar a los asalariados digitales del sector *delivery* en trabajadores por cuenta ajena ordinarios. Son trabajadores asalariados y está claro que el empresario digital asume la posición de empleador y, en consecuencia, ha de hacer frente a sus obligaciones en materia de trabajo, prevención de riesgos y protección social. Sin embargo, también presentan peculiaridades en su régimen de prestación de servicios y quizás este sea el mayor atractivo de este tipo de trabajo especialmente para personas que difícilmente accederían a otro tipo de empleo y o que, simplemente, no quieren hacerlo para poder atender a otras necesidades.

⁵ En el año 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible*, un plan de acción universal para la consecución de 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y, también, las 169 metas en que aquellos se subdividen. El ODS 8 “Trabajo decente y crecimiento económico” supone promover el crecimiento económico inclusivo, el trabajo y el empleo decente para todos. En abril de 2020 la ONU elaboró un marco para la respuesta a la COVID-19 partiendo de la base de que más allá de la respuesta inmediata a la crisis, la pandemia debería ser el impulso para mantener los logros conseguidos y acelerar la implementación de medidas pendientes desde hace mucho tiempo con el fin de encauzar al mundo hacia un camino de desarrollo más sostenible y hacer que la economía mundial sea más resiliente a futuras perturbaciones.

Por lo expuesto, se considera que los trabajadores por cuenta ajena digitales habrían de ubicarse entre las relaciones laborales de carácter especial del art. 2 del ET, algo que sería perfectamente posible con una declaración legal en este sentido (“*cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley*” [art. 2.1.I]) y con una regulación reglamentaria específica.

La opción por la regulación vía relación laboral de carácter especial de aquellas relaciones de trabajo que está claro que son por cuenta ajena pero que no encajan en el marco general del art. 1.1 ET, no es algo nuevo en el ordenamiento jurídico-laboral, de hecho, es la propia esencia de aquellas. Esto es, cuando una forma de prestación de servicios determinada presenta singularidades en el empleador, es atípico el lugar de prestación de servicios, la naturaleza de los trabajos es peculiar o se atenúa el requisito de dependencia, el régimen regulador se concreta, en bastantes ocasiones, en una relación laboral de carácter especial regulada y en un reglamento propio. En el caso del trabajo por cuenta ajena digital el empleador presenta particularidades y se atenúa el requisito de dependencia. De hecho, la independencia y autoorganización de este tipo de trabajos es una de sus notas más características y uno de los aspectos que más valoran los trabajadores que los desarrollan. No en vano, tras la referida sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, algunas asociaciones de *riders* ya han manifestado su temor a que la interpretación judicial condujera a una reforma normativa que los incluyera, a todos los efectos, en el art.1.1 ET⁶.

Cerrado ya este trabajo y en fase de publicación, el 12 de mayo de 2021 se publica el RD Ley 9/2021, de 11 de mayo, que modifica el Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (conocida como *Ley riders*). Esta norma –que entrará en vigor el 12 de agosto 2021– contiene un

6 En Francia, la Ley del Trabajo de 8 de agosto de 2016 introdujo en el Código del Trabajo una sección dedicada a los trabajadores que utilizan una “*plataforma de intercambio por vía electrónica*”, siendo expresamente calificados como trabajadores autónomos. Ahora bien, el art. L.7342.1 introduce la responsabilidad social de dichas plataformas cuando estas determinan las características (incluidos los precios) de la prestación del servicio proporcionado o del bien vendido. Es decir, que se tiende a equiparar su comportamiento al de un empleador convencional (Vid. CÉLÉRIER, S.: “Los trabajadores autónomos franceses como indicadores de las transformaciones del salariado. Hacia una homogeneización del espacio de los intercambios de trabajo”, en RIESCO-SANZ, A. [ed.]: *Fronteras del trabajo salariado*, Catarata, Madrid, 2020, p. 30).

artículo único que incorpora la Disposición adicional 23 al ET con el siguiente tenor: “*Se presume incluida en el ámbito de esta ley (ET) la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto y distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital*”. Por tanto, los riders se presumen asalariados. La opción legal, finalmente, sigue la línea de la citada Sentencia TS 25.9.2020 y se aparta un poco de la posición que mantenemos aquí. El RD Ley 9/2021 incorpora, además, una nueva letra d) en el art. 64.4 ET que establece el derecho de los representantes de los trabajadores de ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afecten a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

Ahora bien, como ya avanzamos, tal realidad y necesidad no nos puede hacer perder de vista otra también importante, cual es la del trabajo autónomo digital, un nicho de empleo para el emprendimiento y el autoempleo que requiere, asimismo, de atención⁷. Al art. 1 LETA se reconduciría el trabajo autónomo digital con las características allí recogidas que se apartarían de las del art. 1 ET y de la propuesta relación laboral de carácter especial de los trabajadores por cuenta ajena digitales. Estos autónomos digitales habrán de contar con todo el marco de derechos en materia de régimen profesional y de protección social de la LETA y del RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) y aquí, en los derechos de seguridad social, habrá que incorporar modificaciones importantes que están siendo sucesivamente pospuestas en las distintas reformas normativas (autónomo a tiempo parcial, replanteamiento del requisito habitualidad, cotización por tramos de ingresos [*vid., infra*]).

En otro orden de cuestiones y, en la línea apuntada anteriormente del autónomo con dependencia económica por encima de un determinado nivel, el art. 1 LETA habría de hacer referencia expresa al trabajo autónomo prestado

⁷ Véase: FUNDACIÓN COTEC, CAÑIGUERAL BAGÓ A.: *El mercado laboral digital a debate. Plataformas, trabajadores, derechos y workertech*, Fundación COTEC, 2019; CAÑIGUERAL BAGÓ, A.: *El trabajo ya no es lo que era, nuevas formas de trabajar, nuevas maneras de vivir*, Conecta, Barcelona, 2020.

a la empresa cliente y recoger un marco de derechos ligados a la situación de dependencia económica. Ello habría de llevar aparejado, junto al replanteamiento de esta, la reformulación de la figura del TRADE y la fijación de un marco de garantías en materia de derecho al descanso, garantías económicas, extinción injustificada y sus consecuencias, posibilidades de interrupción justificada y obligaciones preventivas.

3. Espacios por donde avanzar en materia de autoempleo individual y colectivo

En el actual contexto económico y tecnológico, el potencial del trabajo autónomo como autoempleo y como generador de empleo para otros y su proyección, son innegables. Ahora bien, el trabajo por cuenta propia no puede servir como paraguas de otras formas de trabajo que, con el objetivo de reducir costes, enmascaren vínculos jurídicos diferentes. El trabajo por cuenta ajena en régimen de dependencia y ajenidad ha de contar, siempre y en todo caso, con el estatuto jurídico protector del ET o de sus reglamentos específicos (en el caso de relaciones laborales de carácter especial). La realidad de los falsos autónomos también presente –desafortunadamente– en el nuestro mercado de trabajo ha de ser objeto de sanción en cualquier caso, pero su propia existencia nos lleva a plantearnos las motivaciones de los empresarios para recurrir a la fuerza de trabajo por esta vía fraudulenta. El traslado al falso trabajador autónomo del coste y riesgo de la actividad empresarial es evidente como ya ha ocurrido en algunos sectores de actividad (v gr. cárnicas).

No obstante, a veces, se da la situación contraria, los elevados costes al inicio de la actividad profesional (y también la falta de conocimientos, destrezas, la necesidad de acompañamiento...) hacen que para muchos emprendedores y trabajadores autónomos los comienzos sean extremadamente difíciles o, incluso, inasumibles (y ello a pesar de las tarifas reducidas de cotización a la Seguridad Social en esta fase). Estas dificultades llevan a que algunos emprendedores busquen otras fórmulas para poder desarrollar sus proyectos. Aquí aparece la figura del falso trabajador por cuenta ajena bajo el amparo de fórmulas cooperativas. También tenemos experiencias recientes en este sentido (cooperativas de facturación).

Curiosamente, en los casos referidos, los falsos autónomos y los falsos asalariados utilizan fraudulentamente el paraguas de las formas de economía social con el objetivo de reducir costes. El autoempleo colectivo opera aquí

como la cobertura para el desarrollo de actividades que son propiamente laborales o bien por cuenta propia, pero que formalmente no aparecen como tales. Tal como están diseñadas las formas de autoempleo colectivo está claro que aquellas realidades no encajan, pero si se avanzara en experiencias colaborativas y en vías de autoempleo colectivo podrían utilizarse también como forma de desarrollo del emprendimiento y del trabajo autónomo.

Algunas Comunidades Autónomas ya han puesto en marcha interesantes iniciativas en este sentido. Se trata de las cooperativas de impulso empresarial (CIE, en adelante) que se regulan por vez primera en la Ley andaluza de cooperativas (Ley 14/2011, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 5/2018, de 19 de junio, de Sociedades Cooperativas andaluza [LCAnd, en adelante]) y, posteriormente, en las leyes cooperativas de Cantabria, Cataluña y Extremadura⁸.

Partiendo del art. 93 LCAnd, los arts. 81 a 86 del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, (Reglamento de la LCAnd) perfilan su régimen jurídico. Las CIE definidas en la Ley andaluza son un tipo especial de cooperativas de trabajo asociado cuyo objeto social prioritario es canalizar, en el ámbito de su organización, la iniciativa emprendedora de sus socios, mediante la orientación profesional, la provisión de las habilidades empresariales precisas para el desarrollo de sus actividades, la tutorización de las mismas en los primeros años de su ejercicio o la prestación de determinados servicios comunes a las personas socias y proporcionarles un ámbito donde desempeñar regularmente su actividad profesional. En estas cooperativas pueden coexistir dos tipos de socios: los que prestan la orientación, formación, tutoría o servicios complementarios (que pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como sociedades civiles y comunidades de bienes y derechos) –socios de estructura– y los que son beneficiarios de dichas prestaciones, que habrán de ser personas físicas –socios usuarios–. También es posible que una misma persona física ocupe a la vez ambas posiciones. Si los estatutos sociales lo prevén y con las limitaciones que estos puedan establecer, los socios usuarios pueden ostentar un carácter intermitente, en cuanto desarrollen la actividad cooperativizada de manera esporádica o no constante.

Por tanto, las CIE canalizan la iniciativa emprendedora de sus socios usuarios mediante la orientación profesional, la provisión de habilidades, el

8 Ley de Cooperativas de Cantabria 6/2013, de 6 de noviembre (art. 130); Ley de Cooperativas de Cataluña 12/2015, de 9 de julio (disposición adicional tercera); y Ley de Sociedades Cooperativas de Extremadura 9/2018, de 30 de octubre (art. 172).

acompañamiento y la tutorización de sus proyectos empresariales y también mediante la cobertura estructural y de medios colectivos o mutualizados que les permita desarrollarlos bajo condiciones legales. En base a ello, un modelo de CIE se orientaría más hacia la formación y el acompañamiento de los aspirantes a emprendedores y el otro (que es el que ha tenido más desarrollo) a la prestación de servicios a estos⁹. Estos servicios estarán fijados en sus *Cartas de Servicios* y podrán consistir en tramitar el alta y baja en la Seguridad Social (en el Régimen General o en el RETA, según la opción de la CIE –en estatutos–), la firma de contratos, formar en prevención de riesgos laborales y evaluación de riesgos, asesoramiento fiscal y jurídico, facturación por parte de la cooperativa, gestión del cobro, coberturas legales necesarias, etc.

Un caso de éxito es el de la cooperativa SMART de gestión para proyectos creativos y culturales con 4500 socios en España (SMART Ibérica). Es ejemplo de CIE del sector cultural, cuyo modelo podría extenderse a otros sectores. Ahora bien, la cobertura legal hoy de esta figura es autonómica y no estatal y su efectiva proyección dentro de la legalidad va a depender, cuando exista, de la previsión de la Ley autonómica aplicable en función del territorio y de su eventual desarrollo reglamentario. La posibilidad de expansión en cualquier territorio pasaría, lógicamente, por la referencia en la Ley estatal de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio), sin perjuicio después de concreciones autonómicas.

En cualquier caso, las CIE realmente potencian el emprendimiento individual a través de la cobertura (paraguas) de una forma de Economía social legal, pero no son propiamente una fórmula de impulso del autoempleo colectivo como sí podrían ser las cooperativas de emprendedores. Estas suponen la integración de grupos de emprendedores como socios de la cooperativa que, a su vez, les presta determinados servicios. De momento, carecen de un marco jurídico de regulación específico y, sin duda, un diseño normativo propio contribuiría a potenciar este interesante instrumento de promoción del trabajo por cuenta propia, el autoempleo y los proyectos de emprendimiento¹⁰.

9 Vid. FAECTA (Federación Andaluza de Empresas Cooperativas de Trabajo): *Manual: Las Cooperativas Híbridas. Impulso a la creación de Cooperativas de Servicios Públicos y Cooperativas Mixtas. Nuevas fórmulas cooperativas recogidas en la Ley de Cooperativas Andaluza*, 2016. https://www.faecta.coop/fileadmin/documentos/PDF_FAECTA/Manual_Cooperativas_Mixtas_Completo.pdf

10 Sobre esta figura, vid. FAJARDO GARCÍA, G., ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, I.: “Las cooperativas de emprendedores y su contribución al emprendimiento en Economía social”, *CIRIEC España. Revista Jurídica*, nº 33, 2018.

4. ¿Sabré ser emprendedor?: Formación y acompañamiento (*mentoring*)

Las condiciones de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo pasan hoy por la formación tanto para trabajadores asalariados como para trabajadores por cuenta propia pero, además, para los trabajadores autónomos es casi una condición de su propia viabilidad, al situarse al frente de una actividad productiva y de un proyecto profesional.

La LETA reconoce en el art. 4.3 d) como derecho individual en el ejercicio de la actividad profesional del trabajador autónomo, el derecho a su formación y readaptación profesional. En esta línea, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral establece, como uno de los principios que rigen el sistema, el ejercicio del derecho individual a la formación y la garantía de igualdad en el acceso de los autónomos a una formación vinculada a las necesidades del mercado de trabajo. Además, el Real Decreto (RD) Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, (Ley de Empleo) recoge en el art. 40.3 que en el marco de la planificación estratégica del conjunto del sistema, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS), con la participación de las CC.AA., de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de las organizaciones representativas de autónomos y de la Economía Social, elaborará un escenario plurianual de la formación profesional para el empleo y desarrollará un sistema eficiente de observación y prospección del mercado de trabajo para detectar y anticipar los cambios en las demandas de cualificación y competencias del tejido productivo.

Pese a ello, la realidad ha sido la falta de participación de las organizaciones de autónomos en la detección, programación, diseño y difusión de las acciones formativas. Ello ha supuesto una falta de conexión entre la formación que los emprendedores y autónomos necesitan y la que se ofrece desde el sistema. A lo anterior se unía la falta de dotación en términos presupuestarios que llevaba a que los trabajadores por cuenta propia participaran en la formación profesional de manera muy deficitaria con respecto a sus necesidades (dotaciones presupuestarias singulares, fondos estructurales europeos...). A corregir tal realidad se dirige la esencial reforma del RD Ley 28/2018, de 28 de diciembre (para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo) que incorpora la cotización por formación profesional en el RETA (0,1%).

La apuesta económica y política por la formación profesional de los autónomos es ya una realidad. El *Plan de impulso a la formación profesional*

para el Trabajo autónomo y la Economía social, presentado en noviembre de 2020, ha sido dotado de 3,4 millones de euros y habrá de concretarse en un modelo de formación más amplio, sencillo, ágil y menos burocratizado. En sus contenidos, tiempos y duración, metodología, las acciones formativas de los autónomos habrán de adaptarse a las singularidades de su sistema de trabajo desde una premisa de flexibilidad. Además, habrán de dar respuestas a las distintas etapas de desarrollo de la actividad emprendedora, a las particularidades sectoriales y a la diversidad territorial (ámbito urbano/rural).

El mayor acceso a la formación ha de impulsar la modernización del trabajo por cuenta propia a través de la potenciación de la colaboración público-privada y de la mejora de la coordinación de los tres agentes implicados (autónomos, Administración y centros de formación). Ello pasa, además, por la mejora de las estrategias de comunicación y difusión de las convocatorias –muchos autónomos desconocen la existencia de acciones formativas– y podría completarse con el establecimiento de incentivos fiscales a la participación de los trabajadores autónomos en aquellas. Y en línea con la materialización del acceso de los autónomos a la formación bonificada a través de los créditos de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE) que debería ser una realidad desde el 1 de enero de 2020 (1 año después del inicio de la cotización obligatoria por formación profesional [1 enero de 2019]).

Junto a ello, sería oportuno incluir mejoras en la formación de oferta, como sustituir la anualidad actual por convocatorias con calendarios fijos y ofertas plurianuales que generaran estabilidad y certidumbre dejando las convocatorias anuales para dar respuesta a las necesidades específicas (v gr. digitalización [clave, hoy, en la subsistencia de muchos negocios]). Además, habría que ampliar los actores actuales incluyendo la red pública (centros integrados, centros públicos de formación profesional (FP), Centros de Referencia Nacional, centros de formación de adultos y Universidades públicas), así como centros tecnológicos, empresas y entidades de formación de reconocido prestigio que actualmente no acceden al sistema. Todas las entidades habrían de quedar recogidas en un registro nacional de entidades prestadoras de servicios de formación.

Por su parte, el requerimiento de flexibilidad en la formación profesional de los autónomos pasa también por el impulso de la teleformación o formación online (plataforma nacional única/CC.AA, plataforma MOOC...) como modalidad formativa más idónea para el trabajo autónomo reduciendo antes la brecha digital con planes específicos. En contenidos, el catálogo formativo actual presenta, precisamente, carencias en nuevas tecnologías, habilidades

digitales y robotización frente al predominio de las transversales y comunes (contabilidad, prevención de riesgos laborales, impuestos, entre otros)¹¹.

Aun siendo clara la importancia de la formación para el trabajador autónomo, las acciones de acompañamiento o *mentoring* en las distintas fases del proyecto empresarial/profesional (inicio, desarrollo, desaparición...), también han de ser objeto de consideración. Las políticas activas dirigidas al empleo autónomo han de incluir actuaciones en esta línea llevadas a cabo por los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras. Ya existen experiencias en este ámbito en algunas CC.AA. Tal es el caso de Extremadura a través del PASAP (“Plan de asesoramiento para el mantenimiento del empleo autónomo” con el objetivo de consolidar y dar continuidad a proyectos empresariales en sus primeros años de vida), de la Red de Puntos de Acompañamiento Empresarial y de la Aceleradora de Proyectos Empresariales para que los que tengan mayor potencial de crecimiento cuenten con financiación pública y privada para su puesta en marcha. Por su parte, también se apuesta por el *mentoring* desarrollado por empresarios experimentados, potenciando la red en tres escenarios diferentes: empresas que comiencen su actividad, empresas que se enfrentan a dificultades y empresas que finalizan¹².

5. Hacia la casi integración de la protección social de los trabajadores autónomos

El sistema de Seguridad Social ha incluido tradicionalmente un Régimen Especial que regula la protección de los trabajadores autónomos o por cuenta propia, de forma separada a los trabajadores por cuenta ajena. Es –como ya referimos– el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o RETA. Esta atención independiente se ha basado fundamentalmente en la ausencia de empresa que participe como sujeto contributivo, de forma que son ellos mismos, los trabajadores por cuenta propia, quienes deben soportar la carga de la cotización al sistema; así como en la carencia de contrato trabajo como base de protección en caso de accidente de trabajo. Estas circunstancias llevan a la necesidad de regular ciertos aspectos de la cotización y de la protección de forma diferenciada a la de los trabajadores por cuenta ajena.

¹¹ Vid. ATA, UPTA, UATAE-FUNDAE: *Estudio para la detección de la importancia de la formación, tipología y sistema formativo más adecuado para el trabajador autónomo*, diciembre 2020.

¹² Plan de empleo autónomo 2020-2023 de la Junta de Extremadura.

Este régimen especial sería regulado por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, desarrollado en la Orden Ministerial de 24 septiembre de 1970. Cincuenta años después se mantiene el mismo concepto base de trabajador autónomo a proteger que se incluyó en esa normativa, con independencia de que se haya ampliado su ámbito subjetivo a otros tipos de trabajadores por cuenta propia. Así, de acuerdo con el artículo 305.1 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) se incluyen en el ámbito del RETA los sujetos mayores de 18 años, que desarrollan una actividad de forma habitual, personal y directa, a título lucrativo, sin sujeción a un contrato de trabajo y con independencia de que empleen a otros trabajadores remunerados. Así, “autónomo” es tanto quien desarrolla la actividad de forma independiente y sin colaboración de otras personas, como aquel que se convierte en empresario al contratar empleados para el desarrollo de su negocio.

La norma no concreta este concepto de “habitualidad”. Así, su interpretación queda al arbitrio de las partes. Es muy importante establecer los límites de este término para poder determinar cuándo es obligatoria la cotización. En este sentido, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, puso en evidencia la necesidad de determinar los límites de este concepto, para lo cual se solicitaba una comisión de estudio.

Así, por ejemplo, se puede plantear si quien solo desarrolla una actividad por cuenta propia una sola vez, al margen de su trabajo habitual, debe solicitar el alta en el RETA. Parece que la respuesta lógica es que no es necesaria el alta en este caso concreto. En general, la jurisprudencia ha entendido que una actividad es habitual cuando se obtiene por ella una cuantía superior al 100% del salario mínimo interprofesional. Pero, el asunto no está nada claro. Se plantea si el alta realmente depende de los rendimientos económicos obtenidos, o del simple desarrollo de la actividad. Si bien es verdad que el alta en el sistema no puede depender del rendimiento económico, sí lo hace de la noción de habitualidad. De esta forma, si una persona ejerce con habitualidad una actividad por cuenta propia, con independencia de que obtenga más o menos ingresos económicos por ella, como medio de vida principal, entonces sí tendrá que darse de alta obligatoriamente en el RETA. Al contrario, si una persona tiene otra actividad como medio de vida habitual, o incluso no tiene ninguna, y al margen desarrolla esporádicamente otra labor por cuenta propia, en este supuesto parece que, al no ajustarse a la descripción normativa de trabajo autónomo protegido por el RETA, no sería perceptiva dicha alta. En definitiva, después de 50 años usando el mismo concepto todavía es preciso establecer sus límites, sobre todo en el ámbito de la habitualidad.

Sin embargo, entendiendo que es difícil mantener los mismos límites aplicables al trabajo independiente que en la normativa original, se creó la figura del TRADE, donde se va más allá de la delimitación de la nota de ajenidad que impone la inclusión como trabajador por cuenta ajena. Esta calificación, en base a la dependencia económica, ha abierto una vía de protección paralela para otros fenómenos distintos al trabajador autónomo tradicional.

En todo caso, el Pacto de Toledo de 1995 recomendó la simplificación e integración de los regímenes especiales y, en este sentido, también se ha avanzado incluyendo a los trabajadores autónomos agrarios en el RETA desde 2008, a través de la configuración de un sistema especial. Se incluye a los titulares de una explotación agraria que, de forma habitual y como medio fundamental de vida (la mitad de sus retribuciones y de su trabajo debe originarse por actividad agraria o complementarias), realicen labores agrícolas, forestales o pecuarias por cuenta propia; cuyos ingresos anuales netos de la explotación agraria no sean superiores a 75%, en cómputo anual, de la base máxima de cotización del Régimen General; incluso cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que no se trate de más de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los 546 en un año, computado de fecha a fecha. Su diferencia fundamental se encuentra en la cotización, en concreto en ciertas especialidades en el tipo aplicable. Cuando el autónomo tiene contratado a más de dos trabajadores, entonces es protegido como trabajador autónomo ordinario.

Por otro lado, el RETA ha sido un polo de atracción de la protección de distintos grupos profesionales, que desarrollan de forma independiente su actividad que, aun no coincidiendo completamente con el concepto original de autónomo, sin embargo, se ha entendido más adecuada su atención en este régimen que en el general.

Así, han quedado incluidos en el RETA quienes ejerzan funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella; los socios industriales de las sociedades regulares o colectivas y de las sociedades comanditarias; los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de las sociedades civiles irregulares; los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al

menos, el 50%, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares; quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, que requiera la incorporación a un colegio profesional; los miembros del Cuerpo Único de Notarios; los miembros del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los del Cuerpo de Aspirantes; las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes Comunidades Autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por las actividades complementarias privadas que realicen y que determinen su inclusión en el sistema de la Seguridad Social; el cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo que realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena; y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores.

Después de esta relación extensiva de personas que desarrollan actividades de forma independiente, se extiende la protección a cualesquiera otras que, por razón de su actividad, sean objeto de inclusión mediante norma reglamentaria. Es decir, la regulación tiene vocación extensiva.

Sin embargo, como punto discordante al principio de unificación que proclamó el Pacto de Toledo, se mantiene en el Régimen Especial del Mar a los trabajadores autónomos que desarrollan su actividad en el sector marítimo-pesquero. La razón no parece ser otra que la necesidad de continuar con una estructura administrativa como es el Instituto Social de la Marina, que se ha encargado tradicionalmente de la gestión de su atención, más que de sus especialidades en materia de cotización, que deberían dar lugar a un sistema especial similar al agrario, incluido en el RETA. No parece adecuado mantener un régimen donde se integran trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia por el hecho de desarrollar su actividad en el mismo sector. Desde aquí se reivindica la reducción de los regímenes de la Seguridad Social a dos, tal y como se ha proclamado en los Pactos de Toledo, el general y el de autónomos, donde se busque que la protección otorgada sea lo más similar posible para todos los incluidos en cada uno de ellos y donde se desplieguen sistemas especiales cuando sea preciso a los efectos de tener en cuenta sus peculiaridades en materia de cotización.

Otra excepción que hay que tener en cuenta es la situación de algunos colegiados de Colegios Profesionales. Algunos de estos Colegios han organi-

zados Mutuas de Previsión Social que son entidades de naturaleza privada que desempeñan funciones similares a las de Seguridad Social. Son ejemplos de esta situación los colegios profesionales de químicos, abogados, aparejadores, arquitectos técnicos y superiores, gestores administrativos, procuradores de los tribunales y peritos e ingenieros técnicos industriales. En estos supuestos, los trabajadores por cuenta propia tienen dos opciones de protección: o bien hacerlo a través de las Mutuas de Previsión Social en sustitución de la atención del sistema público, siempre y cuando así lo hayan decidido colectivamente en su momento; o bien el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

En general, las prestaciones que se reconocen en las Mutuas son similares a las reguladas en el sistema de la Seguridad Social. Así, en la misma línea se reconoce una pensión por jubilación cuando los protegidos llegan a cierta edad. No obstante, emplean una técnica distinta de protección, ya que utilizan un régimen de capitalización, de modo que cada sujeto protegido irá contribuyendo a la Mutualidad y dichas contribuciones tendrán como objetivo soportar exclusivamente sus necesidades futuras en el momento del cese de su actividad. De esta forma, tiene la ventaja de la mayor libertad a la hora de elegir la contribución. No obstante, en general, las prestaciones percibidas suelen ser inferiores. Hay razones para entender que es preciso eliminar este tipo de disfunciones en el sistema de protección y tratar de aplicar el mismo sistema obligatorio de protección a todos los trabajadores autónomos, dejando estas Mutuas como posibles regímenes complementarios.

6. Cotización libre *versus* cotización según ingresos reales

Como ya se ha comentado, la existencia de un Régimen Especial para los Trabajadores Autónomos se ha justificado históricamente en la inexistencia de ajenidad en su actividad y de relación con un empresario, lo que ha llevado a concederles distinta protección, fundamentada en bases de cotización independientes de sus ingresos, puesto que no perciben remuneración fija abonada por un tercero.

Así, la regulación actual les reconoce la posibilidad de, entre una base máxima y una base mínima, elegir por cuál cotizar, lo que determina la cuota a ingresar y, consecuentemente, la protección obtenida. La idea que subyace en la aplicación de esta regla es que en cada momento puedan decidir su base de cotización de acuerdo con sus beneficios y/o pérdidas. Con este fin se le

permite el cambio de base de cotización hasta 4 veces al año para adaptarse en cada momento a su situación económica.

Lo adecuado sería que en los primeros momentos de su actividad cotizasen por lo mínimo para ahorrar costes y garantizar la viabilidad de sus negocios, mientras que cuando empezasen a alcanzar mayores beneficios eligiesen bases más altas. De hecho, se regula la posibilidad de beneficiarse de tarifas planas de cotización los primeros años con el objeto de contribuir con este objetivo de colaborar en el mantenimiento en su actividad.

No obstante, las cotizaciones reducidas llevan a protecciones insuficientes, sobre todo en el ámbito de la pensión de jubilación. La elección de las bases de cotización más bajas, con el fin de reducir costes en los negocios, tiene como consecuencia que la protección futura no sea adecuada. Por lo que para evitar que decisiones condicionadas por el ahorro de costes tengan los efectos indeseados mencionados, es preciso buscar alternativas de atención que eviten estas consecuencias perniciosas.

La norma impone algunas, como la limitación de la capacidad de decidir sobre la base de cotización a partir de edades cercanas a los 50 años. Desde ese momento, la decisión sobre las bases ya no es libre, sino que depende de las opciones anteriores. Pero, esta regla más que una norma que trate de proteger al trabajador autónomo busca que estos no amplíen sus bases cuando estas ya se tienen en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación (los últimos 25 años). Hay razones para suponer que se elegirán cotizaciones más altas, cuanto más se acerque la jubilación a los efectos de incrementar las bases de cotización que se tienen en cuenta para el cálculo de esta prestación; cuestión por la que no pueden optar los trabajadores por cuenta ajena, cuya cotización depende exclusivamente de la cuantía de sus salarios. No obstante, la marcha de los negocios no depende de la edad de los trabajadores autónomos, siendo esta una regla caprichosa que puede sancionarles por motivos ajenos a su voluntad, sobre todo ante situaciones como las que ha impuesto recientemente la pandemia, que seguramente lleva a reducir sus bases para poder mantener sus negocios y que pueden dificultar la elección de otras más altas en momentos ulteriores, si tienen edades superiores a los 48 años.

Recientemente se ha anunciado el cambio a un nuevo sistema de cotización por ingresos reales, que parece que se pondrá en marcha en 2022, el cual debería terminar con las referidas consecuencias perniciosas del sistema actual. Así, por ejemplo, con la elección de bases mínimas cuando los negocios funcionan con el fin de abaratar costes o el condicionamiento de la elección de bases a partir de los 48 años. Como en el Régimen General, la cotización ven-

drá marcada por los ingresos reales, que deberán ajustarse cada tres meses y regularizarse a final de año.

Con independencia de que este sistema sea más adecuado que el actual y cumpla la condición de convergencia entre regímenes, que luego se analizará, dos son las disfunciones que presenta. Primero, qué ocurre cuando el trabajador por cuenta propia no tiene ingresos reales superiores al salario mínimo interprofesional (SMI) y, segundo, cómo controlar que las rentas obtenidas no se desvíen hacia la economía sumergida.

En primer lugar, la base de cotización no se establecerá concretamente con la cuantía exacta de los ingresos, como ocurre con los trabajadores por cuenta ajena, sino que se establecerán importes fijos, esto es, se cotizará por tramos. En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, como su salario siempre tiene que ser superior al SMI (excepto en los supuestos de trabajos a tiempo parcial), la base de cotización mínima se ajusta a sus ingresos reales. Mientras que en el caso de los trabajadores autónomos es posible que se obtengan ganancias inferiores a este mínimo, mientras que la base de cotización mínima que se le aplique deberá ser obviamente superior al SMI para garantizar la aplicación del principio de contributividad, donde cada uno obtenga según su cotización y esta no puede ser inferior al importe de la pensión mínima que se debe garantizar a todos los pensionistas con independencia del régimen en que fueron integrados. De acuerdo con lo dicho, es posible que en ocasiones se les obligue a cotizar por encima de sus ingresos reales. Así, sería preciso encontrar una solución, de forma que pueda adaptarse su situación económica a la cuota a pagar, donde será preciso regular la bonificación de sus cuotas a los efectos de mantener su protección futura, sin provocar costes que no puedan asumir y pongan en peligro la continuidad de su actividad.

Por otra parte, es posible que esta nueva regulación provoque que se incrementen los ingresos que no se declaran con el fin de reducir no solo los impuestos a pagar, sino también las cotizaciones, que ahora dependerán de los ingresos reales declarados. Es por esto por lo que la imposición de este sistema debe venir acompañada de una campaña apropiada de inspección que controle esta circunstancia e impida este tipo de situaciones.

7. El camino inacabado hacia la convergencia de la protección

El Pacto de Toledo de 1995 igualmente invitaba a la convergencia de los regímenes de la Seguridad Social. En este camino hacia la convergencia, se ha

regulado la protección por incapacidad temporal por riesgos comunes, primero de forma voluntaria y luego obligatoria para los trabajadores por cuenta propia. Asimismo, también se ha introducido la opción de acceso a la protección por riesgos profesionales, primero voluntaria y más tarde ha evolucionado también a obligatoria, quedando como única diferencia fundamental entre el Régimen General y el RETA la protección de la situación de desempleo.

En la línea mencionada, el RD 1273/2003, de 10 de octubre, introduce la cobertura de accidentes profesionales y extiende la atención por incapacidad temporal. Con este espíritu, se introducen otras modificaciones por el LETA, el cual en su art. 26.5. declara que la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social. En este sentido, equipara la protección por incapacidad temporal e incluye, asimismo, una renovada noción de accidente de trabajo y jubilación anticipada. Aunque de forma divergente crea la nueva categoría de los TRADES, con una protección diferenciada.

Aunque no se contempla el acceso a la prestación por desempleo, se ha regulado una atención similar. La Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, desarrollada posteriormente por el RD 1541/ 2011, de 31 de octubre, reduce estas diferencias, estableciendo un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

No obstante, no se consigue una convergencia total con la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, sobre todo, por la regulación estricta de las situaciones que abren la cobertura y por la menor protección reconocida. Las diferencias fundamentales son la forma de cálculo, donde se valoran las cotizaciones de los últimos 48 meses anteriores, mientras que en el Régimen General se tienen en cuenta un total de 6 años. En todo caso, en las últimas modificaciones introducidas en esta prestación, se está buscando el camino de la equiparación, puesto que las mismas cotizaciones generan ahora el doble de meses de prestación que antes de la reforma, igualando la duración de la prestación de cese de actividad con la de la protección por desempleo. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las cotizaciones por desempleo, aquí se valoran por meses, lo que era lógico cuando se cotizaba siempre por meses enteros, pero no ahora cuando hasta 3 altas y bajas al año en el RETA pueden tener efectos desde el día de su comunicación. En la misma lógica, tampoco se ha cambiado la duración que todavía se presenta en meses.

Siendo positiva la tendencia a la unificación de la prestación por desempleo y la prestación por cese de actividad, todavía quedan elementos a acomodar. Así, es conveniente recoger la posibilidad de computar recíprocamente las cotizaciones realizadas al RETA por cese de actividad y al Régimen General por desempleo. Ya se reconoce la posibilidad de reconocimiento de las cotizaciones al cese de actividad en distintos regímenes de autónomos (así, por ejemplo, entre RETA y Régimen Especial del Mar). Igualmente es posible hacerlo con las cotizaciones para pensiones (jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia) entre, por ejemplo, el Régimen General y el RETA. Así, para cerrar el círculo únicamente queda por aplicar las reglas del cómputo recíproco entre las cotizaciones por cese de actividad y por desempleo, lo cual es preciso a los efectos de garantizar la mayor protección de los trabajadores, que cada vez en más ocasiones cambian de actividad, incluso entre unas por cuenta propia y cuenta ajena, en el desarrollo de su vida laboral.

En otro orden de cosas, el RD Ley 28/2018, de 28 de diciembre, viene a completar ese camino hacia la convergencia con el Régimen General, señalando su Exposición de Motivos que en la extensión de su protección deben valorarse tanto sus especiales singularidades como sus necesidades de mayor cobertura. Y en este contexto, por fin, se reconoce la protección en todas las contingencias previsibles, ya sean comunes o profesionales, siempre gestionada por una Mutua de Accidente de Trabajo.

Además, se exonera del pago de la cuota por todas las contingencias transcurridos 60 días desde el inicio de la baja médica por incapacidad temporal, lo que colabora en la reducción de costes y el mantenimiento de los negocios. Esta modificación es fundamental para que el trabajador autónomo que no recibe ingresos durante este tiempo no tenga que asumir esta carga económica. Ahora se plantea en este ámbito qué ocurrirá si se cotiza de acuerdo con los ingresos reales, puesto que en este supuesto quizás habría que suprimir las cotizaciones en caso de baja desde el primer día.

Obviamente la igualación de la protección con los trabajadores por cuenta ajena lleva al incremento de los tipos de cotización. No obstante, mientras que en el Régimen General el tipo aplicable a la base por riesgos profesionales depende del sector donde se desarrolle la actividad, elevándose el porcentaje de acuerdo con la mayor posibilidad de siniestralidad, en el RETA se establece un tipo fijo para todos. Si bien esta regla ahorra costes a los trabajadores autónomos que desarrollan su actividad en los sectores con mayor riesgo de accidente, sin embargo, no se entiende adecuada al principio de convergencia, ni al de contributividad, que define la cotización de acuerdo con la protección

a obtener. Es por esto por lo que la convergencia debería llevar a que se cotizase siempre de acuerdo con los sectores donde se desarrolle la actividad, sin diferencias por regímenes.

Curiosamente la unificación en los tipos también es aplicable para los trabajadores autónomos del Régimen Especial del Mar en la línea de la convergencia. No obstante, a pesar de la integración de los trabajadores autónomos del sector agrario, lo curioso es que en esta materia se igualan los protegidos en el ámbito general del RETA con los autónomos de Régimen Especial del Mar, mientras que para el sistema especial de los trabajadores por cuenta propia agrarios existe una normativa diferenciada de acuerdo con sus propias peculiaridades. En este contexto, hay que volver a reivindicar la inclusión de todos los trabajadores autónomos en el mismo régimen, y en general la aplicación de las mismas reglas, reduciendo al máximo las diferencias, manteniendo solo las estrictamente necesarias de acuerdo con la inexistencia de empleador y las especialidades de cotización de acuerdo con los sectores de desarrollo de la actividad.

8. La presunción de fraude en la delimitación del concepto de accidente de trabajo

Otra de las diferencias de la regulación del RETA con el régimen general es la aplicación de un concepto distinto de accidente de trabajo para los trabajadores por cuenta ajena, autónomos y TRADES, dando lugar a tres definiciones distintas. La carencia de un empresario que ejerza las funciones de dirección en el centro de trabajo hace más incierta la veracidad del accidente de trabajo que se presume cuando ocurre en tiempo y lugar de trabajo. Mientras que su veracidad parece que se esquivo en el caso de los trabajadores autónomos. Un tercer camino se emprende para los TRADES a los que se les aplica un criterio en el punto medio del concepto aplicable a los otros dos colectivos.

Para los trabajadores autónomos se define el accidente de trabajo como el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por propia cuenta y que determina su inclusión con el campo de aplicación de dicho régimen. No se aplican las presunciones del concepto de los trabajadores por cuenta ajena. En este caso, se presume que es accidente de trabajo todo lo que ocurre en tiempo y lugar de trabajo. Es decir, cuando el accidente ocurre de acuerdo con estos parámetros, sin más, se considera que es de trabajo. Sin necesidad de probar la relación entre el accidente y el desarrollo de la actividad.

A los trabajadores autónomos económicamente dependientes o TRADE se le aplica otro concepto distinto de accidente de trabajo que a los trabajadores autónomos tradicionales. Así, en este caso se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional. En este supuesto, la presunción funciona a la inversa que en el supuesto de los trabajadores por cuenta ajena. No se presume que es accidente de trabajo cuando el accidente ocurre fuera de la actividad profesional.

Desde 2017 se reconoce no solo a los trabajadores económicamente dependientes, sino también al resto de los trabajadores autónomos la posibilidad de sufrir un *accidente in itinere*, es decir, el que ocurre entre el domicilio del trabajador y el lugar donde desarrolla su actividad económica, tanto a la ida como a la vuelta. En este contexto, se entiende como lugar de la prestación, el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales. Pero, no se aplicará en el supuesto en que el domicilio del trabajador y el lugar de la prestación económica sea el mismo. Esta matización trae importantes problemas aplicativos y de interpretación que deben ser resueltos por los tribunales como, por ejemplo, qué ocurre si se encuentran en el mismo lugar, pero en pisos segregados.

Desde lo señalado, se puede concluir que la regulación de esta figura está desarrollada a partir de una especie de sospecha de irregularidad en la declaración del accidente. Es por esto por lo que, en su caso, si se quiere completar un camino a la convergencia en tipos y protección, será preciso la unificación de conceptos con independencia de las posibles acciones de control que sea preciso desplegar, sobre todo, teniendo en cuenta las especiales necesidades de protección de nuevas figuras cercanas al trabajo autónomo, como la reivindicada de los autónomos digitales o cualquier otra que pueda surgir desde la evolución del concepto de trabajo por cuenta ajena o propia.

9. La jubilación anticipada, la limitación en la jubilación parcial y otros beneficios por razón de la edad

La edad de jubilación aplicable a los trabajadores asalariados es idéntica a la exigida a los autónomos. Ahora bien, en el RETA no se protegen ni las modalidades de anticipación sin tener la condición de mutualista, ni la derivada

del cese no voluntario del trabajo, ni la jubilación parcial, que está en espera de desarrollo reglamentario.

En todo caso, parece que la imposibilidad actual de acceder a la jubilación parcial se debe seguramente a que aún no se ha contemplado la posibilidad de cotización parcial, lo que lleva a la imposibilidad de acceder a este tipo de jubilación. Si bien es verdad que se han incluido cautelas que resuelven las posibles desviaciones que se provocan cuando los trabajadores desarrollan diversas actividades por las que tienen que cotizar; en este caso, la norma regula devoluciones de cuota en caso de compatibilidad de cotización por trabajo por cuenta ajena y propia, esto es, en los supuestos de pluriactividad, dejando abierto un camino a la parcialidad en la cotización.

Sin embargo, aún no es posible el desarrollo de la jubilación parcial como forma flexible de salida del mercado de trabajo, lo cual se podría acomodar con la entrada de otro sujeto que continuase con el negocio ya en marcha. Habrá que esperar a que el legislador decida su desarrollo reglamentario en la idea de ahondar más en la convergencia entre regímenes.

Por otro lado, la Seguridad Social reconoce dos formas de jubilación anticipada: una voluntaria, dos años antes de la edad pensionable y otra involuntaria, cuatro años antes de este momento, cuando el trabajador es expulsado del mercado laboral. En el caso de los trabajadores autónomos solamente se reconoce la primera de las opciones. Así, es posible la jubilación como opción personal hasta dos años antes de la edad pensionable, siempre que se haya contribuido al sistema, al menos, 35 años. Eso sí, se aplicarán penalizaciones en el importe del beneficio al que se accederá. Este porcentaje depende de los años que ha cotizado el sujeto y los coeficientes aplicables por cada trimestre son más perniciosos que los de la jubilación anticipada involuntaria. En cualquier caso, a estos efectos se tienen como cotizados los años que le queden para llegar a la edad pensionable.

La jubilación involuntaria es una opción que deviene de la expulsión del trabajador del mercado de trabajo por la extinción de su contrato laboral, ajena a su voluntad y por la dificultad a partir de cierta edad de encontrar un nuevo empleo. Pero, en la misma situación se puede encontrar un trabajador por cuenta propia con la misma edad que debe cerrar su negocio por ser inviable. Siendo similares las condiciones en las que se encontrará a los efectos de encontrar un nuevo modo de vida, parece que lo lógico sería extender este derecho a los trabajadores por cuenta propia que demuestren la falta de viabilidad de su actividad y la cotización mínima exigida a los trabajadores por cuenta ajena (33 años). Sobre todo teniendo en cuenta que la penalización en

el importe de la jubilación que va a recibir es el resultado de repartir la pensión en un mayor tiempo en el que se supone que la recibirá.

No obstante, lo que sí se permite es que un trabajador autónomo pueda jubilarse a una edad inferior a la general, si hubiera efectuado cotizaciones a lo largo de su vida laboral en algunos de los regímenes del sistema que sí contemplan la jubilación anticipada (como el Régimen General), y previo cumplimiento de determinados requisitos (haber sido mutualista antes del 1 de enero de 1967, haber cotizado al menos 5 años en el Régimen General si reúne más de 30 años de cotización, o acreditar al menos una cuarta parte del total de cotizaciones de la vida laboral en dicho régimen). En definitiva, la razón de este reconocimiento se debe a su pertenencia anterior al Régimen General. No obstante, como esta regla solamente se aplica a los que trabajaron antes de 1967, cada vez es más reducido, por no decir que ya es inaplicable el número de personas que pueden beneficiarse de esta excepción.

Por último, hay que poner de manifiesto que también con el fin de premiar a aquellos trabajadores autónomos con largas carreras de cotización, aquellos que tengan más de 65 años y tengan 38 años y 6 meses de cotización, o 67 y 37 años de cotización, dejarán de tener obligación de cotizar, lo que no significa que no sigan estando protegidos por el sistema en el mismo nivel que lo eran anteriormente. Solo tendrán que abonar las cotizaciones por incapacidad temporal y por contingencias profesionales. Es decir, ahorran el pago de las cotizaciones que tienen por objeto el acceso a la pensión de jubilación, dado que se entiende que ya se ha contribuido lo suficiente para su acceso.

10. La jubilación y el desarrollo compatible con la actividad del trabajador autónomo

El art. 214 de la LGSS reconoce la compatibilidad de la actividad laboral por cuenta ajena o propia, con independencia de la retribución obtenida, con el 50% de la pensión de jubilación (previamente limitada por los topes máximos, si fuese necesario y sin derecho a complementos por mínimos), bajo ciertas condiciones previas: se exige haber accedido a la jubilación en la edad legal prevista, sin que se admitan los beneficios en supuestos de jubilación acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. De esta manera, se evita que alguien que haya accedido anticipadamente y, por tanto, su pensión haya sido reducida

como penalización, pueda luego completar su cuantía con el salario obtenido de una actividad laboral posterior al momento de la jubilación.

Por otra parte, solo se admite esta compatibilidad cuando el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión haya sido el 100%, es decir, solamente se podrá acceder a esta ventaja, cuando se acrediten largas carreras de cotización (cuando termine la transitoria, 37 años de cotización).

Se contempla tanto que el pensionista que accede a la pensión de jubilación en el Régimen General compatibilice con una actividad por cuenta propia (es decir, deje su actividad por cuenta ajena y se convierta en autónomo) como que el pensionista del RETA continúe su actividad como tal.

En este caso, solo se cotiza por incapacidad temporal, accidente de trabajo y por la cuota denominada “de solidaridad”, la cual no computará para la pensión, cuando cese la actividad de forma absoluta, sino que –como su nombre indica– sirve para el mantenimiento del sistema en beneficio del resto de los pensionistas. Esta cuota de solidaridad es del 8%, que en el caso del trabajador autónomo debe ser abonada al completo por ellos, frente al caso del trabajador por cuenta ajena que solamente debe asumir el 2%, puesto que es el empresario quien debe abonar el otro 6%.

Esta compatibilidad tiene reglas mejoradas cuando la actividad que se realiza es por cuenta propia, siempre que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. En este caso, se permite el mantenimiento de la pensión hasta en un 100% con el simple cumplimiento de la regla de contratación de un trabajador. En caso contrario, se podrá compatibilizar la actividad, pero solo con el 50% de la pensión como en el caso general. Esto supone el reconocimiento legal de una situación muy común que consiste en que el trabajador por cuenta propia siga vigilando su negocio, una vez jubilado. Con anterioridad a esta regulación daba lugar a dudas sobre la compatibilidad con la pensión de jubilación.

En todo caso, sigue siendo posible ser pensionista de jubilación y mantener la mera titularidad de un negocio o establecimiento mercantil, así como las actividades inherentes a dicha titularidad, siempre que no se lleve a cabo ninguna actividad laboral. En este caso, no sería precisa el alta en el sistema de Seguridad Social y, por tanto, tampoco la cotización por la cuota de solidaridad, ni por incapacidad temporal y contingencia profesional. Se entienden por “actividades inherentes a la titularidad del negocio” el dictado de instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de dicho negocio. Si se realizan actividades de gestión, administración o dirección ordinaria, entonces sí se deberá solicitar

el alta en el sistema de Seguridad Social y no se podrán compatibilizar estas labores con la pensión de jubilación, a excepción de los referidos supuestos de jubilación activa.

En el art. 213.4 de la LGSS se admite otra segunda excepción, como es la posible compatibilidad con el desarrollo de actividades por cuenta propia de forma totalmente libre, sin necesidad de cotizar al sistema de la Seguridad Social, solamente con un límite: que los ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional. Esta opción es aún más beneficiosa para el pensionista ahora que el SMI se ha elevado, de forma que tiene más posibilidades de desarrollar actividades sin necesidad de cotizar, puesto que no se obliga a estar en alta en el sistema de la Seguridad Social. Desde esta opción se podría concluir que esta regla se aplica porque se entiende que en estos supuestos no existe habitualidad en la actividad, lo que sirve de base en la delimitación de este concepto, tal y como ya se mencionó previamente.

Este beneficio se acaba de extender a los artistas a través del Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, donde se permite la compatibilidad de la pensión con los emolumentos que generan sus derechos de autor, en este caso, sin ningún límite económico con el fin de no coartar su actividad artística, incluida la que desarrolle cuando se encuentra ya jubilado. Es decir, se mejora la situación general del resto de los pensionistas, dado que los ingresos admitidos no quedan limitados por el SMI.

Otra excepción a la compatibilidad es la de los colegiados que han optado por la protección mediante las Mutuas de Previsión Social en sustitución de la atención del sistema público. En este supuesto el cobro de su pensión es compatible con cualquier actividad tanto por cuenta ajena como propia, provocando situaciones de tratamiento diferenciado. Es por esto por lo que, una vez más, hay que poner de manifiesto que este tipo de sistemas de protección deben dejarse como complementarios y nunca como alternativa sustitutoria del sistema de la Seguridad Social.

II. Algunas otras cuestiones que valorar en el inicio y desarrollo de la actividad desde la óptica del derecho laboral y la seguridad social¹³

Sumario 1. Introducción. 2. Forma y plazos de inscripción. 3. Contratación eventual. 4. Jornada irregular. Preaviso. 5. Convenios de empresa. 6. Expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor.

1. Introducción

El comienzo de cualquier actividad empresarial o profesional exige desde el ámbito socio-laboral, la realización de diferentes trámites que permitan a la Administración la identificación y posterior control del titular de la nueva actividad.

El primer paso que debe darse es la inscripción del empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), inscripción que se realiza mediante el modelo TA6 con el que se solicita y se obtiene, cuando se cumplen todos los requisitos, el Código de Cuenta de Cotización (CCC) principal.

Sin embargo, es habitual que una empresa pueda tener a lo largo de la geografía española distintos centros de trabajo situados en diferentes provincias. Cuando ello es así, el empresario, además de tener un código de cuenta principal, deberá solicitar a través del modelo TA7, un CCC secundario y vinculado al principal, por cada provincia en la que tenga abierto un centro de trabajo.

Pero junto a la diversidad geográfica de centros de trabajo, también existen diversidad de colectivos susceptibles de tener un vínculo jurídico con un empresario. Pues bien, dependiendo del colectivo, el empresario deberá solicitar, de nuevo a través del TA7, determinadas habilitaciones. Así, por ejemplo, requieren de habilitación distinta de la habitual los contratos formativos, las prácticas desarrolladas por becarios o las altas de administradores societarios.

Por su parte, en relación al encuadramiento de los miembros de los órganos de administración de una entidad mercantil, en el caso de los empresarios personas físicas, el único régimen aplicable será el especial de trabajadores autónomos. Requerirá de un concienzudo estudio respecto a si existe o no un

¹³ Este epígrafe II y sus correspondientes 6 apartados han sido redactados por el abogado José Manuel Alonso.

control efectivo de la sociedad ya sea directo o indirecto, si se desarrollan o no funciones de dirección y gerencia o si la actividad se limita a las funciones de mero consejero. En función de las respuestas, el encuadramiento de los miembros del órgano de administración será el siguiente:

1. En el régimen general se encuadrarán tanto los socios trabajadores como los administradores con una participación en el capital social inferior al 33%, siempre y cuando no realicen funciones de dirección.
2. En el régimen general asimilado estarían los socios administradores que sí realicen funciones de dirección y su participación en la sociedad esté por debajo del 25% del capital.
3. Y, finalmente, en el régimen de autónomos estarán el resto de los socios trabajadores o administradores que no se encuentren en los dos epígrafes anteriores. También se incluirán en el RETA aquellos socios trabajadores que tengan una participación directa o indirecta superior al 50% del capital. Por “participación directa o indirecta” se entiende la suma de la participación con el resto de los familiares hasta el 2º grado.

En definitiva, antes de realizar cualquier tipo de actividad económica, el empresario emprendedor se enfrenta no solo a la obligación de tener que cumplimentar distintos formularios en función de dónde y con quién va a desarrollar su actividad económica, sino que también deberá consultar cómo debe hacer su propia cotización y ello con un cierto grado de discrecionalidad, ya que la forma en la que directa o indirectamente se puede ejercer el control de una sociedad se presta a distintas valoraciones.

2. Forma y plazos de inscripción

Además de los formularios y las consultas a la que ya hemos hecho una brevísima referencia en la introducción de este apartado, el segundo de los inconvenientes es la realización de la gestión de inscripción para la obtención del anhelado CCC.

La gestión puede hacerse en la oficina de la Tesorería General de la Seguridad Social que corresponda en función del domicilio social de la empresa o bien *online* a través de la sede electrónica de la TGSS cuando se dispone de Certificado Electrónico.

Según la propia página web de la Tesorería General (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Empresarios/Inscripcion/1227/1230>) la documentación a presentar es la que sigue:

A. Si es un empresario individual:

- a) Modelo oficial de solicitud.
- b) Documento identificativo del titular de la empresa, empresario individual o titular del hogar familiar.
- c) Documento emitido por el Ministerio de Economía y Hacienda asignando el Número de Identificación Fiscal (NIF) en el que conste la actividad económica de la empresa.

B. Empresario colectivo: sociedades españolas:

- a) Los tres documentos indicados con carácter general en el párrafo anterior.
- b) Escritura de constitución debidamente registrada o certificado del registro correspondiente.
- c) Fotocopia del Documento Nacional de Identidad (DNI) de quien firma la solicitud de inscripción.
- d) Documento que acredite los poderes del firmante, si no están especificados en la escritura.

C. Empresario colectivo: sociedades extranjeras:

- a) Si establecen centro de trabajo en España:
 - Los documentos indicados en el párrafo anterior en los casos de sucursales y empresas que trasladan su domicilio a España.
- b) Si no establecen centro de trabajo en España:
 - Los tres documentos antes indicados con carácter general y la fotocopia de las escrituras de constitución de la empresa extranjera con certificado de estar inscrita en el registro correspondiente o el equivalente exigido por su legislación para empresas de la Unión Europea.

- Los tres documentos indicados con carácter general y un certificado expedido por el cónsul español de su autorización y constitución legal en su país (en el caso de terceros países).
- Nombramiento o poder de representación de un representante legal con domicilio en España.

En la práctica, ni siquiera la información oficial que se ofrece a través de la *web* es correcta, ya que de forma presencial, cuando se consigue obtener una cita, basta presentar una copia simple de la escritura de constitución con el justificante de que la primera copia de la escritura de constitución se ha presentado en el Registro Mercantil.

La práctica diaria obliga a que los emprendedores tengan que presentar multitud de documentos a los que la TGSS podría tener acceso en caso de tener acuerdos suscritos con el Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes denominada Dirección General de Registros y del Notariado) en el supuesto de constitución de sociedades o con el Ministerio del Interior a través de la Dirección General de la Policía en materia de DNI o NIE (número de identidad de extranjero), agilizando así la tramitación de los empresarios.

Aunque la TGSS facilita la gestión electrónica a través de su sede, no podemos olvidar que la obtención de certificados electrónicos en el caso de las entidades mercantiles está también sujeta a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, lo que supone en la práctica que la tramitación electrónica ante la TGSS deje de tener utilidad al dilatarse mucho en el tiempo.

3. Contratación eventual

Dado que el presente estudio pretende realizar un análisis dentro del denominado ecosistema emprendedor es forzoso realizar una reflexión: ¿La contratación laboral en España facilita la tarea de los emprendedores?

Es obvio que cualquier comienzo en una actividad empresarial o profesional está sujeta a múltiples contingencias de riesgo y, en consecuencia, los empresarios a la hora de realizar contratos de trabajo demandan una flexibilidad que les permita iniciar su aventura empresarial asumiendo los menores riesgos posibles.

En la práctica, se encuentran con una legislación rígida o, al menos, con escasas alternativas en materia de contratación temporal que en ningún caso

están pensados para ayudar en el comienzo de una aventura empresarial o profesional o, como es el caso del presente, ayudar a salir del fuerte retroceso económico que la pandemia ha producido en la economía española.

Existen contratos formativos que sí permiten la contratación temporal, pero no siempre se ajustan a las necesidades que deben ser atendidas en una actividad que comienza su andadura. Son contratos fundamentalmente para incorporar a jóvenes sin experiencia al mercado laboral, pero en ningún caso están pensados para trabajadores con experiencia, que en situaciones de crisis, han podido perder su puesto de trabajo.

Idénticas circunstancias nos encontramos con los contratos eventuales, reducidos hoy a tres modalidades: eventual por circunstancias de la producción, pensado para picos de actividad, el de obra o servicio, destinado a actividades que tienen sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa y, finalmente, el de interinidad, pensado para sustituir a trabajadores con reserva de su puesto de trabajo.

En la opinión de quien redacta estas líneas¹⁴, el emprendedor se debe encontrar con un marco legislativo en materia de contratación laboral que le permita formalizar contratos de trabajo con confianza. A efectos aclaratorios, debemos señalar que en estas breves líneas no se pretende analizar la legislación laboral en materia de contratación dentro de un marco de estabilidad, nos circunscribimos únicamente a un escenario de comienzo de actividad o de salida de una crisis tan repentina y tan profunda como la creada por la COVID-19.

Históricamente, se promulgó la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (derogada en el año 1997), dicha norma vino a regular el denominado “contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad” que permitió la contratación de hasta un máximo de tres años.

Convendrá recordar el primer párrafo de su Exposición de Motivos:

“La adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, tras la crisis económica del último decenio, constituye una necesidad imperiosa en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro, más sustancial que el de los últimos años, se traduzcan en la creación del mayor número de empleos posibles, objetivo fundamental y prioritario del programa del Gobierno”.

14 El abogado José Manuel Alonso.

Las circunstancias que motivaron la entrada en vigor de la Ley 32/84, se repiten de nuevo ahora. Por tanto, entendemos fundamental la revisión del artículo 15 del vigente Estatuto de los Trabajadores, con el fin de poder crear nuevos modelos de contratos (o en realidad no tan nuevos) que incentiven.

En este punto tal vez convenga volver a la Exposición de Motivos de la citada Ley:

“Una y otras figuras de contratación temporal tienen por objetivo la creación de empleo, pues se trata de incentivar el que las empresas funcionen en cada momento con el mayor volumen de empleo posible, sin esperar a la consolidación de las nuevas actividades o a la confirmación de la reactivación de la demanda en el mercado”.

Si arbitrar un modelo de contratación temporal adaptado a la situación actual nos parece fundamental, se hace necesario también complementar esta medida con un sistema que bonifique las conversiones a indefinidos de los contratos temporales que se formalizaron dentro de ese nuevo marco regulatorio, un sistema de bonificaciones claro, ágil y fácil de gestionar, que incentive la permanencia de los trabajadores en la empresa y que no penalice a la empresa.

4. Jornada irregular. Preaviso

Un brevísimo apunte puede hacerse aquí respecto al preaviso de cinco días que el art. 34.2 ET fija para que un trabajador realice una jornada irregular.

Con carácter previo, se debe reforzar la información que existe sobre la posible distribución irregular de la jornada.

La COVID-19 ha generado un aumento casi exponencial del comercio electrónico. Según el Instituto Nacional de Estadística, en su Boletín Informativo de junio 2020¹⁵: *“En junio de 2020, las ventas del comercio minorista por este canal fueron un 71,2% superiores al mismo mes del año anterior”*. Sin embargo, todo el entorno *online* lleva aparejada la inmediatez, especialmente en la gestión de los pedidos y su posterior entrega.

15 https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952923622&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDe talleCifrasINE

Nos parece recomendable acortar el plazo de preaviso de cinco días que entendemos está en sintonía con las necesidades que actualmente tienen el mercado y que, además, demandan los consumidores. En la práctica, es muy difícil, por no decir imposible, prever con cinco días de antelación aumentos en la carga de trabajo sin tener que recurrir a la realización de horas extraordinarias que tienen un coste muy superior a la hora ordinaria.

De igual manera, parece razonable aumentar el porcentaje máximo de distribución irregular que la empresa tienen sin necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores, actualmente un 10%.

5. Convenios de empresa

Se propone el mantenimiento de los convenios de empresa como herramienta que articula las relaciones laborales, teniendo en cuenta la situación concreta de la empresa en materias tan importantes como las políticas retributivas, las jornadas, los periodos de vigencia de la contratación eventual o los desarrollos profesionales.

6. Expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor

Es un hecho que los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) están resultando fundamentales para el tejido empresarial español. El Gobierno con los agentes sociales ha respondido razonablemente bien con los distintos tipos de ERTE que se han podido aplicar, desde la fuerza mayor a los ERTES por impedimento o por limitación de la actividad.

Sin embargo, desaparecido el estado de alarma, la recuperación económica previsiblemente no será automática. Por ello, será fundamental el que se arbitren medidas para que la salida de los trabajadores afectados por dichos expedientes se pueda hacer de forma paulatina, en consonancia con el crecimiento de la actividad económica. Serán las empresas las primeras interesadas en poder recuperar a sus trabajadores conforme vaya aumentando la demanda de sus productos o servicios.

Parece, por tanto, razonable establecer un periodo transitorio que permita realizar una salida gradual de los trabajadores afectados, en función del aumento de la producción.

PARTE III

Propuestas normativas mercantiles y financieras

Resumen

En el área mercantil y financiera se analizan las principales dificultades del emprendedor, proponiendo algunas reformas para reducir las barreras en las fases de inicio, desarrollo, financiación y extinción de la actividad empresarial.

Para la fase de inicio de la actividad empresarial, las propuestas se resumen y enumeran, a continuación:

1. *Mejora del sistema del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)*: Este sistema permite la constitución telemática de sociedades de forma rápida y económica. Sin embargo, su utilización debería facilitarse:
 - a. Ampliando su ámbito de aplicación práctica a las sociedades limitadas laborales, las cooperativas y las sociedades anónimas.
 - b. Dando la posibilidad de actuar como verdadera ventanilla única: de momento, obliga en la práctica a acudir, en primer lugar, a un Punto de Atención al Emprendedor (PAE) y después al notario. Se ha habilitado un PAE virtual, pero es un sistema informático poco intuitivo y a causa de una normativa laboral y fiscal muy compleja lo hacen en la práctica solo adecuado para asesores expertos. La solución debería ir por hacer el sistema más accesible y, por otra parte, en habilitar en la práctica a los notarios como PAE.
2. *Denominación social*: el control de identidad de las denominaciones se debería poder realizar a través de un algoritmo, de manera automática, lo que permitiría la obtención inmediata, evitando las esperas actuales.
3. *La constitución telemática*: la Directiva 2020/1151 de digitalización exige que sea posible constituir sociedades sin comparecencia física. Se debe acelerar la adaptación, sin perjuicio del cumplimiento de todos los requisitos de seguridad a través del control de identidad, capacidad y consentimiento informado a través de una comparecencia telemática.
4. *El obstáculo de los NIF/NIE*: la dificultad y el coste temporal de la obtención del NIF para administradores y socios extranjeros es un

grave obstáculo para la inversión extranjera. Se propone la simplificación de la documentación a aportar; otorgar la competencia tanto para personas físicas como jurídicas a Hacienda; que se pueda solicitar a través de los notarios españoles, evitando así esperas sin reducir la seguridad (los notarios ya obtienen los NIF de las sociedades creadas).

5. *Una sociedad simplificada para las pymes*: la realidad económica de las microempresas aconseja establecer una sociedad simplificada para ellas, además de para las empresas sociales. Se propone la eliminación del requisito de capital mínimo, estableciendo al tiempo garantías de los acreedores a través de la transparencia financiera, los deberes fiduciarios de los administradores y las pruebas de balance y solvencia, con control del reparto de beneficios. También se debería permitir una cláusula de finalidad general, en lugar de exigir la determinación del objeto social. Para que una sociedad mercantil de corte modesta tuviera verdadera utilidad deberían establecerse simplificaciones en las obligaciones laborales y fiscales.
6. *La revisión del régimen jurídico del emprendedor de responsabilidad limitada (ERL)*: la utilidad práctica de esta figura el ERL pasa por eliminar la exclusión del límite de responsabilidad del crédito público y ampliar la protección del emprendedor al ámbito concursal. Alternativamente, y como mejor solución, se podría admitir un patrimonio separado afectado a la actividad, quedando el resto del patrimonio al margen de la actuación de los acreedores, como sucede en otros países de nuestro entorno.

Para la fase de desarrollo y financiación de la actividad empresarial, se proponen varias medidas en los dos siguientes campos:

1. *Retribución de los consejeros*: la situación actual es de una gran inseguridad jurídica. Es necesario combinar la flexibilidad en la retribución y el control por los socios, para lo que se propone eliminar la necesidad de constancia estatutaria de los sistemas de retribución, al tiempo que se garantiza la transparencia y la posibilidad de control por la junta general de esa remuneración.

2. *Financiación y recursos propios*: Se proponen reformas para facilitar la aportación y retirada de fondos. A saber: permitir el desembolso parcial de la prima, mejorar técnicamente la regulación de las reducciones de capital para facilitar la desinversión sin desproteger a los acreedores, flexibilizar la regulación de las acciones o participaciones sin voto. Se proponen también mejoras técnicas en la regulación de la financiación participativa o *crowdfunding*.

Por último, para la fase de la extinción de la actividad empresarial se aprecia la necesidad de adaptar el sistema de refinanciación e insolvencia para las pymes y los emprendedores mediante las siguientes medidas propuestas:

1. *Objetivación del concepto de “insolvencia”*: La definición normativa de insolvencia no permite objetivar la misma a ningún tipo de parámetro financiero, lo que genera inseguridad en el emprendedor, dadas las graves consecuencias de no solicitar el concurso.
2. *Implantación de procedimientos pre concursales aptos para pymes y emprendedores*: los actuales acuerdos de refinanciación no se adaptan a estos requisitos.
3. *Acuerdo Extrajudicial de Pagos*: Es necesario realizar varias reformas para aumentar su eficacia, en particular, relativas a mejorar y unificar la información sobre los requisitos para solicitarlo en los registros mercantiles; simplificar la solicitud inicial; establecer el beneficio de justicia gratuita de la asistencia letrada en la fase previa a la mediación; regular de manera adecuada el supuesto de la no aceptación de varios mediadores concursales; la comunicación por el registrador a los juzgados de la ejecución; la exención de arancel registral; la sujeción directa del crédito público al acuerdo extrajudicial de pagos; y la regulación legal del “*pre pack*”, en la línea propuesta por los juzgados de Barcelona.
4. *Mejora del sistema de segunda oportunidad para los empresarios*: Se debería simplificar el trámite en el caso de que no exista masa activa. Sería necesario regular con claridad la inclusión del crédito público en el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI).

I. Fase de inicio de la actividad empresarial

Sumario: 1. Extensión y adaptación del sistema CIRCE (PAE) para una rápida constitución electrónica de las sociedades mercantiles. 1.1) Extensión del sistema CIRCE. 1.2) Adaptación del sistema CIRCE para una rápida constitución societaria. 2. Algoritmo para la obtención de la denominación social. 3. Problemas prácticos que plantea la exigencia del NIE y NIF para administradores y socios: propuestas de reforma. 4. Simplificación del régimen jurídico-societario para las pymes: propuesta de una sociedad simplificada. 4.1) Reducción o eliminación del capital social mínimo legal. 4.2) “Cláusula de finalidad general”. 4.3) Sociedad simplificada para las pymes. 4.4) Sociedad simplificada para las empresas sociales. 5. Reforma de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) para su utilidad práctica.

1. Extensión y adaptación del sistema CIRCE (PAE) para una rápida constitución electrónica de las sociedades mercantiles¹⁶

Para imprimir facilidad y agilidad en la constitución de una sociedad mercantil a través de las modernas técnicas electrónicas se configuró el sistema CIRCE (como Centro de Información y Red de Creación de Empresas). El CIRCE está concebido como una red de puntos de atención al emprendedor (PAE), a través de los cuales se informa, apoya y asesora al emprendedor.

Mediante el sistema CIRCE puede llevarse a cabo la tramitación telemática de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL o SL), la sociedad limitada nueva empresa (SLNE) y la sociedad limitada de formación sucesiva (SLFS). Para la SRL, la SLFS y la SLNE la constitución telemática está operativa en toda la geografía española, excepto en los territorios de Álava, Guipúzcoa, Navarra, Ceuta y Melilla. Convendría que también estuviese operativa en ellos.

¹⁶ Con la colaboración del notario Segismundo Álvarez Royo-Villanova, este apartado de propuestas ha sido redactado por la profesora titular de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid Marta García Mandaloniz (ORCID: 0000-0003-0334-037X) (marta.mandaloniz@uc3m.es), con comentarios extraídos de la siguiente publicación de la autora: “Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente”, en MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, 2018 (capítulo 31).

1.1) *Extensión del sistema CIRCE*

Para el resto de las sociedades mercantiles de capitales, esto es, la sociedad anónima (SA) y la sociedad comanditaria por acciones (S. Com. por A.), la vía telemática para su constitución se previó mediante el (parcialmente derogado) artículo 5 del Real Decreto Ley 13/2010. No obstante, ni para la anónima ni para la comanditaria por acciones ha estado operativo en la *praxis* el sistema telemático. Abogamos por que la constitución electrónica no solo alcance a las limitadas (aunque sean las que abundan en el tráfico económico), sino también a las anónimas no cotizadas (y a las comanditarias por acciones, aunque no proliferen). La extensión de la previsión de la digitalización de la constitución para la forma social de la anónima no tendría por qué excluir la constitución presencial tradicional, como no la excluye para la limitada. La elección entre una y otra forma de constitución, telemática o presencial, quedaría a la decisión del socio o socios fundadores.

Fuera del ámbito de las sociedades mercantiles de capitales, el CIRCE funciona para las sociedades civiles y las comunidades de bienes, aparte de para los empresarios individuales o autónomos. Ha de anotarse, sin embargo, que la tramitación telemática de las comunidades de bienes y las sociedades civiles solo está en marcha en las Comunidades Autónomas de Castilla La Mancha, Cataluña, Galicia, La Rioja y Murcia. Por la extensión práctica en el resto del territorio nacional convendría avanzar.

Si se atendiera al artículo 2.1 del Real Decreto 44/2015, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE), aparte de los emprendedores de responsabilidad limitada (ERL), también las sociedades limitadas laborales (SLL) y las sociedades cooperativas podrían constituirse mediante el sistema de tramitación telemática para ganar en agilidad en el proceso de inscripción. No obstante, el sistema CIRCE no ha estado nunca abierto ni para las sociedades cooperativas ni para las sociedades limitadas laborales.

Aun cuando haya independencia entre los ámbitos de calificación de la sociedad laboral por parte del del Registro Mercantil y del registro administrativo (del Ministerio de Trabajo o de la Comunidad Autónoma), el Registro Mercantil provincial no puede proceder a la inscripción de la SLL, en tanto no haya sido calificada y registrada previamente como laboral por la autoridad administrativa regional o estatal competente; y, sin embargo, el sistema de tramitación telemática está pensado para el envío directo de la escritura pública de constitución al Registro Mercantil sin la intermediación de pasos re-

gistrales previos. Al anterior impedimento se añade el hecho de que el modelo de estatutos tipo, desarrollado por el Real Decreto 421/2015 para facilitar y agilizar la tramitación electrónica de una SL, no contempla especialidades para la SLL. Sin embargo, esta sociedad laboral tiene especialidades (que debieran haberse recogido en ese modelo-tipo de estatutos o en otro *ad hoc*) en lo relativo a las clases (laboral y general) en que se dividen las participaciones sociales, a la abreviatura de la denominación social, a la dotación y el destino de la reserva legal, o al derecho de suscripción preferente.

Aun cuando es posible la constitución electrónica de una SL sin estatutos tipo (con estatutos personalizados) y pudiera ser, por tanto, factible la vía de la constitución electrónica para una SLL sin haber (como no hay) para ellas un modelo oficial de estatutos ajustado a sus peculiaridades, en la práctica no prevé el sistema telemático CIRCE la posibilidad de crear una empresa *online* con formato de SLL. Lo que sí es electrónico, en cambio, es la solicitud de la calificación y del registro como sociedad laboral en el registro administrativo de la Comunidad Autónoma. Siendo posible en el presente solicitar la calificación y el registro laboral por medios electrónicos, proponemos poder realizar toda la tramitación de la SLL por estos medios para que la práctica y la teoría (del Boletín Oficial del Estado o BOE que publicó aquel Real Decreto 44/2015) estén alineadas. Para este alineamiento, convendría salvar aquel impedimento del envío de la escritura pública al Registro Mercantil, permitiendo previamente el registro (también telemático) de la autoridad administrativa. Una vez salvado este impedimento, convendría incluir en el modelo de estatutos tipo las especialidades propias antedichas de las SLL o formular para ellas un formulario distinto que las contuviera.

Por lo que hace, por otro lado, a las cooperativas, no nos consta que se haya habilitado de manera generalizada el sistema electrónico en todo el territorio nacional y convendría que se generalizase. Así, por ejemplo, en la página *web* del Registro de Cooperativas de Andalucía sí consta que puede solicitarse y tramitarse en línea. Pero, en la *web* del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid consta que: “*La presentación de la documentación que acompaña a la solicitud, temporalmente, hasta la completa implantación de la tramitación electrónica en el Registro de Cooperativas, se efectuará de forma presencial*”.

1.2) Adaptación del sistema CIRCE para una rápida constitución societaria

Para las formas jurídicas para las que opera en la actualidad el entramado del sistema de tramitación telemática CIRCE (STT-CIRCE) hay reducción de

tiempos y de movimientos. En esta reducción cumple un papel protagonista el Documento Único Electrónico (DUE). El DUE puede cumplimentarse acudiendo el emprendedor al PAE (público o privado), previa cita.

Pero, el paso de acudir presencialmente a alguna de las oficinas (públicas o privadas) del PAE (físico) puede verse eliminado si el emprendedor cumplimenta por sí mismo el DUE desde su ordenador cuando posee un certificado digital. Es lo que viene denominándose sistema de “creación de empresas *online*” a través del PAE virtual. Al emprendedor que se enfrente a este sistema se le advierte (en el “portal.circe.es”) que el DUE “*engloba multitud de formularios y su cumplimentación puede resultar complicada*”. Por ello, desde la plataforma del CIRCE se ofrece al emprendedor enlaces a un conjunto de (tediosos) vídeos explicativos de cada uno de los (muchos) apartados del DUE a rellenar.

Puede hacerse, en efecto, la constitución telemática sin acudir presencialmente el emprendedor al PAE físico, mediante el enlace a la aplicación del “PAE virtual”, pero de manera poco intuitiva, bajo esa advertencia de dificultad. Si se consiguiera hacer más sencillo e intuitivo el sistema de creación de empresas *online* podría facilitarse al emprendedor la tramitación electrónica directa, sin la intermediación del PAE físico, mediante cualquier dispositivo móvil, sin pérdida de la rapidez y con ganancia de la comodidad derivada de la supresión de los desplazamientos que, además, no se recomiendan o permiten en el período COVID.

Para comprobar cuán difícil puede resultar para un emprendedor realizar por sí mismo la tramitación telemática sin acudir al PAE físico, sino al virtual, y sin la ayuda de un profesional se acompaña, al final del documento, un ANEXO 1 con el detalle de algunos de los problemas prácticos observados. A modo de resumen de lo que se detallará en el ANEXO 1, consideramos que el CIRCE es una herramienta eficaz para asesores profesionales que tengan experiencia tanto en las obligaciones fiscales y laborales de los empresarios. Los asesores informan que para una empresa básica sin empleados por cuenta ajena tardan en completar el formulario entre 2 y 3 horas. Pero, el sistema no facilita realizar sin impedimentos ese trámite a los emprendedores por sí solos.

Sin embargo, el problema no está tanto en el sistema en sí, como en la gran complejidad que supone el encuadramiento en la normativa fiscal y de seguridad social. Es posible que en parte esto se pudiera simplificar a través de un sistema que fuese capaz de solicitar información de las actividades y asignar las opciones en función de las respuestas. A nuestro parecer, debería crearse un sistema que asignara las opciones en función de un cuestionario

sencillo y utilizable por cualquier emprendedor. Ahora bien, es probable que para que esto fuera posible fuese necesario simplificar la normativa fiscal y de seguridad social.

Las dificultades resumidas aquí y detalladas en el ANEXO 1 para realizar la tramitación telemática a través del PAE virtual, nos llevan a considerar la actuación del emprendedor acudiendo a los PAE físicos.

La cumplimentación del DUE también podría efectuarse mediante la ventanilla única que la Administración pública pone a disposición de los prestadores de servicios, si se atiende a lo que dispone el artículo 2.2 del Real Decreto 44/2015. La integración de los centros de ventanilla única empresarial (VUE) en los PAE se previó en el párrafo segundo del apartado primero de la Disposición adicional segunda de la Ley 14/2013. Después, la integración de los centros de VUE y la ventanilla única de la Directiva de Servicios en los PAE se facilitó con el Real Decreto 127/2015. Aquella Ley 14/2013 dispuso también que los notarios podrían constituirse como oficinas PAE. Si esto último hubiese estado generalizado en la práctica, el doble paso presencial de acudir al PAE físico, primero, y al notario colaborador del sistema CIRCE, después, podría haberse reunido en un solo paso. Por esta unificación apostamos, facilitando que las notarías puedan convertirse en la *praxis* en PAEs privados.

En resumen, para configurar un proceso electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles no cotizadas habría que atender al papel principal que cumplen, de un lado, los formularios tipo de estatutos (con posibilidad de cumplimentación de manera electrónica, ágil y sencilla para su plena adaptación a las peculiaridades de cada actividad empresarial). Estos modelos tipo no solo debieran estar disponibles para la SL, sino también, por ejemplo, para la SLL. De otro lado, la constitución telemática a través del PAE en su formato virtual debería llegar a ser más intuitiva para el emprendedor para avanzar hacia la eficiencia. En su formato físico podría facilitarse que las notarías se constituyeran como PAE privado, a efectos de reunir en un único acto presencial lo que ahora se divide en dos: la presencia en el PAE (público o privado), primero, y en la notaría que trabaja con CIRCE, más tarde.

Para caminar en dirección hacia un sistema de constitución de sociedades mercantiles por completo electrónico y eficiente, además de un PAE virtual intuitivo y apto desde cualquier dispositivo móvil; y unos modelos de estatutos tipo (no solo para la SL), personalizables y enviables por vía electrónica para su elevación a escritura pública digital; sería precisa la identificación digital del usuario para la interacción virtual entre el notario y el emprendedor-socio fundador.

A que sea íntegramente electrónico todo el proceso de constitución obliga la Directiva (UE) 2019/1151, de digitalización del derecho de sociedades, para el caso de la sociedad limitada, con posibilidad de su extensión a la sociedad anónima, si así lo decide el Estado miembro. Salvo en los supuestos de sospechas de suplantación, abuso, fraude o blanqueo, sin la intervención física notarial, la intervención de este fedatario público mediante medios a distancia –como la videoconferencia u otra técnica a distancia (como la conferencia telefónica múltiple) que permita la conexión en tiempo real y facilite la interacción y la realización de cuestiones– se plantea posible (en el Considerando vigésimo segundo de esta Directiva de 2019) para acreditar la identidad del usuario.

En el desarrollo de los medios técnicos en los que ha venido trabajando el Consejo General del Notariado en España para hacer factible el otorgamiento *online* de la escritura pública de constitución de la sociedad, se prevé que sea por videoconferencia el “encuentro virtual” entre el notario y el socio o los socios fundadores. En esa videoconferencia resultaría indispensable implantar algún método de autenticación electrónica para la confirmación de la identidad. Así, el Consejo General del Notariado tiene previsto que la comprobación de la veracidad de la información se realice durante la videoconferencia y con el DNI electrónico de identificación de los socios fundadores.

El asesoramiento jurídico al socio o a los socios fundadores mediante el “encuentro virtual” por videoconferencia se ha previsto por parte del Consejo General del Notariado que se realice por el notario para esa adaptación del contenido de la escritura pública electrónica a las particularidades que requiera el proyecto empresarial. Tras el asesoramiento, y la correspondiente firma electrónica de la escritura pública, el notario efectuará el envío *online* de la escritura pública al Registro Mercantil.

Para poner en marcha este sistema íntegramente *online* es precisa la previa transposición de la Directiva de digitalización. El plazo general para la transposición concluye el 1 de agosto de 2021, sin perjuicio del plazo especial para transponer algunas disposiciones, alargado hasta dos años después. Sin perjuicio de que cabe la solicitud de una prórroga del plazo general por un año más (hasta el 1 de agosto de 2022) (previa solicitud a la Comisión europea), esa adecuada transposición en plazo es una exigencia ineludible para caminar hacia la íntegra digitalización del proceso de constitución, como mínimo, de la sociedad limitada. Una vez esté disponible para esta forma jurídico-societaria, si se comprobara que el sistema resulta ágil y sencillo, convendría ir extendiéndolo a las demás sociedades.

2. Algoritmo para la obtención de la denominación social¹⁷

La obtención de una denominación social tiene un plazo y un coste de obtención razonables (24/48 horas y 15 euros aproximadamente). Existe, además, la posibilidad de obtener de forma inmediata algunas denominaciones de la bolsa de denominaciones.

Sin embargo, dado que existen más de 1.200.000 sociedades inscritas en el Registro Mercantil, es evidente que el control de identidad de las denominaciones solo puede hacerse a través de la informática, en su caso con un control humano posterior.

Si atendemos a los consejos para la elección de denominaciones que da el propio Registro Mercantil Central (http://www.rmc.es/deno_consultas.aspx) parece claro que los criterios para evitar la identidad o la confusión de nombres podrían sistematizarse a través de un algoritmo que permitiese la consulta y la obtención de la denominación social en tiempo real.

3. Problemas prácticos que plantea la exigencia del NIE y NIF para administradores y socios: propuestas de reforma¹⁸

Tener un Número de Identificación Fiscal o NIF español es necesario para cualquiera que vaya a realizar una actividad con trascendencia fiscal. En el ámbito societario, las Administraciones y la normativa lo exigen para adquirir (comprar o suscribir) acciones o participaciones en una sociedad española. También para ser administrador en una sociedad es necesario disponer previamente de este número.

Para las personas físicas se exige un Número de Identificación de Extranjero o NIE, que se concede por la Policía, y para las personas jurídicas un NIF, concedido por Hacienda. Sin embargo, existe la posibilidad para las personas físicas de obtener un NIF de Hacienda (con letra M), al parecer solo con carácter provisional y para el caso de no poder obtener un NIF, sin que esté claro en la información disponible cuando se da este caso.

Consultados diversos profesionales, se han puesto de manifiesto las numerosas dificultades que implica la obtención de este número, como se observa en el ANEXO 2.

¹⁷ Apartado redactado por el notario Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

¹⁸ Apartado también elaborado por Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

Podemos agrupar las dificultades en los grupos siguientes:

1. *La diversidad de Administraciones competentes y mezcla de los elementos de extranjería*: Aunque se trate solo de obtener un número fiscal para una actuación económica en España, que no implica residencia, las personas físicas deben acudir a la Policía y no a Hacienda, y se mezcla el control de la existencia de la persona con el de la regularidad de su estancia en España. Las sociedades lo obtienen en Hacienda, que al parecer puede conceder también un NIF a personas físicas que no tienen NIE, pero sin que esté claro en qué casos pueden acudir a Hacienda.
2. *Información*: La duplicidad de Administraciones supone una mayor complejidad en la información. Existen informaciones no totalmente coincidentes en el Ministerio del Interior, de Exteriores, la Policía y la Agencia Española de la Administración Tributaria (AEAT). Además, debería existir una traducción de la web y de los modelos, al menos, al inglés que sea completa y comprensible.
3. *Complejidad documental y costes*: Se detallan en el ANEXO 2 los documentos de los trámites exigidos que comprenden básicamente la presentación de documentos originales y copias de los mismos, la presentación de impresos y el pago de tasas. Todo ello tiene un coste alto. Se exigen documentos a veces extensos (todas las páginas del pasaporte) legalizados y apostillados y, salvo los documentos de identidad, también traducidos. Los impresos a rellenar son en el caso de las sociedades, notablemente complejos. Dado que el objeto de estos procedimientos es solo comprobar la existencia e identidad de las personas, parece deseable la simplificación de estos procedimientos.
4. *La necesidad de acudir a las oficinas públicas y sus dificultades*: Los trámites administrativos han de realizarse presencialmente en las administraciones, pues solo Hacienda permite en teoría un trámite telemático que en la práctica no parece estar operativo o, por lo menos, no se está utilizando por ninguno de los asesores especializados que se han consultado. La obtención de cita varía según la Administración entre una y cuatro semanas, e implica la espera adicional en la Administración correspondiente. Al parecer, la atención en los Consulados es mejor, pero es variable y, además, implica la necesidad de traslado a un Consulado español.

Observadas las anteriores dificultades puede concluirse que el sistema actual supone un grave obstáculo para la inversión extranjera en España y las trabas administrativas y plazos de espera, además un daño para la imagen del país. La necesidad de aportar una documentación legalizada, traducida y apostillada supone unos costes monetarios y temporales innecesarios. Sobre todo, la necesidad de comparecencia física ante determinadas Administraciones implica unos largos tiempos de esperas y unas molestias que disuaden de la inversión y muestran una imagen de país ineficiente.

Las reformas deben dirigirse a agilizar el sistema actual en primer lugar, pero también a modificarlo en sus bases, pues los trámites son innecesariamente complejos para los objetivos que se persiguen. Para ello, se indican, a continuación, unas propuestas de reforma.

1. *Información*: Debería unificarse la información en una sola web en la que se diera acceso a una página, según se tratara de una persona física que se encuentra en territorio español, una persona física que esté en territorio extranjero o una persona jurídica. Las webs deben estar totalmente traducidas al inglés (al menos), así como los impresos necesarios.
2. *Simplificación de la documentación e información a aportar*: La aportación de copias de todas las páginas del pasaporte no tiene sentido, salvo por motivos de extranjería, por lo que no se debe exigir si la persona no va a residir en España. La aportación de documentación de sociedades es compleja. En el estado de la técnica actual debería ser posible que la Administración accediera directamente a los registros extranjeros para acreditar la existencia de la sociedad y, en su caso, la administración. Cuando este registro esté accesible al público de manera gratuita y en inglés, debería permitirse sustituir la aportación de documentación, indicando el URL de la web y el sistema de búsqueda. Se debe permitir el pago de las tasas a través de la red con tarjeta de crédito y otros sistemas de pago *online*. En el caso de sociedades y ciudadanos de la UE, no tiene sentido exigirles un domicilio en España, pues ni la inversión ni el cargo lo exigen. No se debería exigir un domicilio en España si la actividad va a ser exclusivamente la inversión en sociedades o el cargo de administrador. En estos casos para las sociedades extranjeras sin establecimiento permanente, habría que considerar si es necesario realizar la declaración censal (impreso 036) o cabría una información simplificada.

3. *Ampliación de las Administraciones ante las que se puede obtener:* El problema práctico fundamental es el coste temporal para la obtención de cita, sobre todo, en el caso de las personas físicas. Se debería permitir que los notarios realizaran la identificación de personas físicas y jurídicas y solicitaran el NIF por las siguientes razones: primero, porque tienen la capacidad técnica para hacerlo y la delegación por el Estado de la fe pública para acreditar la identidad y capacidad de personas físicas y jurídicas; segundo, porque reduce el número de oficinas a acudir, pues el acto que da lugar a la necesidad de NIF (inversión o nombramiento del administrador) se realiza en la notaría; en tercer lugar, porque a menudo la justificación de la necesidad del documento le consta al propio notario. Ya solicitan el NIF de las nuevas sociedades. Mientras no se desvincule la concesión de los números fiscales de los elementos de residencia y extranjería (ver punto siguiente), los notarios podrían servir de pasarela de acceso a la Policía, sin perjuicio del control que esta realizara, más sencillo sin necesidad de atención personal (es lo que sucede actualmente con los Consulados).
4. *Concesión de los NIF por Hacienda para personas jurídicas y físicas:* No tiene sentido que, para la obtención de un número por motivos fiscales, se involucre a la Policía. La competencia debía pasar totalmente a Hacienda. Ello simplificaría los trámites y facilitaría la utilización de los notarios como vía de acceso, como sucede ya con los NIF de las nuevas sociedades. Además, la concesión de NIE debería limitarse a los extranjeros que residen en España y necesitan una tarjeta de residencia. La concesión de la misma implicaría, como hasta ahora, la obtención del NIF.
5. *Supresión del NIF para los ciudadanos y sociedades de Estados miembros de la UE:* En Europa se debe admitir el DNI de los ciudadanos para cualquier trámite o actuación. En el estado actual de la técnica los ciudadanos europeos deberían poder ser identificados por Hacienda a través del número de su documento nacional de identidad más un código país. Si es necesario para los sistemas informáticos de Hacienda, esta generaría a partir del número de DNI extranjero un NIF de manera automática y (preferentemente) no visible para el usuario. Lo mismo cabe decir de las sociedades de Estados miembros de la UE. En este caso, se deberían suprimir todos los trámites, bastando que en la documentación que correspondiese (compra o suscripción de participaciones, nombramiento de administrador) se aportase el número de identidad o fiscal de la persona física o jurídica.

4. Simplificación del régimen jurídico-societario para las pymes: propuesta de una sociedad simplificada¹⁹

Con el propósito de incrementar las cotas del emprendimiento dentro del sector formal de la economía, propone la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) configurar una entidad de responsabilidad limitada con personalidad jurídica propia y con responsabilidad limitada de los socios, fundamentada en la simplicidad y la flexibilidad contractual. El empeño de esta Comisión de Naciones Unidas es el diseño de una forma jurídica que sea apta para el emprendimiento de escasos recursos financieros. Proyecta configurar una entidad mercantil caracterizada por la simplicidad y la libertad de autonomía para las micro y pequeñas empresas con seguridad y formalidad. Serviría tanto para el emprendimiento individual (como sociedad unipersonal) como el colectivo (como sociedad pluripersonal), con o sin ánimo de lucro, mediante una forma jurídica regida por el principio de la simplificación que actuara dentro de la economía formalizada o reglamentada.

La propuesta de la entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI se inspira en la sociedad por acciones simplificada (SAS) colombiana y esta, a su vez, en la SAS francesa. Los pilares en los que se sustentan son la sencillez de la tramitación para la constitución, la responsabilidad limitada de los socios, la flexibilidad contractual para estructurar societariamente un negocio formal con facilidad, la sencillez de la estructura orgánica, y la seguridad jurídica para la protección a los terceros.

Al estilo del planteamiento de esta Comisión de Naciones Unidas, proponemos para nuestro sistema jurídico interno una sociedad mercantil simplificada que tendría personalidad jurídica y actuaría con responsabilidad limitada de quienes deciden iniciar una actividad empresarial y quieren resguardar su patrimonio personal. Se trataría de que la sociedad simplificada propuesta gozase de una arquitectura societaria sin pérdida ni de la personalidad jurídica ni de la responsabilidad limitada de los socios y con ganancia de la simplicidad.

¹⁹ Propuesta redactada por la profesora Marta García Mandaloniz, sobre las ideas antes expuestas por la autora en el siguiente libro: *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada. Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*, Dykinson, Madrid, 2020, capítulo 3º; disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30924>.

4.1) *Reducción o eliminación del capital social mínimo legal*

Para favorecer la creación de las empresas con el fin de estimular la actividad económica y el empleo, este planteamiento de una sociedad simplificada o modesta se basaría, en primer lugar, en la no exigencia de un capital mínimo legal o, cuando menos, en la reducción de su cuantía a una “suma simbólica”, en expresión de la CNUDMI.

En específico en lo que se refiere a la reducción del capital mínimo legal, ha de hacerse notar aquí que la consulta pública previa sobre medidas para favorecer la creación de empresas y su crecimiento –abierta desde el 19 de febrero hasta el 19 de marzo de 2021, por el Ministerio español de Asuntos Económicos y Transformación Digital– plantea la reducción hasta el mínimo de un euro para la SL/SRL.

El planteamiento que el Ministerio hace para esta reducción tiene como finalidad eliminar las barreras para la creación de las empresas, como fórmula para impulsar el emprendimiento en un momento de gran estancamiento o descenso económico-productivo como el actual. A través de una “Ley de creación y crecimiento de empresas” se plantea “*la eliminación [rectius, la reducción a una “suma simbólica” de un euro] del capital social mínimo legal para constituir una SRL*” con el objetivo final de impulsar la creación y el crecimiento de las empresas. La cifra actual de los tres mil euros para la constitución de una SL se rebajaría (en rebaja destacable) hasta un euro de capital. A tal efecto, propone la citada consulta pública reformar el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

La reforma planteada por la consulta pública, además de esa rebaja, llevaría consigo la supresión del régimen jurídico previsto para la sociedad limitada de formación sucesiva o SLFS. Este régimen transitorio (aunque sin plazo legal para la transitoriedad) de formación sucesiva no ha cumplido las expectativas previstas con su introducción mediante la Ley 14/2013, de 24 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, para fomentar la iniciativa empresarial. Las estadísticas mercantiles anuales de los Registradores de España vienen “*confirmando [...] la escasa repercusión en el total de nuevas constituciones de esta opción societaria*”. En nuestra opinión, esa “*escasa repercusión*” tiene que ver con la triple restricción impuesta a esta figura de la SLFS en materia de reserva legal, de reparto de dividendos activos y de suma anual de retribuciones a los socios y los administradores, mientras llega su capital al mínimo legal de los tres mil euros. Ahora bien, si esos tres mil euros de capital mínimo legal se redujeran hasta el euro como

propone la consulta pública ningún sentido mantendría la SLFS y, de ahí, su pertinente supresión legislativa.

Sea bienvenida la reducción del capital a un euro que plantea para la SL la consulta pública previa si ello conlleva (y podría conllevar) un acicate para estimular el nacimiento de empresas para el reforzamiento del tejido empresarial en nuestro país.

Si no hubiera un capital mínimo legal (ni siquiera un euro) para constituir una sociedad mercantil no habría necesidad de realizar aportaciones de capital. En una sociedad simplificada sin capital mínimo legal (como la que en estas líneas nosotros esbozamos) a la decisión de los socios quedaría aportar o no y, en caso de aportar, la forma, el tiempo y el valor de esa aportación. En dinero en efectivo, en créditos, en bienes materiales o inmateriales, en ejecución de obras, servicios prestados o a prestar podrían consistir, en un listado no tasado, las aportaciones decididas para las que no se requeriría, salvo acuerdo expreso en contrario, valoración mediante un informe de experto independiente.

El principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes sería el que regiría tanto para la aportación como para la distribución de las ganancias que, en su caso, consiguiera la sociedad simplificada durante el curso de sus negocios. En el planteamiento de la citada propuesta de guía legislativa de la CNUDMI, el común acuerdo es el principio supremo y, a falta de él, la participación en igualdad en el patrimonio y en la distribución de las utilidades; pudiéndose aprobar por acuerdo de los miembros la cantidad, el tiempo y la forma (en efectivo o en bienes) de la distribución de los beneficios.

Una norma imperativa debería existir para la protección de los terceros, empero. Para su máxima protección contra una posible distribución indebida de utilidades, no podría haber distribución en caso de insolvencia o de balance negativo. A la sociedad simplificada desde aquí planteada no se le permitiría distribuir utilidades si, al hacer la distribución, no estuviera en condiciones de pagar las deudas en el momento de su vencimiento o si el activo total fuese inferior a la suma del total del pasivo. De contrariarse esta prohibición, la obligación de devolución del monto indebidamente distribuido recaería sobre los socios que lo hubieran percibido. Ahora bien, ni el pago de una remuneración razonable por los servicios prestados ni la suma adeudada de buena fe por la entidad a alguno de sus socios podría considerarse distribución de utilidades y, en consecuencia, no sería de aplicación la citada regla de la devolución; según matiza la CNUDMI.

Sin una cifra de capital social mínimo impuesta por la legislación (o con una cifra meramente simbólica), la tutela de los terceros acreedores quedaría

garantizada por el triple requisito de la transparencia financiera, los deberes fiduciarios de los administradores y las pruebas de balance y solvencia, con control del reparto de beneficios. En concreto, las medidas de garantía de los acreedores que plantea la CNUDMI entroncan con la responsabilidad por la distribución indebida de las ganancias sociales y la obligación de su devolución; con las responsabilidades fiduciarias de los administradores; con la aplicación de las normas de conducta y de los principios generales, como el de buena fe; con la transparencia de la contabilidad; y, en último extremo, con la aplicación del levantamiento del velo corporativo. Con este modelo de protección de terceros y del interés general no se perdería seguridad y se ganaría en simplicidad.

4.2) “Cláusula de finalidad general”

A la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada sin capital social mínimo legal, además de sin efectiva aportación patrimonial y con reforzamiento de la responsabilidad de los administradores para una adecuada tutela de los acreedores, convendría sumar la flexibilidad desarrollada en el funcionamiento y la gestión societaria a partir de la amplitud de la libertad de pactos. En particular, la flexibilidad se desenvolvería, como punto de partida, a partir de la capacidad de elección de un objeto social amplio o múltiple.

La amplitud del objeto social tendría como límite infranqueable la licitud de la actividad o de las actividades a desarrollar. El objeto social podría abarcar cualesquiera actividades lícitas, con la excepción de aquellas (como, por ejemplo, las bancarias o las aseguradoras) para las que la legislación especial precise la forma de una sociedad anónima o su ejercicio requiera un objeto social único y exclusivo.

Dentro de la anchura que proporciona una “cláusula de finalidad general” (en las palabras de la CNUDMI), la actividad podría variar sin necesidad de modificación estatutaria por cambio del objeto social y sin ser su sustitución ni su modificación sustancial causa legal de separación del socio disconforme. Ello beneficiaría a las empresas de reciente creación, presionadas en no pocas ocasiones por el mercado a cambiar de actividad empresarial y, por ello, a alterar el objeto social, en ocasiones, varias veces durante sus primeros años de andadura.

4.3) Sociedad simplificada para las pymes

Consideramos que pudiera ser conveniente centrar, con un límite cuantitativo, el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación de la sociedad

simplificada a las pymes. La limitación podría ser, por ejemplo, por la remisión a la Recomendación de la Comisión europea 2003/361/CE, sobre la definición europea de las microempresas, las pequeñas y medianas empresas (luego recogida en el Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014). La limitación podría ser, alternativamente, por remisión a los criterios que para definir contablemente a la pequeña (o, en su caso, a la mediana empresa) establece el artículo 3 de la Directiva 2013/34/UE sobre contabilidad. Con una u otra remisión se limitaría el ámbito subjetivo de aplicación a las pymes.

Con una u otra remisión, para las pymes se trataría bien configurar una nueva forma societaria simplificada o bien (mejor, por más fácil) modificar el régimen jurídico de la SRL (como plantea reformarlo la citada consulta pública del Ministerio, aunque solo lo plantea respecto del mínimo del capital) hasta lograr que sea más simplificado y abaratado, tanto en el momento de su constitución, como también en el de su mantenimiento de cara a su funcionamiento y organización. No son escasos los costes directos o indirectos que aún aprietan a las sociedades limitadas en su gestión u operativa y que pudieran aliviarse de ser la sociedad limitada una sociedad más simplificada.

4.4) *Sociedad simplificada para las empresas sociales*

Una sociedad más simplificada podría formar parte del elenco de las sociedades mercantiles de capital bajo un régimen legal dispositivo y de mínimos, sin pérdida de la personalidad jurídica ni de la responsabilidad limitada de sus socios y sin pérdida igualmente de la seguridad jurídica, para la tutela del interés general, de los terceros y de los socios. Sin estas pérdidas, ganaría en simplicidad en la fundación, en la configuración y en la organización. Con aquellas ganancias, sería apta tanto para la empresa con ánimo de lucro como sin él. En efecto, la sociedad simplificada convendría que no solo fuese para las actividades lucrativas, sino también para las no lucrativas o no del todo lucrativas, en las que haya una limitación del reparto de beneficios por y para su reinversión principal hacia la consecución de un fin social

El régimen jurídico actual diseñado para la SL encuentra dificultades para ajustarse a una empresa social no lucrativa donde, por regla general, las ganancias sociales no se reparten, sino que se reinvierten para profundizar en la actividad social. La supresión voluntaria del reparto de beneficios afectaría a un gran número de las disposiciones legales vigentes articuladas en torno a ese reparto en forma de dividendos. A saber: las acciones sin voto, los dividendos preferentes, la morosidad del socio, la retribución de los administradores o el

derecho de separación. Para que la sociedad simplificada pudiera acoplarse también a las empresas sociales, haría falta suprimir las cortapisas que subsisten en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital o LSC hasta conseguir un pleno encaje que condujera a vertebrar la sociedad capitalista –paradigma de la eficiencia empresarial– como vehículo jurídico también apto para afrontar las singularidades de las empresas sociales, sin ánimo lucrativo por la reinversión de los beneficios en la consecución del objetivo social o con menor ánimo lucrativo por la necesidad de compatibilizarlo con el objetivo social.

La sociedad simplificada propuesta podría incluirse dentro del “*catálogo de las entidades de economía social*” que la estrategia española de la economía social 2017-2020 propuso elaborar. Con una “*fórmula empresarial de economía social*” (en expresión tomada de esa estrategia) de carácter simplificado que gozara de un favorecedor marco fiscal y laboral (como tienen incentivos fiscales y de Seguridad Social las cooperativas y las sociedades laborales), las empresas sociales con forma social de sociedad simplificada podrían apoyar la consecución de un crecimiento económico sostenible, susceptible de ofrecer respuestas a problemas económicos y sociales, como el desempleo.

En definitiva, la sociedad simplificada esbozada en esta propuesta atendería a la multiplicidad de esquemas mediante los que se canalizan las actividades empresariales, con lucro o sin él, llevadas a cabo por las pymes con el propósito de convertirse en cauce y acicate de un ecosistema emprendedor productivo y competitivo.

Ahora bien, para alcanzar este propósito final la sociedad mercantil simplificada que desde estas líneas ha sido trazada debería venir acompañada de simplificaciones en las obligaciones laborales y fiscales. Solo así esta figura societaria sería capaz de alcanzar una verdadera utilidad en el tráfico económico.

5. Reforma de la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL) para su utilidad práctica²⁰

Coincidiendo con una época de crisis económico-financiera, como la sufrida a partir de 2008, la Ley 14/2013 (en el capítulo II del título I) pretendió estimular el espíritu empresarial mediante la limitación del patrimonio perso-

²⁰ Apartado redactado por Marta García Mandaloniz, con observaciones y conclusiones extraídas de la siguiente publicación de esta autora: “El emprendedor ¿de responsabilidad limitada?”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir): *Un nuevo estatuto para el empresario individual*, Marcial Pons, Madrid, 2016, páginas 383-482.

nal del emprendedor persona física. Para la limitación de la responsabilidad del empresario individual (y del profesional), por medio de la protección de la vivienda habitual, se instauró la figura del emprendedor de responsabilidad limitada o ERL.

La vivienda habitual del ERL queda protegida cuando es valorada (en el cálculo de la base imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados o ITPyAJD) hasta un máximo de trescientos mil euros o, en poblaciones de más de un millón de habitantes, de cuatrocientos cincuenta mil euros. Para extender la protección propondríamos hacer desaparecer la limitación cuantitativa del valor de la vivienda habitual –impuesta por el artículo 8 de la Ley 14/2013, a modo de tope máximo– para que no estuviera ni en función de la base imponible del ITPyAJD ni del número de habitantes de la ciudad en que se localiza.

En los términos legales (limitativos) descritos, la limitación de la responsabilidad del ERL o, mejor dicho, la no sujeción de su vivienda habitual es oponible en exclusiva a las deudas y obligaciones que traigan causa del ejercicio de la actividad empresarial o profesional.

No resulta oponible ni a las obligaciones tributarias, ni a las obligaciones derivadas de la Seguridad Social. Declara la Disposición adicional primera de la citada Ley de 2013 que se exceptúan del citado beneficio las deudas de Derecho público para cuya gestión recaudatoria resulten aplicables la Ley General Tributaria, la Ley Presupuestaria o la Ley General de la Seguridad Social. Si son deudas de Derecho Público decae la no afectación de la vivienda habitual. En consecuencia, en este extremo se desvirtúa el goce del beneficio y, con ello, el sentido propio de la figura del ERL. Para no desvirtuarlo, la protección del crédito público habría de eliminarse. Son estas deudas las “*que por su cuantía pueden obstaculizar significativamente la actividad emprendedora*”, en las palabras del Comité Económico y Social en el Dictamen que elaboró, en junio de 2013, en torno al Anteproyecto de esta Ley de apoyo al emprendedor. En consecuencia, plantearíamos que la protección de la vivienda habitual del ERL (de buena fe) se extendiese frente a estas deudas de Derecho público.

Aunque se extendiera, la protección de la que goza el ERL –circunscrita a la vivienda habitual dentro de los márgenes y con los condicionantes que exige la Ley de apoyo al emprendedor– seguiría siendo más teórica que práctica. La protección extraconcursal se desvanece cuando el emprendedor entra en una situación concursal. Sin norma concursal especial, el ERL queda sin protección en caso de concurso de acreedores. Desprotegido en el concurso pierde sentido adquirir y mantener la condición de ERL.

Solo opera la tutela que brinda la Ley 14/2013 a la vivienda habitual frente a los créditos contra la masa a los que alude el artículo 242.8º del texto refundido de la Ley concursal, esto es, “*los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso [...] hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso*”. También frente a los créditos concursales procedentes del ejercicio de la actividad empresarial o profesional antes de la declaración de concurso del ERL. Los restantes créditos contra la masa podrían verse satisfechos con cargo a la vivienda habitual del ERL en la hipótesis de que este emprendedor no dispusiera de otros bienes con los que sufragarlos.

Bajo las limitaciones expuestas, la Ley 14/2013 dio un primer paso hacia la responsabilidad limitada del empresario individual para el estímulo de la iniciativa empresarial. La dirección tomada por el legislador pudo ser la correcta. Pero, por la manera en que se dio aquel paso, no se han logrado los positivos efectos esperados. Para obtenerlos, a aquel primer paso podrían seguir otros para avanzar hacia una auténtica limitación de la responsabilidad.

5.1) *Limitación de la responsabilidad mediante patrimonio separado y afectado*

La limitación de la responsabilidad –en vez de con un único bien (la vivienda habitual) protegido de la acción de los acreedores– podría ser mediante un patrimonio separado y afectado a un fin empresarial o profesional. Para instaurar esta separación patrimonial se requeriría el respaldo legal. Esta propuesta (más ambiciosa) consistiría en configurar legalmente un patrimonio de afectación. Con ello, se permitiría que, además de la vivienda habitual, otros bienes o derechos quedasen protegidos por estar afectados a la actividad económica o profesional.

Además, convendría permitir al emprendedor que no fuese titular de una vivienda habitual acogerse a la figura del ERL, determinando un conjunto de elementos patrimoniales que quedasen afectados a su actividad económica y salvaguardando su patrimonio personal y familiar.

Un patrimonio de afectación (como patrimonio aislado, autónomo, afectado o destinado) está previsto en países como Suiza, Portugal, Liechtenstein, Francia, Panamá, El Salvador o Paraguay. A semejanza, por ejemplo, del sistema francés, con esta propuesta se trataría de que el régimen jurídico del ERL autorizara la constitución dentro de la masa patrimonial global de una masa de bienes específica, afectada de manera especial al ejercicio económi-

co, que sería responsable de las deudas contraídas con los acreedores y que salvaguardaría el resto del patrimonio personal y familiar.

Bajo la concepción del patrimonio de afectación, el ERL, en su actividad económico-empresarial o profesional, quedaría libre de responsabilidad más allá del patrimonio afectado. El patrimonio destinado sería conocible por los terceros gracias a la debida información registral o legal y, en su caso, comercial o de hecho. Con publicidad registral más comercial de la limitación de la responsabilidad podría salvaguardarse el derecho de los posibles acreedores. También se salvaguardarían con la pérdida de la limitación de la responsabilidad en el supuesto de que el ERL cometiera conductas ilícitas.

Con estas salvaguardias, sería un patrimonio especial sin personalidad jurídica independiente y con un destino particular (empresarial o profesional) sujeto a la publicidad registral y, en su caso, comercial para evitar el fraude de acreedores y el abuso del derecho. Como patrimonio separado cabría, además, la concursabilidad separada que no es posible en el presente por no haber quedado diseñado el ERL como tal patrimonio afectado.

La pretensión que subyace en la propuesta trazada es la reforma de la figura del ERL para dotarla de utilidad práctica, en pro del estímulo del emprendimiento, como fórmula de autoempleo y empleo.

II. Fase de desarrollo y financiación de la actividad empresarial

Sumario: 1. Retribución de los consejeros: reforma para garantizar la seguridad jurídica. 2. Financiación de la empresa: inversión y desinversión. 2.1) *Cuestiones en los aumentos de capital: necesidad de desembolso total de la prima de emisión y derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital por compensación de créditos.* 2.2) *La reducción de capital como medio de restitución de las aportaciones.* 2.3) *Mejoras en la regulación de la financiación participativa (crowdfunding).* 2.4) *Reforma de la regulación de las acciones y participaciones sin voto.*

1. Retribución de los consejeros: reforma para garantizar la seguridad jurídica²¹

La retribución de los administradores y su complejísimo tratamiento en la Seguridad Social y en el campo tributario es uno de los mayores focos de inse-

²¹ Propuestas redactadas por Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

guridad para los emprendedores que utilizan una forma societaria. Las cuestiones fiscales y laborales, que son las verdaderamente problemáticas, no pueden ser objeto de estudio en este apartado. Sí, en cambio, el aspecto mercantil que tiene problemas propios no solo porque da lugar a dificultades de inscripción en los registros de las cláusulas que lo regulan, sino, sobre todo, porque la falta de conformidad con la normativa mercantil es la causa alegada por la Administración tributaria para negar la deducibilidad de las retribuciones.

La reforma de la LSC por la Ley 31/2014 pareció remitir la cuestión de la retribución de los consejeros ejecutivos en las sociedades no cotizadas al contrato aprobado por el consejo previsto en el art. 249.3, sin que fuera necesaria su constancia en los estatutos. Sin embargo, la STS de 26/2/2018 desautorizó esta interpretación para garantizar la transparencia de las retribuciones.

La reforma aquí propuesta persigue dar flexibilidad a las sociedades (que era el objetivo de la modificación de 2014), solucionar las incoherencias de la redacción actual de la LSC y, al mismo tiempo, facilitar el control de las remuneraciones por los socios sin generar costes inútiles para la sociedad derivados de la necesidad de continuas modificaciones estatutarias. Y, sobre todo, dar seguridad a los empresarios.

Para ello, se propone lo siguiente:

1. Reducir la necesidad de constancia estatutaria al carácter remunerado o no de los estatutos, y dejar que sea la junta general la que determine la política de retribución, como sucede en el caso de las sociedades cotizadas, cuya regulación no ha sido cuestionada por el Tribunal Supremo (TS). Todo ello, sin perjuicio de que los socios puedan subir de nivel cada una de las funciones. Es decir, siempre podrán decidir fijar los conceptos retributivos en los estatutos o la junta podrá determinar la distribución entre los administradores.
2. Reconocer la diferencia entre la remuneración de los administradores en su condición de tales y en su condición de ejecutivos, pero someter ambas al control de la junta general.
3. Dar la mayor flexibilidad a la junta a la hora de establecer los sistemas de retribución y su aplicación a los distintos administradores, lo que combina flexibilidad y transparencia (pues los acuerdos de la junta pueden ser conocidos por los socios y también impugnados).

A tales efectos, se propone la redacción siguiente de los artículos 217 y 218 LSC.

Artículo 217. “Remuneración de los administradores”:

- 1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario. Si establecen que es retribuido, la retribución de los administradores será determinada con arreglo a los apartados siguientes o, en su caso, conforme a lo que establezcan los estatutos.*
- 2. Los conceptos retributivos deberán determinarse por acuerdo de la junta general, y estarán vigentes en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que lo fije la junta general, el órgano de administración determinará la aplicación concreta de todos o parte de los conceptos a los administradores que determine. Podrán establecerse distintos sistemas para los consejeros en su condición de tales y para los consejeros con funciones ejecutivas.*
- 3. Los conceptos retributivos podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:*
 - a) una asignación fija,*
 - b) dietas de asistencia,*
 - c) participación en beneficios,*
 - d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,*
 - e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,*
 - f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviere motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y*
 - g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.*
- 4. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Para las retribuciones que no tengan carácter anual la junta general aprobará los importes máximos por cada concepto. La fijación de los máximos podrá hacerse en términos absolutos o por referencia a los criterios que fije la junta general. Podrán establecerse máximos distintos para los distintos grupos de administradores en función de sus cargos, de su carácter de consejeros ejecutivos, o de otros criterios fijados en los acuerdos.*
- 5. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores, cualquiera que sea el sistema de administración, se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por acuerdo del mismo. Estos acuerdos deberán tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada administrador, pudiendo ser distintas aunque ostenten el mismo cargo*
- 6. En caso de que exista un consejo de administración y corresponde al mismo fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de las funciones ejecu-*

tivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3, con los estatutos y los acuerdos tomados por la junta general.

- 7. La remuneración de los administradores deberá, en todo caso, guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de las empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.*

Artículo 218. “Remuneración mediante participación en beneficios”:

- 1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos y, en su defecto, la política de retribuciones aprobada por la junta general determinará concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales o por la política de retribuciones.*
- 2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.*
- 3. En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detráida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de las estatutarias y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.*

2. Financiación de la empresa: inversión y desinversión²²

La inversión en empresas nuevas tiene particularidades. Dado el alto riesgo que tienen no es adecuada la financiación a través de préstamos, pues el riesgo impondría un tipo de interés que la sociedad no podría permitirse. Además, la falta de ingresos en los primeros tiempos impediría el pago de esos intereses. Por tanto, lo adecuado es la inversión en capital que, a su vez, plantea varios problemas: entra en conflicto con la voluntad de los fundadores de mantener el control, suele requerir varias rondas de financiación, y es difícil rea-

²² Apartado elaborado por Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

lizar una valoración de la empresa. Todo esto hace necesario utilizar algunos instrumentos especiales, varios de los cuales tienen una regulación deficiente.

2.1) *Cuestiones en los aumentos de capital*

a. Necesidad de desembolso total de la prima de emisión

En el caso de sociedades limitadas es necesario que el total del capital se desembolse en el momento de la suscripción. Sabido es que en la SA se permite, en cambio, que se desembolse solo el 25% del valor nominal de la cada una de las acciones en ese momento, quedando el socio como deudor del resto. Sin embargo, la prima en ambos casos ha de desembolsarse íntegramente en el momento de la suscripción. Esto no parece lógico. No lo es en el caso de SA, pues si el capital, que es la cifra de retención o garantía en beneficio de acreedores, puede aumentarse sin estar totalmente desembolsado, con más razón debería poder hacerse lo mismo en relación con la prima, aunque se establezca el mismo régimen sancionador derivado del impago para garantizar no ya a los acreedores, sino a la propia sociedad.

b. El derecho de suscripción preferente en el aumento de capital por compensación de créditos

El art. 304 LSC solo otorga el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con aportaciones dinerarias. A pesar de que la compensación de créditos tiene grandes similitudes con éstas, se equiparan a las aportaciones no dinerarias a los efectos del derecho de suscripción (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: RR. DGRN 15 de febrero de 2012 y 20 de abril de 2012; y STS de 23 de mayo de 2008).

Esto supone un riesgo para el principio de igualdad de trato entre los socios y carece de justificación. Desde el punto de vista del patrimonio de la sociedad es indiferente que se compense un crédito de un socio o que otro socio aporte una cantidad en metálico, pues con ésta se puede proceder al pago de ese crédito. Sin embargo, suprimir el derecho de suscripción deja indefenso al socio minoritario frente al mayoritario, que controla la administración. Depende de los administradores aceptar el préstamo del socio y de la mayoría decidir el aumento y sus condiciones. El minoritario no puede oponerse al préstamo, ni puede después evitar diluirse en el aumento, pudiendo los mayoritarios aumentar su participación o dar entrada a otro socio con infravaloración de la

empresa y, por tanto, apropiándose de parte del valor del minoritario. Esto supone un obstáculo para la inversión de minoritarios en sociedades. Hay que tener en cuenta que el verdadero capital riesgo (*business angels* y *venture capital* que invierte en sociedades en sus inicios) suele adquirir participaciones minoritarias, igual que sucede en las operaciones de *crowdfunding*.

Por tanto, para garantizar los derechos de los minoritarios y favorecer la inversión se debería reconocer en la LSC el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital por compensación de créditos.

2.2) *La reducción de capital como medio de restitución de las aportaciones.*

La reducción de capital es una de las formas de salida de los inversores de la sociedad. En el ámbito de las nuevas empresas tiene una gran importancia, pues se trata de un instrumento que sirve tanto para recuperar la inversión como para regular las relaciones entre socios: es la consecuencia del ejercicio del derecho de separación por los socios o de la exclusión de socios, tanto en los casos legales como en los que se hayan pactado en supuestos especiales en estatutos.

Sin embargo, la utilización de estos sistemas se ve dificultada por el régimen actual de la reducción de capital que necesariamente ha de seguir a esta operación.

En el caso de las SA la reducción de capital otorga un derecho de oposición de los acreedores, que se puede eliminar si se constituye una reserva indisponible por el importe del capital que se reduce o si, una vez ejercitado, se garantiza el crédito de ese acreedor con una garantía solidaria de una entidad de crédito “*por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento*”. Dado que los acreedores solo tienen la garantía del capital, por coherencia con el importe de la reserva, parece que la garantía debería exigirse por el importe menor de los dos siguientes: el importe del crédito del acreedor que se opone o el importe del capital que se reduce. Además, parece también excesivo que el plazo se extienda hasta la prescripción del derecho: debería limitarse a un plazo razonable desde el vencimiento (6 meses, por ejemplo). También se debería dar la opción de pagar el crédito en lugar de prestar la garantía.

En el caso de las SL proponemos, en primer lugar, modificar (aclarándolo) el artículo 331.2 LSC que dice: “*La responsabilidad de cada socio tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social*”. La responsabilidad solo debe alcanzar el importe del nominal de las participaciones anuladas –que es la garantía de los acreedores– en coherencia

con lo visto para la reserva indisponible en la SA la cantidad recibida por el capital. Se debe sustituir por: “*La responsabilidad de cada socio tendrá como límite el importe del valor nominal de las participaciones correspondientes a dicho socio que se amorticen*”. Por la misma razón se debe modificar el art. 332.1 que debería tener la redacción siguiente: “*Cuando, al acordarse la reducción mediante la restitución de la totalidad o parte del valor de las aportaciones sociales, se dotase una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al valor nominal de las participaciones que se amortizan no habrá lugar a la responsabilidad solidaria de los socios*”. También se debería reformar el complejo e inútil art. 333 sobre el derecho de oposición estatutario en la SL. El artículo debería decir simplemente lo siguiente: “*Se excluye la responsabilidad de los socios prevista en el artículo 331 si en los estatutos se concede un derecho de oposición en los términos previstos en el art 334 LSC*”.

2.3) *Mejoras en la regulación de la financiación participativa (crowdfunding).*

Una primera reforma, ajena a la regulación del *crowdfunding* pero necesaria para su desarrollo internacional, es la del mecanismo de obtención de NIE/ NIF para las personas físicas o jurídicas extranjeras, según se ha examinado en un apartado previo de estas propuestas. Es un trámite costoso en tiempo y dinero que en la práctica es un obstáculo insalvable para la inversión en proyectos españoles por parte de pequeños inversores extranjeros.

También se propone el establecimiento por ley de un derecho de acompañamiento (*tag along*) a los socios que participan en un proceso de *crowdfunding* en caso de venta de una participación mayoritaria, pues en general es la única forma de que los minoritarios liquiden su inversión. Esta solución ha sido adoptada en el Derecho italiano para las sociedades que acuden a este tipo de financiación.

En cuanto a la responsabilidad de la plataforma de financiación participativa, la legislación plantea dudas sobre su alcance. Debe aclararse que no responde de la veracidad de la información del promotor, pero sí de la ocultación al público de la información que conociera.

2.4) *Reforma de la regulación de las acciones y participaciones sin voto.*

Las acciones y las participaciones sin voto son una opción razonable útil para la participación de inversores minoritarios en nuevos proyectos empre-

sariales, en particular para la financiación participativa vista, y otras en las que los socios minoritarios no quieren tener una implicación en el control de la sociedad y de su administración. Sin embargo, el hecho de que el art. 99.3 LSC prevea que tengan voto “*mientras no se satisfaga el dividendo mínimo*” las hace poco operativas, pues las *start-up* normalmente no dan dividendos. Se debería suprimir ese requisito para facilitar la utilización de este recurso. Tampoco debería exigirse el dividendo mínimo para dar más flexibilidad a las sociedades, sobre todo ahora que esta cuestión tiene una regulación con carácter general en el art. 348 bis LSC.

III. Fase de la extinción de la actividad empresarial

Sumario: 1. Adaptación del sistema de refinanciación e insolvencia para las pymes y los emprendedores. 1.1) *Objetivación del concepto de “insolvencia”*. 1.2) *Implantación de procedimientos pre concursales aptos para pymes y emprendedores*. 1.3) *Unificación de la información respecto a la solicitud de designación de mediador concursal*. 1.4) *Simplificación de la solicitud inicial*. 1.5) *Sujeción al beneficio de justicia gratuita de la asistencia letrada en la fase previa a la mediación*. 1.6) *Estabilidad de la medida provisional asociada a la falta de designación de mediador concursal*. 1.7) *Comunicación por el registrador a los juzgados de la ejecución*. 1.8) *Exención de arancel registral*. 1.9) *Sujeción directa del crédito público al acuerdo extrajudicial de pagos*. 1.10) *Regulación legal del “pre pack” para el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP)*. 2. Mejora del sistema de segunda oportunidad para los empresarios. 2.1) *Posibilidad de establecer un fondo patrimonial separado*. 2.2) *Innecesariedad del acuerdo extrajudicial de pagos cuando no hay masa*. 2.3) *Inclusión del crédito público en el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI)*.

1. Adaptación del sistema de refinanciación e insolvencia para las pymes y los emprendedores²³

1.1) *Objetivización del concepto de “insolvencia”*

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como por ejemplo en Inglaterra y en Gales, donde el concepto de “insolvencia” engloba tanto el “*balance sheet insolvency test*” como el “*cash flow insolvency test*”, la defi-

23 Apartado desarrollado por el abogado Ignacio Fernández Larrea.

nición de este elemento objetivo del concurso de acreedores que efectúa la normativa concursal no permite objetivar la misma a ningún tipo de parámetro financiero. Ello no deja de generar inseguridad –especialmente en el emprendedor–, en cuanto al real acaecimiento de la misma y la necesidad de abordar mecanismos de refinanciación, con las graves consecuencias que conlleva la inobservancia del deber de solicitar el concurso.

Así, el concepto de “patrimonio neto negativo”²⁴ puede llegar a coincidir con una posible situación de insolvencia actual o inminente, pero esa coincidencia no puede predicarse con carácter automático. Por eso, la situación de desbalance ni implica la obligación de solicitar el concurso, ni tampoco cumple en principio el elemento objetivo que habilita a la solicitud del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante, AEP). Y es que la insolvencia engloba situaciones de desbalance o déficit patrimonial en las que el pasivo supera al activo –la más frecuente– y situaciones de superávit patrimonial en las que, por el contrario, ese pasivo es inferior al activo²⁵.

En este sentido, y sobre todo en relación con el concepto de “insolvencia actual”, que es el que determina la obligación de solicitud de concurso, debería tratar de asociarse a una definición objetiva de apreciación indiscutible lo que, además, facilitaría el concretar otro aspecto esencial, como es el del momento de inexcusable conocimiento de la insolvencia, que tanta trascendencia puede tener a la postre en una ulterior sección de calificación.

1.2) *Implantación de procedimientos pre concursales aptos para pymes y emprendedores*

Tanto las pymes, como muy especialmente el emprendedor (o “persona natural empresario”) en terminología de la norma concursal, se encuentran desprovistos de un adecuado mecanismo pre concursal que le evite adentrarse en un procedimiento, como el del concurso de acreedores que –en más de un 95%, conforme a las estadísticas de los últimos años– no va a concluir sino en liquidación ante el carácter palmariamente residual que desempeña la figura del convenio.

²⁴ Nominalmente incorporado al Plan General de Contabilidad (PGC) para pymes 2007, y que se corresponde con los pronunciamientos de la NIC 1 y NIC 32 adoptadas por la Comisión Europea.

²⁵ Véase expresamente, a este respecto, la STS de 15 de octubre de 2013 o la de 1 de abril de 2014.

Obviamente, los mecanismos pre concursales asociados a los acuerdos de refinanciación “típicos” del Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC) no tienen en absoluto un adecuado encaje en la figura del emprendedor y, apurando, ni tan siquiera en la de la pyme, quedando en realidad reservados para las empresas de cierto volumen y posibilidades reales de negociación con un *pool* de acreedores financieros profesionales²⁶.

En el caso de las pymes y los emprendedores, ha de tenerse en cuenta que la constatación de su situación de crisis (aun cuando no se hallen aún en insolvencia) desencadena dos inmediatas reacciones por parte de sus acreedores profesionales: una, la llamada (en denominación anglosajona) “*creditors race*”, esto es, la carrera por tratar de ejecutar cuanto activo disponible se halle aún en poder de su deudor; y otra, la que podríamos calificar como “*omertá*”, esto es, una auténtica ley del silencio por parte de estos acreedores, que frustra en la mayor parte de las ocasiones cualquier intento de interlocución.

Se hace necesario el diseño e implantación de mecanismos pre concursales específicos para las pymes y los emprendedores, caracterizados por su simpleza; al estilo de los anglosajones “*company voluntary arrangements*”, previstos para las sociedades de pequeñas dimensiones y que conviven en el caso de las personas físicas con los “*individual voluntary arrangements*”, y su versión simplificada, los “*fast-track voluntary arrangement*” (“*section 263 Insolvency Act*”). Se trata, básicamente, de implementar procedimientos simples y poco costosos, con una mínima intervención judicial, y que incentiven a través de esas dos cualidades el acuerdo entre el pequeño o mediano deudor y sus acreedores profesionales en una situación previa a la insolvencia determinante del proceso concursal.

1.3) *Unificación de la información respecto a la solicitud de designación de mediador concursal*

Una deficiencia de índole puramente práctica y de muy fácil solución viene asociada a la absolutamente errática información que al empresario perso-

²⁶ Mientras estuvo vigente el sistema de designación del experto independiente por el Registro Mercantil, los datos que ofrecía el “Anuario Concursal” elaborado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España (en adelante, “Anuario Concursal”, o AC) eran demoledores. Así, el AC 2014 reflejaba que, en 2013, el activo medio de las empresas que obtuvieron un acuerdo de refinanciación se situaba en la cifra de 177 millones de euros, mientras que el de las concursadas fue de 6 millones.

na natural se le suministra, precisa y paradójicamente por parte de quien a la postre ha de resultar competente para acoger su solicitud de designación del mediador concursal y que no es otro que el Registro Mercantil.

En efecto, partiendo de la muy mejorable definición que del empresario persona natural contiene a estos efectos el artículo 638.4 TRLC,²⁷ lo cierto es que este mismo artículo, en su apartado segundo, atribuye la competencia para recibir la solicitud de designación al “*registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor*”.

Y un primer problema deriva de las consecuencias asociadas a la falta de obligatoriedad de inscripción en el mismo por parte del empresario individual. En efecto, el empresario individual no está obligado a inscribirse en el Registro Mercantil. Por tanto, la presentación de su solicitud de designación de mediador concursal ante el mismo va a encontrarse ya inicialmente con ese “escollo” (la falta de inscripción), cuya solución no se resuelve de modo unánime y armónico por los distintos Registros Mercantiles.

Tampoco se resuelve de modo armonizado por los mismos ni la forma de presentación de dicha solicitud (telemática o presencial) ni, tan siquiera, la forma en que la misma debe venir “firmada” por parte del emprendedor, tal y como describimos en el Anexo 3 asociado a esta medida.

Consecuentemente, se propone desde aquí que, por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, se adopten las medidas conducentes a la unificación en todos los Registros Mercantiles de la información que se suministra al empresario persona natural, en orden a la designación de mediador concursal para el procedimiento del Acuerdo Extrajudicial de Pagos o AEP.

1.4) *Simplificación de la solicitud inicial*

La Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre (BOE 29 de diciembre), aprobó el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP.

Dejando aparte que dicho formulario debería adaptarse a las actuales especificaciones del texto normativo concursal vigente (esto es, el TRLC), lo cierto es que a la hora de la identificación de los créditos que dispongan de hi-

²⁷ “...serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.”

poteca o garantía reales se establece que, en orden a su valoración, “*se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 de la ley concursal*”.

Esta mención encontraba su origen en el requerimiento obrante en tal sentido en el artículo 232 de la anterior Ley Concursal (LC), que ahora debe entenderse en correspondencias con el mandato reseñado en el artículo 636 TRLC que, en relación con la lista de acreedores que necesariamente ha de acompañar a la solicitud de AEP, señala que: “*A los efectos de la determinación del valor de la garantía se estará a lo establecido en esta ley respecto de los créditos con privilegio especial*”.

Pues bien, esta remisión ha de entenderse hecha al contenido de los artículos 273 a 277 TRLC que configuran un régimen de valoración altamente complejo y, desde luego, fuera del alcance de alguien sin conocimientos especializados. Esto hace en la práctica altamente imposible que un emprendedor pueda cometerlo sin contar con dicho asesoramiento especializado lo que, obviamente, le hace incurrir en un coste no despreciable por el mero intento de solicitud de designación de mediador concursal.

Teniendo en cuenta que, como enseguida veremos, este asesoramiento letrado inicial está por completo fuera de la posibilidad de acogerse al sistema de justicia gratuita proponemos que, en defecto de la modificación consistente en la posibilidad de asesoramiento por medio de la justicia gratuita, se elimine la necesidad de valorar de tal modo los créditos con garantía real; dejando esa valoración precisa para el posterior momento en que el mediador concursal haya tomado posesión del cargo y afronte esta tarea (art. 660, comprobación de créditos), y bastando inicialmente con una valoración crediticia no tan rigurosa ni compleja.

1.5) *Sujeción al beneficio de justicia gratuita de la asistencia letrada en la fase previa a la mediación*

Enlazando con lo señalado en el apartado anterior en cuanto a la complejidad ya desde la solicitud inicial, es imprescindible acometer la reforma legal necesaria de la ley de asistencia jurídica gratuita, a fin de que este tipo de actuaciones previas a la designación de mediador concursal a desarrollar por el deudor, por mucho que sean en rigor de carácter extrajudicial, puedan verse asesoradas por los letrados del turno de oficio del colegio correspondiente.

Ha de tenerse en cuenta a estos efectos que, a diferencia de lo que el artículo 633 TRLC exige para el deudor persona jurídica en el sentido de que “*acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de la*

tramitación del expediente”, esta misma exigencia no se contempla en modo alguno para el deudor persona natural. Por eso, es perfectamente posible que la misma llegue al procedimiento sin recursos líquidos suficientes para afrontar la tramitación del mismo y, sin embargo, ostente legitimación en orden al mismo, razón de más para que pueda gozar en tales casos del beneficio de asistencia jurídica gratuita para esta tramitación inicial.

1.6) *Estabilidad de la medida provisional asociada a la falta de designación de mediador concursal*

El 14 de marzo de 2021 ha finalizado el plazo de vigencia de la medida adoptada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que en su artículo 12 previó que hasta dicha fecha “*se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado*”.

Con ello, se trataba de dar solución al problema, absolutamente recurrente en la práctica, consistente en la falta de aceptación por parte del mediador concursal que dejaba al deudor sin posibilidad de abrir la vía habilitante para el régimen especial de exoneración en el concurso consecutivo, conduciéndole a una situación que quien escribe estas líneas no dudó en equiparar al “mito de Sísifo”²⁸.

1.7) *Comunicación por el registrador a los juzgados de la ejecución*

El artículo 589 TRLC prevé que, hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas las ejecuciones judiciales que estuvieran en tramitación sobre los bienes y los derechos integrados en el patrimonio del deudor. Sin embargo, no se prevé que el registrador comunique esta circunstancia al juzgado que esté conociendo de dichas ejecuciones.

²⁸ Vid. FERNANDEZ LARREA, I.: “La (ardua) función notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos (1ª parte)”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 91-92, mayo-agosto 2020.

En este sentido, se propone que, al igual que tanto el artículo 583 como el artículo 648 del mismo texto legal, prevén que el registrador ha de comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de las negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, haya también que remitir dicha comunicación a aquellos juzgados en los que, conforme a la propia solicitud formulada por el deudor, se estén tramitando ejecuciones sobre bienes y derechos integrantes de su patrimonio.

Ello no solamente dotaría de mayor celeridad y “fortaleza” a esta comunicación que si la hace el propio deudor, sino que, adicionalmente, evitaría a este deudor tener que afrontar los honorarios del procurador asociados a dicha comunicación.

1.8) *Exención de arancel registral*

El artículo 653 TRLC prevé que, si el deudor fuera persona natural no empresario, las actuaciones notariales o registrales²⁹ relativas al nombramiento del mediador concursal no devengarán retribución arancelaria alguna.

Entendemos que esto no debe ser un beneficio de excepción de carácter exclusivamente subjetivo asociado a la condición de “no empresario”, sino que, si del contenido de la solicitud se evidencia una situación de evidente falta de liquidez por parte del deudor persona natural empresario, también le sea de aplicación el no devengo de la retribución arancelaria registral; que, asimismo, debería también extenderse al arancel registral aplicable, en su caso, a la apertura de la hoja para el empresario individual que no estuviera previamente inscrito.

Si el deudor fuera una persona natural no empresario, las actuaciones notariales o registrales descritas en este apartado no devengarían retribución arancelaria alguna; como tampoco un arancel para la apertura de la hoja como empresario individual.

1.9) *Sujeción directa del crédito público al acuerdo extrajudicial de pagos*

Frente a la actual prohibición obrante en el artículo 683.2 TRLC³⁰, resulta poco menos que imprescindible –para, al menos, tratar de posibilitar la

²⁹ No se alcanza a comprender a qué actuaciones registrales se refiere este artículo, pues la competencia para el nombramiento del mediador concursal, en el caso de persona natural no empresario, no corresponde al Registro Mercantil, sino al notario del domicilio del deudor.

³⁰ “2- 2. En ningún caso, los créditos públicos, *gocen o no de garantía real, podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos*”.

pervivencia de la pyme o del emprendedor en situación de insolvencia— que el crédito público pueda resultar afectado a las consecuencias del Acuerdo Extrajudicial de Pagos o AEP.

En la inmensa mayoría de los casos este tipo de deudor concurre a la situación de insolvencia con créditos públicos integrantes de su pasivo, con lo que la no afectación de los mismos avoca al fracaso ya *ab initio* del procedimiento del AEP, muy especialmente por la actuación de los acreedores privados que, a la vista de la falta de afectación de ese pasivo público, no ven estímulo alguno de cara a su negociación.

De igual modo, el crédito público no debería mantenerse al margen³¹ del régimen de la suspensión de las ejecuciones que, para el resto de los créditos que recaigan sobre bienes necesarios para la actividad empresarial o profesional, contemplan los artículos 588 a 591 TRLC.

1.10) *Regulación legal del “pre pack” para el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP).*

Debería regularse legalmente la posibilidad, durante la fase de mediación del AEP, de abordar el sistema denominado “*pre pack concursal*”, que puede entenderse perfectamente enmarcado dentro del espíritu y la finalidad de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva. El mediador concursal asumiría la función del “administrador silente”, encargado de liderar las negociaciones dirigidas a la venta de la unidad productiva que integre todo o parte de la actividad empresarial de la pyme deudora, de cara a que, en la necesaria posterior liquidación asociada al concurso consecutivo, la venta de esa unidad productiva cuente ya con negociaciones del informe previo que hagan prácticamente automática su materialización, una vez declarado el concurso consecutivo, con el consiguiente ahorro de costes y, lo que puede ser esencial, tiempo de tramitación.

Los jueces de lo mercantil de Barcelona han adoptado una iniciativa conducente a la posibilidad de este “*pre pack*”. Pero dicha iniciativa se encuentra con el serio obstáculo de que, al no encontrar un expreso refrendo legal, es posteriormente objeto de impugnación con serias posibilidades de éxito.

³¹ Artículo 592. “Créditos de derecho público”: “*Lo dispuesto en esta sección no será de aplicación a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público*”.

2. Mejora del sistema de segunda oportunidad para los empresarios³²

2.1) Posibilidad de establecer un fondo patrimonial separado.

La efectividad del mecanismo de segunda oportunidad ha de pasar por la posibilidad inicial de distraer por parte del empresario persona natural una determinada parte de su patrimonio a las resultas de su actividad empresarial o profesional.

Frente a la fallida figura del “emprendedor de responsabilidad limitada” o ERL, que únicamente permite la exención de responsabilidad por deudas empresariales o profesionales exclusivamente respecto a la vivienda habitual³³ que no supere un determinado porcentaje de valoración³⁴, sería recomendable la posibilidad de creación por el emprendedor de un fondo patrimonial separado; conforme se adelantó en uno de los apartados anteriores de propuestas para el inicio de la actividad empresarial³⁵.

Podría ser al estilo del “fondo patrimonial familiar” ya existente en el Derecho italiano, y que hace que los bienes integrantes de tal fondo queden reservados a la satisfacción de la necesidad de familiares; no estando sujetos a la agresión de los acreedores posteriores a la constitución del fondo (incluido el acreedor tributario) que no residencia su deuda en obligación familiar, y en tanto subsista la vigencia del fondo que suele asociarse hasta la vigencia del vínculo matrimonial o el cumplimiento de la mayoría de edad por parte del último hijo³⁶.

Otra figura importable, también del Derecho italiano, sería el negocio de “*destinazione*” por el que se adscriben determinados bienes y sus frutos única y exclusivamente a salvaguardar intereses dignos de tutela (como, por ejemplo, la protección de familiares con discapacidad), de tal modo que no pueden ser objeto de medidas de ejecución y concursales, salvo en caso de deudas

32 Apartado desarrollado por el abogado Ignacio Fernández Larrea.

33 Lo que presenta cierta similitud con el *Homestead* estadounidense.

34 Recuérdese: los 300.000 euros, o los 450.000 en poblaciones de más de un millón de habitantes, conforme a lo dispuesto en la base imponible del ITP y AJD, en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil.

35 En concreto, en el apartado I.5 de este documento, titulado: “Reforma de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (ERL) para su utilidad práctica”.

36 Vid. CUENA CASAS, M.: “Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RDCyP)*, nº 23, 2015, págs. 333-337.

específicamente contraídas para la finalidad que se protege ³⁷. De este modo, el emprendedor podría dejar a salvo una parte concreta de su activo para atender necesidades familiares, garantizándose su condición de inatacable por cuestiones ajenas a dichas necesidades.

2.2) *Innecesariedad del acuerdo extrajudicial de pagos cuando no hay masa*

En el supuesto en que el deudor acudiera al inicio del procedimiento de AEP con una más que evidente insuficiencia de la masa activa, carecería absolutamente de sentido el iniciar este procedimiento de negociación –con los consiguientes costes y trascurso de plazos–, habida cuenta que está abocado, por definición, al planteamiento de propuestas de pago absolutamente inoperantes (que, además, corren el riesgo de llevar aparejada la posterior declaración judicial no válido intento del AEP) cuando no a su absoluto fracaso inicial.

En este sentido, se propone la reforma legal consistente en que, ante los supuestos de manifiesta insuficiencia de masa que resulte acreditada, no resulta en absoluto necesaria la previa tramitación de un expediente de AEP en orden a poder conseguir la exoneración plena de la deuda existente sin necesidad del mecanismo de plan de pagos que actualmente contempla la norma concursal.

2.3) *Inclusión del crédito público en el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI)*

La actual y más que ardua discusión doctrinal (e, incluso, judicial) en torno a la afectación, o no, del crédito público al Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI), con la peligrosa imputación al legislador refundidor por parte de algunos juzgados de haber incurrido en extralimitación *ultra vires* en la redacción del artículo 491 TRLC³⁸ y la consiguiente posibilidad de inaplicación del Texto Refundido en este concreto aspecto, convierte en inevitable e inaplazable la concreción (por vía de reforma legal y no de apreciación judicial) de la situación del crédito público en orden a la exoneración.

En este sentido, personalizando la medida en función del tamaño del deudor y de la incidencia del crédito público que haya de verse afectado, y te-

³⁷ Vid. CASTELLINI, P.: “El negocio de la *destinazione*”, *Notario del Siglo XXI*, n° 29, enero-febrero 2010.

³⁸ “...el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”.

niendo en cuenta que la mayor parte de los casos asociados a microempresas o emprendedores el montante global del crédito público puesto en juego no arrojará cantidades que supusieran un grave quebranto para el erario público, somos partidarios de que al deudor de buena fe (insistimos mucho en la trascendencia de este requisito) le sea permitida la exoneración de su pasivo asociada al crédito público en las mismas condiciones y circunstancias que se predica en el actual texto legal respecto al crédito privado.

PARTE IV

Propuestas normativas fiscales

Resumen

El beneficio fiscal previsto en la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) para los *business angels* no se debería limitar a las inversiones en empresas que tengan determinadas formas jurídicas societarias. Habría que ampliar la base de la deducción, actualmente cifrada en 60.000 euros, para que se pudieran acoger al beneficio fiscal las inversiones en proyectos empresariales más consolidados. En caso de transmisión de las acciones y reinversión del importe obtenido en la adquisición de acciones de nuevas empresas, debería ser posible aplicar la deducción hasta el límite (ampliado) y la exención por la plusvalía sobre el resto de la inversión en la proporción correspondiente. Finalmente, proponemos eliminar el requisito temporal consistente en la permanencia máxima de doce años de las acciones adquiridas en el patrimonio del inversor.

En relación con la reducción por inicio de actividad empresarial por parte de un autónomo, proponemos modificar el beneficio fiscal previsto en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF), consistente en una reducción de los rendimientos netos positivos, de manera que pudiera aplicarse a cada nueva actividad económica iniciada por el emprendedor con la única condición de que las nuevas actividades sean diferentes de las anteriormente ejercidas por el mismo sujeto. Además, habría de permitirse la reducción por inicio de la actividad también en los casos en que el empresario inicia un proyecto empresarial, aunque el año anterior haya obtenido beneficios en otro, siempre que se trate de actividades distintas. Por otro lado, sería conveniente suprimir o, al menos, ampliar el límite cuantitativo de la base de la deducción (100.000 euros), al objeto de poder apoyar igualmente a las iniciativas empresariales más exitosas. Asimismo, debería suprimirse la regla que impide aplicar el beneficio en el ejercicio en que más del 50 por 100 de los ingresos procedan de una persona o entidad en la que el contribuyente hubiera obtenido rendimientos del trabajo en el año anterior a la fecha del inicio de la actividad.

Respecto de los beneficios para entidades de nueva creación en el Impuesto sobre Sociedades, se debería eliminar la exclusión de aquellas entidades que formen parte de un grupo mercantil en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Por otra parte, la aplicación del tipo de gravamen reducido del 15 por 100 debería ampliarse a los tres primeros períodos impositivos que arrojen beneficios. Habría

que permitir que las entidades de nueva creación pudieran, desde el primer período impositivo, disfrutar de los incentivos fiscales previstos en el régimen fiscal de entidades de reducida dimensión. Finalmente, tendría que extenderse a las entidades de nueva creación la aplicación de la reserva de nivelación.

En cuanto a la exención prevista en el IRPF por las prestaciones de desempleo cuando se perciban en la modalidad de pago único y las cantidades recibidas se destinan a la adquisición de una participación en una cooperativa o sociedad laboral, en una entidad mercantil de nueva constitución o se inicie una actividad económica como trabajador autónomo, recomendamos suprimir la regla que actualmente hace que no puedan acceder a la exención los perceptores de la prestación de desempleo en la modalidad de pago único que se constituyan como trabajadores autónomos y suscriban un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo o perteneciente al mismo grupo empresarial. También abogamos por suprimir la regla que condiciona el disfrute de la exención al mantenimiento de la acción o participación o de la actividad en el caso del trabajador autónomo durante el plazo de cinco años.

Respecto del régimen de neutralidad/diferimiento de la tributación en el IRPF por la aportación de bienes no afectos a actividades económicas, cuando la entidad receptora los vaya a afectar a actividades económicas, proponemos que las aportaciones no dinerarias de toda clase de bienes se puedan acoger al régimen fiscal especial de las reorganizaciones empresariales con el único requisito de que la entidad receptora de la aportación afecte los bienes recibidos al desarrollo de actividades empresariales, ya que la regulación actual limita la posibilidad del empresario de aportar bienes cuando estos no están afectos a una actividad económica en su patrimonio personal, cercenando la posibilidad de incrementar el destino de bienes al desarrollo de las actividades empresariales.

Por lo que hace a la irregularidad de la actividad económica en la determinación del rendimiento neto del emprendedor persona física, es necesario modificar la normativa vigente en el sentido de que toda actividad empresarial producida en un plazo superior a dos años se integraría en la base imponible del IRPF en su 70 por 100, incluso en los casos en que la renta se obtiene habitualmente con esa periodicidad. Tampoco conside-

ramos que esté justificado el límite de 300.000 euros de los rendimientos íntegros sobre los que puede aplicarse la reducción por irregularidad.

En cuanto a la ampliación de los gastos deducibles en el cálculo del IRPF o del Impuesto de Sociedades (IS), apostamos por una ampliación de los gastos deducibles, de forma que se admita el carácter deducible de los gastos vinculados con la utilización de vehículos de transporte, aunque no se encuentren afectos en su totalidad a la actividad económica. En concreto, se permitiría la deducción del 50 por 100 de los gastos derivados del transporte, salvo prueba de afectación superior. Esta modificación supondría, además, coordinar la regulación establecida para la imposición sobre la renta del empresario con el criterio establecido en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que permite la deducibilidad del 50 por 100 de las cuotas del IVA soportado en la adquisición de vehículos. También debería admitirse la deducibilidad de los gastos derivados de relaciones públicas relativos a restauración, hostelería, viajes y desplazamientos. Al igual que el caso de los vehículos, esta deducción podría fijarse en el 50 por 100 del total de gastos descritos. Y, asimismo, sería razonable limitar la deducibilidad de estos gastos a un porcentaje del volumen total de ingresos, por ejemplo, el 5 por 100.

Abogamos por la reintroducción de la deducción por reinversión de los beneficios empresariales y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, incrementando la cuantía del beneficio fiscal y extendiéndolo a los contribuyentes del IRPF.

Creemos que hay que eliminar la regla de valoración de las retribuciones para las sociedades profesionales. La regla vigente desincentiva la constitución de reservas con los beneficios obtenidos. La necesaria tributación por parte de los socios, en sus impuestos personales, de al menos el 75 por 100 del beneficio social, tiene como consecuencia la real distribución de este porcentaje. Igualmente, habría que detraer de la base de la presunción las cantidades de la sociedad llevadas a reservas. De esta forma, el porcentaje del 75 por 100 de retribución se aplicaría solo al beneficio no llevado a reservas.

Es necesario revisar la corrección de la doble imposición por dividendos o por ganancia derivada de la transmisión de participaciones. Actualmente la exención no se aplica al beneficio obtenido por el socio persona jurídica por la participación en el capital social de una entidad inferior al 5 por 100. Tampoco resulta aplicable si el socio es una persona física, ya que

la LIRPF no contempla más corrección para la doble imposición de dividendos que la mera aplicación de un tipo proporcional. De ahí que seamos partidarios de ampliar la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de los valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español a las personas jurídicas con una participación inferior al 5 por 100. De la misma manera es preciso que se establezca una verdadera corrección de la doble imposición de dividendos y transmisión de participaciones en la imposición sobre la renta del autónomo, seguramente a través del método de integración parcial, por el que se concede al accionista un crédito que corresponde a la parte proporcional de la cuota del IS soportado por el dividendo percibido.

Debería eliminarse el régimen fiscal de operaciones vinculadas para las pymes en relación con operaciones realizadas entre entidades residentes en España. En este sentido, se propone que a las pequeñas y medianas empresas no les resulte aplicable el régimen de operaciones vinculadas del artículo 18 de dicha Ley cuando la valoración convenida no hubiera determinado –considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas– una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

También proponemos una mejora de la deducibilidad de las retribuciones de socios y administradores, en el sentido de aclarar que la retribución de los administradores por el ejercicio de funciones de dirección y gerencia será deducible en todo caso cuando reúna los requisitos generales de deducibilidad de los gastos regulados en el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y al margen de su licitud en el ámbito mercantil.

Junto a ello, debería establecerse un aumento de la reserva de capitalización para las empresas de nueva creación. Con el objeto de que las nuevas empresas nazcan fuertes, afiancen su solvencia y estén sanas desde el principio se propone que la reserva de capitalización –para las entidades de nueva creación– dé derecho a una reducción en la base imponible de, al menos, el 20 por 100 del importe del incremento de sus fondos propios.

Es necesario revisar el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) o plusvalía municipal, para regularlo de nuevo con los siguientes parámetros: *i*) que no se exija en supuestos de decremento de valor; *ii*) que no pueda exceder de un por-

centaje de la plusvalía real; y *iii*) que la base imponible no sea el 100 por 100 del valor catastral del suelo, sino un porcentaje inferior del mismo.

Respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido, proponemos acortar el plazo de seis a tres meses para la devolución de las cuotas soportadas para aquellos contribuyentes (emprendedores) durante los dos primeros años desde el inicio de su actividad económica. Igualmente, recomendamos que, al menos durante los tres primeros años desde el inicio de una actividad económica, se admita el sistema de “caja simple” –en lugar del de “caja doble”– para los emprendedores, de modo que no vean limitado el ejercicio de su derecho de deducción de las cuotas soportadas durante ese tiempo. También sería conveniente eliminar la implicación de terceros no acogidos al régimen especial del criterio de caja. Esta implicación, en estos momentos, impide a esos terceros la deducción inmediata de las cuotas soportadas por repercusión de los empresarios sí acogidos al régimen especial.

I. Introducción: propuestas fiscales para el impulso a la creación y el crecimiento empresarial³⁹

Con la finalidad de estimular la cultura emprendedora y facilitar el inicio de las actividades empresariales nuestro ordenamiento tributario contempla distintas medidas que, en nuestra opinión, son susceptibles de mejora.

Este trabajo no se centra en la descripción detallada del régimen fiscal de las actividades económicas empresariales de reciente creación, ya sea realizada bajo la forma de autónomo o a través de la constitución de una sociedad u otra entidad con personalidad jurídica. Nuestra atención se enfoca, exclusivamente, en determinados aspectos concretos de dicho régimen fiscal que consideramos mejorables para el fomento de la iniciativa empresarial en nuestro país.

Para una mayor claridad, hemos ordenado las propuestas según la fase en la que se ubiquen: el inicio de la actividad empresarial y su desarrollo.

³⁹ Tanto esta introducción como el resto de los apartados que componen esta parte de propuestas normativas fiscales, además del correspondiente resumen, han sido redactados por la abogada María Luisa Castañeda, de Abecaservices, y los catedráticos de Derecho financiero de la Universidad Carlos III de Madrid: María Luisa González-Cuéllar Serrano y Enrique Ortiz Calle.

II. Fase de inicio de la actividad empresarial

Sumario: 1. El tratamiento fiscal de los *business angels* en la imposición sobre la renta de las personas físicas. 2. Reducción por inicio de actividad empresarial por autónomo. 3. Beneficios para las entidades de nueva creación en el Impuesto sobre Sociedades. 4. Neutralidad/diferimento de la tributación en el IRPF por la aportación de bienes no afectos a actividades económicas, cuando la entidad receptora los vaya a afectar a actividades económicas.

1. El tratamiento fiscal de los *business angels* en la imposición sobre la renta de las personas físicas

Descripción de la cuestión

Es fundamental facilitar el acceso a la financiación en el inicio de una actividad económica. Dentro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), esa básicamente es la finalidad encomiable del artículo 68.1 de la LIRPF en el que se regula la “*deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación*”. Se persigue el incremento de los recursos propios, permitiendo a los contribuyentes por el citado impuesto que se deduzcan el 30 por 100 de las cantidades satisfechas en el período por la suscripción de acciones en dicho tipo de empresas. La base máxima anual de la deducción es de 60.000 euros anuales.

El legislador está pensando en el inversor de proximidad (*business angel*) –en la mayor parte de los casos un familiar próximo o un amigo– que aporta capital y, a veces también su experiencia y asesoramiento, para impulsar los primeros pasos de una aventura empresarial. Es la persona física que invierte en la nueva empresa la que disfrutará de la deducción, aunque tal inversión, naturalmente, redunde en provecho de la entidad en que aquella se materializa. El beneficio fiscal se vincula exclusivamente en el artículo 68.1 a la adquisición de acciones, sin que sea necesaria la aportación de conocimientos, asesoramiento y experiencia, lo que constituye una actuación característica de lo que se viene entendiendo por *business angel*. Esta opción nos parece acertada porque amplía el ámbito de aplicación de la exención a cualquier inversor, incluido el propio emprendedor, favoreciendo al “capital semilla” (o *capital seed*) tan conveniente al inicio de la actividad económica.

Propuestas de mejora

Con todo, es posible reformar el artículo 68.1 para que constituya un instrumento de fomento más eficaz para la aportación de fondos monetarios a las nuevas actividades económicas.

1. Para empezar, el beneficio fiscal no se debería limitar a las inversiones en empresas que tengan determinadas formas jurídicas societarias. En concreto, se debería eliminar el requisito consistente en que la entidad cuyas acciones se adquieren deba revestir, exclusivamente, la forma de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima laboral o sociedad de responsabilidad limitada laboral, para ampliar el ámbito del beneficio fiscal a otras formas jurídicas como las sociedades civiles, las comunidades de bienes u otras sociedades mercantiles distintas de las mencionadas. Esas otras formas jurídicas, muy habituales en la práctica empresarial, pueden resultar también útiles para el inicio de una actividad económica.
2. Igualmente sería deseable ampliar la base de la deducción, actualmente cifrada en 60.000 euros correspondientes al valor de adquisición de los títulos suscritos incluido el importe satisfecho por la prima de emisión de acciones. A través de esta ampliación se acogerían al beneficio fiscal las inversiones en proyectos empresariales más consolidados y que justificarían inversiones más elevadas.
3. Por otro lado, somos partidarios de extender el plazo para poder aplicar el beneficio fiscal, ya que se exige que la adquisición de los títulos tenga lugar en el momento de constitución de la entidad o en las eventuales ampliaciones de capital realizadas en los tres años siguientes a su constitución. Determinadas actividades empresariales tienen un ciclo de maduración temporal más amplio, razón por la cual tendría sentido mantener el beneficio a favor del *business angel* durante algunos períodos impositivos más.
4. En caso de que el inversor transmita las acciones de la nueva empresa, las eventuales ganancias patrimoniales obtenidas estarían exentas si el importe total obtenido por la venta se reinvierte en la adquisición de nuevas acciones en el mismo tipo de entidades. Si el importe reinvertido es inferior al total percibido en la transmisión, se excluye de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida (artículo 38.2 de la LIRPF).

Pues bien, para evitar una injustificada doble deducción, el artículo 68 de la LIRPF dispone que solo formará parte de la base de la deducción correspondiente a los nuevos títulos suscritos la parte de la reinversión que exceda del importe total obtenido en la transmisión de las acciones previamente vendidas.

Ahora bien, la aplicación de la exención por reinversión es opcional, de forma que en caso de que el inversor renuncie a ella, no habrá impedimento alguno para que la ganancia patrimonial obtenida pueda integrar la base de la deducción. Y esto es lo que normalmente sucederá, dado que el tipo de gravamen aplicado a la plusvalía es inferior al 30 por 100 de la deducción en la cuota íntegra, salvo cuando la ganancia patrimonial sea muy elevada y supere ampliamente la base máxima de la deducción de 60.000 euros, en cuyo caso se optará por la exención de la ganancia patrimonial.

Justamente para incentivar estas inversiones proponemos una reforma que hiciera posible ambas posibilidades: por una parte, aplicar la deducción hasta los primeros 60.000 euros (o el nuevo límite ampliado) y la exención por la plusvalía sobre el resto de la inversión en la proporción correspondiente. El tenor literal del artículo 68 cierra el paso a la aplicación de este beneficio fiscal que no representaría una doble deducción sobre una misma renta y supondría un acicate para las inversiones en nuevos y exitosos proyectos empresariales.

5. El legislador español no ha previsto ningún beneficio fiscal para aquellos casos en que el inversor obtenga una pérdida patrimonial con ocasión de la enajenación de las acciones de una entidad de nueva creación. Proponemos, en este sentido, considerar esa pérdida –dentro de cierto límites– como una renta negativa ordinaria compensable con rendimientos positivos integrantes de la base imponible general del IRPF.
6. Eliminación del requisito temporal consistente en la permanencia máxima de doce años de las acciones adquiridas en el patrimonio del inversor.

Si bien nos parece razonable la imposición de un tiempo mínimo de tenencia de los títulos (actualmente fijado en tres años), a fin de garantizar una estabilidad mínima en la financiación de los emprendedores, carece de sentido que se exija un límite máximo de doce años en la titularidad de las acciones o participaciones, ya que no se atisba la razón por la que esa tenencia continuada pueda devenir en un perjuicio para el desarrollo de la actividad empresarial.

7. Al objeto de dotar de una mayor seguridad jurídica a las inversiones en empresas de nueva creación, se debería recoger expresamente en la regulación de la deducción que no se pierde el derecho al disfrute de esta en caso de que antes del transcurso de esos tres años la sociedad se disuelva y liquide como resultado imponderable del fracaso del proyecto empresarial. Es consustancial al fenómeno emprendedor el fracaso de algunas iniciativas. No establecer expresamente el mantenimiento del beneficio fiscal en estos casos –por otro lado, muy habituales– podría estar retrayendo a algunos inversores.

2. Reducción por inicio de actividad empresarial por autónomo

Descripción de la cuestión

El artículo 32.3 de la LIRPF prevé –desde su aprobación por 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– una reducción del 20 por 100 del rendimiento neto positivo procedente de las actividades económicas para los contribuyentes que, en su condición de trabajadores autónomos, inicien una actividad empresarial siempre que determinen su base imponible de acuerdo con el método de estimación directa, minorado por las reducciones previstas en el art.32.1 y 32.2 de la misma ley.

Esta reducción se aplica a los contribuyentes que inicien una actividad económica durante los dos primeros años en que el resultado de la explotación sea positivo, con el límite de 100.000 euros anuales de rendimientos netos sobre los que se aplica la reducción.

Si bien resulta adecuada la referencia temporal al disfrute del beneficio fiscal en el ejercicio en que la actividad arroja beneficios, más controvertida es la delimitación que realiza el legislador en relación con el inicio de la actividad. En concreto, el artículo 32.2 de la LIRPF entiende que se inicia una actividad económica cuando no se haya ejercido actividad económica alguna con rendimientos positivos en el año anterior a la fecha de inicio de la misma. Se entiende también aplicable la reducción en los casos en que se inicie la actividad sin haber cesado en el ejercicio de la anterior, pero siempre limitada a no haber obtenido beneficios en esta primera. Por lo tanto, queda excluido de la reducción el inicio consecutivo de actividades en los supuestos en que la actividad cesada haya generado beneficios en el año anterior.

También resulta criticable la limitación cuantitativa que realiza la norma a 100.000 euros de base de la reducción. Consideramos necesario ampliar este límite para favorecer el emprendimiento en sectores empresariales de grandes dimensiones económicas, de los que nuestro país se encuentra bastante desabastecido. Creemos que ello contribuiría a incentivar la creación de nuevas empresas en sectores económicamente estratégicos, como el farmacéutico o el industrial.

Propuestas de mejora

1. Proponemos reformar el artículo 32.3 de la LIRPF para que el beneficio fiscal pudiera aplicarse a cada nueva actividad económica iniciada por el emprendedor, con la única condición de que las nuevas actividades sean diferentes de las anteriormente ejercidas por el mismo sujeto. Pues la redacción vigente del artículo 32.3 restringe la aplicación del beneficio a una sola vez, siendo efectiva la reducción en el primer período impositivo en que existan beneficios y en el siguiente, con independencia de que con anterioridad se hubiera desarrollado una actividad económica que hubiese arrojado pérdidas y al margen también de que posteriormente se emprendan nuevos proyectos empresariales de los que resulten rendimientos positivos. No resulta justificable que el beneficio fiscal se configure para una única aplicación, de forma que solo pueda aplicarse si el empresario ha desarrollado una actividad económica anterior que no haya generado un rendimiento positivo. Además, la Administración tributaria interpreta la exclusión en un sentido amplio, considerando no aplicable la reducción si el empresario que inicia la actividad ha prestado un servicio profesional relacionado con la actividad⁴⁰.

Se debería modificar el artículo 32.3 de la LIRPF en el sentido de permitir la reducción por inicio de la actividad también en los casos en que el empresario inicia un proyecto empresarial, aunque el año anterior haya obtenido beneficios en otro, siempre que ambos tengan actividades diferentes, es decir, un objeto social distinto. En otro caso, se está perjudicando la iniciativa empresarial.

2. De acuerdo con el artículo 32.3 de la LIRPF la cuantía de los rendimientos netos sobre los que se puede aplicar la reducción del 20 por 100 no puede superar el importe de 100.000 euros anuales. Aunque

40 Resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) 21 de enero de 2016.

quizás esté justificado incrementar el porcentaje de reducción en el caso de aquellos emprendedores que al inicio de su actividad económica obtienen unos beneficios más bajos, si el beneficio fiscal busca apoyar la cultura emprendedora y la generación de riqueza y empleo asociada al surgimiento de nuevas empresas, sería conveniente suprimir –o, al menos, ampliar– ese límite cuantitativo, apoyando igualmente a las iniciativas empresariales más exitosas.

Consideramos que este beneficio tiene como objetivo la iniciativa emprendedora y no la protección a la pequeña y mediana empresa. En consecuencia, consideramos conveniente ampliar la base de la deducción de forma que se incentive también el emprendimiento en actividades económicas de mayor rentabilidad. Esta medida favorecería el desarrollo de la industria en España, que constituye uno de los sectores más necesitados de emprendimiento en nuestro país.

3. El artículo 32.3 dispone que no será aplicable el beneficio fiscal en el ejercicio en que más del 50 por 100 de los ingresos procedan de una persona o entidad en la que el contribuyente hubiera obtenido rendimientos del trabajo en el año anterior a la fecha del inicio de la actividad. Este requisito, que pretende evitar que se simulen nuevas actividades económicas con el único fin (fraudulento) de disfrutar del beneficio fiscal, puede resultar desproporcionado en muchos casos y por esta razón debe ser suprimido. Es muy habitual en la práctica que antiguos trabajadores de una empresa inicien nuevos proyectos empresariales como trabajadores autónomos y presten servicios a las empresas de las que eran asalariados con beneficio para ambas partes de la relación y sin intención fraudulenta alguna. En caso de concurrir simulación habría de ser la Administración tributaria la que, en fase de comprobación o inspección, aportase las pruebas e indicios bastantes para rechazar la aplicación del beneficio.

3. Beneficios para las entidades de nueva creación en el impuesto sobre sociedades

Descripción de la cuestión

La Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) contempla beneficios fiscales para las entidades de nueva creación en relación con tres aspectos: el tipo de

gravamen reducido (el 15 por 100), la compensación sin limitación de bases imponibles negativas y la aplicación de varias deducciones entre las que destaca la referida a la creación de empleo. Se podría hablar, en sentido amplio, de un régimen fiscal especial para este tipo de entidades.

A efectos del IS la entidad de nueva creación, para poder ser considerada como tal, deberá iniciar el desarrollo de alguna actividad económica, es decir, deberá ordenar por cuenta propia los medios de producción y los recursos humanos o uno de los dos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado. No se exige una cifra mínima de negocios ni un número mínimo de empleados.

Propuestas de mejora

Proponemos determinadas reformas de los beneficios fiscales previstos en la LIS para las entidades de nueva creación que podrían incentivar la actividad emprendedora:

1. En cuanto al concepto de “entidad de nueva creación” resulta criticable la exclusión de aquellas entidades que formen parte de un grupo mercantil en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio [artículo 29.1.b), segundo párrafo, de la LIS] y, por ello, se debería eliminar. De acuerdo con este precepto, la creación de una nueva sociedad por otra preexistente para el inicio de una nueva actividad económica totalmente distinta de la desarrollada por la matriz u otras sociedades del grupo impide considerar a la primera como una entidad de nueva creación; resultando, en consecuencia, inaplicables los beneficios fiscales previstos. Sin embargo, si la nueva entidad fuese creada por una persona física, que tenía el control previo sobre varias sociedades, y tal entidad tuviera por objeto iniciar una nueva actividad económica, no habría obstáculo alguno para disfrutar de esos beneficios fiscales.
2. En relación con la compensación de bases imponibles negativas, el artículo 26.3 de la LIS excluye a las entidades de nueva creación de la aplicación del límite a dicha compensación del 70 por 100 de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización y a su compensación. Dicha exclusión tiene el plazo de los tres primeros períodos impositivos en que se genere una base imponible positiva previa a su compensación. La finalización del plazo no coincide necesariamente con el tercer período consecutivo, tras uno primero en que la

entidad de nueva creación obtuvo rentas positivas, puesto que la norma se refiere a los tres períodos impositivos en que se genere una base imponible positiva.

Sucede que dicho plazo de tres períodos impositivos no está coordinado con el plazo en que la entidad de nueva creación aplicará el tipo de gravamen reducido del 15 por 100; plazo que es de dos años y, a diferencia del plazo de compensación, siempre consecutivos: el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y el siguiente (artículo 29.1 de la LIS).

Esta descoordinación de plazos atenta a la neutralidad del impuesto y, por ello, debería ser subsanada. Pues con el régimen vigente la compensación de bases imponibles negativas se diferirá siempre al tercer período impositivo posterior al primero con rentas positivas, al tributar ya de acuerdo con el tipo general del impuesto y no al tipo reducido del 15 por 100, en la medida en que se consigue un ahorro fiscal del 25 por 100 frente al 15.

3. Tiene pleno sentido la aplicación de un tipo de gravamen reducido en el IS para las entidades de nueva creación. Porque es en los primeros años de la actividad empresarial –los más difíciles para el emprendedor– cuando resulta necesaria una mayor liquidez para hacer frente a las inversiones realizadas.

Como ya hemos dicho, conforme al artículo 29.1 de la LIS, las entidades de nueva creación tributarán en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente al tipo de gravamen del 15 por 100, frente al 25 por 100 que es el tipo general del impuesto.

Ahora bien, este precepto debería ser modificado, puesto que impone una limitación temporal carente de sentido, al desprenderse del mismo que no es necesario tener una base imponible positiva también en el segundo período impositivo. En efecto, si en el período impositivo siguiente al de la obtención del beneficio la entidad arrojará pérdidas, no sería posible aplazar la aplicación del tipo de gravamen del 15 por 100 hasta un ejercicio posterior en el que volviese a tener una renta positiva. La configuración legal del beneficio le resta mucha eficacia. Del mismo modo que la norma tampoco tiene en cuenta que la entidad se ha podido constituir una vez ya iniciado el ejercicio y tener una base imponible positiva, de manera que habría consumido el primer período impositivo con beneficios y tendría que aplicar el tipo de gravamen del 15 por 100.

En conexión con la recomendación anterior, sería necesario unificar los plazos para realizar la compensación de las bases imponibles negativas sin limitación y de aplicación del tipo del 15 por 100, fijándolos en los tres primeros períodos impositivos que arrojen beneficios, eliminando la limitación temporal que acabamos de comentar, de suerte que solo cuando haya bases imponibles positivas puedan y deban correr los plazos, por lo que tampoco sería posible diferir la compensación de las bases negativas al momento en que se aplique el tipo de gravamen general del 25 por 100.

4. En los artículos 101 a 105 de la LIS se regulan los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión que son aquellas cuya cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros.

Este régimen fiscal resultará normalmente de aplicación a las entidades de nueva creación, al menos durante los primeros años de su vida económica. Lógicamente, las entidades de nueva creación no pueden saber si les es aplicable el régimen especial hasta que no se conoce el importe de la cifra de negocios correspondiente al primer período. Si el período impositivo inmediato anterior hubiese tenido una duración inferior al año, el importe neto de la cifra de negocios se elevará al año.

Proponemos, en este sentido, reformar el artículo 101 de la LIS para permitir que las entidades de nueva creación puedan, desde el primer período impositivo, disfrutar de los incentivos fiscales previstos en el régimen fiscal de entidades de reducida dimensión, sin perjuicio de establecer el deber efectuar la regularización voluntaria correspondiente sin recargos ni intereses de demora en los supuestos (poco frecuentes) de que en ese primer ejercicio se superara el umbral de 10 millones de euros de cifra de negocios.

Como se sabe, los incentivos fiscales consisten en la concesión de una libertad de amortización para inversiones con creación de empleo, una amortización acelerada de elementos nuevos e intangibles y en contratos de arrendamiento financiero, un régimen especial para la pérdida por deterioro de créditos para la cobertura del riesgo derivado para posibles insolvencias. Junto a estos beneficios hay que mencionar los beneficios de los que disfruta la sociedad limitada nueva empresa o SLNE, referidos al aplazamiento del pago de las deudas tributarias derivadas de retenciones e ingresos a cuenta en el IRPF.

5. Abogamos por el mantenimiento de todos estos beneficios. Pero, además, proponemos reformar el artículo 105 de la LIS para extender a las entidades de nueva creación la aplicación de la reserva de nivelación de la que quedan injustamente excluidas. Como se sabe, este beneficio consiste en una reducción de la base imponible para dotar una reserva indisponible con la que hacer frente a las bases imponibles negativas que se vayan a producir en los cinco ejercicios siguientes a la dotación de la reserva. La reducción puede alcanzar hasta el 10 por 100 de la base imponible del período en que se dota, sin que puede exceder 1 millón de euros. Sucede, no obstante, que el precepto citado exige que las entidades que doten la citada reserva han de estar sometidas al tipo general de gravamen, razón por la cual las nuevas empresas quedan fuera sin motivo del ámbito de aplicación del beneficio.
6. Estrechamente relacionado con el inicio de una actividad económica se encuentra la exención por las prestaciones de desempleo cuando se perciban en la modalidad de pago único y las cantidades recibidas se destinan a la adquisición de una participación en una cooperativa o sociedad laboral, en una entidad mercantil de nueva constitución o se inicie una actividad económica como trabajador autónomo [artículo 7 n) de la LIRPF].

Aunque en general hay que aplaudir esta medida porque es favorecedora del emprendimiento, consideramos que la norma es susceptible de mejora. Al igual que señalamos respecto del requisito del artículo 32.3 que dispone que no será aplicable la reducción sobre los rendimientos de actividades económicas en el ejercicio en que la mayoría de los ingresos obtenidos por el emprendedor procedieran de una persona o entidad en la que hubiera obtenido rendimientos del trabajo en el año anterior a la fecha del inicio de la actividad, tampoco pueden acceder a la exención los perceptores de la presentación de desempleo en modalidad de pago único que se constituyan como trabajadores autónomos y suscriban un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo o perteneciente al mismo grupo empresarial.

Este requisito, que pretende evitar que se simulen nuevas actividades económicas con el único fin (fraudulento) de disfrutar del beneficio fiscal, puede resultar desproporcionado en muchos casos y por esta razón debe ser suprimido. Como indicamos anteriormente, es muy frecuente que antiguos

trabajadores de una empresa inicien nuevos proyectos empresariales como trabajadores autónomos y presten servicios a las empresas de las que eran asalariados con beneficio para ambas partes de la relación y sin intención fraudulenta alguna. Si se apreciara una conducta fraudulenta por parte del supuesto emprendedor, ha de ser la Administración tributaria la que aporte las pruebas e indicios bastantes para rechazar la aplicación del beneficio.

Por otra parte, el disfrute de la exención se condiciona al mantenimiento de la acción o participación o de la actividad en el caso del trabajador autónomo durante el plazo de cinco años. También abogamos por la supresión de este requisito. A nadie se le escapa que es muy habitual que el primer proyecto que acomete el emprendedor resulte fallido por causas completamente ajenas a su voluntad. Si el emprendedor está en condiciones de demostrar que el fracaso de su actividad se debe a su falta de experiencia que le llevó a tomar decisiones erróneas, o a las condiciones objetivas del mercado, sin concurrir ánimo fraudulento alguno, resulta inicuo en estas circunstancias obligar al contribuyente a regularizar la deducción practicada.

4. Neutralidad/diferimento de la tributación en el irpf por la aportación de bienes no afectos a actividades económicas, cuando la entidad receptora los vaya a afectar a actividades económicas

Descripción de la cuestión

En el ámbito del régimen fiscal especial que acompaña a las operaciones de reorganización empresarial, regulado en los artículos 76 y siguientes de la Ley 27/2014, se contempla la posibilidad de efectuar aportaciones no dinerarias que permitan acogerse a la neutralidad fiscal de este régimen.

Sin embargo, cuando tales aportaciones son de bienes distintos a acciones o participaciones sociales, se exige que los elementos aportados *“estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio o legislación equivalente”*.

Esta exigencia limita la posibilidad del empresario de aportar bienes cuando estos no están afectos a una actividad económica en su patrimonio personal, cercenando la posibilidad de incrementar el destino de bienes al desarrollo de actividades empresariales.

Por poner un ejemplo real: un socio que quiso aportar la nave industrial de su propiedad a la sociedad donde se explotaba la actividad económica no

pudo hacerlo por el elevado coste fiscal de la aportación (plusvalía en IRPF y plusvalía municipal).

Propuestas de mejora

Se propone una nueva redacción del art. 87.1.d) de la Ley 27/2014 para que las aportaciones no dinerarias de toda clase de bienes se puedan acoger al régimen fiscal especial de las reorganizaciones empresariales con el único requisito de que la entidad receptora de la aportación afecte los bienes recibidos al desarrollo de actividades empresariales.

III. Fase de desarrollo de la actividad empresarial

Sumario: 1. La irregularidad de la actividad económica en la determinación del rendimiento neto del emprendedor persona física. 2. La ampliación de los gastos deducibles en el cálculo del IRPF o del IS. 3. La reintroducción de la deducción por reinversión de los beneficios empresariales y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. 4. Revisión de la regla de valoración de las retribuciones para las sociedades profesionales. 5. Revisión de la corrección de la doble imposición por dividendos o por ganancia derivada de la transmisión de participaciones. 6. Eliminación del régimen fiscal de operaciones vinculadas para pymes en relación con operaciones realizadas entre entidades residentes en España. 7. Mejora de la deducibilidad de las retribuciones de socios y administradores. 8. Aumento de la reserva de capitalización para empresas de nueva creación. 9. Revisión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) o plusvalía municipal. 10. La actividad emprendedora y el Impuesto sobre el Valor Añadido.

1. La irregularidad de la actividad económica en la determinación del rendimiento neto del emprendedor persona física

Descripción de la cuestión

Los perceptores de rendimientos de actividades económicas obtienen a menudo rentas producidas en un plazo superior a un año. Son las conocidas como “rentas irregulares”. Debido a la progresividad de los impuestos sobre la renta se produce un gravamen muy elevado el año en que recibe los ingresos y que no se corresponde con la tributación que sería justa viendo la globalidad de sus rentas a lo largo de un periodo de tiempo.

Para paliar este efecto sobre la progresividad, el artículo 32 de la LIRPF establece una reducción del 30 por 100 de los rendimientos netos derivados del ejercicio de una actividad económica, con el límite anual de 300.000 euros, cuando se hayan producido en un plazo superior a dos años y cuando se califiquen como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

Estos últimos se detallan en una lista cerrada por el art. 25 del Reglamento del IRPF (RIRPF) que los concreta en los siguientes:

- a) Subvenciones de capital para la adquisición de elementos del inmovilizado no amortizables;
- b) Indemnizaciones y ayudas por cese de actividades económicas;
- c) Premios literarios, artísticos o científicos que no gocen de exención en este impuesto;
- d) Las indemnizaciones percibidas en sustitución de derechos económicos de duración indefinida.

De estos casos, el supuesto con más cercanía a los emprendedores es el referido a la obtención de subvenciones para la adquisición de elementos del inmovilizado.

Al margen de la falta de adecuación a la realidad que concurre en el establecimiento de un porcentaje fijo –el 30 por 100– con independencia del número de años que haya tardado en producirse la renta, el problema principal que se plantea en relación con las actividades empresariales es la exclusión de esta reducción de aquellos rendimientos que, aun cuando individualmente pudieran derivar de actuaciones desarrolladas a lo largo de un período que cumpliera los requisitos anteriormente indicados, procedan del ejercicio de una actividad económica que de forma regular o habitual obtenga este tipo de rendimientos (artículo 32.1 de la LIRPF).

Propuestas de mejora

1. La necesaria influencia de esta realidad en la obtención de rentas por parte de los empresarios implicaría modificar el artículo 32.1 de la LIRPF. En concreto, debería eliminarse el párrafo de dicho artículo 32 que dispone la exclusión de la reducción por irregularidad de la actividad regularmente obtenida. De este modo, toda actividad empresarial producida en un plazo superior a dos años se integraría en la base im-

ponible del IRPF en su 70 por 100, incluso en los casos en que la renta se obtiene habitualmente con esa periodicidad.

Este criterio coincide con la doctrina sentada en la STS 19 de marzo de 2018⁴¹ que, aunque referida al ejercicio de la abogacía, es plenamente aplicable a todo el sector empresarial. En esta sentencia el Tribunal Supremo otorga la razón al contribuyente porque considera que la inaplicación de la reducción por el carácter habitual o regular del ejercicio de la actividad económica es una excepción y no la regla. Por otra parte, el Tribunal Supremo determina que debe ser la propia Administración tributaria quien soporte la carga de la prueba de acreditar la existencia de habitualidad en la percepción de este tipo de rendimientos. De esta manera, será la Administración, y no el contribuyente, la que deberá afrontar las consecuencias desfavorables derivadas de su falta de prueba. En concreto, se establece que la regularidad o habitualidad de los ingresos cuya concurrencia descarta la posibilidad de aplicar la reducción han de valorarse de forma individual, en función del contribuyente y no en función de las características propias del sector. Se trata de no privar de la aplicación de la reducción a determinados profesionales, generalizando los rendimientos derivados de una profesión valorada en abstracto, cuando en realidad los rendimientos pueden revestir muy diversas formas o modalidades.

2. En nuestra opinión, el límite de 300.000 euros de los rendimientos íntegros sobre los que puede aplicarse la reducción por irregularidad no se encuentra justificada.

La Exposición de Motivos de la Ley 26/2014, que introdujo esta limitación en la LIRPF, no justifica tal modificación. No puede entenderse aplicable la referencia genérica que se realiza en la Exposición de Motivos a razones de equidad y suficiencia que provocan *“replantearse el tratamiento fiscal de determinadas operaciones o incentivos fiscales que reducían de forma significativa la tributación del Impuesto sin que las razones aducidas para su existencia justifiquen la ruptura del principio de generalidad e igualdad que debe inspirar a cualquier tributo”*. El tratamiento singular de las rentas irregulares no constituye un beneficio fiscal que deba justificarse en función del principio de generalidad e igualdad, sino una adecuación fiscal para alcanzar una

41 Recurso de casación 2070/2017.

tributación según el principio de capacidad económica; y la necesaria conformidad a la capacidad económica por parte de las rentas irregulares no desaparece por encima del umbral de 300.000 euros.

2. La ampliación de los gastos deducibles en el cálculo del IRPF o del IS

Descripción de la cuestión

La deducibilidad de gastos para los empresarios es un asunto muy controvertido, pues la Administración tributaria rechaza sistemáticamente el carácter deducible de los tiques de restaurante, los gastos inherentes a la posesión de un vehículo (amortización del valor de adquisición, deducción de los gastos de gasolina, aparcamiento o reparaciones entre otros) o los costes de la oficina en la medida en que comparte ubicación con el domicilio del empresario.

Esta limitación en la deducibilidad de gastos es especialmente grave en el caso de los emprendedores, que a menudo necesitan realizar gastos iniciales de gran cuantía.

Por ello, últimamente se ha incorporado el artículo 30.2. 5º. b) de la LIRPF, que establece el carácter deducible de los gastos correspondientes a suministros de agua, gas, electricidad, telefonía e internet de la vivienda habitual que sea el lugar de trabajo en un porcentaje del 30 por 100 a la proporción existente entre los metros cuadrados de la vivienda destinados a la actividad respecto a su superficie total, salvo prueba de afectación superior o inferior. Asimismo, se prevé el carácter deducible de los gastos de manutención del propio contribuyente incurridos en el desarrollo de la actividad económica, siempre que se produzcan en establecimientos de restauración y hostelería y se abonen utilizando cualquier medio de pago, con los límites que se establecen reglamentariamente.

Es cierto que, en el caso de los empresarios que calculan su base imponible por el método de estimación directa simplificada, las anteriores deducciones se permiten al margen del porcentaje del 5 por 100 que integra las provisiones deducibles y los gastos de difícil justificación, sin que la cuantía resultante pueda superar 2.000 euros anuales.

Sin embargo, siguen quedando gastos cuya deducibilidad es muy conflictiva, no admitiéndose por la Administración tributaria en la mayoría de los casos.

Propuestas de mejora

Creemos que esta lista de gastos de deducibles no es suficiente y que debería extenderse, como mínimo, a lo que ya se propuso en el estatuto del artista (propuesta que no se limitaba al sector cultural, sino a toda actividad económica).

1. En primer lugar, debería admitirse el carácter deducible a los gastos vinculados con la utilización de vehículos de transporte, aunque no se encuentren afectos en su totalidad a la actividad económica.

Aunque es cierto que la LIRPF prevé su admisión en los casos de afectación total, la Administración tributaria en la práctica rechaza su deducibilidad también en estos casos. Por ello y ante la dificultad de probar el porcentaje de afectación de estos elementos, sería recomendable permitir la deducción del 50% de los gastos derivados del transporte, salvo prueba de afectación superior. Esta modificación supondría coordinar la regulación establecida para la imposición sobre la renta del empresario con el criterio establecido en el IVA, que permite la deducibilidad del 50 por 100 de las cuotas de IVA soportado en la adquisición de vehículos (artículo 95 de la Ley del IVA: LIVA).

2. Por otro lado, deberían admitirse los gastos derivados de relaciones públicas relativos a restauración, hostelería, viajes y desplazamientos. Al igual que en el caso de los vehículos, esta deducción podría fijarse en el 50 por 100 del total de gastos descritos.

Asimismo, sería razonable limitar la deducibilidad de estos gastos a un porcentaje del volumen total de ingresos, por ejemplo, el 5 por 100.

3. La reintroducción de la deducción por reinversión de los beneficios empresariales y de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios

Descripción del problema

Las deducciones por reinversión de los beneficios empresariales y por reinversión de los beneficios extraordinarios se sustituyeron por la reserva de capitalización mediante la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, y se encuentra regulada en el artículo 25 de la LIS.

Esta reserva de capitalización exime de tributación el beneficio societario que se incorpore a ella, sin requerir su inversión en ningún activo. Sin embargo, si bien su objetivo es loable desde la perspectiva del fomento de la capitalización de las empresas, no incentiva la reinversión en activos necesarios para el empresario. Los problemas de liquidez que se encuentran actualmente nuestras empresas requieren de un instrumento de fomento y de ayuda a la inversión en nuevos activos. Y, para ello, no sirve una medida de capitalización que inmoviliza el beneficio en una reserva indisponible durante 5 años. Por otro lado, la reserva de capitalización no se aplica al empresario persona física que tributa por el IRPF. Además, los límites cuantitativos aplicables a la reserva de capitalización la convierten en un instrumento de poca utilidad en la supervivencia de las actividades económicas.

Propuestas de mejora

1. Por lo que respecta a la reserva de capitalización, su existencia es beneficiosa para los emprendedores que requieren de constituir reservas los primeros años, consolidando la financiación propia. Por ello, se propone –habida cuenta del ejercicio de gran parte de las nuevas actividades económicas a través de personas físicas– extender la regulación de la reserva de capitalización también al IRPF.

El apoyo a los emprendedores aconseja, asimismo, el incremento del porcentaje de deducción del 10 por 100 previsto en el artículo 25 de la LIS para los ejercicios de inicio de la actividad.

Además, deberían contemplarse expresamente –tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas– causas que justificaran la ausencia de mantenimiento de la reserva realizada, como el cese de la actividad, sin necesidad de regularización.

2. Por lo que se refiere a las deducciones por reinversión de los beneficios empresariales y por reinversión de los beneficios extraordinarios, su eliminación no tuvo justificación y no se ha visto compensada por el establecimiento de la reserva de capitalización ya que, como hemos comentado, se dirigen a objetivos diferentes.

El crecimiento económico de nuestro sector empresarial requiere un apoyo explícito a la reinversión en elementos nuevos del inmovilizado material o en inmuebles afectos, tanto si el beneficio reinvertido

deriva del ejercicio de la actividad como si se ha obtenido de la transmisión onerosa de elementos patrimoniales.

Por otra parte, sería recomendable incrementar el porcentaje que se estableciera con carácter general para las empresas de nueva creación y, por supuesto, ampliar su aplicación a los emprendedores que tributen por el IRPF.

4. Revisión de la regla de valorización de las retribuciones para las sociedades profesionales

Descripción de la cuestión

El artículo 18.6 de la LIS establece una presunción que perjudica gravemente a los emprendedores que inician una actividad profesional. Este precepto presume que el valor convenido por la realización de un servicio por parte de un socio profesional a la sociedad con la que esté vinculado se corresponde con el valor de mercado cuando se cumplen unos requisitos, entre los que destaca “*que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de servicios a la entidad no sea inferior al 75 por ciento del resultado previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios*”.

Esta regla provoca en la práctica la descapitalización de las sociedades profesionales, pues no existe aliciente para constituir reservas con los beneficios obtenidos. La necesaria tributación por parte de los socios, en sus impuestos personales, de al menos el 75 por 100 del beneficio social, tiene como consecuencia la real distribución de este porcentaje. Ello perjudica a las empresas profesionales menos capitalizadas: las de nueva creación.

Propuestas de mejora

Debería eliminarse la regla de presunción del 75 por 100 del resultado previo a la deducción de las retribuciones de los socios profesionales o, al menos, rebajar a un porcentaje que permita la capitalización de más de un 25 por 100 de los beneficios sociales.

Otra propuesta de mejora que sería razonable consistiría en detraer de la base de la presunción las cantidades de la sociedad llevadas a reservas.

De esta forma, el porcentaje del 75 por 100 de retribución se aplicaría sólo al beneficio no llevado a reservas.

5. Revisión de la corrección de la doble imposición por dividendos o por ganancias derivada de la transmisión de participaciones

Descripción de la cuestión

La neutralidad fiscal en la distribución de dividendos o en la renta positiva obtenida en la transmisión de participaciones que integren el beneficio social no distribuido solo se consigue en España cuando el partícipe es una persona jurídica con un porcentaje superior al 5 por 100 en el capital social de la entidad de cuyo capital social son representativas dichas participaciones. En concreto, el artículo 21 de la LIS establece una exención en estos casos siempre que se cumpla, además, un requisito de tributación mínima en el país de la entidad participada si esta es extranjera. A partir de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 esta exención queda reducida en un 5 por 100 en concepto de gastos de gestión (art.21.10 LIS).

Del mismo modo, la deducción en la cuota prevista en el artículo 32 de la LIS para evitar la doble imposición económica internacional, en los casos en que en la base imponible de la persona jurídica se hayan integrado participaciones en beneficios pagados por una entidad no residente en España, exige también un porcentaje superior al 5 por 100 de participación.

Como se puede apreciar, la exención no se aplica al beneficio obtenido por el socio persona jurídica por la participación en el capital social de una entidad inferior al 5%. Tampoco resulta aplicable si el socio es una persona física, ya que la LIRPF no contempla más corrección para la doble imposición de dividendos que la mera aplicación de un tipo proporcional (y ninguna corrección para la doble imposición que se produce al vender una participación que integra beneficio social no distribuido). Estas faltas de previsión perjudican especialmente a los emprendedores que, en caso de invertir en fondos propios de otra entidad, lo harán actuando como personas físicas o con un porcentaje no mayoritario.

Propuestas de mejora

1. Ampliar la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades

residentes y no residentes en territorio español a las personas jurídicas con una participación inferior al 5 por 100.

La doble imposición económica en estas operaciones se produce de la misma manera con independencia del porcentaje de participación en la sociedad distribidora. Por ello, no existe razón alguna que justifique su no aplicación a los accionistas minoritarios, en un claro perjuicio para las empresas de nueva creación.

2. Incorporación de una verdadera corrección de la doble imposición de dividendos y transmisión de participaciones en la imposición sobre la renta del autónomo. Si bien el método de exención previsto en la LIS no resulta adecuado en el ámbito de la imposición de las personas físicas (debido a la necesidad de gravar el beneficio al tipo de gravamen de este último), sí debería aplicarse un mecanismo real de corrección, más allá de un mero tipo de gravamen proporcional que no resulta ni adecuado ni justo.

De entre todos los mecanismos de corrección de la doble imposición económica, el más recomendable sería el de integración parcial, por el que se concede al accionista un crédito que corresponde a la parte proporcional de la cuota del IS soportado por el dividendo percibido.

6. Eliminación del régimen fiscal de operaciones vinculadas para pymes en relación con operaciones realizadas entre entidades residentes en España

Descripción de la cuestión

La actual regulación de las operaciones vinculadas en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades supone una importante carga para las pequeñas y medianas empresas, que deben destinar tiempo y medios para justificar el valor de mercado; habiéndose convertido en una cuestión principal en las comprobaciones tributarias por la facilidad para los servicios de inspección de corregir el valor de las operaciones y aplicar las sanciones específicas.

Esta cuestión se ha convertido en un verdadero quebradero de cabeza para nuestros empresarios que tienen que focalizar sus esfuerzos en acreditar y documentar los valores de sus operaciones, aún en los casos en que la diferencia de valor no supone una menor tributación en España.

Propuestas de mejora

Se propone que a las pequeñas y medianas empresas no les resulte aplicable el régimen de operaciones vinculadas del artículo 18 de dicha Ley cuando la valoración convenida no hubiera determinado –considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas– una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

Es decir, se propone una regulación específica para las pymes del régimen de operaciones vinculadas, similar al regulado en el texto inicial del artículo 16.1 del derogado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que decía lo siguiente:

“1. La Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

La deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará, a todos los efectos, incluido el cálculo de los intereses de demora y el cómputo del plazo de prescripción, al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas.

La valoración administrativa no determinará la tributación por este impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado.”

7. Mejora de la deducibilidad de las retribuciones de socios y administradores

Descripción de la cuestión

Ya es comúnmente conocida la polémica surgida a partir de la denominada “*sentencia Mahou*” del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008, que vino a aplicar la “doctrina del vínculo” al ámbito tributario, ampliada con la llamada “teoría del milímetro”, según la cual para que sea deducible la retribución percibida por ejercer funciones de dirección y gerencia propias del órgano de administración debía constar prevista en los estatutos sociales con fijación de su cuantía.

El impacto que se produjo fue tan elevado que la Agencia Tributaria salió al paso con su informe de 12 de marzo de 2009, y el legislador atemperó la situación con la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 15 hacía constar lo siguiente: *“Tampoco se entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad.”*

Posteriormente sentencias del Tribunal Supremo en el orden mercantil vinieron a complicar de nuevo la situación, al interpretar el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en el sentido de exigir que las retribuciones de los consejeros delegados debían tener una clara y definida previsión estatutaria. Recientemente, la polémica ha vuelto a resurgir tras la reciente resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de julio de 2020 en la que niega la deducibilidad en el IS de la retribución pagada por una sociedad a sus administradores mercantiles por aplicación de la teoría del vínculo.

Lo cierto es que la interpretación de la norma mercantil está contaminando la norma fiscal, cuando sus finalidades son muy diferentes; y si las sociedades retribuyen efectivas funciones de dirección y gerencia, debieran ser gasto deducible al margen de lo que disponga la norma mercantil, siempre que reúna los requisitos habituales para la deducibilidad de los gastos:

1. Inscripción contable,
2. correlación con ingresos,
3. imputación con arreglo al devengo,
4. justificación documental y
5. realidad material.

Propuestas de mejora

Se propone mejorar la redacción del artículo 15.f) de la Ley 27/2014, en el sentido de dejar claro que la retribución de los administradores por el ejercicio de funciones de dirección y gerencia será deducible en todo caso cuando reúna los requisitos generales de deducibilidad de los gastos regulados en el artículo 11 de la Ley 27/2014 y al margen de su licitud en el ámbito mercantil.

8. Aumento de la reserva de capitalización para empresas de nueva creación

Descripción de la cuestión

La actual regulación de la reserva de capitalización en el artículo 25 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es un estímulo a las empresas que reduce el tener que acudir a la financiación ajena, al mantener los recursos dentro de la propia entidad. No cabe duda de que este estímulo refuerza la solvencia y redundante en el desarrollo de un tejido empresarial más sólido.

Propuestas de mejora

Con el objeto de que las nuevas empresas nazcan fuertes, afiancen su solvencia y estén sanas desde el principio se propone que la reserva de capitalización –para las entidades de nueva creación– dé derecho a una reducción en la base imponible de, al menos, el 20 por 100 del importe del incremento de sus fondos propios.

9. Revisión del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) o plusvalía municipal

Descripción de la cuestión

Las sucesivas actualizaciones de los valores catastrales del suelo han provocado que este tributo –que nació como un impuesto municipal de poca envergadura– se convierta en la tributación principal de muchas operaciones de transmisión de inmuebles.

Tal desproporción en la carga tributaria dio lugar a la decisión del Tribunal Constitucional de no gravar las situaciones de decremento de valor y a múltiples sentencias del Tribunal Supremo que imponen matices en la interpretación de la Ley de Haciendas Locales para evitar verdaderas situaciones de confiscatoriedad y/o injusticia tributaria.

La reforma de este tributo se acometió a raíz de una Sentencia del Tribunal Constitucional, pero a pesar del tiempo transcurrido se siguen gravando las operaciones de transmisión de inmuebles con un tributo cuyo cálculo automático resulta excesivo porque se gira a partir del valor catastral del suelo.

Propuestas de mejora

Tal vez la mejora más sencilla del tributo sea regularlo de nuevo con los siguientes parámetros:

- a) Que no se exija en supuestos de decremento de valor.
- b) Que no pueda exceder de un porcentaje de la plusvalía real.
- c) Que la base imponible no sea el 100 por 100 del valor catastral del suelo, sino un porcentaje inferior del mismo.

10. La actividad emprendedora y el impuesto sobre el valor añadido

Planteamiento de la cuestión

También existe margen en el régimen jurídico vigente del Impuesto sobre el Valor Añadido para orientarlo a favor de la actividad emprendedora.

Es cierto que la regulación actual permite la recuperación, vía deducción o devolución, de las cuotas soportadas por el emprendedor al inicio de su actividad económica con ocasión de las actividades preparatorias. La legislación parte de la premisa indiscutible de que las cuotas devengadas se harán esperar varios meses o incluso más de un año. Por esta razón es necesario articular los mecanismos jurídicos pertinentes para que el emprendedor pueda ver satisfechos sus créditos fiscales frente a la Hacienda Pública antes de que las cuotas repercutidas a los clientes, por las entregas de los bienes o las prestaciones de los servicios, puedan absorber las cuotas soportadas de los proveedores y las resultantes de las inversiones y gastos iniciales que inevitablemente acompañan a los primeros pasos de cualquier actividad económica.

Propuestas de mejora

1. Creemos que es excesivo el plazo de seis meses previsto en la normativa vigente del IVA para proceder a la devolución de las cuotas soportadas, una vez desechada la posibilidad de compensar las mismas a través del mecanismo de la deducción. Por este motivo, proponemos el acortamiento de dicho plazo de seis a tres meses para los contribuyentes (emprendedores) durante los dos primeros años desde el inicio de su actividad económica. De llevarse a efecto esta propuesta se ali-

viaría la tesorería de los emprendedores en provecho de su liquidez, al tiempo que el IVA haría realidad uno de los principios que inspiran su normativa reguladora como es el de la neutralidad; ya que, al menos en alguna medida, se atenuaría el perjuicio financiero que un plazo tan largo supone para las empresas de nueva creación.

Justamente para disminuir la carga financiera de las pequeñas y medianas empresas se introdujo en España, a partir del 1 de enero de 2014 por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores, el régimen especial del criterio de caja. El objetivo último de este régimen es *“paliar los problemas de liquidez y de acceso al crédito de las empresas”*. En un contexto de morosidad y crisis económica la obligación de liquidar el IVA sin haberlo cobrado de los clientes resulta muy gravoso en especial para las pequeñas y medianas empresas, sin que el régimen de modificación de la base imponible para los supuestos de créditos incobrables constituya una solución eficaz. Gracias a este régimen especial el empresario declarará e ingresará el IVA en la autoliquidación correspondiente al período impositivo en que se produzca el cobro, que no coincide muchas veces con el del devengo (por la puesta a disposición del adquirente de los bienes o prestación de los servicios).

2. El legislador español, como es sabido, se decantó por un sistema de “caja doble”, de acuerdo con el cual no solo es que el empresario no esté obligado a ingresar el IVA por sus entregas de bienes y prestaciones de servicios hasta el momento en que lo cobre (“caja simple”), sino que, además, no puede deducir el IVA soportado hasta el momento en que pague a sus proveedores. Pero la Directiva reguladora del IVA introduce este sistema de “caja doble” como opción del legislador nacional que bien podría aprobar un sistema de “caja simple”. En este sentido, proponemos que, al menos, durante los tres primeros años desde el inicio de una actividad económica, se admita el sistema de “caja simple” para los emprendedores, de modo que no vean limitado el ejercicio de su derecho de deducción de las cuotas soportadas durante ese tiempo. Creemos que el escaso éxito que ha tenido en la práctica el régimen especial del criterio de caja desde su implementación en 2014 se explica en buena parte por no permitir un sistema de “caja simple”.

Nos encontramos ante un régimen de carácter voluntario por el que solo pueden optar los empresarios cuyo volumen de operaciones durante el año inmediato anterior no exceda de 2 millones de euros, lo

que permite a los emprendedores acogerse sin problemas al régimen especial. Sobre todo, a la vista de que la normativa establece que el primer año de ejercicio de la actividad, al no tener datos por no haber desempeñado actividad económica alguna, podrá aplicarse el régimen especial en todo caso, para lo cual, simplemente, habrá que comunicar la opción a través de la declaración censal de comienzo de la actividad.

Pero la principal falla del “régimen especial del criterio de caja” radica, sin duda, en la incidencia sobre otros empresarios que no se han acogido al mismo, en la medida en que, siendo destinatarios de las operaciones de los empresarios acogidos a aquél, ven igualmente retrasada la deducibilidad de las cuotas soportadas por repercusión del empresario acogido al régimen de caja doble al momento en que paguen el precio de la operación. Precisamente para que el destinatario de la operación conozca el criterio especial al que queda sometido su derecho de deducción cuando adquiere bienes o servicios de un empresario acogido al criterio de caja, se establece la obligatoriedad de que los empresarios acogidos a dicho régimen especial mencionen expresamente en las facturas que expidan “régimen especial del criterio de caja”.

3. Por esta razón, proponemos eliminar la implicación de terceros no acogidos al régimen especial del criterio de caja. Una implicación que, en estos momentos, impide a esos terceros la deducción inmediata de las cuotas soportadas por repercusión de los empresarios sí acogidos al régimen especial. La Directiva reguladora del IVA permite a los Estados miembros solicitar una autorización a la Comisión Europea para introducir una modificación de este tipo. Y España debería solicitar tal autorización, pues las grandes empresas en una situación de gran competencia preferirán contratar con empresarios no acogidos al régimen especial del criterio de caja para no retrasar su derecho de deducción. Muchas grandes superficies comerciales están acostumbradas a pagar a sus proveedores en largos plazos, mientras que ellas cobran al contado, con el beneficio financiero que esta práctica comporta y sin que ello les suponga obstáculo alguno para deducir inmediatamente las cuotas soportadas con arreglo al criterio general de devengo. No se puede desconocer la presión que pueden ejercer esas grandes superficies sobre los pequeños proveedores para que no opten por el criterio de caja. Este requisito, que proponemos suprimir, está también en el origen del fracaso del régimen especial del criterio de caja ejemplificado en el escaso número de empresarios que han optado por él.

4. Dentro del régimen especial del criterio de caja igualmente abogamos por suprimir la fecha límite en la cual, en todo caso y aunque no se haya producido el cobro del IVA, se entenderá producido el devengo del Impuesto: el 31 de diciembre del año natural siguiente a la realización de la operación. Esta regla es seguramente incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴², pues si el legislador ha optado por el criterio de caja en determinados supuestos, la Directiva no autoriza a establecer un plazo máximo transcurrido el cual se produce el devengo del IVA. Pero, sobre todo, la citada regla hace que el efecto ventajoso que tiene para el emprendedor el régimen de caja sea puramente temporal, al tener que liquidar e ingresar el IVA en la citada fecha haya o no cobrado las facturas de sus clientes.

42 Sentencia de 16 de mayo de 2013, asunto C-169/12, *TNT Express Worldwide*.

ANEXOS

Anexo 1. Experiencia práctica en el PAE virtual⁴³

1. Acceso a la aplicación

El acceso a la aplicación del PAE virtual es relativamente sencillo.

- La web <https://paelectronico.es/es-es/CreaEmpresa/Paginas/CreacionEmpresas.aspx> es de las primeras que aparece en Google tras introducir la siguiente búsqueda: “creación de empresas online”.
- Tiene una información suficiente y un reenvío a la web de CIRCE (<https://paelectronico.es/es-es/Servicios/Paginas/Creacion-y-cese-de-empresas.aspx>).

No existe, sin embargo, una versión en inglés. Sería conveniente que existiera, aunque el verdadero problema para los extranjeros es la necesidad de la previa obtención del NIE, como en uno de los apartados con propuestas mercantiles se ha detallado.

2. Utilización de la aplicación

- a. *Denominación*: Es necesario solicitar la denominación a través de la página web del Registro Mercantil Central, lo que exige nuevamente darse de alta para hacer dicha solicitud. Si la solicitud no se hace a través del PAE físico no se cumple, además, el plazo de 6 horas hábiles siguientes a la solicitud previsto en la legislación para la emisión del correspondiente certificado negativo de denominación social.
- b. *Sistema*: En general el sistema es poco intuitivo. Existe una versión en inglés, pero la traducción es muy deficiente. Las escasas explicaciones que se dan respecto a cada uno de los elementos que hay que rellenar hacen difícil cumplimentarlo todo si no se tiene experiencia y no se cuenta con la ayuda de un asesor profesional.
- c. *Estado civil y cónyuge*: Se obliga a dar el estado civil y el nombre del cónyuge en cualquier caso, cuando solo debería ser obligatorio para personas que no se encuentren en el régimen de separación de bienes.

⁴³ Por Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

Declaración Censal - Modelo - x +

www.agenciaindustrial.gob.es/estatisticas/comun/Internet/dep/aplicaciones/ov/030380DA.html

Objetivo: Importar datos de fichero [Seleccionar archivo] Ningún archivo seleccionado [GUARDAR]

1 2A 2B 2C 3 4 5 6 7 8 9 [NUEVA] [ENVIAR]

541) ¿Tiene la condición de Gran Empresa (volumen de operaciones en el ejercicio anterior superior a 6.070.121,04 euros)? SI NO [Borrar] [Fecha] [545] [] [] []

577) ¿La Administración Pública cuyo último presupuesto anual aprobado supera los 6.000.000 de euros? SI NO [Borrar] [Fecha] [578] [] [] []

6. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO Asistente virtual IVA

A) Información obligaciones

550) ¿Está establecido en el territorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido o tiene en el un establecimiento permanente? SI NO [Borrar] [Fecha] [] [] [] []

551) ¿Realiza exclusivamente operaciones no sujetas o exentas que no obligan a presentar autoliquidación periódica (art. 20 y 29 Ley IVA)? SI NO [Borrar] [Fecha] [] [] [] []

552) ¿Tiene la condición de reventador de teléfonos móviles, consolas de videojuegos, ordenadores portátiles y tabletas digitales de acuerdo con el art. 84 Uno.2º LIVA? SI NO [Borrar] [Fecha] [] [] [] []

742) Comunicación de que el cumplimiento de la obligación de expedir factura se realiza por los destinatarios de las operaciones o por terceros SI NO [Borrar] [Fecha] [739] [] [] []

Inicio de actividad

553) Comunicación de inicio de actividad. Entregas de bienes o prestaciones de servicios previa o simultánea a adquisición de bienes o servicios. [Fecha] [553] [] [] [] []

554) Comunicación de inicio de actividad. Entregas de bienes o prestaciones de servicios posterior a adquisición de bienes o servicios. [Fecha] [554] [] [] [] []

555) Comunicación de inicio de nueva actividad que constituye sector diferenciado con comienzo de entregas de bienes o prestaciones de servicios posterior a adquisición de bienes o servicios destinados al desarrollo de la misma. [Fecha] [555] [] [] [] []

556) Comunicación de comercio habitual de entregas de bienes o prestaciones de servicios (habiendo marcado la casilla [504] o la casilla [500] en una declaración censal presentada anteriormente). [Fecha] [556] [] [] [] []

C) Regímenes aplicables

Indique la actividad o actividades incluidas en cada régimen:

Año baja	Actividad	Grupo o subgrupos/activación I.A.E. o código de actividad	Fecha
516) <input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	General	[516]	[512] [] [] []
514) <input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	Régimen especial recargo de equivalencia	[514]	[516] [] [] []
518) <input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	Régimen especial bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, determinación base imponible operación por operación	[518]	[520] [] [] []
522) <input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	Régimen especial bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, determinación base imponible mediante margen de beneficio global	[522]	[524] [] [] []
526) <input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	Régimen especial agencias de viajes	[526]	[528] [] [] []
Régimen especial agricultura, ganadería y pesca [534] [538] [542] [546] [550]			
[536] <input type="radio"/> Incluido <input type="radio"/> Excluido <input type="radio"/> Renuncia <input type="radio"/> Revocación <input type="radio"/> Baja [Borrar]		[532] [536] [540] [544] [548] [552]	[536] [540] [544] [548] [552]

Declaración Censal - Modelo - x +

www.agenciaindustrial.gob.es/estatisticas/comun/Internet/dep/aplicaciones/ov/030380DA.html

Superado límite

900 SI	901 NO	902 Destino	903 Revocación	900 SI	901 NO	902 Destino	903 Revocación
1.- Alemania	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	15.- Irlanda	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
2.- Austria	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	16.- Italia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
3.- Bélgica	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	17.- Letonia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
4.- Bulgaria	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	18.- Lituania	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
5.- Chile	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	19.- Luxemburgo	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
6.- Croacia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	20.- Malta	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
7.- Dinamarca	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	21.- Países Bajos	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
8.- Eslovenia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	22.- Polonia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
9.- Estonia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	23.- Portugal	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
10.- España	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	24.- Reino Unido (Reino del Norte)	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
11.- Finlandia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	25.- República Checa	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
12.- Francia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	26.- Rumania	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
13.- Grecia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	27.- Suecia	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]
14.- Hungría	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]				

Desde otros estados miembros:

900 SI	901 NO	902 Destino	903 Revocación
<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	[Borrar]	<input type="radio"/>

B) Regímenes especiales de comercio intracomunitario. Artículo 14 Ley del IVA.

Sujeto pasivo en Régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, sujetos pasivos exentos y personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales: SI No sujeción [Borrar]

• Opción por el régimen general del IVA. SI NO [Borrar]

(Artículo 14 de la Ley del IVA.)

• ¿Ha superado el umbral de 10.000 euros en sus adquisiciones intracomunitarias? SI NO [Borrar]

C) Regímenes especiales de comercio intracomunitario. Servicios de telecomunicación, radiodifusión, TV y vía electrónica. Art. 70 Uno.4º y art. 70 Uno.5º Ley IVA

Exceder/No exceder 10.000	Destino	Revocación	Fecha efecto
750) [] []	<input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	[752] <input type="radio"/>	[754] [] [] []
756) [] []	<input type="radio"/> SI <input type="radio"/> NO [Borrar]	[758] <input type="radio"/>	[756] [] [] []

Accesibilidad: Calendario, fecha y hora oficial 10/06/2021 17:16:46

Anexo de seguridad: Mapa web

Anexo legal: Ayuda

Protección de datos

Búsqueda: Castellano, Catalán, Gallego, Valenciano

- d. **Administrador:** No es posible poner como administrador a una persona jurídica. Tampoco es posible poner como administrador a un no socio. Esta doble imposibilidad es contraria a la legislación de sociedades de capital.
- f. **Aportación dineraria:** Se puede hacer responsable de la aportación dineraria. Por lo tanto, no es necesario abrir una cuenta ni depositar

- previamente. En los PAE físicos se suele decir al emprendedor que no es posible.
- g. *Alta del trabajador*: Se obliga a dar de alta a un trabajador. Si no hay trabajadores por cuenta ajena, hay que poner, al menos, un socio que esté dado de alta en la Seguridad Social. Esto luego genera conflictos con la pestaña de “socio”. Obliga a volver a rellenar todos los datos del socio, incluyendo el régimen y la base de cotización. Si el trabajador es socio, y ya está dado de alta en el régimen de autónomos, tiene que poner toda la información (cuenta bancaria), además de poner en el campo de “observaciones” que está dado de alta. Aquí, además, pide un dato complicado en la práctica que es la base de la cotización. Debería poner base mínima, base máxima u otra.
 - h. *Actividades*: Se rellenan todas las actividades y se marca una como principal. Luego hay que marcarla nuevamente como principal en el apartado del Impuesto de Actividades Económicas (IAE). Luego hay que volver a marcarla para los lugares de desarrollo de la actividad. La elección del código CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) apropiado es, además, difícil. No hay conexión de este con el código en el IAE, lo cual también es complicado. Existen en internet diversas aplicaciones que hacen esa conversión, pero no existe ninguna garantía para el usuario (ni para el asesor) de que esa correspondencia sea adecuada. Se debería establecer, por tanto, un algoritmo en el sistema que realizara esa conversión con garantía.
 - i. *Declaración censal*: Es necesario conocer la fiscalidad de la actividad que se va a desarrollar. Supone el equivalente a rellenar todos los datos del modelo censal 036. Existe una multitud de opciones, como puede verse en la impresiones de pantalla de la página anterior.
 - j. *Impuesto de sociedades*: Aunque en principio el sistema puede solicitar el alta del impuesto de sociedades, esta información no se vuelca en Hacienda y termina la Administración requiriendo censalmente a las empresas que se constituyen por el CIRCE. Esto es contrario a lo pretendido por el sistema. No parece haber sentido en tener la escritura registrada y la empresa completa en funcionamiento y deber presentar ante la AEAT el alta en el impuesto de sociedades.
 - k. *Bancos*: En relación con los bancos, la constitución a través de CIRCE también plantea problemas prácticos, en tanto solicitan al emprendedor el modelo 036, a pesar de que esto se realiza a través del sistema.

Anexo 2. Tabla NIF/NIE⁴⁴

Problemática / Dificultades	Número identificación persona física (NIE)	Número identificación persona jurídica (NIF - Modelo 036/030)
Disparidad de las autoridades que los conceden	En el caso del NIE lo otorga la Oficina/Comisaría de Extranjería.	En el caso del NIF lo otorgan las Autoridades Fiscales (Hacienda).
Qué es lo que se debe controlar	<ul style="list-style-type: none"> - Identificación solicitante - La regularidad de su estancia en España: visado, en su caso. - Motivo de solicitud: se exige acreditar la razón por la que se pide. 	Existencia y representación de la sociedad
Documentos y trámites	<p>Impreso-solicitud normalizado (EX-15), debidamente cumplimentado y firmado por el extranjero (difícil de encontrar en la web la versión inglés. Solo están traducidos los títulos de las distintas secciones).</p> <ul style="list-style-type: none"> a. En su caso, poder otorgado por el solicitante b. Original y copia del pasaporte completo, o documento de identidad, o título de viaje. El DNI solo se admite para europeos (pero no lo dice la web) c. Comunicación de las causas económicas, profesionales o sociales que justifican la solicitud. d. Cuando sea solicitado a través de un representante, éste acreditará contar con poder suficiente en el que conste de forma expresa que se le faculta para presentar tal solicitud. e. Justificante de entrada si entró en territorio Schengen por otro país (esto solo en la web de la policía, sin que se explique cómo se prueba) f. Impreso 790 que acredita pago de tasas que implica acudir a entidad bancaria. Se requiere, por tanto, acudir con carácter previo a una sucursal bancaria para pagar las tasas y conseguir un justificante bancario de pago de las mismas. 	<ul style="list-style-type: none"> a. Documento que acredite la existencia de la entidad: escritura de constitución en su país y los estatutos de la entidad inscritos en algún registro oficial de su país o certificación de un notario o registro o de una autoridad fiscal que acredite la existencia de la sociedad b. Fotocopia de la tarjeta o documento acreditativo del número de identificación fiscal, atribuido por la Administración española, de la persona que firme el modelo 036 como representante de la entidad c. Documento que acredite que la persona que firme el impreso tiene poder suficiente para ello. No será necesario si consta como tal en el documento que acredite la existencia de la entidad d. Modelo 036 <p>En caso de que la persona que tenga capacidad para representar a la sociedad extranjera no sea titular de DNI o NIE, el modelo 036 no va a poder generarse. En este sentido, el NIE podrá sustituirse por un número de identificación (distinto al NIE) que genere Hacienda a través de la presentación de un modelo 030 (trámite más ágil que solicitar un NIE).</p> <p>La gestión del 030 requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Modelo 036 (si la persona que tenga capacidad para representar a la sociedad extranjera es titular de DNI o NIE) <ul style="list-style-type: none"> - Se ha de acudir a la oficina de Hacienda donde se haya obtenido la cita con la documentación original. - El modelo 036 es otorgado al momento, en la misma cita presencial. - Poder otorgado por la persona a quien va a solicitarse el NIE (notarizado y apostillado). Las facultades correspondientes pueden ser incluidas en el propio poder que el representante otorga en nombre de la sociedad (ver punto a. de más arriba); y - Pasaporte incluyendo todas las páginas (legalizado y apostillado).

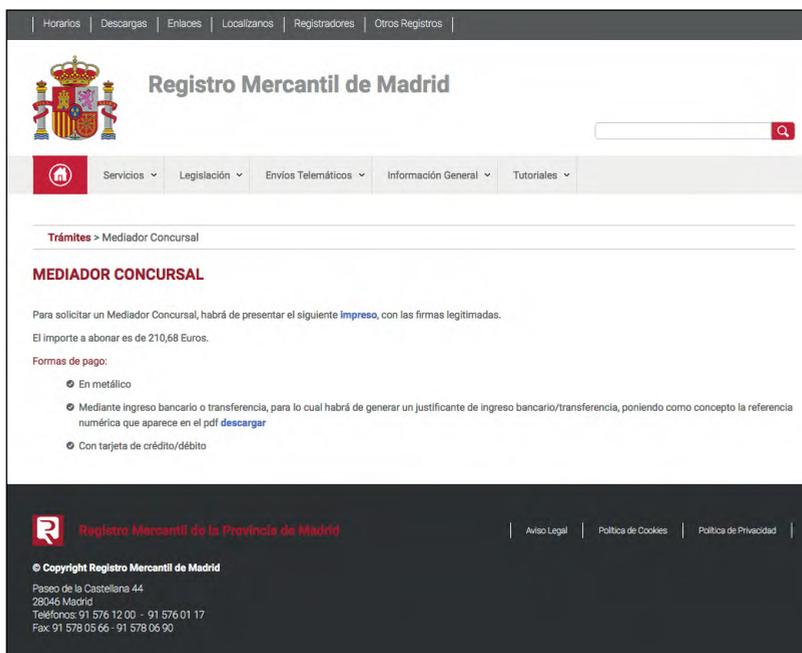
⁴⁴ Por Segismundo Álvarez Royo-Villanova.

Problemática / Dificultades	Número identificación persona física (NIE)	Número identificación persona jurídica (NIF - Modelo 036/030)
<p>Documentos y trámites</p>	<p>g. Una vez realizado el trámite anterior, se ha de acudir a la Oficina de Extranjería o comisaría donde se haya obtenido la cita con la documentación original. Una vez el NIE es otorgado (al momento, en la misma cita presencial) se ha de volver a la semana para que la tarjeta física del NIE sea entregada.</p>	<p>2. Modelo 036 + Modelo 030 (si la persona que tenga capacidad para representar a la sociedad extranjera no es titular de DNI o NIE)</p> <ul style="list-style-type: none"> - La solicitud del modelo 030 habrá de realizarse con carácter previo a la solicitud del NIF (esto es, modelo 036 -punto anterior). - Exigen justificar que tienes cita en la comisaría (NIE) o aportar pantallazo de que has intentado obtenerla pero que no hay citas disponibles (no se genera un justificante como tal). Se ha de acudir a la oficina de Hacienda donde se haya obtenido la cita con la documentación original. - El 030 es otorgado al momento, en la misma cita presencial. Una vez concedido, dicho número ha de ser incluido para general el modelo 036. En este punto, destacar la imposibilidad de que ambos modelos (030 y 036) puedan tramitarse con carácter simultáneo.
<p>Costes asociados</p>	<p>Todos los documentos necesarios para cada uno de los trámites requieren constar en idioma español, siendo necesario contar con traducciones juradas cuando los mismos se encuentren en otro idioma. En función del documento local que se aporte (como puede ser el caso de un <i>Certificate of Good Standing</i> -NIF-), el contenido del mismo y su tamaño/volumen, puede conllevar que la traducción jurada a gestionar implique un coste muy alto. En el caso de personas físicas se exige fotocopia compulsada de todas las hojas del pasaporte, lo que encarece considerablemente la copia.</p>	
<p>Tiempos de espera</p>	<p>Por lo general, el tiempo necesario para obtener una cita en la Oficina de Extranjería/Comisaría es a 3 semanas vista. Dada la situación actual de pandemia, ese plazo se ha extendido, no siendo posible acceder a reservar citas todos los días al no permitirlo el propio sistema. Se abren cuadrantes de citas cada quince días, por lo que el tiempo de espera se puede prolongar (en Barcelona actualmente las citas se acaparan por organizaciones que las revenden).</p> <p>Coste de tiempo de asistencia a comisaría: se suele pasar toda la mañana.</p>	<p>Por lo general, el tiempo necesario para obtener una cita en la oficina de Hacienda es a 1 semana vista. En cualquier caso, dada la situación actual de pandemia, dicho plazo de espera se ha extendido a alrededor de 2 semanas.</p> <p>Existe una posibilidad de solicitud por internet que no parece ser operativa.</p>
<p>Trámites on-line</p>	<p>No es posible.</p>	<p>En teoría es posible, pero los distintos profesionales consultados no han logrado realizarlo.</p>

Anexo 3. Experiencia práctica con la información respecto a la designación de mediador concursal obrante en las páginas web de los Registros Mercantiles

Basta con consultar, actualmente y a día de hoy (10 de marzo de 2021), las distintas páginas *web* de los diferentes registros mercantiles para constatar cómo, lamentablemente, asistimos a una disparidad –a veces, incluso, absolutamente contradictoria– en la información que se facilita al emprendedor que acude a esta institución para tramitar su solicitud de designación de mediador concursal.

Comenzando por el Registro Mercantil de Madrid, su página *web*, a estos efectos⁴⁵, contiene la información que a continuación transcribimos de manera gráfica:



Esta es, por tanto, la información que por parte del órgano competente para tramitar su solicitud va a encontrarse el emprendedor:

⁴⁵ https://www.rmercantilmadrid.com/RMM/Tramites/Mediador_Concursal.aspx

- Si pincha en el enlace denominado “impreso” no va a encontrarse sino con, directa y escuetamente, un enlace al BOE en el que se publica la Orden Ministerial en cuyo anexo figura el impreso oficial.
- Se le indica que dicho impreso ha de ir suscrito mediante “*firmas legitimadas*” (*sic*).
- No se indica cómo proceder ante el supuesto, nada improbable, de que como empresario individual no esté previamente inscrito en el Registro Mercantil.
- Si ha tenido la curiosidad de consultar el artículo 638 TRLC que alude expresamente a la remisión telemática de la solicitud, le sorprenderá no encontrarse ningún tipo de explicación al efecto. Y, si decide acudir a la vía de consulta telefónica que habilita la propia página, puede encontrarse con la misma situación experimentada por quien suscribe en el día de hoy: hasta en dos ocasiones se le indica telefónicamente que el procedimiento consiste en acudir con la solicitud a un notario para que legitime la firma y, posteriormente, acudir presencialmente al Registro para su presentación. Parece desconocerse que el citado artículo 638.2 TRLC alude de manera expresa a la remisión telemática “*al registrador mercantil*” de dicha solicitud

Por su parte, en el caso del Registro Mercantil de Valencia su página *web* solo y exclusivamente contiene la siguiente “información” para el emprendedor, y ello en el apartado de formularios⁴⁶:

“Solicitud del Procedimiento para alcanzar un Acuerdo Extrajudicial

Pulse [aquí](#) para acceder a la publicación del BOE del Martes 29 de diciembre de 2015, que contiene al final como anexo la publicación del formulario, que deberá aportarse al registro por triplicado.

Por otro lado, en el Registro Mercantil de Alicante⁴⁷ –aparte de contener alguna mención extemporánea a la ya derogada LC y no al vigente TRLC– se indica que, en el caso de no inscripción previa, deberá inscribirse como tal empresario en el Registro, mediante una solicitud que deberá presentar antes

⁴⁶ <https://rmvalencia.com/formularios/mediadores-concursales/>

⁴⁷ <https://www.rmalicante.es/mercantil/mediador-concursal/>

que la solicitud de mediación. A diferencia de la expresa mención obrante en el Registro Mercantil de Madrid a la firma legitimada, aquí señala que bastará con la firma digital para ambas solicitudes (inscripción inicial y solicitud del mediador). Sin embargo, el Registro Mercantil de Granada ⁴⁸ indica que la firma digital solamente será apta para la solicitud de designación de mediador, mientras que para la apertura de la hoja correspondiente deberá presentarse instancia con firma legitimada notarialmente. En el Registro Mercantil de Castellón su página *web*⁴⁹ señala que la solicitud deberá firmarse “*con D.N.I. electrónico, o SCR (Servicio Certificación de los Registros)*” y toda la mención al “régimen legal” aparece por referencia a la ya extinta LC.

Podríamos seguir con los ejemplos, pero entendemos que de lo hasta aquí expuesto se desprende la evidente necesidad de “unificar y armonizar” la información que desde la institución registral se ofrece al emprendedor que acude a ella para dar cumplimiento a la habilitación competencial que, en orden a la designación de mediador concursal, establece la norma. Se trata de una medida de muy fácil implantación y de fácil coordinación a través de la hoy denominada Dirección General para la Seguridad Jurídica y Fe Pública.

⁴⁸ <http://rmgranada.es/el-mediador-concursal-y-el-empresario-individual-competencia/>

⁴⁹ http://www.rmcastellon.com/?page_id=628

En el actual contexto económico y tecnológico, urge reforzar el ecosistema emprendedor para impulsar el autoempleo y el empleo. Para ese refuerzo e impulso un grupo de expertos en las distintas áreas que afectan a la empresa presentan en esta publicación propuestas normativas administrativas, laborales, mercantiles, financieras y fiscales. Las propuestas presentadas buscan que una regulación simplificada y mejorada sea capaz de actuar como acicate del emprendimiento y de la inversión en el emprendimiento para contribuir a un ecosistema empresarial sólido y competitivo.